

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

COORDINADOR

EDITORIAL

Derecho penal liberal y Estado de derecho
Fernando Velásquez V.

DERECHO PENAL

Las grandes corrientes del derecho penal.
Beccaria (primera parte)
Nódiel Agudelo Betancur.
Los delitos calificados por un resultado más grave
culposo y el principio de culpabilidad
José Luis Díez Ripollés.

29

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Fundamentos, aportes y líneas de desarrollo posibles
de una criminología de la liberación
Lola Aniyar de Castro.
Reflexiones sobre una ponencia del profesor Roberto Bergalli
Pastor Acevedo.

LEGISLACIÓN

Decreto 1853 de 1985

FORO HISTÓRICO

¿Hasta dónde se extiende la "soberanía" del jurado de
conciencia?
Alirio Sanguino Madariaga.

JURISPRUDENCIA



CO/XIV
F/Z

2345

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Violación directa de la
ley por falta de aplicación del art. 68 del Código Penal.
Alfonso Reyes Echandía.
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Tentativa de
falsedad en documento privado
Fernando Coronado Ramirez.

JULIO • AGOSTO • SEPTIEMBRE

Director
NODIÉR AGUDELO BETANCUR

Coordinador
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

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

Auxiliares
LINA ADARVE CALLE
JUAN OBERTO SOTOMAYOR A.

AÑO VII . Julio . Agosto . Septiembre . 1985 N° 29

Licencia en trámite

Alm

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1985

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

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

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

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.A.

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

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

Derecho penal liberal y Estado de derecho. Fernando Velásquez V.	279
---	-----

DERECHO PENAL

Las grandes corrientes del derecho penal. La ideología de la Escuela Clásica. Beccaria (primera parte). Nódier Agudelo Betancur	285
Los delitos calificados por un resultado más grave culposo y el principio de culpabilidad. José Luis Díez Ripollés	324

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Fundamentos, aportes y líneas de desarrollo posibles de una criminología de la liberación. Lola Aniyar de Castro	351
Reflexiones sobre una ponencia del profesor Roberto Bergalli. Pastor Acevedo	361

LEGISLACIÓN

Decreto 1853 de 1985	371
----------------------------	-----

FORO HISTÓRICO

¿Hasta dónde se extiende la "soberanía" juzgadora del jurado de conciencia? Alirio Sanguino Madariaga	377
---	-----

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Violación directa de la ley por falta de aplicación en el caso del art. 68 del Código Penal. Ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía	407
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Tentativa de falsedad en documento privado. Ponente: doctor Fernando Coronado Ramírez	411

LA JUSTICIA EN LLAMAS

"Por favor, que cese el fuego inmediatamente. Divulgue ante la opinión pública, inmediatamente, es urgente, es de vida o muerte, ¿sí me oyen?... Estamos con varios magistrados, un buen número de magistrados y de personal subalterno, pero es indispensable que cese el fuego inmediatamente. Divulgue a la opinión pública eso, para que el presidente dé la orden... Que el presidente de la República dé finalmente la orden de cese al fuego". (Últimas palabras del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA a una cadena radial, transmitidas a toda la Nación).

Los dolorosos sucesos de los días seis y siete de noviembre del año en curso, con motivo de la toma violenta del Palacio de Justicia y el secuestro de la mayor parte de los magistrados de la H. Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, así como del personal subalterno, por parte de un comando de guerrilleros integrantes de uno de los movimientos alzados en armas que han venido operando en el país, constituyen el más alevé y sanguinario atentado contra el Estado de Derecho y las instituciones democráticas, que se haya perpetrado en los últimos decenios; ya el país entero conoce el resultado final del trágico acontecimiento y las consecuencias que el mismo ha acarreado y que, seguramente, seguirá generando en la marcha institucional del Estado, aunque quedan muchos interrogantes por resolver. Hemos visto cómo se ha mancillado una vez más, salvajemente, la administración de justicia, la cual, como siempre, indefensa, sigue siendo el blanco de todo tipo de acciones encaminadas a impedir la convivencia entre los colombianos y el ejercicio de una magistratura democrática; se ha dado al traste con la vida de pulquérrimos juristas, defensores del Estado de Derecho y abanderados de las transformaciones que requiere la sociedad. Se han extinguido las vidas de abnegados servidores de la justicia, de humildes empleados, de militares y de los mismos alzados en armas.

Pero, si de un lado es criticable el vesánico proceder del grupo involucrado en tan sanguinarios hechos, que a nombre de la injusticia social reinante y del estado de miseria generalizada que atraviesa el pueblo colombiano, pretende legitimar tan brutales y reprochables actos guiados por el aventurerismo, por el irracionalismo más desenfundado, también es censurable la actitud del gobierno, que en cabeza del presidente de la República ha asumido la plena responsabilidad de lo acaecido, quien, si bien es cierto estaba en su legítimo derecho de no ceder ante ningún tipo de chantajes ni amenazas, debió buscar una salida humanitaria para evitar el holocausto, como lo ordenan el derecho de gentes y los más elementales principios

que inspiran la convivencia en sociedades civilizadas. Se dio la orden a las tropas de tomar a sangre y fuego el Palacio ocupado, sin reparar en los clamores del grupo de rehenes encabezado por el señor presidente de la Corte, doctor ALFONSO REYES ECHANDÍA, quien a gritos suplicaba el cese del fuego y el inicio del diálogo; de nada sirvió la política de apertura democrática que venía pregonando el gobierno, encaminada a la consecución de la tan anhelada PAZ, de la cual se habían dado innumerables muestras al tender generosamente los brazos abiertos a los opositores armados; de nada ha servido la tradición humanitaria, que nos obliga ante el mundo civilizado a resolver los conflictos respetando los derechos humanos y las garantías ciudadanas; de la noche a la mañana, haciendo tabla rasa con el pasado se dio cabida a la barbarie, y a los actos demenciales y desquiciados se respondió de la misma manera; a la violencia desencadenada se opuso más violencia desenfrenada; y, como resultado final, los cuerpos de cerca de un centenar de hombres, hasta donde alcanzan los datos oficiales, perecieron bajo el tableteo inmisericorde de las ametralladoras y de los cañones o, de la manera más macabra, víctimas de las llamas que tornaron en irreconocibles restos humanos los cuerpos de los más preciados servidores del Estado, de los bastiones de la democracia en Colombia.

Hemos retrocedido cientos de años en la historia contemporánea; hemos regresado a la época de la barbarie, a las épocas del terror institucionalizado, y hemos dado cabida a una política de teas humanas que nos avergüenza ante el mundo civilizado, que nos relega a uno de los sótanos más horribles de la historia contemporánea. Es hora de ir diciendo adiós a los ululantes gritos de PAZ que veníamos difundiendo por doquier a lo largo del continente; estamos condenados a sufrir el juicio inclemente de la historia; así no es posible lograr la convivencia entre los colombianos ni el desarrollo armónico de nuestra nacionalidad, llevando la patria por senderos que conduzcan a una sociedad mejor.

Quienes hemos dedicado nuestras vidas al trabajo académico y nos hemos entregado al cultivo de las disciplinas penales y criminológicas no salimos aún del asombro, al pensar que nuestros más genuinos académicos, nuestros más eximios juristas han perecido en este baño de sangre sin precedentes. De nuestras mentes nunca podremos borrar la imagen de hombres como el Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, padre y forjador del derecho penal en nuestro país, maestro de juventudes, que desde su cátedra en la Universidad Externado de Colombia encabezó todo un movimiento de transformación y de renovación de estas disciplinas; de él muchas veces disintimos a lo largo de nuestro trasiego académico, pero esto no impidió que viéramos en tan distinguida personalidad encarnada no solo la majestad de la justicia sino las excelencias de la ciencia; de él aprendimos que también los juristas tienen como misión la lucha por la democracia y la transformación de la sociedad. No podremos olvidar al Dr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, amigo entrañable y compañero generacional, quien pese a su corta vida nos deja una basta producción científica, en la que se refleja su inteligencia excepcional, que habrá de servir para seguir adelante en este movimiento de transformación de la criminología en nuestro medio, a cuya cabeza se había colocado. Al Dr. MANUEL GAONA CRUZ, pletórico de juventud, constitucionalista sin igual, infatigable teórico del derecho político; a los doctores HORACIO MONTOYA GIL, FABIO CALDERÓN BOTERO, DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, ALFONSO PATIÑO ROSELLI, PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA, FANNY

GONZÁLEZ DE FRANCO, DANTE FIORILLO PORRAS, EDUARDO GNECCO CORREA, CARLOS MEDELLÍN y RICARDO MEDINA MOYANO; ni al grupo de subalternos que junto con ellos fueron inmolados.

Los que parten nos dejan como legado una línea de pensamiento demoliberal en su más diáfana concepción doctrinaria y el ejemplo de sus vidas encarnado en esas ideas; tal postura intelectual, como guía, tiene que proseguirse so pena de que el país desemboque en una lucha en la que solo dos tendencias se presenten cada una predicando: "... fuera de la cual no hay salvación...". Esto merece que lo explayemos, así sea de manera breve.

Los luctuosos hechos que acaban de suceder pueden tener como efecto la radicalización de la lucha política en dos direcciones, en principio, al parecer, *diferentes* e irreconciliables pero, al final, *iguales* si se les mira desde el punto de vista del Estado de Derecho: una tendencia que postula una ideología totalitaria de izquierda y, como antípoda, otra que postula la implantación de una ideología totalitaria de derecha. Así las cosas, el espacio dentro del cual se movieran personas ajenas a esas dos posturas, podría verse suprimido o quedar reducido a una franja mínima con evidentes dificultades de manifestación. Una línea de pensamiento que tenga conciencia de que el Estado de Derecho es un orden de legalidad que da margen para la lucha que pretenda transformar la realidad sociopolítica, no puede dejar de advertir los peligros que envuelve la adopción de posturas hegemónicas y mesiánicas: lo primero, en cuanto excluyentes de cualquier tipo de disenso, así sea de la mera expresión de ideas; y lo segundo, en cuanto puedan creerse portadoras exclusivas de la solución de toda la problemática que agobia a esta desgarrada nación.

Nuevo Foro Penal hace un llamado de concordia entre los colombianos e invita para que se impulse la conquista de una democracia real y participativa, cerrando filas en torno al Estado de Derecho, única alternativa para el logro de la convivencia civilizada, al menos en el momento histórico actual. Invitamos a todos nuestros colaboradores y lectores para que continuemos con el legado de estos ilustres colombianos, que han inscrito sus nombres con letras de sangre y resplandores de fuego en la ya larga lista de mártires de la Justicia.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

EDITORIAL

DERECHO PENAL LIBERAL Y ESTADO DE DERECHO

Es indiscutible, hoy más que nunca, que nuestro Estado de Derecho está atravesando una de sus más hondas crisis: su vigencia viene siendo comprometida por la arremetida de la irracionalidad; por la proliferación de diversas formas de venganza privada; por la acentuada injusticia social; por el auge de la criminalidad de cuello blanco y el narcotráfico que han penetrado todas las esferas del Estado; en fin, por la situación de zozobra a que estamos sometidos. Nos hemos acostumbrado a vivir en medio del atropello, de la miseria colectiva, de las discriminaciones que pupulan por doquier; la Administración Pública adelanta políticas incoherentes llamadas a fracasar; el Congreso es un remedo en manos de gamonales y terratenientes que se lucran ávidamente del erario; el sistema jurídico es asistemático, desordenado; la administración de justicia es caótica pese a los esfuerzos sobrehumanos y al tributo de las vidas de muchos de sus servidores; vivimos en un estado de violencia generalizada, de guerra civil no declarada...

Pese a lo anterior, hemos formulado declaraciones que nos comprometen con la vigencia del Estado de Derecho, no solo en cuanto al contenido de la Carta Fundamental, según la cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (C. N., art. 16), sino que en reiteradas oportunidades nos hemos obligado ante el concierto de las naciones: piénsese cómo nos hemos sumado a la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, expedida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948; al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de la misma organización comunitaria, aprobado el 16 de diciembre de 1966 e incorporado a nuestro derecho positivo mediante la ley 74 de 1968; y, finalmente, a la *Convención Americana de Derechos Humanos* de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante ley 16 de 1972.

Las ambiciones por sustentar una democracia formal han llegado, inclusive, hasta la inclusión de un título preliminar en el Código Penal de 1980, intitulado "De las normas rectoras de la ley penal colombiana", en el cual se han recogido todos los postulados que inspiran el moderno derecho penal y que son una sistematización de los principios consagrados en las regulaciones anteriores.

Pero, hasta aquí todo es teórico. Poseemos, como diría PINILLA CAMPOS, un *Estado convencional de Derecho* "caracterizado sustancialmente por: a) inexis-

tencia de un *sistema jurídico* y existencia de una *pluralidad de normas* incoherentes entre sí, originándose la inseguridad y la incertidumbre en el derecho; b) incoherencia real, o sea, desfase entre los postulados de derecho y las realidades sociales; c) la actividad del parlamento, el poder judicial y la administración pública carecen de consenso y eficacia y por tanto de legitimidad, y d) además de las causas estructurales, la desorganización en la administración pública no permite la garantía de los derechos esenciales de toda persona consagrados en la Constitución” (cfr. *Revista Nuevo Veredicto*, núm. 6. Popayán, 1984, pág. 20). Poseemos un Estado convencional de Derecho que a su turno es sustento de un *derecho penal liberal convencional*; de un derecho penal formalmente garantista, igualitario, respetuoso de la legalidad; asentado en principios como el del acto, de la determinación del hecho punible, del bien jurídico, de culpabilidad, de favorabilidad, del debido proceso legal y del juez natural; en fin, de un derecho penal cuyas sanciones penales (penas y medidas de seguridad) persiguen fines de resocialización, curación, tutela y rehabilitación de los condenados.

Sin embargo, más allá de las declaraciones de buena voluntad del legislador, nuestra realidad es muy distinta, ya que tales postulados no se observan cabalmente y parecen condenados a sufrir la misma suerte que las garantías formales que nos legó la Revolución Francesa, de las cuales son una manifestación. Si algo se comprueba en la actual situación histórica de la sociedad colombiana, es que los intereses de la minoría en el poder se han impuesto a costa de la desprotección de una inmensa mayoría de nuestra población, para lo cual la legislación penal ha servido como suprema herramienta de control social; no otra explicación tiene la violenta arremetida que sufre la legislación penal ordinaria, bajo el ya casi permanente régimen de estado de sitio al que nos vemos sometidos, a la luz del cual se expiden estatutos que arrasan con las más elementales garantías penales, procesales y penitenciarias. A esto, agréguese un derecho penal deshumanizado que se ha olvidado del hombre, de la realidad social, económica y política que lo circunda.

Entre nosotros la vigencia de un derecho penal liberal auténticamente garantista, no será posible mientras no esté asegurada la coexistencia en un *Estado de Derecho liberal, social y democrático*; en un Estado que posibilite una sociedad capaz de instaurar un proceso de efectiva *incorporación* de los hombres, de todos los hombres, en los mecanismos de *control de las decisiones*, y de participación real de los mismos en los rendimientos de la producción (cfr. ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, Taurus, 1983. pág. 123). Por ello, pensamos que una tarea que se debe realizar por quienes cultivan el derecho penal como disciplina en nuestro país, es emprender una vasta campaña encaminada a luchar por la libertad, por la consolidación de la democracia, por la entronización de los cambios que urge nuestra sociedad. Como un paso adelante, creemos que los cometidos inmediatos de nuestro derecho represivo, podrían ser los siguientes:

Primero: Se debe emprender la reelaboración y la sistematización del derecho penal vigente, caracterizado por un alarmante desorden y una notable falta de coherencia, para lo cual debe empezarse por el Código Penal que debe ser seriamente revisado, eliminando diversos tipos penales que, incrustados en la parte especial, contrarían los postulados de los que el legislador dice haber partido.

Segundo: Se debe realizar una clasificación de la legislación penal vertida en leyes penales especiales, llevándolas a la parte especial del Código, para evitar los absurdos a que se ha llegado, que han permitido la inclusión de tipos penales en el Código de Comercio o en estatutos que regulan materias ajenas al derecho penal.

Tercero: Se deben regular todas las contravenciones en un libro III del Código Penal, de competencia exclusiva de la rama jurisdiccional del poder público. Paralelamente se deben elaborar sendos estatutos de faltas de policía y faltas administrativas, recogiendo así las mal llamadas “contravenciones de policía” y el denominado derecho penal administrativo (disciplinario, fiscal y económico).

Cuarto: Se deben reformar a fondo los códigos penales Militar y Aduanero, elaborados con evidente olvido de las garantías fundamentales y, por ende, de las actuales normas rectoras del estatuto punitivo.

Quinto: Se deben codificar las diversas disposiciones del disperso y asistemático derecho penal de menores.

Sexto: Es indispensable la redacción de un estatuto procesal coherente, que guarde armonía con el derecho sustantivo, paso que afortunadamente se viene dando, como lo demuestra la reciente expedición del decreto 1853 de 1985.

Finalmente, se requiere la expedición de un código de ejecución penal y la creación del juez de ejecución, encargado de vigilar el cumplimiento de dicha etapa.

Como se ve, necesitamos toda una “higiene legislativa” como primer paso, si es que queremos reivindicar las normas rectoras de la ley penal colombiana y por ende un derecho penal liberal. Pero no basta con esto. Es indispensable formar un cuerpo de doctrina fuerte y vigoroso que adelante la construcción de un derecho penal que respete las garantías fundamentales; al mismo tiempo se requiere una jurisprudencia coherente que posibilite una administración de justicia igualitaria y racional, para lo cual es urgente el fortalecimiento de la Rama Jurisdiccional a la que deben brindarse todas las herramientas que se requieran **para el cumplimiento** de tan delicada labor.

El derecho penal colombiano tiene que comprometerse con el cambio social, con la lucha por la consolidación de la democracia, la vigencia de un verdadero Estado de Derecho social y democrático. Mientras no se emprendan estas tareas, se seguirá encubriendo una organización estatal que posee una democracia formal, un Estado de Derecho convencional, tras el cual se ocultan hondas injusticias y grandes desigualdades.

¡Donde coexistan la miseria y el abandono, donde las leyes sean injustas y protejan los intereses de unos pocos en desmedro de la colectividad, no puede haber justicia social!

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Julio de 1985

**SECCIÓN
DE
DERECHO PENAL**

LAS GRANDES CORRIENTES DEL DERECHO PENAL

La Ideología de la Escuela Clásica
BECCARIA (Primera Parte)

DR. NÓDIER AGUDELO BETANCUR*

I

INTRODUCCIÓN

LA ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO DE BECCARIA

La obra *De los delitos y de las penas* fue escrita en el año de 1764, o sea hace ya más de 200 años y, como obra vieja que es, muchos se pueden sentir tentados a desechar su estudio, pues piensan que en tantos años las situaciones que en última instancia la engendraron, ya han sido superadas. ¡Vana ilusión! ¿Se ha superado la pena de muerte? ¿Se ha superado la tortura? ¿Se ha humanizado el sistema penal tanto en el procedimiento como en la ejecución de la sanción? Si nos acercamos a nuestra dura realidad, dolorosamente hemos de reconocer que muy poco o nada se ha logrado avanzar en 200 años: al menos en lo que respecta a Latinoamérica la *pena de muerte* es de inusitada frecuencia; pero no se trata de que ella se reconozca como legítima en las constituciones políticas o en los códigos: al fin y al cabo lo decisivo no es lo que la ley diga sino la forma como las cosas ocurren desde el punto de vista material. Y en este sentido duele la realidad nuestra: la pena de muerte es ejecutada a diario, ora como manifestación de la violencia institucionalizada desde el mismo Estado¹, ora por grupos políticos de tendencias diversas en teoría pero iguales o semejantes en la práctica de la barbarie.

* Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

¹ Aunque es cierto que la Constitución Política colombiana prohíbe de manera expresa la pena de muerte, su permisión se ha colado a veces revestida con el manto de la legalidad. Ejemplo de ello es el decreto 70 de 1978, según el cual se presumía que las muertes ejecutadas por las fuerzas oficiales “cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir o reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes” eran justificadas por la *legítima defensa*. Amparados por la legalidad, se justificaron muchos desmanes, como lo demostró con seriedad el profesor DARIO ARCILA ARENAS en su artículo “Las nuevas causales de justificación del hecho y los derechos y las garantías sociales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 17, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 19 a 75.

Nuestra comarca ha llegado a verse tan infestada de cadáveres como resultado, según las ligeras interpretaciones de los medios de comunicación, de "ajustes de cuentas" (las cuales no son sino ejecuciones que normalmente recaen sobre personas con antecedentes penales o "fichados" políticos), que el propietario de un predio semirrupestre colocó en su heredad una gran valla con la significativa (y macabra) advertencia: "se prohíbe votar cadáveres aquí"!!! (sic)². ¿Y la tortura? Qué no decir de la tortura: ella también con inusitada frecuencia es solo vehículo que trasunta la más fiera violencia del Estado, principalmente cuando de la persecución de delitos políticos se trata. Pero no es solamente el Estado el que envilece al ciudadano (algunas veces disidente): la tortura es practicada también por mandatarios de oscuras tendencias políticas que consuman la pena de muerte, siendo con frecuencia la inflicción del dolor, la tortura con sangre, solo un paso progresivo hacia la ejecución o el desaparecimiento forzado de las personas maltratadas³. Pero es posible que la *tortura con sangre* no siempre se ejecute y que la *rueda* no sea ya un artefacto utilizado. Empero, no debe creerse que son menos atentatorios contra la dignidad humana actos tales como los "plantones" y la vendada de los ojos durante horas y días; la congestiva suspensión con la cabeza hacia abajo y la aplicación de "tábanos" eléctricos; la privación del sueño o el brusco despertar varias horas en la noche; el no dar de comer ni beber durante días y las inyecciones de pentotal; la violación de la mujer, incluso en presencia de su compañero o esposo; la presencia en la madrugada en el hogar de fuerzas del "orden" para prender presuntos autores de delitos y el "arriar" para las instalaciones oficiales también con mujeres y niños; el robo de estos; a veces, la elaboración de fotomontajes en los que el hombre o la mujer (según el caso) del preso aparece "jugándosela" a este, a juzgar por sus poses desnudas, o saliendo de tal o cual casa de prostitución, todo ello con el fin de desvalorizar ante sus ojos al ser amado e inducirlo a dóciles confesiones e imputaciones contra él. En fin, sería interminable la enumeración de los métodos de tortura física y moral (sin efusión de sangre del cuerpo aunque sí del sentimiento), corrientes en nuestros países y que se agudizan por tiempos en la propia Colombia. Como se ve, la tortura se utiliza todavía para martirizar la carne o, lo que es quizás peor aún, para vilipendiar la dignidad del hombre⁴.

Y ¿qué opinar del sistema penal en lo que a *procedimiento* se refiere? Un procedimiento penal a veces absurdo, un sistema judicial inoperante o no acorde

² Con valentía lo ha denunciado así HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ en su trabajo "Los Escuadrones de la Muerte", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 21, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 636 a 645.

³ El desaparecimiento de personas ha llegado a ser tan cotidiano en Latinoamérica, que se ha llegado a proponer la represión expresa de tal conducta concretándola como delito en la ley penal. Véase al respecto a JUAN BUSTOS RAMÍREZ en "El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 11, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 265 a 273; puede verse también a ROSA DEL OLMO, "La detención-desaparecimiento en América Latina, crimen o castigo", en *Criminología Crítica*, 1, Seminario, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, págs. 37 a 62.

⁴ Contra la tortura ejecutada por las fuerzas oficiales y su repercusión dentro de los procesos judiciales, ha levantado su voz el fiscal J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, en "Una teoría jurídica sobre la tortura", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 8, Medellín, Editorial Acosta, 1980, págs. 73 a 120.

con las necesidades del medio, que convierte en meses o años lo que en la ley dura apenas pocos días; deficiente dotación de los despachos judiciales, mala asistencia social para sus funcionarios, morosidad en los pagos, todo lo cual va en desmedro de la administración de justicia; insuficiencia de juzgados y de medios de investigación, lo que lleva al atiborramiento y a la impunidad; falta de defensa para los procesados de clase popular que no tienen con que pagar un abogado; esto para no dar sino unos ejemplos de una calamitosa situación.

Y no menos inquietante se nos muestra el aspecto de la *ejecución de las sanciones*. Nuestras cárceles son antros en donde es imposible la resocialización como uno de los pretendidos fines de las penas; siendo, según nuestra legislación, las finalidades de la pena la retribución, la prevención y la resocialización, nos hemos quedado en la retribución como el único fin que ella de hecho cumple: la falta de alimentación, de espacio aun para el sueño, de asistencia médica, la desnudez; la corrupción del personal de vigilancia, reflejada en el tráfico de drogas y de armas que se da en el interior de los centros penitenciarios; la "venta de patios" y cambuches; el pago semanal o mensual de "cuotas" de vigilancia; la falta de control del poder de los funcionarios administradores de la prisión, lo cual conduce a que la suerte del preso esté a la disposición de la voluntad omnímoda de quien regenta; en fin, el inhumano traslado de presos a los despachos judiciales en malolientes y estrechos furgones sin ventilación, casi hornos crematorios de esta "carne de presidio". ¿Y qué no decir de los pretendidos "establecimientos siquiátricos o clínicas adecuadas" para cumplir las medidas de seguridad!⁵.

¿Y qué de la pretendida *igualdad* de los ciudadanos ante la ley? La ley dice con gran rimbombancia que ella es igual para todos y que se aplicará sin tener en cuenta consideraciones diferentes de las establecidas en sus normas. Pero es que precisamente la ley contempla las tales desigualdades: no es igual el tratamiento que recibe según la ley, la gran delincuencia de "cuello blanco", la criminalidad económica, la criminalidad de las grandes corporaciones financieras, la criminalidad de los acaparadores o de los que atentan contra el sistema ecológico y el que se da al "raponero", para poner un ejemplo. Según la ley, la afectación de un bien individual es drásticamente sancionada, exageradamente, en comparación con las sanciones establecidas para los ataques a la comunidad, en donde existen varios intereses jurídicos tutelados y se afecta al conglomerado social⁶. Pero no es solamente esto: la desigualdad se da también en el procesamiento: desde el momento mismo en que los mecanismos policiales y los organismos de seguridad son puestos en marcha, las cosas operan de modo diferente según la clase social a la que se

⁵ De nuevo aquí debe remitir a la oración del fiscal J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por los locos", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 549 a 565.

⁶ Véase con referencia al caso colombiano a EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales, en el nuevo Código Penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 180 y siguientes; también puede verse con provecho el trabajo de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La Ideología de los delitos contra el orden socioeconómico", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 927 a 953.

pertenezca o al color político que se ostente, en particular si se trata de pequeñas poblaciones donde rige la institución del "gamonalato"; la falta de defensa para las personas que no tienen recursos es una de las fallas más protuberantes de nuestro actual sistema: seríamos muy optimistas si dijéramos que tan siquiera el 5% de los procesados en Colombia tienen su apoderado o defensor.

Lo anterior es solo un pálido reflejo de la realidad latinoamericana y en particular de Colombia. Y entonces se pregunta uno si las cosas han cambiado en más de 200 años desde el tiempo en que BECCARIA libró su lucha contra la pena de muerte y contra la tortura y abogó por la defensa del principio de la legalidad y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Porque en estas cosas sucede lo que en la vida cotidiana: a fuerza de tener presente un mismo estímulo de manera reiterada en sumo grado, termina por no percibirse como acontece con el tic tac de un reloj que se tiene al frente. De la misma manera, tanto se repiten en el campo teórico apotegmas tales como el del debido proceso o de la legalidad del delito, por ejemplo, que se acaba por tenerlos como algo natural y obvio. Y porque tales principios están en el papel y nos conmueven y nos parecen útiles (o "bonitos", dicen otros), no nos preocupamos por replanteárnoslos frente a la realidad. Y de su historia no sabemos sino que surgieron "por allá en la Revolución Francesa", sin indagar por su origen, por su desarrollo histórico. Así el tiempo va transcurriendo y nos olvidamos del sufrimiento que causó su reconocimiento e instauración. Todo esto ocurre sin mirar a nuestro alrededor, para de pronto encontrarnos con la dolorosa verdad de que estos principios son letra muerta.

De lo anterior deduzco que se impone mirar de nuevo a las grandes corrientes de pensamiento que tuvieron como *origen* una realidad concreta en alguna medida semejante a la nuestra y un *desarrollo* históricamente condicionado, pues estas corrientes de pensamiento, estudiadas en ese doble aspecto, pueden convertirse para nosotros en canteras inagotables de donde extraigamos el material que contribuya a fabricar el cambio de esta realidad que agobia. Y precisamente BECCARIA, como se deducirá del estudio de su obra, es una de esas canteras a la cual hoy, tanto como antes, tenemos que acudir.

II

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL EN LAS EDADES MEDIA Y MODERNA

El derecho penal en estas épocas estaba caracterizado por el absolutismo y la arbitrariedad en la función judicial; la desigualdad de las personas ante la ley, la cual se aplicaba con mayor rigor a las clases desvalidas; el carácter expiatorio de la pena; el abuso de la tortura y de la pena de muerte; la imprecisa definición de los delitos y amplios poderes de los jueces para determinar lo ilícito y para hacer interpretaciones analógicas de las leyes existentes. Estos eran los rasgos

fundamentales⁷ del derecho penal de la Edad Media y de la Moderna, hasta la Revolución Francesa.

Detengámonos en algunos de estos aspectos para que podamos comprender mejor la grandiosidad de la obra de BECCARIA, pues precisamente contra este sistema fue contra el cual luchó. Refirámonos al uso y abuso de la tortura y de la pena de muerte y a la arbitrariedad de la función judicial.

A. El abuso de la pena de muerte y la tortura

La pena de muerte se aplicaba aun en casos a los que hoy por hoy se les aplicaría solo algunos meses de prisión. Se abusaba de ella no solo por la *frecuencia*, sino también por la *forma* como se la practicaba. Aquí debe tenerse en cuenta lo siguiente: el sistema penal de la época se fundamenta sobre todo en el criterio de la *intimidación*⁸, ya que la pena era medio de escarmiento como puede leerse en las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio: "Pena es emienda de pecho ó escarmiento que es dado segunt ley á algunos por los yerros que ficeron. Et dan esta pena los judgadores á los homes por dos razones: la una es porque reciban escarmiento de los yerros que ficeron: lo otra es porque todos los que lo vieren ot lo oyeren, tomen ende enxemplo et apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo de pena"⁹.

Empero, un tal sistema debía llevar indefectiblemente a la aplicación de sanciones por encima de la pena de muerte, aun siendo esta la pena máxima. Cuando se habla de "sanciones por encima de la pena de muerte" se quiere decir que, como la pena de muerte no siempre apartaba a los hombres de cometer delitos, se vio necesario ejecutarla no sencilla y llanamente, sino en *determinadas* formas: ya no se trataba de matar sino de matar de *cierta manera*, haciendo sufrir. Las mentes debieron aguzarse para idear métodos de tormento que hicieran padecer a la víctima pero permaneciendo aún viva y sintiendo. Aparecen entonces 5 clases de pena de muerte: 1) el descuartizamiento por tiro de caballos; 2) el fuego; 3) la rueda; 4) la horca, y 5) la degollación¹⁰. ¡Quién creyera que cuando años más tarde se instauró la guillotina, ello constituiría precisamente un triunfo en la medida en que no estaba precedida de tormento físico!

Tomemos como ejemplo la ejecución de algunas sentencias, en Latinoamérica una y otra en Francia, para que veamos contra qué luchaba BECCARIA y para que podamos comprender el significado de su obra.

⁷ Así los ha resumido de manera clara y concisa. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, en sus *Lecciones de derecho penal*, parte general, Medellín, Edit. Universidad de Antioquia, 1962, pág. 18.

⁸ Sobre el particular, véase a JOSÉ ANTÓN ONECA, "Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración", Separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 166, Julio-Septiembre de 1964, Madrid, pág. 4.

⁹ *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, t. IV, partida VII título XXXI, ley I. París, Lecoigne y Lasserre, 1843, pág. 700.

¹⁰ Véase a JOSÉ ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración* cit., pág. 4.

1. Sentencia contra Túpac-Amaru ejecutada el 18 de mayo de 1781, según las leyes dictadas para las Indias por el sistema español, dictada por el Visitador General, José Antonio Areche:

"Debo condenar, y condeno a José Gabriel Túpac-Amaru, a que sea sacado a la plaza principal y pública de esta ciudad, arrastrado hasta el lugar del suplicio, donde presencie la ejecución de las sentencias que se dieran a su mujer, Micaela Bastidas, sus hijos, Hipólito y Fernando Túpac-Amaru, a su tío Francisco Túpac-Amaru, a su cuñado, Antonio Bastidas, y algunos de los principales capitanes o auxiliares de su inicua y perversa intención o proyecto, los cuales han de morir en el propio día; y concluidas estas sentencias, se le cortará por el verdugo la lengua, y después amarrado o atado por cada uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes, y de modo que cada una de estas se pueda atar, o prender con facilidad a otras que penden de las cinchas de cuatro caballos; para que, puesto de este modo, o de suerte que cada uno de estos tire de su lado, mirando a otras cuatro esquinas o puntas de la plaza, marchen, partan o arranquen de una vez los caballos, de forma que quede dividido el cuerpo en otras tantas partes, llevándose este, luego que sea hora, al cerro o altura llamada Picchu, adonde tuvo el atrevimiento de venir a intimidar, sitiar y pedir que se le rindiese esta ciudad, para que allí se queme en una hoguera que estará preparada, echando sus cenizas al aire, y en cuyo lugar se pondrá una lápida de piedra que exprese sus principales delitos y muerte, para sola memoria y escarmiento de su execrable acción. Su cabeza se remitirá al pueblo de Tinta, para que estando tres días en la horca, se ponga después en un palo a la entrada más pública de él; uno de los brazos al de Tungasuca, donde fue cacique, para lo mismo, y el otro para que se ponga y ejecute lo propio en la capital de la provincia de Carabaya; enviándose igualmente, y para que se observe la referida demostración, una pierna al pueblo de Livitaca en la de Chumbivilcas, y la restante al de Santa Rosa, en la de Lampa, con testimonios y orden a los respectivos corregidores, o justicias territoriales, para que publiquen esta sentencia con la mayor solemnidad por bando, luego que llegue a sus manos, y en otro igual día todos los años subsiguientes: de que darán aviso instruido a los superiores gobiernos, a quienes reconozcan dichos territorios. Que las casas de este sean arrasadas, o batidas y saladas a vista de todos los vecinos del pueblo o pueblos donde los tuviere o existan. Que se confiscuen todos sus bienes, a cuyo fin se da la correspondiente comisión a los jueces provinciales. Que todos los individuos de su familia, que hasta ahora no hayan venido, ni vinieran a poder de nuestras armas y de la justicia que suspira por ellos para castigarlos con iguales rigurosas y afrentosas penas, queden infames e inhábiles para adquirir, poseer u obtener de cualquier modo herencia alguna o sucesión, si en algún tiempo quisiesen, o hubiese quienes pretendan derecho a ella. Que se recojan los autos seguidos sobre su descendencia en la expresada real Audiencia, quemándose públicamente por el verdugo en la plaza pública de Lima, para que no quede memoria de tales documentos; y de los que solo hubiese en ellos testimonio, se reconocerá y averiguará adonde pararon los originales, dentro del término que se asigne, para la propia ejecución"¹¹.

¹¹ La sentencia contra Túpac Amaru la he extractado del libro *La rebelión de Túpac Amaru y los orígenes de la independencia hispanoamericana*, de BOLESŁAO LEWIN, Buenos Aires, Sociedad Editora Latinoamericana, 1967, págs. 476 y 477.

Y existe la narración de un testigo presencial, que describe el macabro espectáculo así:

"El viernes 18 de Mayo de 1781, después de haber cercado la plaza con las milicias de esta ciudad del Cuzco, que tenían sus rejonos y algunas bocas de fuego, y cercado la horca de cuatro caras con el cuerpo de mulatos y huamanguinos; arreglados todos con fusiles y bayonetas caladas, salieron de la Compañía, nueve sujetos que fueron los siguientes: —José Verdejo, Andrés Castelo, un zambo, Antonio Oblitas (que fue el verdugo que ahorcó al general Arriaga), Antonio Bastidas, Francisco Túpac-Amaru, Tomasa Condemaita, cacica de Acos, Hipólito Túpac-Amaru, hijo del traidor, Micaela Bastidas, su mujer, y el insurgente José Gabriel. Todos salieron a un tiempo, y uno tras otro venían con sus grillos y esposas, metidos en unos zurroneos, de estos en que se trae yerba del Paraguay, y arrastrados a la cola de un caballo aparejado. Acompañados de los sacerdotes que los auxiliaban, y custodiados de la correspondiente guardia, llegaron todos al pie de la horca, y se les dieron por medio de dos verdugos las siguientes muertes:

"A Verdejo, Castelo y a Bastidas se les ahorcó llanamente; a Francisco Túpac-Amaru, tío del insurgente, y a su hijo Hipólito, se les cortó la lengua antes de arrojarlos de la escalera de la horca; y a la india Condemaita se le dio garrote en un tabladorillo, que estaba dispuesto con torno de fierro que a este fin se había hecho, y que jamás habíamos visto por acá, habiendo el indio y su mujer visto con sus ojos ejecutar estos suplicios hasta en su hijo Hipólito, que fue el último que subió a la horca. Luego subió la india Micaela al tablado, donde asimismo a presencia del marido, se le cortó la lengua y se le dio garrote, en que padeció infinito, porque, teniendo el pescuezo muy delicado no podía el torno ahogarla, y fue menester que los verdugos, echándole lazos al pescuezo, tirando de una y otra parte, y dándole patadas en el estómago y pechos, la acabasen de matar. Cerró la función el rebelde José Gabriel, a quien se le sacó a media plaza; allí le cortó la lengua el verdugo y despojado de los grillos y esposas, lo pusieron en el suelo; atáronle a las manos y pies cuatro lazos, y asidos estos a la cincha de cuatro caballos, tiraban cuatro mestizos a cuatro distintas partes: espectáculo que jamás se había visto en esta ciudad. No se si porque los caballos no fuesen muy fuertes o el indio en realidad fuese de fierro, no pudieron absolutamente dividirlo, después de un largo rato lo tuvieron tironeando, de modo que lo tenían en el aire, en un estado que parecía una araña. Tanto que el Visitador, movido de compasión, porque no padeciese más aquel infeliz, despachó de la Compañía (desde donde dirigía la ejecución) una orden, mandando le cortase el verdugo la cabeza, como se ejecutó. Después se condujo el cuerpo debajo de la horca, donde se le sacaron los brazos y los pies. Esto mismo se ejecutó con la mujer, y a los demás se les sacaron las cabezas para dirigirlas a diversos pueblos. Los cuerpos del indio y su mujer se llevaron a Picchu, donde estaba formada una hoguera en la que fueron arrojados y reducidos a cenizas, las que se arrojaron al aire y al riachuelo que por allí corre. De este modo acabaron José Gabriel Túpac-Amaru y Micaela Bastidas, cuya soberbia y arrogancia llegó a tanto, que se nominaron reyes del Perú, Chile, Quito, Tucumán y otras partes, hasta incluir el gran Paititi, con locuras a este tono.

"Este día concurrieron un crecido número de gente, pero nadie gritó, ni levantó una voz: muchos hicieron reparo, y yo entre ellos, de que entre tanto concurso no se veían indios, a lo menos en el traje mismo que ellos usan, y si hubo algunos, estarían disfrazados con capas o ponchos. Suceden algunas cosas que parece que el diablo las trama y dispone, para confirmar a estos indios en sus abusos, agüeros y supersticiones. Dígolo porque, habiendo hecho un tiempo muy seco, y días muy serenos, aquel amaneció

tan toldado que no se le vió la cara al sol, amenazando por todas partes a llover; y a hora de las 12, en que estaban los caballos estirando al indio, se levantó un fuerte refregón de viento, y tras este un aguacero, que hizo que toda la gente, y aun las guardias se retirasen a toda prisa. Esto ha sido causa de que los indios se hayan puesto a decir, que el cielo y los elementos sintieron la muerte del inca, que los españoles inhumanos e impíos estaban matando con tanta crueldad"¹².

2. Como ejemplo de la arbitrariedad, crueldad y abuso de la pena de muerte, hay que citar el "Caso Calas" o *Affaire Calas* como se le conoce en los anales de los grandes procesos. La historia puede resumirse¹³ así: *Juan Calas*, anciano de 68 años, fue acusado de matar a su hijo en las circunstancias siguientes: él era el padre de una familia protestante residente en Toulouse, dedicada al comercio. Cierta noche los acompañó a cenar un joven amigo de sus hijos, y después de comer *Marco Antonio* dejó la reunión y bajó al almacén. Al rato, cuando el visitante se dispuso a salir, fue acompañado por Pedro, otro de los hijos de Calas, y cuál no sería su sorpresa al encontrar a Marco Antonio colgado del montante de la puerta. Pronto cundió el rumor de que el joven había sido ahorcado por Juan, su padre, ante la posibilidad de que se convirtiera al catolicismo. Esto ocurrió el 13 de octubre de 1761, en Toulouse, dominada entonces por el fanatismo religioso y el odio a los protestantes, fanatismo que no reparaba en el hecho de que otro hijo del acusado, *Luis Calas*, años antes se había convertido al catolicismo y su padre le pasaba una pensión; tampoco reparaba que una criada de la familia Calas, con 30 años de servicio, también era una ferviente católica. Todo parece indicar que realmente Marco Antonio Calas se suicidó: mostrábase desde hacia tiempo bastante melancólico; por ser protestante no pudo seguir sus estudios para doctorarse, pues había una prohibición en tal sentido; el tipo de lecturas que acostumbraba, etc. Cuando se le encontró, su traje estaba doblado sobre el mostrador, sus cabellos bien peinados, su cuerpo no presentaba signo de violencia alguna. Fuera de que resultaba absurdo pensar que un anciano de 68 años pudiese ahorcar fácilmente a un robusto joven.

Se sometió a la familia a torturas y a largo proceso, y, finalmente, a pesar de su inocencia, el fanatismo religioso fue la causa de que mientras al resto de la familia se le diera libertad después de múltiples padecimientos en prisión; a *Pedro Calas*, al hijo, se lo condenara al destierro y al anciano a ser torturado y a morir en la *rueda*, en "un juicio tan cruel como estúpido, porque a todos estaban complicados o todos eran inocentes"¹⁴, acota ANDRÉ MAUROIS.

La siguiente fue la sentencia pronunciada contra la víctima de tan dramático error judicial:

¹² BOLESZAO LEWIN, *La rebelión de Túpac-Amaru* cit., págs. 478 y 479.

¹³ Sobre este proceso puede verse la obra *Anales dramáticos del crimen o causas célebres españolas y extranjeras*, t. IV de don JOSÉ VICENTE CARAVANTES, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1860, págs. 353 a 388. Se seguirá citando como *Causas célebres*, pues es con este nombre como regularmente se conoce la obra.

¹⁴ ANDRÉ MAUROIS, en su biografía *Voltaire*, Barcelona, Editorial Plaza y Janes, S. A., Colección Los Clásicos del Siglo XX t. III, 1966, págs. 1314 y 1315.

"El año de mil setecientos sesenta y dos, a diez días del mes de marzo y después de mediodía, ante nos; el noble Francisco Raimundo David de Beaudrigue y M. Leonardo Daignan de Sendal, capitulares, del gran tribunal del consistorio, ha sido conducido por el verdugo, el llamado Juan Calas, padre, acusado de homicidio ejecutado por él en la persona de su hijo mayor Marco Antonio, al cual Juan Calas, estando este de rodillas, en camisa, con la cabeza descubierta, los pies descalzos y el dogal al cuello, se le ha dicho por M. de Pijon, abogado del rey, que habiéndose formado el proceso, tanto por nuestra autoridad como por la de la audiencia suprema del Parlamento, á petición suya y del señor procurador general por caso de homicidio, contra el susodicho Juan Calas, padre y consortes, el mencionado tribunal superior del parlamento, por su fallo de nueve del corriente, ha condenado al susodicho Juan Calas, padre, á hacer pública retractación delante de la puerta principal de la iglesia de San Estéban de Tolosa y á ser conducido en seguida á la plaza de San Jorge, en donde sobre un tablado construido al efecto, será hecho pedazos, vivo, y en seguida espuesto en una rueda, que estará junto al tablado el susodicho Juan Calas, padre, echado boca arriba y con la cara vuelta hácia el cielo para vivir allí padeciendo y arrepitiéndose de sus mencionados crímenes y maldades, todo el tiempo que el Señor se digne concederle de vida, y que su cuerpo, cuando esté ya muerto, sea arrojado á una hoguera que estará ya encendida en la mencionada plaza para que se consuma allí, esparciendo en seguida las cenizas al viento; previamente se le habrá aplicado al mencionado Calas, padre, á cuestión de tormento ordinaria y extraordinaria: ítem: se le condena á pagar cien sueldos de multa para el rey y se declaran confiscados sus bienes en beneficio de quien corresponda de derecho, salva la tercera parte de estos para su mujer e hijos si los tiene"¹⁵.

VOLTAIRE fue precisamente quien, luego de la ejecución, y durante 4 años, luchó hasta conseguir la rehabilitación de la familia Calas, obteniendo que la sentencia fuese casada (quebrada) en 1766.

El filósofo francés significó en aquel entonces lo que siglo y medio más tarde iba a representar EMILIO ZOLA en el "Affaire Dreyfus"¹⁶.

Debe destacarse cómo la tortura se practicaba, o bien dentro del proceso, o bien como paso preliminar hacia la muerte¹⁷. Es conocida la forma como terminó un proceso judicial en Milán en 1630: con la erección de una columna, conocida en la historia como "La Columna Infame", en la que se leía una inscripción que

¹⁵ La sentencia la he tomado de las *Causas Célebres* cit., t. IV, págs. 374 y 375.

¹⁶ La intervención de VOLTAIRE, solo puede ser aquí aludida de manera breve, pues el asunto merece consideración especial dentro del estudio de las grandes corrientes del derecho penal. Debe tenerse en cuenta que la obra de BECCARIA apareció en 1764 y que el filósofo francés libró su lucha por los Calas desde 1762, cuando un viajero proveniente del Languedoc pasó por Ferney en donde se encontraba VOLTAIRE. El relato del viajero fue reforzado por las manifestaciones de viva voz que la propia familia Calas, refugiada en Ginebra, le hizo al que de inmediato sería su más apasionado defensor. El caso discutido dio origen a la famosa obra de VOLTAIRE llamada *Tratado sobre la tolerancia religiosa*. Véase la obra *L'Affaire Calas* (Paris, Edit. Gallimard, 1975), en donde aparecen otros procesos como el seguido a la familia Sirven y el seguido al Caballero de La Barre. En español puede conseguirse el *Tratado de la Tolerancia*, Barcelona, Edit. Grijalbo, 2ª ed. 1984. Sobre el papel jugado por el filósofo en este proceso puede verse a JULIO DASSEN, en su obra *Voltaire defensor de Calas*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1963.

¹⁷ Se distinguía en relación con la tortura la *quaestio*, o sea la tortura como medio de investigación de la verdad: "*quaestio est veritatis indagatio per tormentum*". De otra parte, se distinguía la tortura como pena ella misma, o como medio de muerte lenta.

daba cuenta de los suplicios a los que fueron sometidos algunos ciudadanos acusados de haber contribuido a la difusión de la peste que azotaba la ciudad, acusación confirmada mediante el tormento. La dicha inscripción rezaba:

“Aquí donde este espacio se muestra, se levantaba en otro tiempo la barbería de Juan Jacobo Mora, quien, habiendo tramado una conjura con Guillermo Plaza, comisario de la Sanidad Pública, y con otros, empujó a muchos a una muerte espantosa, esparciendo aquí y allá ungüentos letíferos, mientras una peste atroz se encarnizaba. El Senado, habiéndolos juzgado enemigos de la patria, mandó que en un alto carro fueran primero desgarrados ambos con una tenaza candente y privados de la mano derecha; que fueran quebrados en la rueda; que, después de atados durante seis horas en ella, fueran degollados y a continuación quemados; que, para que nada quedase de hombres tan protervos, sus bienes fueran confiscados y sus cenizas arrojadas al río, y que, para que sea eterna la memoria de aquel suceso, esta casa, que fue oficina del crimen, fuera derribada al suelo y nunca reconstruida en lo venidero, y que fuera erigida una columna que se llame infame. Lejos de aquí, lejos, pues, los buenos ciudadanos, para que este suelo desgraciado e infame no os contamine”¹⁸.

La convergencia de dos ideas, de un lado la idea germánica de la pena-venganza, como un *mal* que debía infligirse como retribución del mal hecho a la víctima, y de otro lado la idea católica de la *expiación*, de la purificación mediante el dolor (derivada, a su vez, de la asimilación del delito al pecado), contribuyó a extremar los tormentos. Por esto se lee en la sentencia de Calas que se acaba de transcribir que este permanecerá en la rueda, “echado boca arriba y con la cara vuelta hacia el cielo para allí vivir *padeciendo* y *arrepintiéndose* de sus mencionados crímenes y maldades, todo el tiempo que el Señor se digne concederle vida”. Parece entonces que mientras más demorara la agonía, más se daría oportunidad al ajusticiado de arrepentirse. No es gratuito, pues, el hecho de que el *fuego* aparezca de manera tan reiterada como instrumento máximo de tormento: en la religión cristiana se alude con frecuencia al “fuego eterno del infierno” como pena para después de la muerte. Solo que en el tiempo que nos ocupa, antes de BECCARIA, el fuego se aplicaba también en vida. Así describe ZIGLER la práctica de la tortura con este elemento:

“Además del estiramiento, con velas encendidas se suele asar a fuego lento al reo en ciertas partes del cuerpo; o bien, en las puntas de los dedos, se le clavan bajo las uñas pedacitos de madera resinosa, a los cuales se aplica luego fuego; o bien se le pone a caballo sobre un toro o un asno de bronce vacío, dentro del cual se echan carbones encendidos, y, al calentarse el metal, sufre acerbamente y con increíble dolor”¹⁹.

¹⁸ Sobre este proceso puede verse a PIETRO VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1977, págs. 5 y siguientes. La inscripción de “La Columna Infame”, puede verse la pág. 67.

¹⁹ ZIGLER, citado por VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, pág. 75. Pero a pesar de lo que pueda conmovernos la utilización del fuego, más puede hacerlo el que se acudiera a otros medios también: repárese en lo que decía CLARO: “Un juez teniendo en la cárcel a una mujer sospechosa de delito, puede hacerla llevar secretamente a su estancia y, una vez allí, besarla, acariciarla, aparentar amarla y prometerle libertad, con el fin de acusarse del delito; y con tal medio cierto régente indujo a una joven a cargar un homicidio y la condujo a perder la cabeza”. (PIETRO VERRI, op. cit., págs. 79 y 80).

En fin, digamos para terminar este punto, que los textos de derecho criminal escritos por los más célebres juristas prácticos, daban consejos sobre la forma de proceder y describían minuciosamente los pasos de cada suplicio. Y es así como, según PIETRO VERRI, FARINACCIO aconsejaba al juez moderarse y abstenerse de atormentar al reo él mismo con sus propias manos, recordando haberse visto a un juez que tomaba al reo por los cabellos o por las orejas, golpeándole fuertemente la cabeza contra una columna y diciéndole: “Confiesa bellaco”; y BARTOLO DE SASSOFERRATO decía que no se podía imputar al juez la muerte del atormentado, pues “fué lo que me ocurrió a mí, que viendo a un joven alentado, lo sometí a tortura y al instante se murió”²⁰.

B. El absolutismo y la arbitrariedad en la función judicial

Ella derivaba, a mi manera de ver, de dos causas: de la concepción absolutista del poder político, que traía como consecuencia una concepción absolutista de la función penal y de la irracionalidad y arbitrariedad de los procedimientos.

1. *Concepción absolutista de la función penal.* Es lugar común en los estudios de teoría política el remontar a SAN PABLO la teoría del derecho divino de los reyes cuando en su *Epístola a los Romanos* (XIII, 1, 2, 3) decía: “Sométanse todos a las autoridades constituídas, pues no hay autoridad que no provenga de Dios, y las que existen, por Dios han sido instituidas. De modo que, quien se opone a la autoridad, se rebela contra el orden divino, y los rebeldes se traerán sobre sí mismos la condenación”.

La frase de Luis XV, en la que expresaba que “no recibimos nuestra corona más que de Dios, y el derecho a hacer leyes nos pertenece sin división ni independencia”²¹, y la de Luis XIV “El Estado soy yo”, son trasunto cabal de tal pensamiento, lo mismo que de lo dicho por Jorge II, en el sentido de que “Los reyes son las imágenes vivientes de Dios”. Con esta concepción del poder y del derecho, el delito se concibe entonces como una rebeldía contra el soberano y contra Dios y la pena no es más que una expiación de tal pecado. Lo que en el individuo “se castiga es su rebelión en contra del soberano y del Estado, de Dios en último término”, como dicen JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL, autores que señalan precisamente cómo existe una íntima relación entre la concepción del Estado y la concepción de la pena²², al igual que RUSCHE y KIRCHHEIMER señalaron la relación existente entre la ejecución de la pena y la estructura social.

²⁰ Véase a PIETRO VERRI, op. cit., págs. 76 y 77. También puede verse sobre lo que aquí se ha dicho últimamente, PIERO CALAMANDREI, en el *Prefacio* a la obra *De los delitos y de las penas* en la publicación que más adelante se describirá, págs. 48 y siguientes.

²¹ Cita de PAUL HAZARD, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1958, pág. 246.

²² JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL “Pena y Estado”, en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 115 y siguientes.

Una concepción absolutista del poder tenía como consecuencia una concepción absolutista de la función represiva, la cual tenía como característica la de no ser controlada por ley previa al acto, de ahí la arbitrariedad en la determinación de la infracción, y de ejercerse a voluntad del rey. Refiriéndose a estos aspectos en relación con Francia, RENÉ GARRAUD destaca que al no existir ley previa al hecho imputado se acudía a la costumbre, generalmente no escrita, la que determinaba las reglas del derecho penal. Solo en relación con algunos delitos particularmente temidos, como en un tiempo el hurto, existían *ordenanzas reales* que regulaban la punición, pero en todo caso se trataba de una legislación fragmentaria. En realidad, para la determinación de lo que era delito se acudía a la *jurisprudencia*, que a su vez acudió al derecho romano al que se consideró como "la razón escrita". La pena era considerada como una *venganza expiatoria* que pertenecía al rey y que se ejercía con el fin de intimidar, con fin de escarmiento. Así, se lee en un escrito del siglo XVIII: "La venganza está prohibida a los hombres y solo el Rey la puede ejercer por medio de sus oficiales, en virtud del poder que le viene de Dios"²³.

Precisamente refiriéndonos a Francia, la consideración del rey y su poder hace necesario aludir, de una parte, a los *poderes penales* que aquel tenía, y de otra, a la *clasificación de los delitos* que se originaba en la contemplación de su persona y su familia. En cuanto a lo primero, se tiene que el rey podía sustituir a los propios tribunales de juzgamiento con las siguientes atribuciones: a) poseía el derecho de gracia y amnistía, con gran abuso de las denominadas "Cartas de remisión, perdón o abolición de procedimiento"; b) se consideraba que el rey tenía derecho para imponer penas, sin intervención de la justicia y sin proceso alguno, penas que se ejecutaban por una simple orden que se denominaba "*lettre du cachet*"²⁴. De otra parte, la idea del poder absoluto de los reyes dio pie para dividir los delitos en crímenes de *lesa majestad humana*, crímenes de *lesa majestad divina*, y crímenes *contra los particulares*. Detengámonos en los primeros. El crimen de lesa majestad humana, durante el régimen feudal se confundió con la *felonía*, es decir, con la falta grave a los deberes del contrato feudal. Pero a medida que progresaba la monarquía absoluta hasta llegar al punto que se ha señalado anteriormente, se fue aplicando cada vez más a la persona y a la autoridad del rey lo que los juristas romanos escribieron en relación con la persona y la autoridad de los emperadores²⁵. Ahora bien: como no se separaba la persona del rey de su autoridad, se llegó entonces a comprender dentro de la especie de delitos de lesa majestad que se comenta, no solo los atentados contra él y su familia, sino también los atentados contra la autoridad y contra el Estado, y los ataques a la persona y funciones de los magistrados. Los atentados contra el soberano y su familia constituían los crímenes de lesa majestad de *primer orden*, que siempre acarrearán la pena de

²³ ARGUO, citado por RENÉ GARRAUD, en *Traité théorique et pratique de droit pénal française*, t. 1, París, Recueil Sirey, 1913, págs. 137 y 138.

²⁴ Véase a RENÉ GARRAUD, *Traité*, t. 1, pág. 140.

²⁵ GARRAUD, *Traité*, t. 1, pág. 141.

muerte y la confiscación de los bienes, pena que alcanzaba a los cómplices y no denunciantes²⁶.

Los delitos de lesa majestad de *primer orden* tenían las siguientes repercusiones:

a) Había una responsabilidad vicaria: respondía tanto el autor como su familia. Así, el 27 de marzo de 1610 se condenó a Ravaillac, quien mató a Enrique IV, y en la sentencia se ordenó a sus padres que abandonaran el reino sin poder regresar so pena de ser ahorcados, lo mismo a sus hermanos, tíos y otros familiares; el 27 de marzo de 1757 se condenó a Robert François Damiens, un desequilibrado mental que causó un leve rasguño a Luis XV, sentencia que cobijó también a sus padres²⁷; b) Fundándose la pena en la *intimidación*, en aquella época, como se ha visto atrás, la ejecución de la sanción por crímenes de lesa majestad de *primer orden* se llevaba a cabo con gran crueldad y aparato.

Lo anterior puede decirse en relación con Damiens, que fue condenado a "pública retractación ante la puerta principal de la iglesia de París", adonde debía ser "llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con una hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano"; después, "en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometié dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez, resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento".

"Finalmente, se le descuartizó, refiere la Gazette d'Amsterdam. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas...

²⁶ Como de *segundo orden* se consideraban todos aquellos delitos que atacaban el honor y la autoridad del rey, como la falsificación de monedas, el alzamiento arbitrario de impuestos, el peculado, la concusión, delitos a los que, a diferencia de los de *primer orden* que siempre acarrearán la muerte y la confiscación de bienes, tal como se ha dicho, se adscribían penas menos severas y los jueces tenían más libertad en la escogencia de ellas. En relación con los otros delitos, para los fines de este trabajo, basta con decir que se consideraban como crímenes de *lesa majestad divina*, la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el cisma, el sacrilegio, la magia, la brujería, la posesión demoníaca o la demonología. Como se pensaba que los atentados no podían ser penados menos que los atentados a la realeza, tales delitos eran cruelmente reprimidos utilizando de manera preferente el fuego, que se usaba con un sentido simbólico: a la vez que se penaba, se trataba de *purificar*. Finalmente, en la tercera categoría de delitos, contra los particulares, cabe enumerar el homicidio, el hurto, la falsedad, entre otros.

²⁷ Los autores explicaban el fundamento para que en los crímenes de *lesa majestad humana* la pena también cobijara a los parientes del responsable, y de manera concreta a los padres. Así, JOUSSE, decía que ello se hacía "a fin de causar un más grande horror de este crimen" y MUYART DE VOUGLANDS decía que la penalidad en estos casos "tiene por fin el de hacer a los padres más vigilantes en relación con las costumbres y la conducta de sus hijos y parientes". Citado por GARRAUD, *Traité*, t. 1, pág. 145. Estos dos autores son de suma importancia, pues fueron los primeros doctrinantes franceses representativos, y surgieron en el siglo XVIII. El primero escribe su obra en 1771 y el segundo en 1767. Véase a RAYMOND CHARLES, *Histoire du droit pénale*, París, Presses Universitaires de France, 1969, pág. 30.

"Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna, tan solo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: «Dios mío, tened piedad de mí; Jesús socorredme». Todos los espectadores quedaron edificadas de la solicitud del párroco de Saint Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente".

La descripción de un testigo presencial continúa así: "Se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que solo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación, un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomó unas tenazas de acero hechas para el caso, largas de un pie y medio aproximadamente, y le atenció primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo, de ahí pasó a las dos mallas del brazo derecho, y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas dos y tres veces del mismo lado, retorciendo, y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras.

"Después de estos atenceamientos, Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron con soguillas las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquéllas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos.

"El señor Le Breton, escribano, se acercó repetidas veces al reo para preguntarle si no tenía algo que decir. Dijo que no; gritaba como representan a los condenados, que no hay cómo se diga, a cada tormento: «Perdón, Dios mío», «perdón, Señor». A pesar de todos los sufrimientos dichos, levantaba de cuando en cuando la cabeza y se miraba valientemente. Las sogas, tan apretadas por los hombres que tiraban de los cabos, le hacían sufrir dolores indecibles. El señor Le Breton se le volvió a acercar y le preguntó si no quería decir nada; dijo que no. Unos cuantos confesores se acercaron y le hablaron buen rato. Besaba de buena voluntad el crucifijo que le presentaban; tendía los labios y decía siempre: «Perdón, Señor».

"Los caballos dieron una arremetida, tirando cada uno de un miembro en derechura, sujeto cada caballo por un oficial. Un cuarto de hora después, vuelta a empezar, y en fin, tras de varios intentos, hubo que hacer tirar a los caballos de esta suerte: los del brazo derecho a la cabeza, y los de los muslos volviéndose del lado de los brazos, con lo que se rompieron los brazos por las coyunturas. Estos tirones se repitieron varias veces sin resultado. El reo levantaba la cabeza y se contemplaba. Fue preciso poner otros dos caballos delante de los amarrados a los muslos, lo cual hacía seis caballos. Sin resultado.

"En fin, el verdugo Samson marchó a decir al señor Le Breton que no había medio ni esperanza de lograr nada, y le pidió que preguntara a los Señores si no querían que lo hiciera cortar en pedazos. El señor Le Breton acudió de la ciudad y dió orden de hacer nuevos esfuerzos, lo que se cumplió; pero los caballos se impacientaron, y uno de los que tiraban de los muslos del supliciado cayó al suelo.

Los confesores volvieron y le hablaron de nuevo. El les decía (yo lo oí): «Bésenme, señores». Y como el señor cura de Saint-Paul no se decidiera, el señor de Marsilly pasó por debajo de la sogas del brazo izquierdo y fué a besarlo en la frente. Los verdugos se juntaron y Damiens les decía que no juraran, que desempeñaran su cometido, que él no los recriminaba; les pedía que rogaran a Dios por él, y recomendaba al párroco de Saint-Paul que rezara por él en la primera misa.

"Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenceado sacaron cada uno un cuchillo de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos, a saber: primero el del lado derecho, el otro después; luego se hizo lo mismo con los brazos y en el sitio de los hombros y axilas y en las cuatro partes. Fué preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero, y el otro después.

"Una vez retiradas estas cuatro partes, los confesores bajaron para hablarle; pero su verdugo les dijo que había muerto, aunque la verdad era que yo veía al hombre agitarse, y la mandíbula inferior subir y bajar como si hablara. Uno de los oficiales dijo incluso poco después que cuando levantaron el tronco del cuerpo para arrojarlo a la hoguera, estaba aún vivo. Los cuatro miembros, desatados de las sogas de los caballos, fueron arrojados a una hoguera dispuesta en el recinto en línea recta del cadalso; luego el tronco y la totalidad fueron en seguida cubiertos de leños y de fajina, y prendido el fuego a la paja mezclada con esta madera.

"... En cumplimiento de la sentencia, todo quedó reducido a cenizas. El último trozo hallado en las brasas no acabó de consumirse hasta las diez y media y más de la noche. Los pedazos de carne y el tronco tardaron unas cuatro horas en quemarse. Los oficiales, en cuyo número me contaba yo, así como mi hijo, con unos arqueros a modo de destacamento, permanecimos en la plaza hasta cerca de las once.

"Se quiere hallar significado al hecho de que un perro se echó a la mañana siguiente sobre el sitio donde había estado la hoguera, y ahuyentado repetidas veces, volvía allí siempre. Pero no es difícil comprender que el animal encontraba aquel lugar más caliente"²⁸.

Pero al lado de la pena de muerte así ejecutada existían otras modalidades de ella y otras penas diferentes: la decapitación, la muerte en la hoguera, el ahorcamiento, el ser arrojado vivo en agua hirviendo, la mutilación de la lengua o el abrasamiento de esta con un hierro caliente, la exhibición pública del condenado amarrado con una abrazadera de hierro a un poste, los latigazos, las galeras, el

²⁸ Esta transcripción la he hecho del libro de MICHAEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, México, Edit. Siglo XXI, págs. 11, 12 y 13. También describe el tormento JUAN ANTONIO DEL VAL, en la *Introducción* al libro *De los delitos y de las penas*, edición de Alianza Editorial, Madrid, 1968, págs. 7 y 8. Así mismo puede verse el libro *Memorias de la familia de verdugos de París* (Santiago de Chile, Ed. Zig-Zag, 1940, págs. 62 a 79), que se achaca a HENRI SAMSON, el último descendiente de una familia dedicada al oficio de las ejecuciones. Resalta el hecho de que algunos particulares se hubiesen acercado al verdugo para insinuar tormentos: algunos propusieron que se le sacaran los dientes uno a uno; otros que se pelaran sus músculos y se echaran sobre ellos algún líquido corrosivo; otros, en fin, propusieron que se hicieran pequeñas bolitas de cáñamo y azufre para que fueran introducidas entre las uñas y luego encendidas. *Op. cit.*, pág. 71.

ser enterrado vivo²⁹. RAYMOND CHARLES caracteriza las penas existentes durante el *Ancienne Regime* diciendo que eran: *heterogéneas* y *arbitrarias*, en cuanto eran fijadas libremente por el juez y sometidas al capricho del rey, de quien emanaba la justicia; *desiguales*, pues los nobles eran decapitados mientras que los campesinos eran ahorcados, por ejemplo; eran, en fin, *demasiado rigurosas*, pues el simple hurto doméstico podía acarrear la pena de muerte, al lado de la cual existían otras penas como la galera, la picota pública, los grilletes, etc.³⁰.

2. *Irracionalidad y arbitrariedad de los procedimientos*. Lo primero, puede verse de manera patente en la institución denominada *Juicios de Dios* y lo segundo, en la aplicación del *procedimiento inquisitorial*, en lo cual bien vale la pena detenernos un poco.

a) *Los Juicios de Dios*. Durante mucho tiempo en la Edad Media rigió esta institución, consistente en ciertos actos ejecutados como pruebas dentro de un proceso, mediante los cuales se pretendía consultar la voluntad divina: eran un medio para indagar la verdad en los procedimientos judiciales, y se les explica hoy en día, como lo enseña LADISLAO THOT, como fruto de la superstición y de una falsa interpretación de las ideas teocráticas³¹. En efecto, se tenía la idea de que la administración de justicia entre los hombres estaba dirigida por la mano de Dios, quien decidía cuál de las partes tenía la razón en un proceso civil o criminal. Los "Juicios de Dios", según opinión del autor citado, "tenían por objeto la revelación de la justicia divina y la investigación de la justicia humana"³². De ellos se tienen ejemplos en el mundo antiguo y en diversos pueblos: así, se recuerda el caso de los jóvenes arrojados por Nabucodonosor al fuego y salvados por voluntad divina. Sin embargo, solo vinieron a generalizarse en la Edad Media, cuando se acudió principalmente al fuego y al agua; en el caso del *fuego* se utilizaba un hierro candente y pesado, según la gravedad del delito y la gravedad de las sospechas, hierro que el sujeto debía sostener entre sus manos. Según la prueba del *agua*, el procesado debía introducir sus manos en una pila de agua hirviendo. En ambos eventos se guardaban luego las manos del sospechoso en un saco durante 3 días, al cabo de los cuales se les destapaba para comprobar si había o no quemaduras, lo cual determinaba

la inocencia o la responsabilidad del sujeto, tal como lo explica LADISLAO THOT³³. THEODOR REIK alude al juicio del *pan* como otro de los elementos utilizados para esta clase de pruebas: el acusado debía tragar un gran trozo de pan sin masticarlo: si se atragantaba, era culpable, y si no, era inocente³⁴.

b) *Aplicación del procedimiento inquisitorial*. Basta con hacer breve referencia a las características de este procedimiento para confirmar lo dicho en el sentido de que la función judicial era arbitraria y absolutista, pues arbitrarios eran también los procedimientos. De manera somera se mencionarán aquí algunas notas del procedimiento³⁵ mediante el cual se juzgaba a gran número de personas por los tribunales de la Inquisición:

1) *Secreto*: Las averiguaciones se iniciaban sin que de ellas tuviese noticia el inculcado, los testigos debían jurar que no revelarían nada de lo que se les preguntara, y así mismo los funcionarios debían jurar no revelar a nadie lo que conocieran en relación con su oficio. Además, los que ejecutaban el tormento usaban capuchas para no ser identificados por los que lo sufrían. Un famoso inquisidor llegó a decir que el modelo de procedimiento era precisamente el que había seguido Dios con Adán y Eva: ¡los había condenado en secreto y sin testigos!³⁶;

2) *Utilización del tormento del hambre*: Este era uno de los más socorridos para debilitar al procesado e inducirlo a fáciles confesiones;

3) *Coacción sobre el reo*: La coacción mediante el juramento se hacía con el fin de que el reo confesara o denunciara a otras personas;

4) *Presunción de culpabilidad*: Mientras que hoy día en los regímenes de corte demoliberal la inocencia se presume, en el procedimiento inquisitorial, por el contrario, se presumía la culpabilidad y de ahí que se utilizaran todos los medios al alcance del inquisidor para confirmarla;

5) *Enjuiciamiento de menores*: Fue solo en la época de los concilios de Tolosa, Albi y Beziers cuando se fijó la edad de 14 años para los varones y 12 para las mujeres como límite para procesar y torturar;

²⁹ GARRAUD, *Traité*, t. I, págs. 143 y 144.

³⁰ RAYMOND CHARLES, *Histoire du droit pénal*, págs. 30 y 31.

³¹ LADISLAO THOT, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (arqueología criminal)*, La Plata, Talleres de Impresiones Oficiales, 1940, pág. 151. Los historiadores del derecho penal atribuyen diversos, orígenes a la institución: unos piensan que se generaron en la creencia popular de que el culpable debe ser sacrificado para calmar la ira de Dios y restaurar la paz pública perturbada, pero cuando la cuestión no era clara, se trataba de indagar la voluntad de Dios a fin de saber si la divinidad deseaba o no el sacrificio: los juicios de Dios entonces eran una forma de oráculo (PHILIPS), con la diferencia de que este indagaba por lo que iba a suceder, mientras que el acto procesal que nos ocupa indagaba lo que había ocurrido. Otro autor opina que el origen de los juicios de Dios hay que encontrarlo en la *faida*: esta, como se sabe, era una guerra entre familias o tribus distintas, y entonces, para evitar desgracias para ambos lados, era preciso establecer dónde estaba la responsabilidad y por esto había que indagar la voluntad de Dios (ROGGER). Y así, por el estilo, existen múltiples explicaciones. LADISLAO THOT, *op. cit.*, págs. 146 y 147.

³² LADISLAO THOT *op. cit.*, pág. 151.

³³ LADISLAO THOT, *op. cit.*, págs. 166 y 187. Aquí se narra la prueba del agua *caliente*. Porque había también la prueba del agua *fría*: se amarraba el brazo derecho al pie izquierdo, y el pie derecho al brazo izquierdo. En estas condiciones, se arrojaba al sujeto al agua: si se hundía era inocente y si flotaba era culpable; la razón de este proceder estaba en que como el agua había sido previamente bendecida, se creía que el agua bendita no recibiría al culpable y por eso debía flotar. (*Op. cit.*, págs. 187 a 189). El mismo autor menciona otros medios fuera del agua y el fuego: el queso, la sangre y el duelo.

³⁴ THEODOR REIK, *Psicoanálisis del crimen*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1965. A página 175 y siguientes se refiere a los *oráculos* y *ordalias*. A página 179, nota 5, se refiere al "juicio del pan".

³⁵ En esta parte he seguido a EDUARDO PALLARES, en su magnífica obra *El procedimiento inquisitorial*, México, Imprenta Universitaria, 1951, págs. 23 a 41.

³⁶ Así decían las instrucciones de Toledo: "En caso de que alguna persona sea testificada del delito de la herejía, si la testificación no fuere bastante para prisión, el testificado no sea llamado ni examinado, ni se haga con él diligencia alguna. Porque se sabe por experiencia que no ha de confesar que es hereje estando suelto y en su libertad: y semejantes exámenes sirven más de avisar los testificados que de otro buen efecto: y así conviene más aguardar que sobrevenga nueva probanza o nuevos indicios". Véase en *Apéndice* de la obra de PALLARES, cit., página 150.

6) *Juicio contra ausentes*: El hecho de ausentarse del lugar era tenido como indicio de responsabilidad, y la persona era condenada *in absentia*, sin ninguna garantía;

7) *Imprescriptibilidad de la acción y juzgamiento a los muertos*: Mientras que hoy existe la prescripción de la acción y de la pena con base en el criterio de que si el Estado no investiga oportunamente o no sanciona dentro de determinados lapsos, por seguridad para el ciudadano y para evitar la zozobra por tiempo indeterminado, la acción y la pena prescriben con el correr del tiempo según la gravedad de los hechos, en el procedimiento que nos ocupa no existía la prescripción, y el proceso no se interrumpía ni aun con la muerte. Si la falta era leve y la persona ya había sido sepultada, sus huesos eran desenterrados para ser dejados sin sepultura; si era grave, los huesos eran quemados y los herederos del culpable sufrían la pena de confiscación de sus bienes.

8) *Importancia de la prueba testimonial*: Mientras que modernamente la prueba de testigos se considera quizá la más peligrosa, pues ella puede prestarse a fraudes, errores y corrupciones, la Inquisición dio gran valor al testimonio, el cual revestía por lo demás, ciertas características: los testigos eran secretos y no había la posibilidad de controvertirlos ya que no había careos con el procesado, quien podía morir o ser encarcelado sin saber quien había sido su acusador. Pero hay más: se aceptaba a los testigos descalificados en otros procesos como inidóneos: o sea que si se trataba de acusaciones por herejía, cualquier testimonio, no importaba la tacha que tuviese, era admitido. Los mismos herejes, que para casi todos los efectos sufrían la *capitis diminutio maxima*, eran considerados testigos idóneos para acusar, y también eran admitidos como testigos idóneos los menores de edad. Las esposas, hijos y criados de los acusados no eran admitidos a declarar, a no ser que se tratara de declarar en contra del implicado. Finalmente, debe tenerse en cuenta que los testigos también eran atormentados, y la renuencia a declarar podía ser interpretada como ayuda al hereje y por lo tanto se tomaba como indicio de que también lo era;

9) *La prueba de indicios*. Cualquier signo o palabra era demostrativa de herejía o de complicidad en la herejía. Y así se cita el caso de un tal Arnaldo Baud de Monteral que fue declarado "sospechoso de herejía" en el año de 1254, porque continuó visitando y socorriendo a su madre después que esta fue declarada hereje. Así mismo, entrar en casa de un hereje era presunción grave de que también lo era;

10) *Tormento por la presunta culpa propia y por las culpas ajenas*: El tormento era un medio de averiguar la verdad, bien fuera para averiguar el delito, para determinar los posibles cómplices y, además para que se confesaran delitos ajenos de cuya existencia no tenía seguridad el tribunal. De aquí resultaba que los atormentados hacían dóciles acusaciones contra otras personas inocentes con el fin de que no se siguiera la tortura, lo que se hacía con tanta más facilidad cuanto sabían que sus nombres quedarían en secreto, pues ya se ha dicho que nadie sabía quien había acusado. Pero aquí existía una particularidad: cuando se atormentaba a una persona para que acusara a otra, no se le decía contra qué persona exactamente debía hablar o qué cosas se quería saber de ella, sino que se le aplicaba la tortura

para que dijera algo contra alguien. Así, decía la *Compilación de Toledo*: "...después de pronunciada la sentencia (de tormento) no se le debe particularizar cosa alguna, ni nombrarle persona de los que parecieren culpados o iniciados por su proceso..."³⁷. Esto se hacía porque la experiencia enseñaba que las personas en la agonía confirmaban cualquier cosa que se les preguntara. El proceder mencionado llevaba a otro resultado igualmente peligroso, como es el de que la persona denunciaba a cualquiera y por cualquier hecho con tal que se acabara el tormento;

11) *Existencia de espías y denunciantes secretos*: Los espías eran numerosos y los infiltraban en las mismas prisiones para que se ganaran la confianza de los acusados y los indujeran a hacer declaraciones que más tarde se hacían valer contra ellos. Entre estos espías se contaban muchos herejes conversos. Ahora bien: los herejes debían ser denunciados por cualquier persona y tal obligación regía también para los padres en relación con los hijos o para los hijos en relación con sus padres, y los hermanos debían también denunciarse entre sí. Un edicto publicado en México en 1571, decía sobre la persecución que se debía a tales individuos: "...no ayudaréis ni favoreceréis a los herejes, enemigos de nuestra santa fe católica, antes como a lobos y perros rabiosos, inficionadores de las ánimas cristianas y destructores de la esposa y viña del Señor que es su Iglesia Católica, los perseguiréis, manifestándoles y no encubriéndoles..."³⁸. De esta manera la Inquisición tenía todo y a todo mundo a su servicio: a la autoridad eclesiástica, a la autoridad civil y a los particulares, hasta para conformar ejércitos de apoyo, como lo señalan GUY y JEAN TESTAS³⁹. En relación con el apoyo de la autoridad civil, debe tenerse en cuenta la institución del *auxilium brachi saecularis*, el auxilio del brazo secular, consistente en el poder reconocido a los magistrados civiles de ejecutar las sentencias y ordenanzas de los tribunales eclesiásticos y de aplicar a los miembros del clero y de las religiones, penas corporales que la Iglesia imponía, pero que no ejecutaba. El Estado ponía pues su propio poder de coerción al servicio de la Iglesia. En los procesos contra los herejes, cuando se condenaba a muerte a alguno de estos, se pronunciaba el

³⁷ PALLARES, *op. cit.*, pág. 161.

³⁸ PALLARES, *op. cit.*, pág. 31.

³⁹ "La Iglesia se vio obligada (dicen refiriéndose a los alanzamientos en Italia contra los dominicos) a crear, a su vez, tropas armadas parecidas a la Sociedad del Santo Espíritu, instituida en Plasencia en 1260. Se fundó una liga católica, con el eficaz apoyo de los señores de Bolonia, Parma y Reggio, cuya misión era la de ocuparse de las ciudades que ofrecían resistencia a la Inquisición. De esta manera, Sermione, donde se encontraba un obispo cátaro, fue tomada en 1273, y doscientos patarinos de la ciudad sufrieron la condena a la hoguera transcurridos cinco años". Patarino se les decía a los herejes. Véase *La Inquisición*, Barcelona, ediciones Oikos-tau, S. A., 1970, pág. 23. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, en su obra *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* (siglos XVI, XVII, XVIII) —Madrid, Tecnos, 1969, págs. 85 y ss.—, destaca la relación con el Reyno de Castilla cómo el teologismo (denomina así al tenso clima religioso de la época y al control del mismo por los teólogos) no se quedaba en el mero escrutar los misterios de la divinidad sino que se orientaba también a fijar normas públicas, políticas, según las cuales debía regirse la ordenación social y el poder temporal para la consecución del fin superior: la protección de la fe. Los reyes consideraban que la unidad religiosa era factor decisivo que propiciaba la cohesión interna y facilitaba el ejercicio y fortalecimiento del poder, y de ahí la coincidencia entre la política secular y la eclesiástica. Este maridaje se encarnó precisamente en la institución del Santo Oficio de la Inquisición.

“abandono al brazo secular”, lo cual significaba que el reo era entregado a la autoridad civil para la ejecución de la pena^{39 bis}.

12) *Penas infamantes y responsabilidad vicaria*: Los condenados por herejía eran obligados a llevar por muchos años un sambenito (prenda de vestir penitencial, puesta sobre las ropas usuales) que los distinguía ante los demás como conversos; además se los obligaba a llevar pequeñas cruces sobre el pecho; o cruces en pecho, espalda y gorro, pintadas a gran tamaño y con azafrán, todo esto durante 8 ó 10 años. Más tarde se llegó a imponer esta pena de por vida. Todo ello era tan deshonoroso que a las mujeres solteras se las dispensaba a veces de estas penas con el fin de que pudieran encontrar marido, y a las mujeres con hijos para que no murieran de hambre. Cuando decimos que había una responsabilidad *vicaria* queremos significar por tal una responsabilidad delegada en relación con los familiares. Ejemplo de ello es una de las Instrucciones de TORQUEMADA: “...que los hijos y nietos de tales condenados no tengan ni usen oficios públicos, ni honras, ni sean promovidos a sacros órdenes, ni sean jueces, alcaldes, alguaciles, regidores, jurados, mayordomos, maestresalas, pensadores públicos, mercaderes, ni notarios, escribanos públicos, ni abogados, ni procuradores, secretarios, contadores, chancelleres, thesoros, médicos cirujanos, sangradores, boticarios ni corredores, cambiadores, fieles, cogedores ni arrendadores de rentas algunas, ni otros semejantes oficios que públicos sean o decirse puedan ni usen de los dichos officios, ni de alguno dellos por sí ni para otra persona alguna; ni so otro color alguno; ni trayan sobre sí ni en sus atavíos vestiduras y cosas que son insignias de alguna dignidad ó milicia eclesiástica, ó seglar”⁴⁰. La responsabilidad y la pena vicarias también se daban cuando se aplicaba la pena de confiscación, la cual se ejecutaba estando el preso vivo, o aunque ya hubiese muerto (también era posible juzgar a los muertos), y en este caso los perjudicados eran la esposa y los hijos del procesado a quienes a veces sólo a título de *limosna*, cuando eran menores, se les daba algo para que no murieran de hambre.

13) *Falta de garantías durante el proceso*: Ya se ha dicho que las acusaciones eran secretas y que los testigos no eran careados con el sindicado para que pudiera controvertir sus afirmaciones. Aquí solo resta manifestar que durante la aplicación de los tormentos había asistencia de médicos mas no con el fin de curar sino con el de prescribir la clase de tortura que causara mayores sufrimientos pero sin que la víctima muriese. No había defensa real por parte del abogado, por lo siguiente: al principio no se permitió nombrar abogado, ya que se creía que en los menesteres de la Inquisición siempre se obraría con “sencillez y derecho”, y, por tal motivo, no había nada de qué defender a nadie. Más tarde se permitió nombrar abogados, pero al fin y al cabo el letrado pertenecía también al cuerpo de inquisidores y,

pues que su propósito era también perseguir la herejía, se guiaba por los principios del Santo Oficio y por consiguiente el primer consejo que daba a su “defendido” era el de que confesara “con toda sencillez” si había cometido el crimen de herejía, hecho lo cual se retiraba para que entonces el responsable fuera sometido al castigo. La falta de garantías se refleja también en dos hechos más: primero, en el poder absoluto que tenía el inquisidor: contra sus sentencias no había recursos, eran inapelables; gozaba de inmunidades y tenía bajo sus órdenes a la población y al clero; segundo, en que el acusado podía quedarse en las mazmorras por muchos años sin llegar a ser sentenciado. Así se cuenta de una mujer en Tolosa (Francia), que, hecha prisionera en 1279, apenas fue condenada en 1310. Un tal Guillermo Garrie fue detenido durante 30 años y solo después de esta larga prisión fue llevado a la Carcasma para que confesara. Algunas veces las personas morían en la prisión, pero aun así el proceso seguía adelante hasta condenárseles muchos años más tarde.

Además de las anteriores características enunciadas por PALLARES, bien podríamos enunciar esta otra no menos importante: la *desproporción entre la falta y la pena*. En efecto, una simple afirmación, una simple actitud, eran sancionadas con los más cruentos suplicios o con varios años de cárcel. Según la obra de JOSÉ TORIBIO MEDINA, ante el comisario de Cartagena se denunció a un tal Francisco Díaz, barbero, de haber dicho que el acceso carnal con una mujer era simple pecado venial. Por orden del tribunal se le llevó preso hasta Lima (desde donde entonces se atendía a esta comarca, pues solo años más tarde se instauró el tribunal de Cartagena), y estuvo en auto de fe de 30 de noviembre de 1587; en 1588 un tal Juan Fernández, mercader, fue denunciado ante el comisario de Cartagena por haber dicho, al tener noticia de que un hombre se había ahorcado, “Dios le perdone”. Calificada esta proposición de herética, fue mandado prender con secuestro de bienes, y condenado a pagar cien pesos de multa y a que oyese una misa rezada en forma de penitente⁴¹. Téngase presente que antes de instaurarse el tribunal de Cartagena los procesados eran llevados hasta Lima, para ser juzgados, lo cual era ya suficientemente gravoso, hasta el punto de que así lo reconocía en 1600 el inquisidor don ANTONIO ORDÓÑEZ en solicitud que presentó al Consejo para la instauración de otros tribunales: “convendría V. S. trate acerca de esto y del remedio que se debe poner, porque tan largo distrito no se puede gobernar ni tener noticia de muchas ofensas de Dios, ni se pueden despachar las causas con la puntualidad que conviene y se hacen inmortales, porque la que menos dura es dos y tres años, y de ahí arriba; reciben notables daños los reos en sus haciendas, porque por la simple fornicación o por blasfemias heréticas o por ser casados dos veces o otros delitos, traer un hombre o una mujer 500 ó 1.000 leguas parece que no hay pena que se igualase a ésta”⁴².

^{39 bis} Véase sobre el particular a ALESSANDRO D'AVACK, en el *Diccionario de Política*, t. I, México, Ed. Siglo XXI, 1981, pág. 175.

⁴⁰ Citado por PALLARES, ob. cit., pág. 41.

⁴¹ JOSÉ TORIBIO MEDINA, *La Inquisición en Cartagena de Indias*, Bogotá, Carlos Valencia Editores, 1978, pág. 11.

⁴² Citado por JOSÉ TORIBIO MEDINA, *La Inquisición en Cartagena de Indias*, págs. 17 y 18.

III

APARICIÓN DE LA OBRA DE BECCARIA Y POSTULADOS FUNDAMENTALES

A. Las tensiones del autor por las denuncias que contenía

El anterior era el panorama de arbitrariedad y oscurantismo que se presentaba a los ojos de BECCARIA cuando escribió *De los delitos y de las penas*⁴³, al punto de que el libro fue publicado sin autor conocido: anónimo, ante el peligro de que por las críticas que hacía fuera prendido y procesado él mismo. De que él albergaba tal temor es prueba, en primer lugar, el hecho de que no hubiera querido aparecer inicialmente como el autor del libro, como acaba de decirse. Pero hay otra prueba más: en el capítulo XXVII, titulado "De un género particular de delitos", se refiere de manera patética, pero sin decirlo de manera expresa, a las conocidas en la historia como "caza y quema de brujas": "Quien lea este escrito, observará que dejo de lado una clase de delitos que ha cubierto a Europa de sangre humana, y alzó aquellas funestas piras en que servían de alimento a las llamas los cuerpos humanos vivos, cuando eran jocundo espectáculo y grata armonía para una ciega multitud los sordos y confusos gemidos de los desdichados que salían de entre los torbellinos de negro humo, humo de miembros humanos, entre el chirriar de los huesos carbonizándose y el freírse de las vísceras aún palpitantes"⁴⁴.

El párrafo anterior es bastante significativo del ambiente difícil en el que le tocaba escribir a BECCARIA, particularmente cuando se trataba de algunos temas como este de la herejía, al cual indudablemente hacía referencia: en efecto, eran tales el oscurantismo y la persecución, que, si bien se manifestaba de manera franca en contra de la tortura y la pena de muerte, no hacía otro tanto en relación con la *intolerancia* religiosa, como sí se hacía por ese entonces en Francia⁴⁵. Y cerca al párrafo transcrito, dice: "pero los hombres razonables verán que el lugar, el siglo y la materia no me permiten examinar la naturaleza de semejante delito"⁴⁶. Y en 1766 escribía una carta al abate MORELLET, quien lo había traducido al francés, en relación con algunos pasajes oscuros: "debo decirles que cuando escribí esta obra tenía a la vista los ejemplos de Maquiavelo, de Galileo y de Giannone. He oído el ruido de las cadenas que sacude la superstición, y los gritos del fanatismo

⁴³ Escrita en 1764, con el título *Dei delitti e delle pene*. Las citas que aparecerán a lo largo de este trabajo, las tomo de *De los delitos y de las penas*, edición hecha en Buenos Aires por Editorial Ejea, 1958, con prefacio y notas de PIERO CALAMANDREI.

⁴⁴ *De los delitos y de las penas*, pág. 226.

⁴⁵ Así lo destaca PAUL JANET en su obra *Historia de la ciencia política*, t. II, México, Editorial Nueva España, 1948, pág. 411. Aquí mismo indica JANET como BECCARIA en el capítulo mencionado para tratar de la herejía emplea el método equivoco y de doble sentido que consiste en defender las cuestiones mediante argumento de maldad, a fin de insinuar la opinión contraria a ellos y en consecuencia favorable a la causa que se defiende.

⁴⁶ BECCARIA, *op. cit.*, págs. 226 y 227.

que ocultan los gemidos de la verdad. La vista de estos espectáculos horribles me ha determinado a envolver la luz algunas veces en nubes algo oscuras". Y con humilde sinceridad agregaba: "He querido defender la humanidad sin ser su mártir"⁴⁷.

Y tenía razón: la arbitrariedad y el oscurantismo no se hicieron esperar, y pronto el monje ANGELO FACHINEI arremetió contra BECCARIA y por encargo del gobierno de Venecia escribió una obra titulada *Note ed osservazioni sul libro intitolato "Dei delitti e delle pene"* en la que lo denunció ante los inquisidores y los príncipes presentándolo como un ateo y blasfemo; alteró el texto y tildó a su autor de subversivo del orden, a quien había que sancionar. BECCARIA respondió por escrito a tales críticas⁴⁸, y tuvo que valerse entonces de nobles y amigos que lo protegieran para sustraerse a las persecuciones⁴⁹.

En fin, entremos ya a ver algunos puntos de la obra del autor que nos ocupa y dejemos lo dicho atrás solamente como una base que nos sirva para mirar y admirar el libro en los aspectos que nos interesan ahora con motivo del *Curso de Derecho Penal* que se desarrolla y del cual este trabajo es una parte.

B. Los postulados fundamentales

Entre los temas tratados por BECCARIA deben destacarse los siguientes:

1) *Fundamento* del derecho de sancionar; 2) Principio de *legalidad* del delito y de la pena; 3) rechazo de la *interpretación* por parte del juez; 4) *prevención* y no retribución como finalidad de las penas; 5) rechazo de la *pena de muerte*; 6) principio de la *separación de poderes*; 7) rechazo de la *tortura* como instrumento para averiguar la verdad en el proceso. Veamos estos puntos de manera más detenida.

1) *Fundamento del derecho de castigar*. Ya se ha señalado la coincidencia que existe entre la concepción del Estado y la concepción del delito y de la pena. Así mismo existe una coincidencia entre la concepción del fundamento de la autori-

⁴⁷ La carta de BECCARIA a MORELLET puede verse en la edición del *Tratado de los delitos y de las penas* hecha en Buenos Aires, por Editorial Heliasta, S.R.L., 1978, edición precedida de un estudio titulado *Beccaria y su obra*, de GUILLERMO CABANELLAS.

⁴⁸ La respuesta de BECCARIA a FACHINEI, puede verse publicada en la edición citada en la nota anterior, págs. 214 a 221.

⁴⁹ Sobre lo que aquí se dice véase a GUILLERMO CABANELLAS, en su estudio *Beccaria y su obra*, págs. 44 y 45; en la carta mencionada de BECCARIA a MORELLET, le decía: "El Conde de Firmiani está de vuelta en Milán, ya hace algunos días, pero está muy ocupado, y no he podido verle aún. El es el que ha protegido mi libro, y a él debo mi tranquilidad". Edición de la editorial Heliasta, pág. 231. Esta protección le era necesaria, pues la persecución podía provenir tanto de la Inquisición como del lado del gobierno civil. Esto explica que cuando hubiese decidido publicar su nombre, hubiese escrito una advertencia titulada "*Al lector*", (que habría de aparecer en las ediciones futuras) en la que se muestra bastante cauto en relación con el gobierno. Así al referirse a su estilo, a veces oscuro, dice que tal forma "aleja al vulgo no ilustrado e impaciente", con lo cual da a entender que nada hay que temer de él pues no es un subversivo; también dice que su obra, "lejos de menoscabar la autoridad legítima, servirá para acrecentarla" y que "quien quiera, honrarme con sus críticas, no comience, pues, por suponer en mí principios subversivos de la virtud o de la religión, cuando he demostrado que no son esos mis principios; y en vez de suponerme incrédulo o sedicioso, procure encontrarme ilógico o mal político". *De los Delitos y de las Penas*, cit. págs. 84, 85, 88 y 89.

dad política y el fundamento del poder sancionatorio. Se ha destacado también la opinión existente entre los iluministas acerca de la autoridad política y se ha visto que el contractualismo era la opinión dominante.

Pues bien, en este aspecto existe en BECCARIA una influencia directa del pensamiento de la Ilustración. Léase con detenimiento el siguiente párrafo:

“Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el depositario y administrador legítimo de ellas”⁵⁰.

Bien puede verse la coincidencia con ROUSSEAU en cuanto al punto de partida⁵¹. Aquí la autoridad ya no viene de Dios: la autoridad proviene de la “soberanía de la nación”, la cual no es sino la suma de las porciones de libertad que cada uno depositó con el fin de disfrutar un resto de libertad con seguridad y tranquilidad. El poder del soberano ya no es un poder derivado de la divinidad sino un poder derivado de la comunidad. La autoridad civil tiene pues su fundamento y legitimación en el contrato civil celebrado entre los hombres, contrato social que a su vez va a trazar los límites del ejercicio del poder⁵². La idea del contrato social era una idea dominante en la filosofía política moderna como en ALTHUSIUS, GROCIUS, HOBBS, SPINOZA, LOCKE y ROUSSEAU. Precisamente de este autor puede leerse en relación con el tema:

“Supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan por su resistencia las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiara su manera de ser.

“Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepasar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad.

⁵⁰ *Op. cit.*, pág. 97.

⁵¹ Digo “en cuanto al punto de partida” porque ya veremos que no coinciden exactamente, al menos en lo relacionado con la cantidad de libertad que los hombres decidieron depositar, como se verá más adelante destacando las consecuencias que BECCARIA saca de allí para negar la pena de muerte.

⁵² A mi manera de ver, en BECCARIA el contrato social explicaba ambas cosas y no solamente el límite del poder, en lo cual disiento de PAUL JANET, cuando afirma que la obra del marqués es una obra de “bastante débil filosofía” y que los principios sobre el contrato expuestos por BECCARIA “explican más bien los límites de este derecho que el fundamento del mismo”. *Historia de la ciencia política*, t. II, pág. 403. En efecto, si, como lo dice BECCARIA en el párrafo transcrito, después de afirmar que los hombres han depositado parte de su libertad, “la suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el depositario y administrador legítimo de ellas”, resulta claro para mí que según el pensamiento del autor, también el “poder” o “derecho de castigar” se fundamenta en el contrato social.

“Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre los principales instrumentos para su conservación, ¿cómo podría comprometerlos sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo? Esta dificultad, concretándola a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos:

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”.

Tal es el problema fundamental cuya solución da *El contrato social*⁵³.

Pues bien, de remontar el origen de la autoridad al pacto social celebrado entre los hombres resultaban limitantes para el ejercicio del poder punitivo. En efecto: la sociedad, la autoridad y la ley tienen su fundamento en la *necesidad* y, por consiguiente, todo acto de autoridad, proscripción o pena no necesaria, pasa a ser arbitraria por excesiva:

“Fue, pues, la *necesidad* lo que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad; es cierto, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho”⁵⁴.

Modernamente, esta idea parece a propósito de la discusión del carácter sancionatorio o subsidiario del derecho penal: como quiera que es el arma más letal que el Estado tiene en contra del ciudadano, ya que con ella puede zaherirlo en el goce de los bienes fundamentales (vida, libertad, propiedad, etc.), debe blandirla lo menos posible y solo en los casos que la necesidad requiera.

2) *Principio de legalidad del delito y de la pena*. Si, como se ha visto en el literal anterior, el fundamento del poder punitivo se encuentra en el pacto celebrado entre los hombres por medio del cual se autolimitan, y es en virtud de ese pacto que se dictan las leyes, son estas la única fuente de limitación de la libertad y de punición:

“Sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede, con justicia, infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad”⁵⁵.

Las penas solo pueden establecerse por el legislador y no por el magistrado. A este corresponde determinar si la ley ha sido o no violada y actuar como

⁵³ JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político*, en *Obras selectas*, 2ª ed., 1959, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, págs. 852 y 853.

⁵⁴ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 98.

⁵⁵ *Op. cit.*, págs. 99 y 100.

un tercero entre el legislador que erige el delito y el sujeto que delinque. Esta rigidez en el pensamiento de BECCARIA en relación con el principio de legalidad se explica por la misma concepción del demoliberalismo de lo que es la ley y lo que ella representa para el ciudadano, según el concepto que esta corriente del pensamiento tenía de la libertad. El demoliberalismo tenía un concepto de libertad en relación con la ley: esta es la libertad y la libertad es vivir dentro de los marcos de la legalidad. La ley no es una limitante de la libertad, sino una nueva expresión de ella. El demoliberalismo no concibe al Estado como un aparato *dominador* de clases, sino como un aparato *conciliador*: el Estado tiene como origen la necesidad de protección mutua, protección que buscaron los hombres que no querían seguir en lucha entre sí, haciendo el depósito de su libertad natural para formar la soberanía, la cual se expresa a través de la ley. Sin embargo, colocando su libertad en un depósito general para conformar la soberanía, no perdía nada el individuo, y por el contrario, ello revertía en su beneficio, ya que, como lo ha destacado VÍCTOR FLÓRES OLEA, “los individuos en cuanto participan de esa soberanía, encuentran asegurado el ejercicio de sus derechos particulares”⁵⁶. Precisamente, ROUSSEAU afirma que la dificultad que se plantea a los hombres en el estado de naturaleza es el de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y *permanezca tan libre como antes*”, según el párrafo antes transcrito⁵⁷.

De lo anterior surge, pues, que la ley no es una limitante sino una manera de que el ciudadano sepa cuáles son sus derechos. La ley no hace más que reflejar y concretar los derechos posibles del hombre. Este pensamiento de libertad como legalidad puede verse de manera expresa en MONTESQUIEU, para quien libertad es “el derecho de hacer todo aquello que las leyes permiten”; también este es el pensamiento de VOLTAIRE: en su *Diccionario Filosófico* narra el diálogo sostenido entre un europeo y un brahmán que atravesaban el Alta Asia:

“—¿En qué Estado y bajo qué dominación preferirías vivir?, le preguntó el consejero.

“—En cualquier parte menos en mi país, le respondió el compañero; y muchos siameses, persas y turcos dicen lo mismo.

“—Contestadme categóricamente, le replicó el europeo, ¿qué Estado preferiríais?

“—El Estado en que no se obedeciera más que a las leyes, contestó el brahmán”⁵⁸.

Y es que en el pensamiento demoliberal la ley significa libertad para el ciudadano, no solo en relación con los demás porque puede hacer todo aquello que no dañe a los otros; también la ley significa libertad en relación con el propio Estado. En efecto: es un principio básico en el demoliberalismo que el poder esté regulado,

reglado. Mientras que el individuo puede hacer todo aquello que no le esté prohibido por la ley, el Estado, al contrario, solo puede hacer aquello que la ley expresamente le permita. La ley le da seguridad al individuo frente al Estado, seguridad de que no va a ser molestado o de que lo será solamente en caso de que la infrinja. Y por ello BECCARIA establece el siguiente pensamiento como *dogma político*: “cada ciudadano tiene poder de hacer todo lo que no es contrario a las leyes, sin tener otro inconveniente que el que pueda surgir de la acción misma”⁵⁹. He aquí la importancia que el autor daba a la *legalidad*: esta era la garantía de la libertad.

3) *Rechazo de la interpretación de la ley por parte del juez*. El rechazo de la interpretación de la ley por parte del juez no es sino una consecuencia lógica del anterior punto: si solo la ley puede decretar lo que es delito o no, entonces ella lo debe decir de manera clara y no de manera oscura, al punto de necesitar interpretación por parte del juez, con el peligro de la arbitrariedad en la determinación de lo que es ilícito. El magistrado encargado de determinar cuándo existe violación de la ley y su aplicación, no puede convertirse en legislador interpretándola y por esto debe limitarse a aplicarla en su tenor literal, evitando los desvíos a los que puede conducir el buscar su *espíritu*:

“Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón de que no son legisladores”, dice⁶⁰.

La sentencia del juez debe ser un silogismo perfecto, en el que la *premisa mayor* es la ley general; la *premisa menor*, el hecho concreto realizado; y la *consecuencia o conclusión*, la libertad o la pena. La ley no debe interpretarse por el juez, pues entonces se convertiría en legislador, con la consiguiente confusión para el ciudadano, que no sabría a qué atenerse: “un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal, es inatendible en comparación con los desórdenes que nacen de la interpretación”⁶¹.

Para evitar la interpretación de las leyes por parte de los jueces, aquellas deben ser claras y escritas en lengua comprensible.

Oponía pues BECCARIA el principio de legalidad como salvaguarda de la libertad del ciudadano al estado que se vivía hasta entonces: las sentencias se dictaban con base en las *opiniones doctorum* y se reducían a ser expresiones del más ilimitado arbitrio personal del juez⁶². Tal temor a la interpretación es ostensible también en MONTESQUIEU, quien en el *Espíritu de las leyes* ya había escrito:

“Mientras más el gobierno se aproxima a la república, más llega a ser fija la manera de juzgar ... En los estados despóticos, no existen leyes: el juez mismo es

⁵⁶ VÍCTOR FLÓRES OLEA, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, México, Universidad Autónoma de México, 1975, pág. 29.

⁵⁷ JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político*, pág. 853.

⁵⁸ VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, t. II, Buenos Aires, Edit. Araújo, 1938.

⁵⁹ *Op. cit.*, pág. 192.

⁶⁰ *Op. cit.*, pág. 101.

⁶¹ *Op. cit.*, pág. 106.

⁶² *Op. cit.*, pág. 102. Véase a PIERO CALAMANDREI, notas a la traducción de la obra de BECCARIA que se cita, pág. 102.

su regla... En el gobierno republicano, es de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra quien se pueda interpretar una ley, cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida”⁶³.

“Los juzgamientos deben ser fijos a un punto tal que no deben ser más que un texto preciso de la ley. Si ellos fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber precisamente los compromisos que allí se contraen”⁶⁴.

Al parecer fue tanta la influencia que tuvo la opinión de MONTESQUIEU negando la interpretación de la ley por parte de los jueces, que en las primeras constituciones surgidas de la Revolución, v. gr. la Constitución de 1781, disponía en el capítulo V, art. 21, que si después de dos casaciones una sentencia de un tribunal era atacada por las mismas razones por las que lo fue en las dos primeras, “la cuestión no podrá ser agitada ante el tribunal de casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, quien producirá un decreto declaratorio de la ley, al cual el tribunal de casación estará obligado a conformarse”⁶⁵. Con esto se quería recalcar la neta separación de poderes y el temor a que fuera el juez el que interpretara la ley.

La pretensión de que las leyes no necesitaban interpretación alguna y que ella podía ser aplicada de manera mecánica a la vida real, según enseña LUIS RECASÉNS SICHES había solido presentarse a raíz de las grandes codificaciones e incluso también después de las grandes compilaciones. Este autor recalca el hecho de que en Prusia, con ocasión de la publicación del *Allgemeines Landrecht*, Federico II dictó ordenanzas prohibiendo todo comentario privado a dicha ley penal, y anota además que José II de Austria en 1786 dictó disposición en el mismo sentido. Y como antecedentes de esta actitud cita a JUSTINIANO⁶⁶. Esta actitud se refleja en la anécdota según la cual, ante el primer comentario al Código Civil de Napoleón, este exclamó: “Mi Código está perdido”. Pues bien: este apego al texto estricto de la ley puede tener distintos sentidos, a mi manera de ver, según la época y los personajes. Así, en relación con las antiguas leyes, ello puede explicarse como consecuencia del carácter autoritario que ostentaron ellas y por su vocación para ser seguidas

⁶³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois. Oeuvres complètes*, París, Firmin-Didot Frères, MDCCCXXXVIII, pág. 228.

⁶⁴ MONTESQUIEU, *op. cit.*, libro XI, capítulo VI, pág. 266.

⁶⁵ Puede verse *Les Constitutions de la France depuis 1789*, París, Edit. Garnier-Flammarion. 1970, pág. 61. Esta obra está presentada por JACQUES GODECHOT. Sobre lo que se viene diciendo puede consultarse también a FRANÇOIS GENY, en su obra *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Edit. Reus, 1925. Págs. 78 y ss.

⁶⁶ LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México, Edit. Porrúa, 2ª ed., 1973, págs. 190 y 191. También puede verse sobre lo mismo a SEBASTIÁN SOLER, *Interpretación de la ley*, Barcelona, Edit. Ariel, 1962, págs. 8 y 9. Este autor recuerda que también poco después de la sanción del Código Penal de Baviera, en 1813, se prohibió escribir comentarios y lecciones orales que versan sobre él. (Pág. 8). También SAVIGNY recuerda que Federico II prohibió toda interpretación del Código Civil prusiano, “de manera que el cometido del juez pudiera consistir en una especie de aplicación mecánica”. Véase la polémica entre THIBAUT y SAVIGNY, en *La codificación*, publicación de Aguilar, Madrid, 1970, pág. 113, en el trabajo de SAVIGNY, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, de págs. 47 a 169.

al pie de la letra⁶⁷; el apego al texto que mostró la Escuela de la Exégesis, surgida después de las grandes codificaciones de principios del siglo XIX, puede explicarse por el demasiado entusiasmo de la burguesía y la desmedida esperanza que fincó esta en la ley positiva: supuesto que los códigos concretaban toda la serie de derechos naturales posibles que el hombre podía tener, el juez no tenía sino que consultar tales códigos para que estos fueran reconocidos⁶⁸. Pero en MONTESQUIEU y BECCARIA la posición que se comenta tiene como finalidad la seguridad del ciudadano, la cual se vería en peligro si el juez tuviese libertad en la interpretación, ante el peligro de que se convirtiese en legislador. La idea de BECCARIA en relación con la prohibición de la interpretación por parte del juez, para decirlo de manera clara, es una idea derivada de otra básica y general: la regla de la separación de poderes.

4) *La pena: fundamento, fines de ella y requisitos de eficacia*. Ya se ha visto cómo el origen de la pena fue la necesidad de regular la coexistencia de los distintos miembros de la sociedad: la autoridad no sería sino la administradora de la soberanía resultante de las cuotas de libertad depositadas, administración que se haría en beneficio de todos. La función punitiva se ejerce pues por la *necesidad* de aplicar “motivos sensibles” como amenazas para el ciudadano que no quiera respetar el pacto. Si se fuera a expresar esto con un adagio actual, diríamos que el ejercicio de la actividad de punir es “un mal necesario”. De aquí surge que ella no debe desplegarse de modo arbitrario, sino que debe ser regulada y obedecer a ciertos criterios que sirven de control. Y aquí tenemos la *necesidad* y la *proporcionalidad* como criterios orientadores en relación con la pena: su fundamento y ejercicio. La pena debe fijarse solo dentro del marco de la estricta necesidad, siendo tiránica y cruel la que exceda los límites de lo necesario: “las penas que sobrepasen la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, dice, son por su naturaleza injustas; y tanto más justas son las penas, cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos”⁶⁹.

Para BECCARIA las penas son “motivos sensibles” mediante los cuales se pretende refrenar el ánimo despótico del ciudadano a sustraer la porción de libertad que enajenó y la de los demás. Ella no tiene por finalidad sino *prevenir* los delitos y en ningún momento atormentar al ciudadano por el hecho cometido. El delito cometido no se borrará por el hecho de hacer sufrir a quien lo cometió:

“El fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido... ¿Los gritos de dolor de un infeliz, harán que desaparezcan del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que lo hagan iguales”⁷⁰.

⁶⁷ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS sostiene este punto de vista: *Curso de derecho penal*, t. 1, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 163.

⁶⁸ Véase a SEBASTIÁN SOLER, *Interpretación de la ley*, págs. 14 y ss.

⁶⁹ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 99.

⁷⁰ BECCARIA, *op. cit.*, págs. 148 y 149.

La pena no debe tener, pues, una finalidad talional, retributiva. El mal de la pena no es un mal porque se ha causado otro mal, el cual se pretende expiar, sino que tiene por finalidad evitar nuevos delitos: “¿cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres”, pregunta y responde contundentemente⁷¹.

La pena es un mal, y BECCARIA no lo niega. Al contrario, lo reconoce y precisamente porque es un mal que se impone al ciudadano, hay que circunscribirla, limitarla, proporcionarla, regularla, en fin, para decirlo con una terminología moderna, es preciso una *racionalización* de la función punitiva, para que no haya abusos. Y hay que ejercer la función sin excesos pero con eficacia: “el peso de la pena, dice, y la consecuencia de un delito debe ser lo más eficaz que sea posible para los demás y lo menos dura para quien la sufre”⁷².

Descartada la finalidad retributiva de la pena, debiéndose atender solamente a la función preventiva, expresa el autor los criterios directivos para atender a la eficacia según el fin en ella establecida: la *prontitud* y la *certeza* son dos características esenciales que posibilitan su cometido: con referencia a la *prontitud* sostiene BECCARIA que, cumpliendo la cárcel o la detención preventiva un papel de simple custodia del individuo que ha delinquido, con el fin de evitar la fuga o el ocultamiento de pruebas por su parte, “debe durar el menor tiempo posible, y debe ser lo menos dura posible” y que la pena debe aplicarse de manera rápida porque “cuanto menor sea la distancia del tiempo que medie entre la pena y el crimen, tanto más fuerte y más duradera será en el ánimo del hombre la asociación de estas dos ideas, *delito* y *pena*; al punto que insensiblemente se considerarán la una como causa y la otra como efecto necesario e indefectible; es necesario que exista proximidad entre el delito y la pena si se quiere que en las mentes de los hombres a la seductora pintura de un delito ventajoso, se perciba inmediatamente la idea asociada de la pena”⁷³. Y con referencia a la *certeza* dice que no es la crueldad de una pena la que garantiza su eficacia sino su infalibilidad: “La certeza de un castigo, aunque moderado, hará siempre una mayor impresión, que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad”⁷⁴.

Obsérvese el papel que juega el criterio de *utilidad* en el pensamiento de BECCARIA. Este autor es seguidor de una ética *utilitarista* opuesta a la ética *formal* pregonada por KANT. Como se sabe, entre las distintas formas de manifestarse el pensamiento ético en la civilización occidental se destacan, al lado de la Ética de bienes y valorativa, la denominada *Ética empírica*, una de cuyas orientaciones es el utilitarismo, y la denominada *Ética formal kantiana*⁷⁵. El utilitarismo identifica el *bien* con lo *útil*, pero en la vertiente seguida por BECCARIA el criterio de

⁷¹ *Op. cit.*, pág. 131. Más adelante en el mismo capítulo sobre “La tortura”, dice, refiriéndose a la pena, que “el único fin que le es propio” es “el de apartar por el temor a los otros hombres de un delito igual”. (*Op. cit.*, pág. 137).

⁷² *Op. cit.*, pág. 174.

⁷³ *Op. cit.*, págs. 174 y 175.

⁷⁴ *Op. cit.*, pág. 177.

⁷⁵ Sobre estas distintas manifestaciones del pensamiento ético, puede verse a EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, en su obra *Ética*, México, Edit. Porrúa, S. A., 1970, págs. 30 a 48.

utilidad está referido a la idea de *felicidad*, al punto de que ABBAGNANO dice que fue él quien por primera vez formuló el principio de que el fin de la actividad humana es “la máxima felicidad compartida por el mayor número”, fórmula que más tarde aceptó BENTHAM⁷⁶.

Mientras que el pensador italiano sostenía el fin preventivo de la pena tal como se ha visto, KANT sostenía que la pena es un mal que se inflige al delincuente por el daño causado. “La pena jurídica, dice el filósofo, nunca puede aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable *por la sola razón de que ha delinquido*”⁷⁷. Y continúa el pensamiento de la siguiente manera: “... jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata lo garantiza contra tal ultraje, aun cuando pueda ser condenado a perder la personalidad civil. El malhechor debe ser juzgado *digno de castigo* antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico”⁷⁸. La posición de BECCARIA distaba bastante de la anterior, ya que llegaba hasta pregonar la impunidad de un hecho de no ser necesaria la punición. Así, en algún pasaje de su obra se lee: “un mal ya realizado y para el que no hay remedio, no puede ser castigado por la sociedad política más que en cuanto influya sobre los demás con la seducción de su impunidad”⁷⁹. En cambio, KANT manifestaba que “si la sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como, por ejemplo, un pueblo que habitase una isla, si decidiese abandonarla y dispersarse, el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia”⁸⁰.

En las transcripciones hechas, pueden verse las dos grandes corrientes de pensamiento que se perfilan en relación con el fin que se le asigna a la sanción penal. *Retribución* y *disuación* son los polos que orientan estas distintas orientaciones, mirando una y otra, ya el delito cometido, ya el delito o delitos que se trata de evitar. O como dice PIERRETTE PONCELA resumiendo ambos pensamientos: “la *disuación* hace de la pena una apuesta, un riesgo calculado. Ella apunta al *futuro* bajo el pretexto del pasado; la *retribución* hace de la pena un regreso: apunta

⁷⁶ La frase de BECCARIA está en *De los delitos y de las penas*, pág. 92. A. NICOLA ABBAGNANO puede verse en *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pág. 1146. En el mismo sentido de este último autor, véase a PIERO CALAMANDREI, en las notas al libro de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, pág. 92, nota 1.

⁷⁷ EMMANUEL KANT, *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Ed. Americana. 1943, pág. 171. Las subrayas son del texto.

⁷⁸ EMMANUEL KANT, *Principios*, págs. 171 y 172.

⁷⁹ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 131.

⁸⁰ EMMANUEL KANT, *Principios*, pág. 174.

al pasado bajo el pretexto del futuro”⁸¹. Para decirlo en brocados latinos, la teoría de la retribución castiga *quia peccatum est*, la teoría de la prevención castiga *ne peccetur*: en aquella porque se pecó; en esta, para que no se peque. BECCARIA, que partía de lo útil como criterio de decisión de lo bueno o de lo no bueno, debía llegar pues a conclusiones diferentes de las de KANT en relación con el fin de la pena, ya que partían de dos concepciones diferentes de la Ética⁸². Él no tenía puestos los ojos en los dictados de la justicia absoluta, sino en el criterio de conveniencia, como lo prueban las siguientes palabras suyas puestas en la *Advertencia al lector* que aparecería a partir de la segunda edición de su obra, en la que busca la manera de alejar de sí las sospechas de ser subversivo: “corresponde a los teólogos establecer los confines de lo justo y de lo injusto en lo que respecta a la intrínseca malicia o bondad del acto; el establecer, en cambio, las relaciones de lo justo y de lo injusto en política, es decir, de lo útil y de lo perjudicial a la sociedad, corresponde al publicista”⁸³.

Por lo demás, otros juristas de la Ilustración participaron del mismo criterio utilitarista⁸⁴. Así, puede verse a ROMAGNOSI diciendo que “si después del primer delito se tuviera la *certeza* moral de que luego no ocurriría ningún otro, la sociedad no tendría *ningún* derecho para castigarlo”⁸⁵; también era este el pensamiento de FILANGIERI, lo que puede comprobarse en una vieja traducción española que de él existe: “Ni la venganza de la ofensa hecha a la sociedad, ni la expiación del delito, son los objetos de las penas. La venganza es una pasión, y las leyes están exentas de ella; ni la justicia es una de aquellas terribles divindades, á las cuales inmolan víctimas humanas sus crueles adoradores, para aplacar el furor que ellos les atribuyen. Cuando las leyes castigan, tienen á la vista la sociedad y no al delincuente; las mueve el interés público, y no el odio privado; buscan un ejemplar, un escarmiento para lo sucesivo, y no una venganza de lo pasado... El objeto pues de las leyes, cuando castigan los delitos, no puede ser sino impedir que el delincuente haga otros daños á la sociedad, y retraer á los demás de imitar su ejemplo, por medio de la impresión que debe causar en sus ánimos la pena que

⁸¹ PIERRETTE PONCELA, “Por la pena, disuadir o retribuir”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 906. Las bastardillas no son del original. Sobre el pensamiento retribucionista en la concepción de la pena, puede verse la obra conjunta *Rétribution et justice pénale*, Travaux et Recherches de l'Université de Droit d'économie et de Sciences Sociales, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, en la cual aparecen trabajos de la misma PONCELA, F. BLONDIEAU, J. CHANTEUR, y otros.

⁸² Sobre las dos mencionadas condiciones éticas como punto de partida de los dos pensadores, véase el trabajo del profesor BENIGNO MANTILLA PINEDA, “Kant contra Beccaria”, en la *Revista de Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia*, vol. XXIII, núm. 66, Medellín, Imprenta de la Universidad, 1964, pág. 329.

⁸³ BECCARIA, en la advertencia *Al lector*, en la publicación de Ediciones Jurídicas Europa-América, cit., pág. 88.

⁸⁴ Sobre las relaciones entre el utilitarismo y la ilustración, puede verse a UGO SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, t. 1, Roma, C. de Alberti Editore, 1925, págs. 36 y ss.; así mismo FAUSTO COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1953, en especial pág. 103.

⁸⁵ GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Génesis del derecho penal*, Bogotá, Edit., Temis, 1956, pág. 108.

él padece”⁸⁶; así mismo JEREMÍAS BENTHAM, partiendo del principio de que la felicidad debe ser el objeto del legislador y la *utilidad general* el principio del razonamiento en legislación, refiriéndose a la materia que nos ocupa, expresaba: “... todo el sistema de la moral, y todo el sistema de la legislación se fundan sobre esta base única, *el conocimiento de las penas y de los placeres*, ...En moral o en legislación, un razonamiento que no puede traducirse por estas voces sencillas *pena y placer*, es un razonamiento oscuro y sofístico de que nada puede sacarse. Si quieres, por ejemplo, estudiar la materia de los *delitos*, que es el grande objeto que domina toda la legislación, este estudio no será más en el fondo que una comparación, un cálculo de placeres y penas”⁸⁷; FEUERBACH rechazó la retribución y, por el contrario, fue partidario de la prevención de la pena, aunque con preferencia por la denominada “prevención *general*”⁸⁸, mientras que LARDIZÁBAL sostenía como fin de la pena la seguridad de los ciudadanos y la salud de la República e introducía otro, el de la *corrección* del delincuente, “para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad”⁸⁹.

5) *Rechazo de la pena de muerte*. Ya se ha visto que la pena de muerte era impuesta de manera común y ejecutada con gran despliegue de tormentos. BECCARIA se declara en contra de ella (si bien llega a aceptarla en casos excepcionales) pues, dice, “si demuestro que no es la muerte ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad”⁹⁰. Y para demostrar que no es ni útil ni necesaria, sostiene que no es la *intensidad* de la pena lo que produce el mayor efecto en el ánimo de los hombres sino la *extensión* de ella; que las ideas morales se infunden en la mente de los hombres por medios de efectos duraderos y golpes reiterados, no por un sufrimiento que, aunque terrible, sea pasajero. Afirma asimismo que los trabajos forzados, por ejemplo, la pena de esclavitud, un hombre privado de su libertad, “convertido en bestia de servicio”, constituye el freno más poderoso contra los delitos⁹¹. Son las impresiones duraderas y frecuentes y no las fuertes las que alejan a los hombres de los delitos. Las atrocidades inquisitivas antes que servir de freno a los delitos, tienen un efecto contrario, pues que el pueblo se acostumbra a la ferocidad violenta, a la crueldad, la cual es fuente de delitos.

⁸⁶ C. FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, ilustrada con comentarios de BENJAMÍN CONSTANT, t. 6, 3ª ed., Paris, Librería española de Lecointre, 3ª ed., 1836, págs. 17, 18 y 19. A página 18 se encuentra una frase idéntica a otra de BECCARIA, aunque en verdad no cita a este autor: ¿“Podrán por ventura los gritos de un infeliz arrancar al tiempo que huye y no vuelve las acciones ya consumadas?”.

⁸⁷ JEREMÍAS BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Editora Nacional, 1981, págs. 27 y 48.

⁸⁸ ANSELMO VON FEUERBACH, referenciado por EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1971, págs. 24 a 26.

⁸⁹ Sobre el pensamiento de este y los que se acaban de citar, en relación con el sentido de la pena, puede consultarse a JOSÉ ANTON ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, págs. 3 a 15.

⁹⁰ *Op. cit.*, pág. 156.

⁹¹ *Op. cit.*, págs. 158 y 159.

Sin embargo, BECCARIA no se contenta con esta fundamentación utilitarista del rechazo a la pena de muerte y presenta un argumento sustentado en consideraciones de mayor profundidad, como puede verse en las siguientes líneas⁹²:

“¿Cuál puede ser el derecho que se atribuyen los hombres de atormentar a sus semejantes? No ciertamente aquel de que resultan la soberanía y las leyes. Estas no son más que la suma de mínimas porciones de la libertad particular de cada uno; representan la voluntad general, que es el agregado de las voluntades particulares. ¿Quién ha querido dejar nunca a otros hombres el arbitrio de matarlo? ¿Cómo puede estar, en el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno, el del mayor de todos los bienes, que es la vida? Y si esto se admite, ¿cómo se armoniza un tal principio con el de que el hombre no es dueño de matarse? Y debía serlo, si tiene poder para conceder a otros, o a la sociedad entera, ese derecho”⁹³.

Obsérvese cómo se remonta al contrato social: el legislador no puede ir más allá de las cuotas de libertad que cada uno voluntariamente depositó, y el hombre no ha depositado el derecho a la vida: “¿Quién ha querido dejar nunca a otros hombres el arbitrio de matarlo?”, pregunta. ¿Quién ha querido en “el mínimo de libertad” depositada, dejar precisamente el derecho a la vida que es el bien máspreciado? Repárese en que para negar la pena de muerte entra a hacer limitaciones al punto de partida con el que fundamenta la sociedad civil, al contrato social. Existe aquí un distanciamiento de la tesis contractualista como la entendía ROUSSEAU. Este no sostuvo que el ciudadano guardara parte de su libertad sino que, al contrario, el ciudadano haría una “enajenación total” y “sin reservas” de todos sus derechos:

“Efectuándose la enajenación sin reservas, la unión resulta tan perfecta como puede serlo, sin que ningún asociado tenga nada que reclamar; porque si quedasen algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pudiese sentenciar entre ellos y el público, cada cual, siendo hasta cierto punto su propio juez, pretendería pronto serlo en todo: consecuentemente el estado natural subsistiría y la asociación convertiríase necesariamente en tiránica o inútil”⁹⁴.

El sujeto renunciaba a sus derechos naturales, pero, con esos derechos se formaría un acervo de derechos civiles comunes a todos los ciudadanos y de contenido igual a los naturales. Es decir, que el sujeto renunciaba a sus derechos pero los “reconquistaba” bajo la forma de derechos civiles protegidos por la fuerza común en una perpetua coincidencia y soberanía⁹⁵.

⁹² En relación con lo que sigue puede verse a RODOLFO MONDOLFO, *Césare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1946, págs. 36 y ss.

⁹³ *Op. cit.*, págs. 153 y 154.

⁹⁴ JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político*, págs. 853 y 854. Las subrayas no son del texto.

⁹⁵ Con lo cual tal renuncia no resultaba “incompatible con la naturaleza del hombre” y, como lo destaca MONDOLFO, se daba “más bien una confluencia de los derechos naturales de todos los individuos en la unidad total de los derechos civiles, comunes a todos, e iguales, en su contenido, a los naturales”. *Césare Beccaria y su obra*, pág. 37.

De todas formas, lo que interesaba destacar aquí es que entre BECCARIA y ROUSSEAU no existe una plena coincidencia en cuanto a la *extensión* del contrato. Para el primero la entrega o depósito no versaba respecto de *toda* la libertad, no versaba respecto de *todos* los derechos y, por ejemplo, respecto del derecho a la vida había reservas. El contractualismo de BECCARIA se aproxima más a LOCKE que a ROUSSEAU⁹⁶.

Frente a su afirmación de que la vida es irrenunciable surge de inmediato la pregunta: ¿y por qué no puede estar “en el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno, el del mayor de todos los bienes que es la vida”? BECCARIA no da una explicación lógica o racional, pues lo que hace es remitir a un *principio religioso*. Así, pregunta que, de ser cierto que el hombre hubiera depositado también el derecho a la vida, “¿cómo se armoniza un tal principio con el de que el hombre no es dueño de matarse?”⁹⁷. Y esta es una idea que no demuestra (cae en el sofisma de petición de principio), sino que supone y de la cual saca las consecuencias: si el hombre no es dueño de su vida, mal podría disponer de ella en el contrato; y si no ha dispuesto de ella, el soberano o el legislador no puede disponer de la vida decretando la pena de muerte.

RODOLFO MONDOLFO hace notar cómo la argumentación última se fundamenta en un principio religioso⁹⁸ y destaca así mismo la inconsistencia de las críticas que hace KANT a BECCARIA en este punto⁹⁹. En efecto: aquel considera sofisticada la argumentación de este. Refiriéndose a la argumentación de BECCARIA, KANT

⁹⁶ Siempre hay que tener en cuenta que al hablar de la idea contractualista hay que hacer distinciones. LOCKE, también es contractualista, pero acepta una renuncia solo parcial por parte del ciudadano como una manera de limitar el poder civil. En LOCKE, el poder civil no es absoluto: “no cabe aceptar que el poder de la sociedad política, o de los legisladores instituidos por ella, pretenda otra cosa que el bien común”; los legisladores específicamente se hallan “obligados a salvaguardar las propiedades de todos”, dice. (*Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid, Edit. Aguilar, 5ª reimpresión, 1981, página 96). GEORGES H. SABINE, ha señalado cómo en el autor mencionado confluyen dos grandes ideas: de un lado las ideas de HOOKER, que resumía un pensamiento político medieval que habría llegado hasta Santo Tomás, sosteniendo que había restricciones morales al poder, que existía responsabilidad de los gobernantes en relación con las comunidades por ellos regidas y que el gobierno debía subordinarse al derecho. De otro lado, se tiene la influencia de HOBBS, con su acendrado individualismo. De estas dos corrientes de pensamiento surgía la idea de que el gobierno y la sociedad son instrumentos para la defensa de la vida, la libertad y la propiedad. *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpresión de la primera edición, 1976, págs. 386 y 393.

⁹⁷ ROUSSEAU comienza así el capítulo V del libro II del *Contrato social*: “Se preguntará: no teniendo los particulares el derecho de disponer de su vida, ¿cómo pueden transmitir al soberano ese mismo derecho del cual carecen?” (pág. 871). ROUSSEAU, sin embargo, si razona más allá de la formulación del principio mencionado. En efecto, dice: “El hombre tiene el derecho de arriesgar su propia vida, para conservarla. ¿Se ha dicho jamás que el que se arroja por una ventana para salvarse de un incendio es un suicida o se ha imputado nunca tal crimen al que perece en un naufragio cuyo peligro ignoraba al embarcarse?” (pág. 871). Enseguida dice: “El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes. El que quiere el fin quiere los medios, y estos medios son, en el presente caso, inseparables de algunos riesgos y aun de algunas pérdidas. El que quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe también exponerla por ellos cuando sea necesario... La pena de muerte infringida a los criminales puede ser considerada, poco más o menos, desde igual punto de vista: para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente morir si se degenera en tal”. *Op. cit.*, pág. 871.

⁹⁸ RODOLFO MONDOLFO, *op. cit.*, pág. 44.

⁹⁹ RODOLFO MONDOLFO, *op. cit.*, págs. 40 y ss.

sostiene que “todo este no es más que un sofisma y falsa concepción del derecho. Nadie es castigado por haber querido la *pena*, sino por haber querido la *acción punible*; porque, si sucede a alguno lo que quiere, no puede ser esto una pena, y es imposible querer ser castigado”¹⁰⁰.

PAUL JANET, califica la argumentación de KANT como llena de “sutileza y profundidad” y en cambio tilda el argumento de BECCARIA de “sutil y frívolo”¹⁰¹, lo que es rechazado por MONDOLFO quien destaca cómo KANT incurre en el sofisma *ignorantia elenchi*, o cuestión equivocada, porque en realidad lo que pretendía BECCARIA era buscar límites al poder punitivo: legítimo solo debía considerarse aquello que estaba en el pacto, y nada más. Y entonces BECCARIA, antes que negar el derecho penal, quería distinguir entre las penas que se fundamentan en el *derecho* y penas que no tienen tal fundamentación. Dice el autor mencionado que “legítimo, por consiguiente, debía considerarse solo lo que podía ser contenido en el pacto, ilegítimo lo que no podía estar en él”. No era, pues, para BECCARIA, cuestión de pedir su consentimiento al culpable para punirlo, pues con este criterio hubiera debido negar radicalmente todo derecho social de punir, puesto que, según expresión de KANT, “no hay ya castigo cuando a uno le ocurre lo que quiere, y es imposible querer ser castigado”. En cambio, BECCARIA, lejos de negar todo derecho penal, quería únicamente distinguir entre penas que se fundamentan en el *derecho* y penas que no pueden tener semejante fundamentación: las penas que se fundamentan en el *derecho* serían aquellas que estuvieran en relación con los derechos renunciables en cuanto ellos fueran de libre disposición; en cambio cuando el derecho no es renunciable, cuando no es de libre disposición, el ciudadano no puede hacer transacciones sobre él. Tal es el caso del derecho a la vida, que no pertenece sino a Dios, remontándose aquí a un principio religioso, tal como se ha visto ya. “Esta teoría, dice MONDOLFO, podía aceptarse o rechazarse; pero su refutación no debía versar sobre una confusión en que BECCARIA no había incurrido, entre legislador y delincuente, entre juez y culpable; sino, antes bien, sobre los dos principios de su razonamiento: el de la vida humana como deber y no propiedad del hombre, el de la legitimidad de todo poder social tan solo como procedente del pacto originario. La refutación kantiana, que acusaba a BECCARIA de un sofisma, era por lo tanto, en sí misma, un sofisma, es decir, la llamada *ignorantia elenchi*, cuestión equivocada”¹⁰².

En fin, sea de ello lo que fuere, lo cierto es que a BECCARIA le corresponde el mérito de haber sido de los primeros que con más ahínco argumentaron en contra de la pena de muerte, lo que ya es suficiente mérito, y es aceptado aun por aquellos que, como JANET, son duros al juzgar sus planteamientos.

Debe destacarse aquí, sin embargo, que a pesar del rechazo a la pena de muerte como principio general, él mismo la aceptó en casos excepcionales. Esto ocurre en estas dos situaciones: a) cuando el sujeto, aun privado de libertad, tenga todavía

tal poder y relaciones que su muerte sea necesaria para la seguridad de la nación, y b) en tiempo de anarquía “cuando los desórdenes mismos hacen las veces de leyes” y la muerte fuere el verdadero y único freno para retener a los demás en su impulso de cometer delitos¹⁰³.

Empero, como lo ha destacado CALAMANDREI, la pena de muerte la acepta como algo a lo que pueda llegarse como cuestión de *hecho*. Distingue dos hipótesis: de una parte la del Estado débil y peligroso, en tiempo de revolución y guerra, “cuando los desórdenes hacen las veces de leyes”; y de otra parte, la del Estado fuerte y seguro, cuando existe un “tranquilo reinado de las leyes, en una forma de gobierno por la que los votos de la nación estén reunidos, bien provista hacia el exterior y en su interior de la fuerza y de la opinión, más eficaz que la fuerza misma; donde el comando no está más que en el verdadero soberano: donde las riquezas comprenden placeres y no autoridad”¹⁰⁴. En este caso no ve la necesidad de la pena de muerte. En los casos en los que acepta la pena de muerte no existe una fundamentación jurídica sino que es una violencia de *hecho* equiparable a la guerra: “...esta no es una pena legal de muerte, sino un efecto de una verdadera intimidación de guerra”¹⁰⁵.

6) *Principio de la separación de poderes*. También es este uno de los postulados en los que insiste BECCARIA, y lo deduce del origen mismo del derecho de castigar: el depósito de ciertas cuotas de libertad y tranquilidad. El soberano que representa la sociedad misma y es el depositario y administrador de la soberanía, no puede promulgar sino leyes generales pero no puede determinar él mismo si alguien ha violado la ley y en qué medida, “puesto que entonces la nación se dividiría en dos partes, una representada por el soberano, que afirmaría la violación del contrato, y la otra por el acusado, que la negaría. Se impone, pues, que un tercero juzgue acerca de la verdad del hecho. He aquí la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras afirmaciones o negaciones de hechos particulares”¹⁰⁶.

De nuevo aparece aquí la idea de control del poder punitivo, uno de cuyos principios es precisamente la separación de poderes: la experiencia ha enseñado y enseña que si un mismo sujeto es a la vez juez y parte es llevado fácilmente a la arbitrariedad.

7) *Rechazo de la tortura*. Si los argumentos que da BECCARIA contra la pena de muerte son débiles, según la opinión de JANET, no ocurre lo mismo en relación con su crítica de la tortura, pues este no vacila en reconocer que “su polémica contra la tortura es muy vigorosa, muy aguda, constituye una de las mejores producciones del siglo XVIII, sobre la cuestión”¹⁰⁷.

¹⁰³ BECCARIA, *op. cit.*, págs. 157 y 158.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, págs. 157 y 158.

¹⁰⁵ Pensamiento manifestado por BECCARIA en su veto de la “junta delegada para la reforma del sistema criminal de la Lombardía austriaca”, según referencias de CALAMANDREI en la nota 2 al capítulo xvi. (*Op. cit.*, pág. 157).

¹⁰⁶ *Op. cit.*, pág. 100.

¹⁰⁷ PAUL JANET. *Historia de la ciencia política*, t. II, pág. 404.

¹⁰⁰ KANT, *Principios metafísicos del derecho*, pág. 176.

¹⁰¹ PAUL JANET, *Historia de la ciencia política*, t. II, pág. 408.

¹⁰² RODOLFO MONDOLFO, *op. cit.*, pág. 44.

No se sabe de qué se abusaba más durante la época del “Antiguo Régimen”, si de la pena de muerte o de la tortura, las cuales tenían sus defensores. Uno de ellos fue precisamente MUYART DE VOUGLANDS, autor de la obra *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, publicada en 1780, libro bastante indicador de la concepción del derecho penal en la época y en el que critica a BECCARIA por su opúsculo publicado en 1764¹⁰⁸. El derecho de la época se basaba principalmente en el criterio de la intimidación, tal como hemos explicado ya, razón por la cual la tortura era utilizada como medio de escarmiento en la ejecución de la pena de muerte, convirtiéndose en uno de los pasos hacia su consumación. De otra parte, se utilizaba durante la instrucción del proceso con las siguientes finalidades: a) como medio de constreñimiento para la confesión del delito; b) por las contradicciones en que incurría; c) como medio para el descubrimiento de los cómplices; d) como purgación de infamia, y e) por otros delitos de los cuales, eventualmente, pudiera el sujeto ser responsable aunque de ellos no se acusara al procesado¹⁰⁹.

A cada uno de los anteriores motivos se refiere BECCARIA para refutar el fundamento de la tortura. Al primer motivo opone el autor el siguiente razonamiento: nadie es reo antes de la sentencia que así lo declare y entonces el dilema es inexorable: “o el delito es cierto o él es incierto: si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, ya que es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”¹¹⁰. Pero la argumentación se ensaya no solo desde el campo lógico, sino también desde otro punto de vista: todo acto de nuestra voluntad es siempre proporcionado a la fuerza de la impresión sensible que es su fuente; y la sensibilidad de cada hombre es limitada. “Por consiguiente, la impresión del dolor puede crecer al punto de que, ocupándola toda, no deje otra libertad al torturado que la de elegir el camino más corto, de momento, para sustraerse a la pena. Entonces la respuesta del reo es tan inevitable y necesaria como las impresiones del fuego o del agua. Entonces el inocente sensible se proclamará reo, si cree que con ello hará cesar el tormento. Toda diferencia entre culpables e inocentes desaparece por el medio mismo que se pretende emplear para descubrirla. Este es el medio seguro para absolver a los criminales robustos y condenar a los inocentes débiles”¹¹¹. Cuando el autor dice que “la respuesta del reo es tan inevitable y necesaria como las impresiones del fuego o del agua”, se está refiriendo

a los elementos utilizados en algunos de los llamados “Juicios de Dios”, en el sentido ya visto atrás, mostrando que si “los efectos del fuego y del agua hirviendo” tenían que obrar necesariamente, también la tortura, de modo inexorable, debía llevar a la confesión. La tortura es, un “infame crisol de la verdad”, dice en esta parte, y rechaza el que se haya acudido en la historia a los “Juicios de Dios”, mediante la prueba del fuego y el agua, “cual si los eslabones de la eterna cadena que está en el seno de la Primera Causa, debieran quedar a cada momento desordenados y desconectados por las frívolas disposiciones humanas”¹¹².

Veamos el segundo motivo: también es equivocada, pues según el autor, “el temor de la pena, la falta de certeza del juicio, el aparato y la majestad del juez, la ignorancia, común a casi todos los criminales y a los inocentes” pueden “hacer caer en contradicción tanto al inocente como al reo que trata de encubrirse”¹¹³.

En relación con el tercer motivo, dice: siendo inidónea la tortura para descubrir la verdad, también lo será para descubrir a los cómplices que es una de las verdades a descubrir. El hombre que se acusa a sí mismo, sostiene, puede acusar más fácilmente a los demás¹¹⁴. Por otra parte, los cómplices pueden demostrarse por otros medios de prueba.

Refiriéndose al cuarto, sostiene que ella parece haberse tomado de las ideas religiosas y espirituales que sostienen la purificación mediante el fuego. El siguiente sería el razonamiento: “la infamia es una mancha civil; y puesto que el dolor y el fuego quitan las manchas espirituales e incorpóreas, ¿por qué los espasmos de la tortura no habrían de quitar la mancha civil que es la infamia?”¹¹⁵.

Finalmente, en relación con el quinto no se extiende en razonamientos para combatirlo sino que utiliza una “argumentación por el absurdo”, diciendo que torturar para descubrir si el reo lo es de otros delitos, “equivale a este razonamiento: eres reo de un delito, luego es posible que lo seas de cien otros delitos; esta duda me preocupa, y quiero cerciorarme por mi criterio de verdad; las leyes, pues, te atormentan porque eres reo, porque puedes ser reo y porque quiero que seas reo”¹¹⁶. ¡La argumentación por el absurdo no puede ser más contundente!

¹⁰⁸ Sobre MUYART DE VOUGLANDS, véase a JOSÉ ANTÓN ONECA en *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, pág. 3.

¹⁰⁹ BECCARIA, *op. cit.*, págs. 129 y 130.

¹¹⁰ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 130.

¹¹¹ BECCARIA, *op. cit.*, págs. 132 y 133. Y luego a página 134 dice que la tortura pone al inocente en peores condiciones que al responsable. El razonamiento es de una lógica impoluta: “si a ambos se les aplica el tormento, el primero lleva las de perder; ya que, o confiesa el delito y se le condena, o se le declara inocente, y ha sufrido una pena indebida. En cambio, el reo tiene una probabilidad en su favor, toda vez que si resiste con firmeza a la tortura, se le debe absolver como inocente, con lo cual ha cambiado una pena mayor en otra menor. Por consiguiente, el inocente no puede más que perder, y el culpable puede ganar”.

¹¹² BECCARIA, *op. cit.*, pág. 132.

¹¹³ BECCARIA, *op. cit.*, págs. 135 y 136.

¹¹⁴ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 136.

¹¹⁵ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 138.

¹¹⁶ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 136.

LOS DELITOS CALIFICADOS POR UN RESULTADO MÁS GRAVE CULPOSO Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD*

DR. JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS**

La ley orgánica de 25 de junio de 1983 ha modificado el art. 1º del Código Penal español. Desde entonces su segundo párrafo reza así: "No hay pena sin dolo ni culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, solo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa". Con ello y con la supresión de otros preceptos se ha pretendido, en palabras de la Exposición de Motivos, "desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones"¹.

* El presente trabajo constituye una exposición reelaborada a tenor de las recientes reformas del Código Penal español y actualizada con la nueva bibliografía alemana (hasta el 31 de agosto de 1983), de parte del artículo que con el título "Los delitos calificados por el resultado y el art. 3º del Proyecto de Código español de 1980" fue publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1982, págs. 627-649. 1983, págs. 100-126.

En su actual configuración ha sido publicado en lengua alemana en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984, págs. 1059-1090.

** El autor es profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza (España). Licenciado en Filosofía y Letras, Sección Psicología, en la Universidad Central de Barcelona (1973); Doctor en Derecho de la Universidad de Zaragoza (1981). Ha sido becario del Ministerio de Universidades e investigación (1975-1977), de la Fundación March (1978-1980) y del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD) en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en Friburgo, i. Br. República Federal de Alemania (1981-1984).

Dentro de sus publicaciones se encuentran diversos artículos en las más importantes revistas europeas, así como algunas traducciones del alemán y del inglés. En nuestro medio es bastante conocido, gracias a la difusión de dos obras suyas que le publicara Bosch: *El derecho penal ante el sexo. Contenido, límites y criterios de concreción del derecho penal sexual*, y *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del derecho penal sexual*.

Nuestra Revista ha tenido el honor de contarle entre sus colaboradores; queremos agradecer a tan distinguido jurista la deferencia que ha tenido para con nuestra publicación. *Nota de la Coordinación*.

¹ Exposición de Motivos de la ley orgánica 8 de 1983, de 25 de junio. *B.O.E.* de 27-6-83.

Una panorámica general del contenido de la citada ley se encuentra en el informe de DíEZ-RIPOLLÉS "La reforma penal española de 1983", publicado en esta revista (núm. 27) este mismo año. La ley, configurada como una reforma urgente y parcial del Código Penal, ha querido poner remedio a los defectos más importantes de este, a la espera de la aprobación de un nuevo Código Penal. No obstante, la amplitud y profundidad de esta ley de reforma, sin duda la más importante de todas las que se han sucedido desde 1870, y las dificultades que vienen surgiendo para la aprobación de un nuevo Código (un proyecto de 1980 fue retirado del Parlamento tras el cambio de legislatura en 1982, y a finales de 1983 se publicó una propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal, que ha sido sometida a

En lo que respecta a los delitos calificados por el resultado, ello se traduce en la negativa a tomar en consideración, como hasta ahora, los resultados fortuitos, exigiéndose cuando menos imprudencia respecto al resultado más grave². La fórmula adoptada concuerda sustancialmente con la vigente en el Código Penal alemán en su § 18 (antiguo 56), y con los requisitos que el Código Penal suizo establece para cada uno de los delitos calificados por el resultado en su parte especial³.

La pregunta que surge y sobre la que se centra este trabajo, es la siguiente: La exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave en los delitos calificados por el resultado, ¿garantiza realmente la vigencia del principio de culpabilidad en estos preceptos? Y, en caso negativo, ¿qué solución de *lege ferenda* es la más adecuada? El interrogante resulta sin duda nuevo en la doctrina española, preocupada forzosamente hasta el momento en pedir la supresión de la vigencia general del *versari in re illicita* de nuestro Código, supresión lograda en esta última reforma⁴, pero no lo es en las doctrinas alemana y suiza, en las que existe desde hace tiempo una polémica a la que este trabajo quiere aportar nuevos argumentos tanto desde un punto de vista general como en conexión con el Código Penal español.

En el análisis de este problema nos vamos a centrar en la combinación tipo básico doloso-resultado más grave culposo, dejando al margen las combinaciones dolo-dolo y culpa-culpa que, además de menos frecuentes, es dudoso que respondan al concepto de delito calificado por el resultado⁵.

I

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD A LA LUZ DE LA EXIGENCIA DE IMPRUDENCIA

1. En Alemania la doctrina es ampliamente favorable a la presencia de delitos calificados por el resultado, siempre que se exija cuando menos culpa respecto

discusión pública con el fin de redactar posteriormente un anteproyecto de Código Penal) llevan a suponer que su vigencia será más dilatada de lo inicialmente previsto.

² Hasta esta reforma se podía aplicar la pena del delito calificado por el resultado más grave, también cuando este había sido fortuito.

³ Así, arts. 123 y 127.

⁴ Hasta esta reforma la existencia de determinados artículos en la parte general de nuestro Código determinaba que, de modo general, toda persona que cometía *cualquier* ilícito penal respondía a título de dolo de todas las consecuencias de él derivadas, aunque fuesen fortuitas o culposas. Por más que en los últimos años tal principio se interpretaba cada vez más restrictivamente por la jurisprudencia, su eliminación absoluta del Código era exigencia ineludible del principio de culpabilidad, como ponía de manifiesto unánimemente la doctrina.

En todo caso, y en relación con los delitos calificados por el resultado, en la reforma del Código de 1963 inicialmente se proponía exigir imprudencia respecto al resultado más grave en los delitos calificados de aborto con resultado de muerte o lesiones graves, abandono de niños con resultado de muerte y atentado a la salud pública con resultado de muerte (arts. 411, 488 y 348). Tal propuesta, sin embargo, fue rechazada en el Parlamento.

⁵ Véase a DíEZ-RIPOLLÉS, "Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código Penal español de 1980", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, págs. 629-637.

al resultado más grave. Los que así piensan no dejan de repetir que tales estructuras típicas, es decir, una acción inicial dolosa, ya de por sí constitutiva de delito, vinculada a un resultado más grave culposo, son perfectamente compatibles con un derecho penal rigurosamente respetuoso del principio de culpabilidad⁶.

Ahora bien, ello no obsta a que haya acuerdo general entre tales autores en mostrar sus reservas respecto a que el principio de culpabilidad se realice plenamente a tenor de los elevados marcos penales de estos tipos que, opinan, deben ser urgentemente rebajados si no se quieren empañar los satisfactorios resultados que la exigencia de imprudencia logra en esta cuestión⁷. Esta importante matización hace que las acusaciones que los dichos autores reciben en cuanto a que la exigencia de imprudencia no evita que sigamos estando ante una responsabilidad por el mero resultado, ya que los elevados marcos penales no corresponden a la simple adición de una conducta culposa a la previa conducta dolosa⁸, se vean en buena parte, pero no totalmente, neutralizadas⁹.

2. Efectivamente, rechazadas explícitamente por todos las excesivas penas que estos tipos comportan, el problema se centra en determinar qué argumentos existen para justificar penas que, pese a todo, sus partidarios piensan han de ser superiores a las que resultarían de añadir a la pena del delito doloso la del delito culposo.

RUDOLPHI nos dirá que se pena más que los habituales delitos culposos porque se considera el resultado más grave, como la realización de un riesgo contenido de modo característico en el delito base. Así, el autor que produce el resultado más grave al crear el riesgo de su aparición, infringe un deber por medio de un

delito base doloso al que le es característico tal riesgo, dándose un desvalor de acción que sobrepasa la mera causación culposa¹⁰.

HIRSCH habla, de modo semejante, de acciones básicas con una peligrosidad general. En ese sentido, si bien es cierto que cuando un hecho doloso acarrea una consecuencia fáctica previsible por el autor, esta se tiene en cuenta elevando la pena según las reglas generales de la medición, y que, si en algún caso ya se puede hablar de delito culposo, estaremos ante un concurso ideal que de todas formas lleva a que la pena se obtenga a partir del marco penal del delito doloso¹¹, en otros supuestos el riesgo peculiar de la lesión realizada dolosamente, puesto en relación con el tipo de consecuencia más grave previsible, puede exigir una agravación de la pena del tipo doloso que no puede cubrirse en el marco penal de este¹².

F. C. SCHROEDER¹³ estima que las penas más altas se deben a que el autor prescinde del aviso dado por la peligrosidad típica del delito base. Del gran número de lesiones del deber de cuidado estos tipos entresacan unas especialmente productoras de riesgo y exigen además en tal medida dolo. Se trata de una clase de imprudencia especialmente digna de pena en función de la lesión consciente del deber¹⁴.

Dicho de un modo breve, la doctrina citada justifica la mayor penalidad pues considera que existe en tales tipos un contenido de lo injusto adicional que no se tiene en cuenta si nos limitamos a superponer el contenido de lo injusto del delito doloso y del delito culposo.

3. Quienes critican la actitud de exigir imprudencia no han prestado, en mi opinión, la debida atención a los razonamientos arriba expresados, ocupándose, como luego veremos, de otros aspectos que no dejan de ser accidentales. Solo SCHUBARTH y LORENZEN han atendido directamente al núcleo de la cuestión, si bien, a mi entender, no llegan al fondo del problema. Veamos en qué medida pueden seguirse sus argumentos críticos.

Parece claro que los defensores de la exigencia de imprudencia integran en el tipo básico doloso el peligro de cara al resultado más grave. Ello por más que, como pone de relieve SCHUBARTH¹⁵, solo lo hagan si el tipo básico está inserto en una estructura típica más amplia calificada por el resultado.

Esto último, sin embargo, ya despierta objeciones: en primer lugar, pienso yo, ¿por qué apreciar en el tipo doloso básico el contenido de peligro unas veces sí y otras no, según esté el tipo básico inserto o no en un delito calificado por

⁶ Véase a HIRSCH, "Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts", GA, 1972, pág. 74; a MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Teilband I, 5. Auflage, 1977, pág. 496; a RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar*, 3. Auflage, 1983, § 18 Rdn. 1; a SCHROEDER, en *Leipziger Kommentar*, 10 Auflage, 1980, § 18 Rdn. 34 y s.; a OEHLER, "Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm", GA, 1954, pág. 33; a GEILEN, "Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung", en *Festschrift für Welzel*, 1974, pág. 656; y a KÜPPER, *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikte und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 1982, pág. 25.

En España en 1972 propugnaba una regulación de los delitos calificados en el mismo sentido, CEREZO MIR, "Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal", en *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, 1982, pág. 311. A su vez, COBO-VIVES (*Derecho Penal*, parte general, III, Valencia, 1982, pág. 230) consideran que la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave, aunque no supone un respeto absoluto del principio de culpabilidad, aminora su violación.

⁷ HIRSCH, ob. cit., págs. 67, 75, 77; RUDOLPHI, ob. cit., pág. 154; MAURACH/ZIPF, ob. cit., pág. 496; SCHROEDER, ob. cit., pág. 133; JAKOBS, *Das fahrlässigkeitsdelikt*, 1974, pág. 36; GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 2. Band, Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 257; SCHAFHEUTLE, ebenda, pág. 259; KÜPPER, ob. cit., págs. 12, 37, 42, 83, 124, quien, no obstante, parece en ocasiones (pág. 83) fundamentar una interpretación restrictiva de estos tipos en una inadecuación al principio de culpabilidad no solo debida a sus elevados marcos penales.

⁸ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 3 Auflage, pág. 463; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1976, pág. 242; *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 17 Auflage, 1974, págs. 496, 497; SCHUBARTH, "Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte", ZStW, 1973, pág. 755; LANGE, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 255.

⁹ KAUFMANN (ob. cit., pág. 240 y *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, 2 Auflage, 1969, pág. 55) reconoce que la exigencia de imprudencia atenúa algo el ataque al principio de culpabilidad que suponen estos tipos.

¹⁰ RUDOLPHI, ob. cit., págs. 154 y 155.

¹¹ A diferencia del derecho alemán, no rige en España, como veremos, el principio de absorción en sentido estricto.

¹² HIRSCH, ob. cit., pág. 71.

¹³ SCHROEDER, ob. cit., págs. 133 y 134.

¹⁴ De modo semejante, entre otros, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 21 Auflage, 1982, § 18 Rdn. 5; BOLDT, "Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat", ZStW, 1956, pág. 356; KÜPPER, "Gefährdung als Erfolgsqualifikation", NJW, 1976, pág. 546; WOLTER, "Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte", JuS, 1981, pág. 169; KÜPPER, ob. cit., págs. 43-44, 79, 81-82; ULSENHEIMER, "Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte", GA, 1966, págs. 266-268, 270-271.

¹⁵ SCHUBARTH, ob. cit., pág. 767.

el resultado? Si el contenido de lo injusto del peligro se da en *todos* los supuestos, como parecen dar a entender estos autores, el no valorarlo en determinado tipo de casos (cuando el tipo básico no se inserta en un delito cualificado por el resultado) implica una peculiar valoración de las conductas en cuestión¹⁶.

En segundo lugar, como señala SCHUBARTH, si al decir de los defensores de esta solución el peligro es tan importante, ¿por qué no se ha construido en todos los casos un tipo básico doloso de peligro, sin esperar a que se produzca el resultado? Si se alude tanto al peligro es porque se le da una entidad y un significado propios. Además, normalmente el legislador penaliza acciones peligrosas porque quiere intervenir antes de que se produzca el resultado¹⁷.

La consideración del peligro solo en los casos en que se plasma en la producción de un resultado material no es, desde luego, un procedimiento dogmáticamente incorrecto, pero sí inusual en estas coordenadas, pues la insistencia en la idea de peligro referida a una determinada conducta a lo que tiende es a crear estructuras típicas de peligro, y no de lesión y resultado materiales¹⁸.

No obstante SCHUBARTH estima que estos tipos en realidad no contradicen el principio de culpabilidad, pues reflejan un contenido de lo injusto adicional. A lo que atentan, sin embargo, es al principio de igualdad jurídica, ya que valoran el peligro en forma distinta de como se hace habitualmente en otros lugares del Código, además de ser incoherentes al incluir el peligro en una misma conducta unas veces sí y otras no. Si se desean evitar tales críticas, el peligro debiera valorarse siempre en el tipo básico, aun en los supuestos en que este no está calificado por un resultado más grave. Pero, si así se hace, entonces está de más un tipo específico calificado por el resultado, pues ya no habrá un contenido de lo injusto adicional al que resulte de agregar a lo injusto del tipo básico doloso *así concebido* lo injusto del delito culposo de resultado¹⁹.

LORENZEN llega también a esta conclusión. Este autor niega de modo general la existencia de un contenido de lo injusto peculiar de los delitos calificados por el resultado, dado que el tipo básico doloso de los delitos calificados por el resultado, y la pena a él correspondiente, ya tienen en cuenta el peligro para el resultado más grave aun en los casos en que, al no producirse este resultado más grave, no se aplica el delito calificado sino simplemente el tipo básico²⁰.

¹⁶ Y no se diga, como hace SCHUBARTH (ob. cit., pág. 768, nota 62), que esta actitud es equiparable a la de no penar si no hay resultado, adoptada en los delitos culposos, pues, entre otras razones, en los supuestos que ahora estamos viendo la conducta básica inicial se pena de todas formas, también si no se produce el resultado más grave, y se ha de hacer por tanto, antes de determinar la pena en el Código, entre otras tareas, una valoración del contenido de lo injusto que tal conducta posee.

¹⁷ Así SCHUBARTH, ob. cit., págs. 767, 768 y 769.

¹⁸ SCHUBARTH (ob. cit., págs. 768 y 769) aun añadiría que peligros dolosos para, por ejemplo, la vida, se presuponen en numerosas muertes culposas, sin que se creen tipos calificados. Se suelen tener en cuenta en la medición de la pena, a no ser que exista un tipo de peligro específico.

¹⁹ SCHUBARTH, ob. cit., págs. 767-771.

²⁰ LORENZEN, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtliche Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, 1981, págs. 38-44, 66, 70, 78, 85, 106 y ss.

Su argumentación no es aceptable: por un lado, el fenómeno por él descrito solo lo prueba respecto a algunos de los delitos calificados por el resultado del derecho alemán, contentándose con presumirlo en los restantes; en la regulación española, por lo demás, tales estructuras típicas son raras. Además, de entre los tipos que considera que aluden explícitamente a tal peligro hay que excluir a aquellos que son puros delitos de peligro abstracto, pues en ellos el peligro no es más que la *ratio legis*.

4. Aun exigiendo la supresión de los delitos calificados por el resultado estos autores conceden más de lo que debieran a los partidarios de estos tipos, cuando aceptan que exista un contenido de lo injusto adicional, por tipificar (SCHUBARTH) o ya tipificado (LORENZEN), al del propio del tipo básico doloso y del tipo culposo de resultado más grave. El mismo SCHUBARTH, con quien en lo demás coincide, nos da algunas claves para rechazar las concesiones precedentes²¹.

a) Aceptemos la hipótesis de que en el tipo básico doloso va insito un peligro de cara al resultado más grave, y, por el momento, pensemos que se trata de un peligro concreto.

Si nos centramos en las repercusiones que ello tiene en el tipo objetivo, observamos cómo HIRSCH con razón ha dicho que en todo delito culposo se contiene ya un cierto riesgo²². Efectivamente, continuo yo, el derivado del juicio de previsibilidad objetiva que, vinculado al de causalidad adecuada, considera que el resultado *no es improbable*. Sin embargo, con ello todavía no estamos ante un peligro, concepto en el que ya se habla en términos de *probabilidad*, y menos aún ante un peligro concreto²³. Por consiguiente, puede decirse que una situación de peligro, y con más motivo si es de peligro concreto, consume, o abarca dentro de sí, en cuanto que la sobrepasa, a una situación de mera previsibilidad objetiva. Esto, en relación con el tema que a nosotros nos interesa, implica que si en el tipo básico doloso exigimos la presencia de una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, al tener que exigir a continuación —para configurar la conducta culposa—,

²¹ Véase nota 16. Asimismo señala que si, pese a todo, se quisiera seguir manteniendo los delitos calificados por el resultado exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave, dado que el peligro doloso ya se valora en algunas muertes culposas insertas en marcos penales normales, se habrá de exigir en el tipo básico un peligro especial. Por otra parte estima que el peligro al que aluden los defensores de los delitos calificados por el resultado ha de ser doloso, señalando que si cupiera el culposo se atacaría el principio de culpabilidad, pues lo injusto del peligro culposo ya se contiene en lo injusto de la causación culposa de resultado, por lo que el delito de peligro vendría a estar en concurso de leyes con el delito de resultado culposo (SCHUBARTH, ob. cit., págs. 777, 768, nota 63).

²² HIRSCH, ob. cit., pág. 71. De modo semejante GEILEN, ob. cit., pág. 657.

²³ Véase a CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, parte general, I. "Introducción y teoría jurídica del delito", Madrid, 1981, págs. 350-354, 397-402.

ULSENHEIMER, (ob. cit., pág. 268) ha recordado que "la previsibilidad objetiva del resultado producido" y la "realización del peligro ligado específicamente al delito base" no son conceptos intercambiables. De la misma opinión parecen ser LORENZEN (ob. cit., págs. 51 y 52) y WOLTER (ob. cit., pág. 177).

Desde luego, cuando el peligro típico del delito base se concreta en el resultado más grave siempre este resultado ha sido objetivamente previsible, pero no vale la inversa; es decir, la afirmación de la previsibilidad objetiva del resultado no implica al mismo tiempo la comprobación positiva del peligro específico. La confusión entre ambos conceptos es, sin embargo, frecuente, como veremos, y acarrea transcendentales consecuencias en el ámbito de nuestro estudio.

la previsibilidad objetiva respecto a ese mismo resultado más grave, apreciamos un mismo elemento del tipo objetivo dos veces en relación con un mismo delito, o, dicho de otro modo, valoramos unas mismas circunstancias objetivas dos veces para configurar el injusto de una conducta, por más que un juicio, aunque en la misma dirección que el otro, sea más estricto. Ello, obviamente, es inaceptable.

Algo similar ocurre si atendemos al tipo subjetivo: si la situación de peligro, como dice estos autores, está inserta en el tipo base, en concreto en su resultado, deberá abarcarse por el dolo del autor, al igual que el resultado material del tipo básico; es decir, el tipo básico doloso contiene un dolo respecto al resultado material, y un dolo de peligro respecto al resultado más grave. Ahora bien, si en los supuestos de dolo de peligro se ha de entender que el autor conoce y quiere el peligro de lesión del bien jurídico (su probabilidad), en la culpa consciente de lesión se entiende que el autor conoce la posibilidad de que se produzca la lesión, pero confía en que no sea así, y en la culpa consciente de peligro se entiende que el autor considera posible que se produzca el peligro pero confía en que no sea así²⁴, parece claro, no solo, como dice SCHUBARTH²⁵, que lo injusto de la culpa consciente de peligro se contiene en la culpa consciente de lesión, sino que, refiriéndonos ahora a la culpa de lesión y al dolo de peligro, y dejando al margen el determinar cuál de los dos desvalores de acción es mayor, y si siempre uno está contenido completamente en el otro, en todo caso, si en un tipo se valora por un lado un dolo de peligro respecto a un resultado más grave, y por otro, *adicionalmente*, una culpa, consciente o no, respecto a ese mismo resultado más grave, se está repitiendo sobre una única conducta causante de un solo resultado más grave el juicio desvalorativo de acción, actitud manifestamente improcedente.

Dicho de otro modo, y sin pararnos a considerar por ahora la necesaria apreciación del dolo respecto al resultado material del tipo básico: en los supuestos en que pretendidamente estamos ante un tipo básico doloso con dolo de peligro respecto al resultado más grave, y un delito culposo respecto a ese mismo resultado, no estamos más que ante una situación de concurso de leyes²⁶.

²⁴ JESCHECK, ob. cit., págs. 236, 460 y F. C. SCHROEDER, ob. cit., 9 Auflage, § 59, págs. 54 y 55. Quizás, siguiendo a ENGISCH y CEREZO, sería más correcto entender el juicio de previsibilidad objetiva de la imprudencia no como "posibilidad", sino como "no improbabilidad", de producción del resultado. Véase a ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pág. 46; y a CEREZO MIR, *Curso...*, ed. cit., págs. 352, 400.

La confusión entre culpa consciente de lesión y dolo de peligro, equiparándolos, está muy extendida entre los autores que polemizan sobre los delitos calificados por el resultado. Al margen de KAUFMANN y STRATENWERTH, que veremos más adelante, MEZGER, "Leipziger Kommentar", ed. cit., pág. 428 b-428 c; BACKMANN, "Gefahr als besondere Folge der Tat i. S. der erfolgsqualifizierten Delikte?", *MDR* 1976, págs. 974 y 975; GEILEN, ob. cit., pág. 680; OEHLER, "Das erfolgsqualifizierte Delikte als Gefährdungsdelikte", *ZStW*, 1957, págs. 517 y 518; KUPPER (ob. cit., pág. 40) entre otros. LORENZEN (ob. cit., págs. 45-48) identifica dolo de peligro y dolo de lesión.

²⁵ SCHUBARTH, ob. cit., pág. 768, nota 63.

²⁶ No de otra forma procede el Código Penal español en los delitos contra la seguridad del tráfico respecto a la relación entre peligro concreto y lesión efectiva del bien jurídico. Véase arts. 340 bis a p. 1 núm. 2 y p. 3.

El art. 340 bis a p. 1 núm. 2 castiga al que conduzca un vehículo de motor temerariamente y ponga en concreto peligro la vida, integridad corporal o bienes de las personas, mientras que el p.

La pretensión de poner de manifiesto un contenido de lo injusto adicional al del delito doloso y culposo está viciada en la medida en que pretende apoyarse en una injustificada *doble* consideración del desvalor de acción de una única conducta causante de un solo resultado más grave²⁷.

En la doctrina alemana se han registrado ya algunas insinuaciones en línea con el razonamiento acabado de exponer, pero sin profundizar lo suficiente como para captar que esa ilícita *doble valoración* termina privando del argumento decisivo a los partidarios de los delitos calificados por un resultado más grave culposo²⁸.

3 señala que, si además del peligro concreto, resulta lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, se apreciará tan solo la infracción más gravemente penada.

²⁷ En el marco de la problemática alemana, la forma en que algunos autores partidarios de los delitos calificados por el resultado con exigencia de imprudencia tratan el hecho de que el Código Penal alemán exija en algunos delitos calificados imprudencia temeraria respecto al resultado más grave, es muy aleccionador de lo que sostengo. HIRSCH (ob. cit., págs. 73 y 74) considera que la imprudencia temeraria se justifica si los supuestos de imprudencia no temeraria se cubren perfectamente en el tipo básico y en su marco penal; en tal caso, penar solo por imprudencia sería responsabilidad por el resultado; aunque ello es difícil de probar, si a un tipo básico está ligado normalmente un riesgo muy claro de producción de una consecuencia más grave, de forma que tal riesgo solo con la realización del tipo básico ya es previsible por el autor, pudiéndose considerar que se incluye en el marco penal básico, entonces, en la calificación, procede temeridad; si el tipo básico no abarca ese riesgo muy claro, y el marco penal es, por ello, inferior, procede penar toda imprudencia. De modo semejante SCHROEDER (ob. cit., 10, Auflage, pág. 134) y KÜPPER (ob. cit., pág. 31).

En mi opinión, el que estos autores admitan que hay supuestos en que la imprudencia simple se integra en el delito base doloso, y precisamente en función de si existe un riesgo muy claro de producción de una consecuencia más grave, riesgo que es el mismo sobre el que han construido el dolo de peligro, muestra claramente, y *ahora incluso en el mismo tipo básico doloso*, cómo se está vinculando el juicio desvalorativo de acción de la imprudencia y del dolo de peligro a una misma situación objetiva. Es más, estos autores integran la imprudencia simple en el concepto de dolo de peligro, pues solo así se explica que digan que si en tales casos no se exige imprudencia temeraria para la calificación estaremos ante una responsabilidad por el resultado. Si pensarán, cosa que no hacen, que la imprudencia simple no se integra en el dolo de peligro, o, si se quieren que su juicio desvalorativo versa sobre un comportamiento distinto de aquel al que va referido el juicio desvalorativo del dolo de peligro, cuando para la calificación se exigiera imprudencia temeraria, y en el caso concreto solo se diera simple, no apreciarían solo el tipo básico doloso, sino este en concurso ideal de delitos con el tipo culposo normal.

Por otro lado, no se comprende cómo pueden afirmar que bastará con exigir imprudencia simple en la calificación cuando el riesgo en el tipo básico no sea muy grande, pues olvidan que en el tipo básico han alojado a un peligro doloso en todo caso, y este presupone una situación de riesgo muy pronunciada, la propia del peligro concreto, desde luego mucho más marcada que la que exige la imprudencia, no solo la simple, sino también la temeraria.

²⁸ TENCKHOFF ("Die leichfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen", *ZStW*, 1976, págs. 910 y 911), partiendo de problemas de medición de pena, en donde señala que uno de los principios fundamentales de tal medición es la prohibición de la doble valoración de los elementos típicos, dado que ya fueron tenidos en cuenta por el legislador en el establecimiento del marco penal, y que tal prohibición no se limita a los elementos típicos en sentido estricto, sino que vale también para las ideas básicas político-criminales de cada precepto, da un paso más y pone de relieve que también la elección de un marco penal especial, y no solo la medición de pena, se ve afectada por tal prohibición. Eso significa que en los delitos calificados aquellas circunstancias que llevan a la formación del marco penal de los tipos básicos no pueden otra vez ser utilizadas para la constatación de los presupuestos de la calificación. El autor critica con ello la tesis de MAIWALD ("Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte", *GA*, 1974, págs. 267-270), según la cual en los delitos calificados por el resultado la imprudencia temeraria ya está contenida en la realización dolosa del tipo básico. También ARZT ("Leichtfertigkeit und recklessness", en *Gedächtnisschrift für H. Schroeder*, 1978, págs. 121-123)

b) ¿Y qué decir si estos autores consideran que ese peligro respecto al resultado más grave es un peligro abstracto?

En primer lugar, cabe decir que es criticable que la mayor parte de estos autores no se preocupen de precisar si aluden a un peligro abstracto o concreto, dada la trascendencia que ello posee. De todas formas, un buen número de indicios apunta a que piensan en un peligro concreto.

Con todo, hay autores que optan claramente por un peligro abstracto. Entre ellos destaca KÜPPER, quien considera a los delitos calificados por el resultado como una combinación entre un delito de peligro abstracto y un delito culposo de resultado: el delito de peligro abstracto abarca ciertas conductas, generalmente peligrosas, y prescinde de la producción del resultado lesivo. Por el contrario, el delito culposo de resultado se basa en el resultado (objetivamente previsible), cuya producción puede deberse a conductas muy diversas. Los delitos calificados por el resultado constituirían una combinación peculiar de estas dos manifestaciones. De ello se deriva que no cabe exigir un dolo de peligro concreto pues en los delitos de peligro abstracto el dolo precisa referirse solo a los elementos objetivos del tipo²⁹.

Ahora bien, si partiéramos de un peligro abstracto, difícilmente podría hablarse, como quieren estos autores, de un contenido de lo injusto adicional, pues sabido es que el peligro abstracto no es un elemento de lo injusto, sino únicamente la *ratio legis*. En tal sentido, como reconoce KÜPPER, el dolo del delito base no abarcaría al peligro abstracto. Con ello desaparece el asidero sobre el cual construyen estos autores su tesis del contenido de lo injusto adicional, ya que ella tiene su punto de partida en la pretendida comprobación de que en el tipo básico doloso existe un dolo respecto al resultado material y un dolo de peligro respecto al resultado más grave.

afirma que de la realización dolosa del tipo básico se deduce no solo la imprudencia sino también la imprudencia temeraria respecto a la realización de la calificación, alegando que una *repetición* del riesgo ya inserto en el tipo básico, a través del peligro imprudente, no aclara nada la razón de la calificación. KÜPPER (ob. cit., pág. 31), sin compartir los razonamientos anteriores, estima acertadamente que lo consecuente en sus sustentadores sería considerar al § 18 como superfluo. Finalmente, ya hemos visto cómo LORENZEN (ob. cit., págs. 49-52, 85, 38-44, 66, 70, 78) equipara el juicio de previsibilidad objetiva al de peligrosidad de la acción, pero de ello solo deduce lo superfluo de preguntarse, tras la constatación de la peligrosidad de la acción, por la previsibilidad objetiva; el único momento en que alude a una doble valoración es en el marco de un mayor merecimiento de pena de los delitos calificados por el resultado en razón de su frecuente comisión, esto es, en un contexto desligado, como él insiste (págs. 76 y 77), del análisis del injusto culpable, y de su posible doble consideración; en todo caso, eso es coherente con la postura de LORENZEN, que, como vimos, admite en los delitos calificados un desvalor de lo injusto adicional, si bien considera que ya es tenido en cuenta en el tipo básico y su marco penal, incluso cuando no se produce el resultado más grave.

²⁹ KÜPPER, ob. cit., págs. 41, 42. También GEILEN (ob. cit., págs. 676-682), quien exige que la realización del peligro provenga inmediatamente del delito base, parece partir en la constatación de la inmediatez de un peligro abstracto y no concreto. Podemos en este trabajo renunciar a un análisis más detallado del criterio de la inmediatez, dado que a tenor del punto de vista por nosotros sustentado es irrelevante si con él se quiere aludir a un peligro abstracto o concreto. GÖSSEL ("Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikte nach 18 StGB", en *Festschrift für Lange*, 1976, pág. 231) alude asimismo a un peligro abstracto en el delito base, pero en un contexto distorsionado por su consideración de los delitos calificados como delitos culposos, a lo que enseguida aludiremos.

Incluso si se aceptara la propuesta de ESCRIBA-GREGORI, de concebir los delitos de peligro abstracto de tal forma que se exigiera la peligrosidad de la acción en el momento de su realización³⁰, no podría mantenerse la tesis del contenido de lo injusto adicional, si bien ahora con argumentos similares a los utilizados en el supuesto de que se exija peligro concreto, ya vistos³¹.

c) Las argumentaciones precedentes no se modifican sustancialmente si acudimos a autores que, como OEHLER, consideran que la inobservancia del cuidado objetivamente debido pertenece a la culpabilidad y no al injusto de los delitos culposos³². También él considera que en el tipo básico va inserto un peligro respecto al resultado más grave, peligro que se deriva de las peculiaridades del tipo básico, estando ligado de modo especial a la índole de la acción típica, de modo que puede hablarse de que se da una tendencia objetiva al resultado en el tipo básico, que forma parte de su injusto. A su vez, respecto al injusto culposo, dirá que, dado que se incluye el resultado concreto en los límites de la tendencia objetiva al resultado se da la relación causal y con ello el injusto concreto de la acción culposa.

Ahora bien, las afirmaciones precedentes son merecedoras plenamente de la primera de las críticas formuladas; también aquí estamos ante una doble valoración de unas mismas circunstancias objetivas para configurar el injusto de una conducta. Pero es que también la segunda de las críticas expuestas sigue manteniendo, *mutatis mutandi*, su valor.

Efectivamente, OEHLER considera que en el hecho doloso de los delitos calificados por el resultado, inserto en el dolo referido propiamente al tipo básico, se encuentra al mismo tiempo un dolo de peligro, o un desconocimiento contrario al deber del especial peligro típico, referido al resultado más grave. Ahora bien, al margen, en el delito culposo nos encontramos con la inobservancia del cuidado objetiva y subjetivamente debido. Naturalmente estas afirmaciones las refiere OEHLER a la culpabilidad y no a lo injusto.

En mi opinión el razonamiento precedente es merecedor de la segunda de las críticas formuladas, si bien teniendo presente que ya no se trata de que se formule, sobre una misma conducta, el juicio desvalorativo de acción dos veces, sino de que se le *reprocha* al autor una misma conducta dos veces. Así, pues, tampoco OEHLER consigue convencer en su pretensión de considerar que en los delitos calificados por el resultado no puede hablarse de una mera adición de un delito doloso y otro culposo en la medida que existe un plus en lo injusto y en la culpabilidad.

³⁰ ESCRIBA-GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Bosch, 1976, págs. 72, 115-118; CEREZO MIR, *Curso...*, ed. cit., págs. 398, 401-402. GEILEN parece compartir esta opinión. (Nota 28, ob. cit.).

De hecho, parte ESCRIBA del concepto elaborado por H. SCHRÖDER, y corriente en Alemania de peligro abstracto-concreto. Véase a SCHRÖDER, "Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?", *JZ*, 1967, págs. 522 y ss.

³¹ Efectivamente, volvería a darse el doble juicio desvalorativo de acción, ahora entre el dolo de peligro abstracto y la imprudencia.

³² El razonamiento de OEHLER se encuentra en su trabajo "Das erfolgsqualifizierte Delikt als...", ob. cit., págs. 512-518. Se adhieren a sus posturas MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, 1967, pág. 18; STREE, "Zur Auslegung des §§ 224, 226 StGB", *GA*, 1960, pág. 292, entre otros. Postura sustancialmente idéntica en MEZGER, ob. cit., págs. 428 b-428 c.

5. A la luz de todas las reflexiones precedentes, pienso que adquieren su auténtico significado afirmaciones como la de LANGE³³, quien señala que la exigencia de imprudencia no supone más que un "compromiso" frente al principio de culpabilidad, pero no una auténtica instauración de este, como la de JAKOBS cuando advierte del peligro de estar ante un *versari* más o menos subjetivizado, pero *versari*³⁴.

En efecto, los autores estudiados, como señala SCHUBARTH³⁵, parece que han partido de la idea de que si las calificaciones por el resultado más grave han durado tanto tiempo por algo será, debiéndose proceder únicamente a buscar argumentos nuevos que sustituyan a los antiguos, ya no convincentes. En esa búsqueda de argumentos han arrinconado a los tradicionales, basados en consideraciones de prevención general y que asumían la quiebra del principio de culpabilidad³⁶, y, presionados por el cada vez mayor prestigio de este principio, han confiado en respetarlo y en salvar simultáneamente la existencia de estos tipos hablando de la presencia de un contenido de lo injusto adicional que, en resumidas cuentas, no es tal sino la mera traslación del *versari* a la teoría de lo injusto.

Porque, realmente, lo que pesa en toda la construcción analizada sigue siendo el "arranque inicial ilícito", o, dicho de otro modo, que la acción inicial ya constituye un ilícito penal, un tipo doloso. Bien patente lo deja ver HIRSCH³⁷ cuando afirma: "Desde luego, todo delito culposo presenta ya en la acción un cierto grado de riesgo, lo que ocurre es que en los delitos calificados la acción peligrosa *ya constituye por sí sola un tipo doloso*, con un resultado, el del tipo básico, que posee una tendencia característica hacia la consecuencia más grave". A la luz de las consideraciones precedentes sobre la relación entre dolo de peligro y culpa de lesión, esta frase muestra el auténtico argumento que subyace en la postura de exigir imprudencia: se impone una pena superior a la que resultaría de añadir a la del delito doloso la del delito culposo, porque la acción no observadora del cuidado objetivamente debido ya es, por sí misma, antes de realizar sobre ella el juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido, ilícito penal.

³³ LANGE, ob. cit., pág. 255.

³⁴ JAKOBS, ob. cit., págs. 37 y 38.

³⁵ SCHUBARTH, ob. cit., pág. 770.

³⁶ Es significativo a este respecto el segundo plano, por no decir desaparición, en que han quedado las antes habituales reflexiones sobre los efectos preventivo-generales de los delitos calificados por el resultado, en la moderna doctrina alemana que exige al menos culpa respecto al resultado más grave. Ello es un indicio de que tal doctrina se siente convencida de haber logrado compatibilizar tales tipos con el principio de culpabilidad, de forma que no es preciso acudir a argumentos de prevención general que intenten justificar la violación de tal principio. Baste como prueba de ello MÜLLER-DIETZ, ob. cit., págs. 14 y 15.

Sintomático es también que sea dentro del marco de posturas abolicionistas, desde donde se pide la supresión, sin más, de los delitos calificados por el resultado, y donde se ha planteado, tras la instauración de la exigencia de culpa, la virtualidad de los argumentos basados en la prevención general. Véase a JESCHECK, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 247; a MEZGER, ebenda, pág. 255; y recientemente, de modo muy convincente, LORENZEN, ob. cit., págs. 86, 112-114. Naturalmente tales argumentos siguen vigentes entre los que preconizan el mantenimiento de los delitos calificados por el resultado en su forma original.

³⁷ HIRSCH, ob. cit., pág. 71.

Puesto que tal ilicitud penal previa ya se pena por su parte, su apreciación para configurar la pena del delito culposo de resultado, dando lugar a una pena superior a la suma de las del delito doloso y culposo normales, no es otra cosa que responsabilidad por el resultado.

6. Algunos autores, opuestos al mantenimiento de estos tipos calificados aun exigiendo imprudencia, en lugar de centrarse en la cuestión decisiva, la de si realmente existe un contenido de lo injusto adicional, ponen especial énfasis en quitar relevancia práctica a la exigencia de imprudencia. JESCHECK, en especial, sostiene, que la realización del tipo básico doloso implica ya la inobservancia del cuidado objetivamente debido respecto a la consecuencia más grave, de forma que la exigencia de imprudencia queda reducida a la previsibilidad subjetiva de tal resultado más grave³⁸. Y estima este autor que, dada la precedente situación y para acercar más estos tipos al principio de culpabilidad, se han adoptado dos clases de medidas, a saber: exigir cada vez en mayor número de tipos imprudencia temeraria, y restringir la imputación objetiva del resultado exigiendo que éste sea consecuencia *inmediata* del delito base³⁹.

En mi opinión, afirmaciones como las anteriores han de entenderse como una mera expresión de una regla de experiencia general que no exime de probar la falta de observancia del cuidado objetivamente debido en el caso concreto⁴⁰, en coherencia con conocidas exigencias dogmáticas. La rápida réplica de HIRSCH y RUDOLPHI⁴¹ señalando que es preciso probar la inobservancia del cuidado objetivamente debido en cada caso es, en mi opinión, en buena medida superflua.

Sin embargo la formulación reiterada de esa regla de experiencia general no supone, en contra de lo que piensan quienes la exponen, un menoscabo de las posturas que quieren mantener los delitos calificados exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave, sino más bien lo contrario. Efectivamente, esa afirmación va en la línea, aunque no llega hasta allí, de reconocer que en el tipo básico doloso va inserto siempre un peligro respecto al resultado más grave. Es más, en el fondo resulta contradictorio que HIRSCH y RUDOLPHI se hayan apresurado a minimizar la regla de experiencia general que vincula al tipo básico doloso la inobservancia del cuidado objetivamente debido respecto al resultado más grave, pues si ellos estiman⁴² que en el tipo básico doloso se da una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, eso ya contiene dentro de sí el juicio de previsibilidad

³⁸ De diversas afirmaciones de JESCHECK se saca la conclusión de que, si bien a veces, cuando afirma que todo queda reducido a la previsibilidad del resultado, alude a la previsibilidad subjetiva, en otros supuestos parece aludir también a la objetiva. Véase *Lehrbuch...*, ed. cit., págs. 209-210, 463-464, 232, 234 y *Niederschriften...*, ed. cit., págs. 249-250.

Aluden igualmente a la reducción práctica de la exigencia de imprudencia a la previsibilidad subjetiva, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, 3, Auflage, Berlin, pág. 297; MAURACH-ZIPF, ob. cit., pág. 495, mencionando una sentencia del Bundesgerichtshof en tal sentido.

³⁹ JESCHECK, *Lehrbuch...*, ed. cit., págs. 210, 234, 467.

⁴⁰ WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Ariel, 1964, págs. 72 y 73.

⁴¹ HIRSCH, ob. cit., pág. 73, nota 44 a; RUDOLPHI, ob. cit., pág. 155; MEISENBERG, *NJW*, 1972, pág. 694.

⁴² Y exigen. De ahí que la referencia al caso concreto sigue siendo válida.

objetiva e implica, por tanto, la conformación de una buena parte de los elementos que presuponen el juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido. Incluso podría llegarse a aceptar que con tal situación ya se sobrepasa, dado que estamos en una acción básica por sí ya delictiva, el riesgo permitido⁴³.

Es decir, y aunque pudiera parecer lo contrario, la insistencia en que el tipo básico doloso implica ya la inobservancia del cuidado objetivamente debido, supone una aproximación a las tesis que consideran justificable la existencia de los delitos calificados por un resultado culposo con penas que responden a la presencia de un contenido de lo injusto adicional a los de los delitos doloso y culposo normales concurrentes.

II

LA SUPRESIÓN DE LA CALIFICACIÓN POR EL RESULTADO MÁS GRAVE CULPOSO, Y LA REALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

1. Un importante sector doctrinal alemán no duda en afirmar que la vigencia del principio de culpabilidad solo puede asegurarse suprimiendo totalmente los delitos calificados por el resultado⁴⁴. Postura que, a la luz de los razonamientos expresados antes, comparto.

Con ello no se ha acabado la discusión, sin embargo. Hay que comprobar, por un lado, si todos los autores entienden por supresión de los delitos calificados

⁴³ Y ya no digamos si, como han afirmado estos autores, al tratar del problema de la imprudencia temeraria, se considera que la culpa de lesión está contenida plenamente en el dolo de peligro.

No podemos dejar de mencionar en este contexto las posturas de GOSSEL (ob. cit., págs. 232-239) y SEEBALD (*Teilnahme am erfolgsqualifizierten...*), ob. cit., págs. 166 y 167), que consideran a la totalidad del delito calificado por el resultado como un delito culposo, de forma que la realización dolosa del tipo base no sería más que la inobservancia del cuidado objetivamente debido, solo que tipificada y constitutiva del desvalor de acción del delito culposo, siendo la consecuencia más grave el resultado de lesión o de peligro constitutivo del desvalor de resultado.

Estas posturas, sin duda rechazables desde distintos puntos de vista, llevan sin embargo a sus últimas consecuencias la idea de que con el tipo básico doloso se da normalmente la inobservancia del cuidado objetivamente debido, hasta el punto de que, de un modo sin duda dogmáticamente incorrecto, consideran que no es necesario atender a las circunstancias del caso concreto, y que basta con las reglas generales de experiencia concretadas en un tipo. Véase también una postura crítica en HANLE, *Die Teilnahme an den erfolgsqualifizierten Delikten*, tesis doctoral, 1970, págs. 46-50 y LORENZEN, ob. cit., págs. 57-65.

⁴⁴ *Alternativentwurf...*, Besonderer Teil, "Straftaten gegen die person", ed. cit., 1970, pág. 45; STRATENWERTH, "Tendencia y posibilidades de una reforma del derecho penal", en *La reforma del derecho penal*, Bellaterra, 1980, pág. 46; SCHUBARTH, ob. cit., págs. 762-763; JESCHECK, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 248; NOLL, "Diskussionsvotum an der Strafrechtlehrtagung vom 21-23 Mai 1964 in Hamburg", *ZStW*, 1964, pág. 711; SCHNEIDER, "Par. 56 StGB und die Strafrechtsreform", *JR*, 1955, pág. 415; LORENZEN, ob. cit., págs. 88, 164-165, 169; entre otros.

En España, dada la situación descrita al inicio de este trabajo, son escasos los pronunciamientos a este respecto. Con todo, cabe mencionar a QUINTERO OLIVARES (*La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, págs. 34-35), quien, aunque aboga por la supresión total de los delitos calificados por el resultado, hace alguna excepción por razones de prevención general.

lo mismo, y por otro lado, cuáles debieran ser los modos de proceder jurídico-penalmente ante las conductas que ahora se incluyen en las calificaciones por el resultado más grave.

2. Respecto a lo primero, hay que tener bien presente el concepto de delito calificado por el resultado del que parte el Proyecto Alternativo alemán, y que también defienden KAUFMANN y STRATENWERTH. Según el Proyecto Alternativo, estaremos ante delitos calificados por el resultado si la calificación se aprecia cuando se da respecto a ella caso fortuito-culpa inconsciente, pero no en los supuestos en que se aprecia con culpa consciente. En ese sentido KAUFMANN dice que en el antiguo § 56 alemán se puede hablar de delitos calificados por el resultado solo en la medida en que se abarca la culpa inconsciente⁴⁵.

Este autor considera que la completa realización del principio de culpabilidad se logra solo si, además del dolo referido al tipo básico, se exige la conciencia de la causalidad adecuada en relación con la consecuencia más grave; esto es, conciencia de que la conducta es apta para producir resultados cuestionables. Así, pues, se exige un doble dolo, según él: dolo de lesión respecto al primer resultado, y dolo de peligro respecto al segundo, o, *lo que es lo mismo*, dolo para el delito base, y culpa consciente respecto al resultado más grave⁴⁶.

A su vez STRATENWERTH considera que la culpa consciente de lesión respecto al resultado más grave se abarca en el dolo de peligro, de forma que el agresor consciente de la creación de un peligro de un delito de lesiones graves merece mayor pena. Los delitos calificados, dice, son solo los de presunción de dolo, y tal presunción se da si al autor que produce un resultado más grave culposamente en el sentido del § 56 (por tanto eventualmente *dolo* con culpa inconsciente) se le pone más alta por suponer que ha actuado con auténtico dolo⁴⁷.

Con tales planteamientos, ambos autores pasan a defender un tipo propuesto en el Proyecto Alternativo, en el que, según su propio texto, existiendo un dolo de maltrato o lesión, se produce un resultado de lesión grave con dolo eventual o culpa consciente respecto a él. Este tipo, expresa el Proyecto, es un delito de resultado cometido con dolo de peligro y se distingue del delito de resultado cometido con dolo directo; en ambos casos el dolo directo y el dolo de peligro van referidos al resultado de lesiones graves. No basta con la producción de un mero riesgo⁴⁸.

KAUFMANN y STRATENWERTH coinciden en que el tipo de que se trata (§ 110 Abs. 2 del Proyecto Alternativo), no es un delito calificado porque no abarca la culpa inconsciente. Se trata, dice STRATENWERTH, de un tipo que exige una lesión dolosa del tipo base y una culpabilidad menor, es decir, dolo de peligro, o lo que es lo mismo, dolo eventual o culpa consciente, respecto a la consecuencia más

⁴⁵ *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, Besonderer Teil, ed. cit., pág. 49; KAUFMANN, ob. cit., págs. 244 y 245.

⁴⁶ KAUFMANN, ob. cit., págs. 240-245; del mismo en la Strafrechtlehrtagung de Regensburg en 1970 (véase MEYER, "Tagungsbericht, Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtlehrtagung 1970 in Regensburg", *ZStW*, 1971, pág. 276).

⁴⁷ STRATENWERTH en MEYER, ob. cit., págs. 275 y 276.

⁴⁸ *Alternativentwurf...*, Besonderer Teil, ed. cit., págs. 48 y 49.

grave, si bien KAUFMANN dirá que en realidad el dolo eventual no es dolo de peligro sino dolo de lesión, de forma que el auténtico dolo de peligro coincide con la culpa consciente⁴⁹.

Discrepo de la pretensión de dejar reducidos los delitos calificados por el resultado a aquellos en que basta el caso fortuito o la culpa inconsciente, refiriéndose la petición de supresión solo a estos supuestos.

Ante todo, como señala HIRSCH, se parte de un concepto de delito calificado por el resultado distinto al absolutamente mayoritario en la doctrina, con lo que la propuesta de supresión de tales tipos no es tal, al menos a tenor de los conceptos doctrinales habituales, sino una mera reducción de su ámbito⁵⁰. En segundo lugar, como también dirá HIRSCH, la pretensión de graduar la mayor o menor culpabilidad de los delitos imprudentes, de forma que en el primer caso está justificado mantener una regulación específica, en función de si la culpa es consciente o inconsciente, ignora que muchas veces es más grave la culpa inconsciente, ya que el autor ni siquiera se plantea la posibilidad del resultado más grave. El criterio de graduación ha de ser la temeridad, como hace el legislador en los delitos culposos normales⁵¹. Por otro lado, siguiendo de nuevo a HIRSCH, si estos autores fueran consecuentes deberían renunciar a la producción del resultado material más grave, y conformarse, dado el dolo de peligro, con la producción del resultado de peligro⁵².

No obstante, en mi opinión, al margen de los argumentos precedentes, sin duda muy dignos de consideración, hay otro que atiende directamente al núcleo del problema: tanto KAUFMANN y STRATENWERTH como el propio Proyecto Alternativo realizan una serie de equiparaciones que estimo dogmáticamente incorrectas. Así, no puede afirmarse, como hace KAUFMANN, que la conciencia de la causalidad adecuada sea lo mismo que la culpa consciente de lesión, pues parece claro que para llegar al juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido han de intervenir elementos normativos que se han de sumar al juicio de previsibilidad objetiva⁵³. De modo especial, no se puede equiparar (KAUFMANN) la culpa consciente de lesión al dolo de peligro, ni tampoco considerar incluida a aquella en este (STRATENWERTH y el Proyecto Alternativo). Es rechazable igualmente insertar en el concepto de dolo de peligro el concepto de dolo eventual, como hacen STRATENWERTH y el Proyecto Alternativo⁵⁴.

⁴⁹ KAUFMANN en MEYER, ob. cit., pág. 276; STRATENWERTH, ebenda, págs. 275 y 276.

⁵⁰ HIRSCH, ob. cit., pág. 70, nota 28; *del mismo* en MEYER, ob. cit., pág. 278; en la misma línea SIMSON, "Der Alternativentwurf zu den Straftaten gegen die Person", JZ, 1970, pág. 571.

⁵¹ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 73. Este autor piensa que, en la tesis que critica, los supuestos de culpa inconsciente quedan asumidos en el tipo básico doloso. Tal conclusión, condicionada por sus propias posturas ante los delitos calificados, no corresponde a la opinión de los autores criticados. En tales supuestos acuden al concurso ideal entre el tipo básico doloso y el tipo imprudente de culpa inconsciente. Véase a STRATENWERTH en MEYER, ob. cit., pág. 276.

⁵² HIRSCH en MEYER, ob. cit., pág. 279. Si bien la exigencia de resultado material tiene "cierta" lógica si se incluye en el dolo de peligro la culpa consciente de lesión.

⁵³ WELZEL, ob. cit., pág. 32 y ss.

⁵⁴ Véanse las definiciones recogidas precedentemente en el epígrafe primero de este trabajo, 4 a), y la bibliografía allí citada.

Estas, en mi opinión, confusiones dogmáticas, de modo principal la segunda, son las que han promovido una actitud que ha creído posible excluir del concepto de delito calificado por el resultado a los supuestos de culpa consciente respecto al resultado más grave, pensando que en tales casos no se estaba ante una mera combinación de un delito doloso y otro culposo, sino ante una combinación dolo-dolo que justificaba una pena superior a la resultante de la combinación dolo-culpa⁵⁵. Sin embargo, dado que culpa consciente de lesión y dolo de peligro no se identifican, la imposición en los supuestos aludidos de una pena superior a la suma del delito doloso y culposo nos retrotrae a la responsabilidad por el resultado.

3. Vamos a analizar a continuación los dos modos de proceder jurídico-penalmente que se han propuesto respecto a las conductas ahora insertas en los delitos calificados por el resultado.

La actitud que con mucha diferencia ha tenido un mayor eco en la doctrina abolicionista es la que propugna acudir a un concurso ideal de delitos entre la conducta básica dolosa y la culposa referida al resultado más grave. Esta solución propuesta ya hace tiempo por RADBRUCH, entre otros, parece a estos autores que solo puede adoptarse si se abandona previamente el principio de la absorción como criterio determinador de la pena en el concurso ideal, principio que, actualmente, y desde hace tiempo, rige en el Código Penal alemán⁵⁶.

Según tal principio, formulado ahora en el § 52, la pena imponible se obtiene del marco penal del precepto con pena mayor, marco penal que se puede recorrer en toda su extensión con la única salvedad de que no se puede imponer una pena que quede por debajo del límite mínimo de los marcos penales del otro u otros preceptos aplicables.

Efectivamente, tal principio, que lleva a que el marco penal en el que se ha de aplicar la pena sea sustancialmente idéntico al del delito más grave concurrente, parece no ajustarse bien, según estos autores, a unas conductas que, si bien no poseen un contenido de lo injusto adicional al del delito doloso y culposo concurrentes, sí constituyen conductas merecedoras de mayor pena que la imponible al delito básico doloso por sí solo, no habiendo razones que justifiquen la imposición de una pena que no atienda a toda la medida de la culpabilidad.

Naturalmente, la circunstancia de que en Alemania toda propuesta de acudir al concurso ideal presuponga, de *lege ferenda*, la modificación de las reglas de este, es un importante lastre que los autores que no comparten la idea de suprimir los delitos calificados no dejan de resaltar, recordando que tampoco la nueva parte general del Código Penal alemán se ha decidido a prescindir del principio de

⁵⁵ No se olvide por otra parte que la mera combinación dolo-dolo no justifica sin más una pena superior a la resultante de penar los delitos dolosos por separado. Este problema no se ha de tratar ahora; véase a DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados...*, ed. cit.

⁵⁶ Son partidarios de esta solución, propugnando la modificación del principio que regula el concurso ideal en Alemania, *Alternativentwurf*, Besonderer Teil, ed. cit., pág. 45; MEZGER, *Niederschriften...*, ed. cit., págs. 255-257; JESCHECK, ebenda, pág. 248; STRATENWERTH en MEYER, ob. cit., págs. 275 y 276; SCHUBARTH, ob. cit., págs. 763, 776; NOLL, ob. cit., pág. 711; SCHNEIDER, ob. cit., pág. 415; parcialmente también KOFFKA, *Niederschriften...*, págs. 244 y 245; entre otros.

absorción⁵⁷. Hecho incontestable que solo afirmaciones como las de SCHUBARTH tratan de encubrir, al hacer notar que si las reglas de resolución del concurso ideal dan lugar a resultados insatisfactorios lo que procede es cambiar tales reglas, pues es obvio que las críticas relativas a los inadecuados marcos penales resultantes de la aplicación del concurso ideal van contra las reglas del concurso ideal y no contra la supresión de los delitos calificados⁵⁸.

Se han sucedido por consiguiente las propuestas de formulación de nuevas reglas resolutorias del concurso ideal inspiradas en el principio de la exasperación, y que pretenden que el marco penal aplicable contenga un límite máximo superior al del marco penal del delito más grave⁵⁹. Estas propuestas, motivadas por el deseo de suprimir los delitos calificados por el resultado, han sido criticadas por significar una elevación de las penas en los supuestos normales de concurso ideal por razones ajenas a ellos mismos⁶⁰.

Obviamente que ahora no podemos ocuparnos de cuál sea, de modo general, el criterio resolutor del concurso ideal más adecuado. Tampoco atenderemos a las atinadas críticas formuladas por LORENZEN a la doctrina alemana que, diciendo que estamos simplemente ante un concurso ideal, se resiste a aplicar las reglas generales reguladoras de este a los delitos calificados por el resultado, en tanto que no objeta su aplicación a las restantes hipótesis de concurso ideal. Ni entraremos en polémica con el mismo autor cuando afirma que el problema de los delitos calificados por el resultado se puede solucionar en casi todos los casos satisfactoriamente de *lege lata* a partir del principio de absorción vigente en el derecho alemán para el concurso ideal⁶¹.

Creo más interesante hacer notar que este grave inconveniente con que tropiezan los partidarios de la supresión de los delitos calificados en Alemania, y parcialmente, en Suiza, no existe en España. Nuestro Código ha seguido de antiguo el principio de absorción en su variedad de elevación obligatoria de la pena, según el cual se impone la pena del delito más grave en su grado máximo⁶². Entre otras ventajas

⁵⁷ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., págs. 67 y 68; *del mismo*, "Hauptprobleme einer Reform der Delikten gegen die körperliche Unversehrtheit", *ZStW*, 1971, págs. 160 y 161; SCHROEDER, ob. cit., 10 Auflage, pág. 134; MAURACH-ZIPF, ob. cit., pág. 496.

⁵⁸ SCHUBARTH, ob. cit., págs. 772-773, 776.

⁵⁹ El proyecto Alternativo alemán proponía, en el § 64, que este límite máximo fuera el resultante de añadir al límite máximo del marco penal del delito más grave, la mitad de este límite. Véase *Alternativentwurf...*, Allg. Teil, ed. cit., pág. 116. JESCHECK (*Niederschriften...*, Anhang núm. 59, ed. cit., pág. 163) y el Ministerio de Justicia Federal (*Niederschriften...*, Anhang núm. 63, ed. cit., pág. 191) propusieron en las deliberaciones del Proyecto 62 alemán que el límite máximo del marco penal del delito más grave pudiera duplicarse.

El Código Penal suizo (art. 68) asume el principio de la exasperación y admite elevar la pena hasta la mitad de la cifra máxima del marco penal del delito más grave.

⁶⁰ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., págs. 67 y 68.

⁶¹ LORENZEN, ob. cit., págs. 66-69, 73, 86-87, 166. Lo que no impide que él insinúe sus preferencias por el principio de la exasperación.

⁶² Véase el art. 71 del Código Penal español. En él se expresa que en el concurso ideal heterogéneo de delitos, que es el que aquí nos interesa, se aplicará la pena del delito más grave en su grado máximo. Hay que recordar que a tenor de los arts. 78, 79 y 63, la gran mayoría de las penas del Código son divisibles en tres grados, máximo, medio y mínimo, abarcando cada uno de ellos aproximadamente un tercio del intervalo total de la pena, y poseyendo sus respectivos límites inferior y superior. El

que enseguida veremos, esta solución logra evitar los inconvenientes del principio de absorción entendido en sentido estricto, relativos a la remisión, sin más matizaciones sustanciales, al completo marco penal del delito más grave, sin necesidad para ello, por otra parte, de acudir al principio de la exasperación.

JESCHECK ha sido quien se ha ocupado con más detenimiento, una vez presunta la adopción del principio de exasperación, de analizar las consecuencias que la valoración de las conductas estudiadas a través del concurso ideal originaría en Alemania. Estima que en lo referente al límite máximo de los marcos penales resultantes se llega a soluciones satisfactorias: ciertos delitos graves pasarían a ser menos graves, lo que es correcto, pues los delitos calificados no pueden catalogarse entre las conductas más graves, dadas sus limitaciones respecto al dolo. En general el límite máximo sería menor que el exigido en los delitos calificados, aunque no siempre; en todo caso, los resultados coincidirían con las conveniencias político-criminales, como lo demuestra el desuso por la jurisprudencia de ciertos niveles de pena. En dos supuestos habría problemas, dado que la calificación no es un delito independiente ni doloso ni culposo, o lo es solo doloso; JESCHECK pretende solucionar el problema sea afirmando que la pena del tipo doloso ya es suficientemente alta, sea acudiendo al recurso de los "casos especialmente graves".

Ahora bien, en lo que concierne a los límites mínimos, JESCHECK, ha de reconocer que la situación deja de ser satisfactoria, pues los marcos penales quedan muy reducidos respecto a los de los actuales delitos calificados, y a lo que es realmente procedente. En lo tocante a los supuestos político-criminalmente insostenibles, él propone acudir al recurso de los "casos especialmente graves", debiendo citar expresamente la ley, como ejemplo de tales, al "resultado culpable"; así, dice este autor, en estos casos el problema de los delitos calificados pasa a ser un asunto de medición de pena, teniendo el juez el suficiente arbitrio para abarcar las peculiaridades de los casos aislados⁶³. MEZGER, que también ve el problema, considera, aunque sin demasiada convicción, que se podría evitar elevando de modo general las penas mínimas de los tipos particularmente considerados⁶⁴. El problema, que también existe en Suiza dada la concreta formulación del principio de exasperación vista, intenta ser minimizado por SCHUBARTH⁶⁵, cuando señala que no se ha probado que los límites mínimos altos tengan efectos preventivos mayores que la punición en cuanto tal, y que tales límites mínimos altos a veces llevan a penas no deseadas, en vez de aliviar la medición de pena.

Las críticas a los resultados que implica el concurso ideal regido por la exasperación no se han hecho esperar, centrándose fundamentalmente en los bajos límites

art. 71 añade que si la pena del delito más grave en su grado máximo es superior a la suma de las penas que pudieran imponerse por separado, se impondrá esta suma de penas y no la pena del delito más grave en su grado máximo.

⁶³ JESCHECK, *Niederschriften...*, ed. cit., págs. 246-248.

⁶⁴ MEZGER, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 255.

⁶⁵ SCHUBARTH, ob. cit., pág. 774.

mínimos a que da lugar, que se considera no reflejan adecuadamente ni el contenido de lo injusto y la culpabilidad, ni las exigencias político-criminales de estas conductas, ni siquiera desde el punto de vista de los partidarios de la supresión de los delitos calificados por el resultado, por lo que ha de acudir a diversos recursos adicionales para obviar tal inconveniente⁶⁶.

Tales recursos adicionales, evidentemente, no son convincentes. Como dice HIRSCH, la propuesta de elevar el límite mínimo del tipo básico doloso de modo general para así, llegado el caso, incluir satisfactoriamente los delitos calificados en él a través del concurso ideal por exasperación, supone elevar injustificadamente las penas de los supuestos leves del tipo básico doloso⁶⁷. Y el acudir a los "casos especialmente graves" ha recibido un aluvión de críticas, de las que no es la menor la de que con ello lo único que se logra es trasladar inalterada la problemática de los delitos calificados al ámbito de la medición de la pena, donde se volverán a plantear los mismos problemas que se quieren presumiblemente evitar con la supresión de estos tipos, con el inconveniente adicional de que la medición de la pena es un ámbito mucho más sensible a la responsabilidad por el resultado⁶⁸.

Efectivamente creo que el defecto de los límites mínimos de los marcos penales resultantes del concurso ideal resuelto por la exasperación es de gran entidad. No obstante es un defecto fácilmente resoluble sin salirse del concurso ideal, y aun del principio de la exasperación. Los autores alemanes abolicionistas han pasado por alto que tan importantes o más que los límites máximos, que eran los que a ellos fundamentalmente les preocupaban dado que criticaban el principio de absorción, son los límites mínimos, y que cabe formular reglas de concurso por exasperación que recorten por abajo el marco penal resultante, sin que ello deba generalizarse a los marcos penales de los tipos de que se trata cuando no estén en concurso.

⁶⁶ Así DREHER, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 252; MEZGER, ebenda, pág. 255; SCHAFHEUTLE, ebenda, pág. 259; BALDUS, ebenda, pág. 256; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, ed. cit., pág. 245.

HIRSCH, (*Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 68), como muestra de los resultados insostenibles a los que se llega, y queriendo contrarrestar los resultados de JESCHECK, más optimistas, aunque también los considera inadmisibles, afirma que si nos ajustamos a las reglas del concurso ideal por exasperación y a las penas propuestas en los delitos pertinentes, todo ello del Proyecto Alternativo, se observa que en ocasiones el límite máximo de la pena del Alternativo coincide con límite mínimo del delito calificado por el resultado del vigente Código Penal alemán; otras veces, y con cierta frecuencia, el límite mínimo son multas y penas privativas de libertad infimas, con el consiguiente daño al efecto preventivo de la pena y renuncia a orientar a la administración de justicia.

Sin negar la fundamentación de las críticas de HIRSCH, como en seguida veremos, no hay que olvidar que, en todo caso, el Proyecto Alternativo no quiere llegar a los mismos niveles penales que los actuales delitos calificados, precisamente porque niega que haya un injusto adicional a la suma del delito doloso y culposo (al menos con culpa inconsciente).

⁶⁷ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 69.

⁶⁸ Y más teniendo en cuenta que estos autores, al suprimir los delitos calificados suprimen al mismo tiempo el § 18 con su exigencia de imprudencia.

Véase a HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., págs. 68, 69, 75, 77; a SCHROEDER, ob. cit., pág. 134; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, ed. cit., pág. 245; a DREHER, ob. cit., págs. 252 y 253; a BALDUS, ebenda, pág. 256; a KÜPPER, ob. cit., págs. 36 y 37; y a LORENZEN, ob. cit., págs. 167 y 168.

Dado que la problemática de los "casos especialmente graves" está alejada de los planteamientos del Código Penal español, no voy a insistir en la abrumadora crítica que se ha hecho a esta pretendida corrección de los resultados del concurso ideal, crítica por lo demás convincente. Además, como ahora veremos, en España obviamos los problemas del límite mínimo sin necesidad de acudir a estos recursos.

De nuevo la situación española es notablemente mejor. En el Código Penal vigente el límite mínimo resultante de las reglas de concurso siempre será más alto que el del delito más grave cuando no esté en concurso ideal⁶⁹. Las críticas centradas por tanto en el límite mínimo resultante no nos afectan.

Si, por otra parte, y sin ánimo de ser exhaustivos, ponemos en práctica las reglas de concurso del Código y comparamos los marcos penales resultantes con los propuestos para los delitos calificados por el resultado, teniendo siempre bien presente que, como ya hemos dicho, con concurso ideal las penas han de ser menores, ya que no se acepta la hipótesis de que los delitos calificados poseen un contenido de lo injusto adicional, observamos que se llega a resultados satisfactorios, tanto en los límites mínimos como en los máximos.

Así, en el delito de aborto con resultado de muerte o lesiones (art. 411), la actual calificación por el resultado lleva a la pena de 12 a 20 años, o a la de 6 a 12 años; por el contrario, el concurso ideal, diferenciando además según la modalidad de la acción y no solo según el resultado culposo producido, ofrece penas de 10 a 12 años o de 4 años y dos meses a 6 años⁷⁰. Igualmente, en el robo con causación culposa de homicidio (art. 501, 4º) la calificación lleva a la pena de 6 a 12 años, mientras que el concurso ideal llevará a una pena de 4 años y dos meses a 6 años.

Las comparaciones hasta ahora hechas nos van confirmando en la idea de que el concurso ideal es una buena alternativa a los delitos calificados por el resultado en el contexto del Código Penal español. Por lo demás, en los presumiblemente escasos supuestos en que no se llegara a resultados satisfactorios lo que procedería sería realizar un ajuste de los marcos penales afectados antes que comprometer el avance que supone, con respecto al principio de culpabilidad, la supresión de los delitos calificados.

No ha de olvidarse tampoco lo acertada que resulta la salvedad, existente en el art. 71 del Código Penal español vigente, que prohíbe imponer, como consecuencia de las reglas de concurso, una pena superior a la suma de las penas de los delitos por separado⁷¹. En el ámbito de nuestras preocupaciones eso implica recoger explícitamente la prohibición de apreciar un injusto adicional a la suma del delito doloso y culposo.

De las otras críticas que se han hecho a la sustitución de los delitos calificados por el resultado por las reglas generales del concurso ideal⁷² hay una que merece

⁶⁹ Nota 62.

⁷⁰ No se alude al supuesto específicamente regulado de la tentativa imposible.

⁷¹ Nota 62.

⁷² La crítica de HIRSCH, (*Zur Problematik...*, ed. cit., págs. 70 y 71 y *Hauptprobleme...*, ed. cit., págs. 160 y 161) y KOFFKA (*Niederschriften*, ed. cit., pág. 257), a la que dieron pie unas afirmaciones de MEZGER (*Niederschriften...*, ed. cit., págs. 255, 257), y consistente en tachar de incoherentes a los partidarios de la supresión de los delitos calificados por no aceptar calificaciones culposas que se sancionen con pena superior a la suma del delito doloso y culposo, mientras que sí aceptan calificaciones dolosas, ya constitutivas por separado de un delito doloso independiente, y con penas superiores a la suma de los dos delitos dolosos por separado, señalando, así, que si fueran coherentes no deberían aceptar la figura del robo con violencia o intimidación, sino propugnar un concurso ideal entre hurto y coacción,

sería reflexión: según ella, la solución del concurso ideal se ve imposibilitada de funcionar si la conducta calificada no es por sí sola delito, o lo es únicamente si es doloso⁷³. Una posible solución del problema ya fue propuesta por JESCHECK⁷⁴: se podría considerar que la pena del tipo básico doloso ya es suficientemente alta y dejar impune, al destipificarla, la conducta calificada en estos casos.

En el Código Penal español se da la primera de las situaciones mencionadas entre otros casos, en los arts. 488 y 489, de abandono de niños, ya que la conducta creadora de un peligro concreto para la vida, salud o moralidad del menor, formulada como calificación por el resultado más grave en los párrafos 5 del 488 y 2 del 489, no constituye un delito independiente. No cabe, sin embargo, pensar en la segunda de las situaciones mencionadas, la de que la conducta calificada solo constituye delito si se realiza dolosamente, pues en el Código Penal español pueden, en principio, todos los delitos dolosos ser castigados también cuando se cometen por imprudencia⁷⁵.

4. Veamos, sin embargo, otro modo de proceder referido a las conductas que se insertan en los delitos calificados por el resultado, y que también hace suya la idea de suprimir estos tipos. Quizás ella nos aporte soluciones que pudieran complementar, que no sustituir, a la del concurso ideal.

LANGE considera que, aunque la solución del concurso ideal no contradice el principio de culpabilidad, hay que ir más lejos: En los delitos calificados lo injusto de tales conductas está en el peligro doloso en ellas existente, debiendo ser su principio básico la inclusión de tal peligro doloso culpable. No se pena más porque junto a la responsabilidad dolosa haya otra culposa, sino porque se actúa sin tener en cuenta el riesgo. Y no se ha de creer que mezclamos los conceptos de lesión y peligro si creamos un tipo de lesión que abarque también la tendencia adicional de poner en peligro ulteriores bienes jurídicos. Se debería procurar crear

aparte de merecer ciertas objeciones de SCHUBARTH, (ob. cit., pág. 773-774) dentro del propio contexto alemán, ignora además que delitos complejos, en los que con frecuencia se da una relación medio-fin entre sus diversos componentes, y delitos calificados por el resultado no son lo mismo. Aluden a esa diferencia LORENZEN (ob. cit., págs. 81-83, 152), y ya antes GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, págs. 166 y ss.

A su vez, KÜPPER (ob. cit., pág. 36), cuando rechaza la sustitución del principio de absorción por el de exasperación, atribuye injustificadamente la idea básica que inspira al principio de absorción también a todos los restantes principios existentes de resolución de concursos ideales.

⁷³ Así HIRSCH, *Hauptprobleme...*, ed. cit., págs. 160 y 161).

En ese sentido HIRSCH (*Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 69 y *Hauptprobleme...*, ed. cit., págs. 160 y 161) y SCHROEDER (ob. cit., pág. 134) aluden a que en Alemania, si se suprimen los delitos calificados el delito de lesiones graves culposas quedaría impune, situación a la que SCHUBARTH (ob. cit., págs. 772 y 773) aporta solución parcial en el marco del derecho alemán.

⁷⁴ Véase *supra*.

⁷⁵ Los arts. 565, 586 3º y 600 castigan, por medio de cláusulas generales, la realización culposa de las figuras delictivas de la parte especial del Código. La validez de estas cláusulas generales solo ha sido cuestionada por doctrina y jurisprudencia en relación con unas pocas figuras delictivas, a través de interpretaciones restrictivas de sus tipos que, además, no gozan del apoyo unánime de doctrina y jurisprudencia.

tipos como el § 223 alemán, en la medida en que alude a comportamientos peligrosos para la vida partiendo de un delito de lesiones⁷⁶.

GALLAS, por su parte, que asume una doble postura en esta cuestión, manteniendo para algunos supuestos los delitos calificados con la exigencia de una imprudencia calificada o especial, y suprimiéndolos en otros casos en función de la idea de peligro, estima, en esta segunda alternativa, que se debería, partiendo del delito base doloso, aludir a la peligrosidad de tal tipo para la vida, exigiéndose dolo respecto a ese peligro, que justificaría una pena más alta⁷⁷. Igualmente SCHNEIDER manifiesta que la idea fundamental de estas figuras debiera ser el peligro producido dolosamente, desligado del resultado más grave producido⁷⁸.

Tales posturas han recibido críticas variadas de los autores que abogan por el mantenimiento de los delitos calificados, exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave. Así, se ha dicho que tales estructuras de peligro obligarían a describir muy precisamente la acción peligrosa, y que todo tipo de peligro presupone siempre un cierto pronóstico ulterior que no siempre se logra correctamente⁷⁹. Sorprende sin embargo tal objeción, y más aun cuando viene de los que se declaran partidarios de los delitos calificados con exigencia de imprudencia, pues son ellos los que más han insistido en que la acción peligrosa se superpone con la acción del tipo básico de resultado material, acción esta que ha de estar necesariamente bien descrita. De ahí que baste con decir que con tal acción se crea una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave.

Se alega también que los tipos de peligro implican una ampliación de la punición, cosa que el legislador solo hace cuando el delito de lesión no basta para la protección⁸⁰. Ciertamente se amplía el ámbito de lo punible pero, como decíamos antes, eso no debe preocupar a quienes dan tanta importancia al resultado más grave como para justificar un delito calificado, pues con la estructura de peligro se trata de evitar la producción de ese resultado más grave. Además la pena será menor que la de los delitos calificados, ya que solo se valorará el contenido de lo injusto del peligro.

⁷⁶ LANGE, *Niederschriften...*, ed. cit., págs. 255-256, 259. Esta postura de LANGE está ya casi totalmente desembarazada —probablemente por moverse dentro de un contexto de *lege ferenda*— de los defectos dogmáticos existentes en sus posturas precedentes de interpretación de los delitos calificados por el resultado del Código Penal alemán a la luz de la introducción en 1953 del art. 56 que exigía culpa. Tales interpretaciones, formuladas en KOHLRAUSCH-LANGE (*Strafgesetzbuch*, 42 Auflage, Walter de Gruyter, 1959, págs. 211 y ss.), tuvieron una gran trascendencia. Véase a DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados...*, ed. cit., pág. 122, nota 139.

⁷⁷ GALLAS, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 257.

⁷⁸ SCHNEIDER, ob. cit., págs. 414 y 415. Igualmente BLUME, "Erfolgsstrafrecht heute?", *NJW*, 1965, págs. 1261 y 1262.

LORENZEN (ob. cit., págs. 168 y 169) también ha aludido recientemente a una posibilidad semejante, incluso tomando en consideración el peligro culposos, pero en último término la ha descartado; en ello ha influido su concepción, ya criticada, de que los tipos básicos y su marco penal correspondiente ya tienen en cuenta por lo general el peligro respecto al resultado más grave, así como su poco convincente opinión de que el peligro doloso respecto a ese resultado más grave ya es abarcado por el tipo del delito doloso más grave en su grado de tentativa.

⁷⁹ BALDUS, ob. cit., pág. 258; KRILLE, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 257.

⁸⁰ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 72.

Las afirmaciones de algún autor relativas a que esta solución no resuelve nada, pues lo que preocupa son los supuestos en que se produce el resultado más grave⁸¹, muestran cómo en el fondo se sigue trabajando con la idea de la responsabilidad por el resultado. Lo que ha de interesar no es el resultado, sino la correcta valoración de lo injusto y la culpabilidad de tal comportamiento, y allí se ha de integrar el resultado⁸².

Como hemos visto, la solución del concurso ideal no encontró en el Código Penal español demasiadas dificultades para ser puesta en práctica, llegando además a soluciones dogmáticamente correctas. Aunque pienso que es la solución que debería adoptarse, el tratamiento de estas conductas es susceptible de ulteriores perfeccionamientos a través, precisamente, de la creación de delitos de peligro.

No hay duda, en mi opinión, de que las conductas que estamos estudiando son peculiares. Efectivamente, lo característico de estas conductas es que la acción inicial dolosa comporta en la mayoría de las ocasiones un peligro respecto al resultado más grave y que, además, resulta frecuente que tal peligro sea abarcado por el dolo del autor. Dicha peculiaridad ha sido entrevista por los partidarios de la exigencia de imprudencia, quienes, sin embargo, en pos de una justificación de los delitos calificados por el resultado y de sus elevados marcos penales, la introdujeron por partida doble, y confusamente, en el delito doloso y culposo, para así poder afirmar a continuación un inexistente mayor contenido de lo injusto.

La pregunta es si podemos tener en cuenta esa peculiaridad de tales conductas sin incidir simultáneamente en el error de afirmar que estamos ante un contenido de lo injusto adicional al propio tiempo que del delito doloso y del delito culposo.

La solución del concurso ideal, con ser la básicamente correcta, resulta demasiado tosca en ocasiones para apreciar esa peculiaridad a la que venimos aludiendo. En su afán por romper esa doble consideración del desvalor de acción que erróneamente realizan los partidarios de los delitos calificados con exigencia de imprudencia, pasa por alto matices importantes, ya que todo queda reducido, en cualquier caso, a la confrontación de un delito doloso de lesión y un delito culposo de resultado.

Se trataría de construir unos delitos de peligro concreto constituidos por un tipo básico doloso de resultado material, y un tipo doloso de peligro concreto. Ello no impediría que existiera un tipo básico doloso sin unirse a tal tipo de peligro y un tipo culposo de resultado referido a la efectiva realización del resultado a que alude el peligro, pero estos dos tipos serían, claro es, independientes del tipo compuesto precedente. Este tipo podría formularse en los lugares del Código en

donde suelen aparecer los delitos calificados, o en los que se considerara más preciso, aludiendo en cada caso al tipo básico doloso correspondiente⁸³, y al peligro concreto que en tales lugares preocupa (suele ser el de la muerte o lesiones, pero no siempre).

Se podría decir, especialmente por los partidarios del concurso ideal, que se está exagerando la frecuencia con que, en las conductas hasta ahora incluidas en los delitos calificados, aparece el dolo de peligro respecto al resultado más grave, siendo lo normal que, con independencia de que el tipo básico doloso cree una auténtica situación de peligro, esta no sea abarcada dolosamente. Pues, aunque así fuera, se ha de recordar de nuevo que esta propuesta en realidad es complementaria de la del concurso ideal, pues aunque no se dé ese dolo de peligro lo que se hará es aplicar las reglas del concurso ideal entre el tipo básico doloso y el delito culposo de resultado material⁸⁴, independientes ambos del delito de peligro concreto.

Es más, en los supuestos en que se dé el dolo de peligro respecto al resultado más grave, y además se produzca tal resultado, tampoco se apreciará el tipo compuesto. En tales casos, dado que el apreciar un concurso ideal de delitos entre el tipo compuesto y el tipo culposo de resultado supondría de nuevo realizar el juicio desvalorativo de acción dos veces, y que, entre el delito compuesto y el culposo de resultado, supuesto que lo injusto de un peligro doloso ha de ceder ante lo injusto de un resultado, realización de ese peligro, culposo⁸⁵, se da un concurso de leyes en la medida en que el delito culposo de resultado consume al tipo de peligro doloso del delito compuesto, lo procedente sería estimar un concurso ideal de delitos entre el delito doloso básico independiente y el culposo de resultado.

Por consiguiente, el ámbito de aplicación del delito compuesto queda circunscrito a los casos en que, existiendo dolo de peligro, no se produce el resultado material más grave. Tal limitación es plenamente satisfactoria, pues solo entonces, si no existiera tal delito compuesto, quedaría sin apreciar lo "peculiar" de estas conductas, a que antes hemos aludido⁸⁶. Naturalmente, y si queremos ser consecuentes con nuestra idea de no apreciar contenidos de lo injusto adicionales realmente inexistentes, la pena de este tipo compuesto de peligro concreto no podrá ser superior ni igual a la que resulte del concurso ideal entre el tipo básico doloso y el delito culposo de resultado.

Considero que lo arriba dicho perfecciona, desde un punto de vista dogmático, la solución del concurso ideal. Por otro lado, indica un posible camino para resolver aquellos supuestos, ya vistos, en que la supresión de los delitos calificados por

⁸¹ O varios tipos básicos dolosos similares.

⁸² Siempre que se produzca el resultado más grave, claro. De lo contrario, solo se apreciará el tipo básico doloso.

⁸³ Así, por ejemplo, en el art. 340 bis a p. 3 del Código Penal español, donde se acude a las reglas del concurso de leyes para los casos en que, de la producción de un delito de peligro doloso en el tráfico, se deriva un delito de resultado culposo. Véase además nota 26.

⁸⁴ Los planteamientos precedentes, en los que se tiene bien presente el desvalor del resultado material más grave, muestran lo infundadas que resultan las objeciones de HIRSCH (*Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 72, y *Hauptprobleme*, ed. cit., pág. 160) cuando señala, entre otras afirmaciones, que la creación de delitos de peligro favorece la responsabilidad por el resultado, pues si no se valora el resultado en el tipo, cuando se produzca, se tendrá en cuenta por el juez, a su arbitrio, en la medición de la pena.

⁸¹ SCHAFFHEUTLE, ob. cit., pág. 259.

⁸² La afirmación de HIRSCH (*Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 73), relativa a que con la propuesta de LANGE quedan fuera los supuestos de culpa inconsciente respecto al resultado más grave nos muestra cómo aquel tampoco se ve libre de la confusión entre dolo de peligro y culpa consciente, pues está claro que con la tesis de LANGE tanto la culpa inconsciente como la consciente quedan fuera del tipo de peligro concreto doloso.

Por otro lado, la crítica de HIRSCH, también mencionada, entre otros, por KÜPPER (ob. cit., pág. 40) y WOLTER (ob. cit., pág. 171), no procede en el contexto de *lege ferenda* en el que nos movemos, una vez negada la conveniencia de que perduren los delitos calificados por el resultado.

el resultado y del art. 1 p. 2 inciso 2 del Código Penal español dejaría en el aire determinadas calificaciones que no constituyen por sí solas un delito independiente. Así los arts. 488 p. 5 inciso primero y 489 p. 2, que resultan problemáticos con la solución estricta del concurso ideal⁸⁷, adquirirían un significado coherente y ejemplificador respecto a esos tipos compuestos de peligro concreto por crear. Efectivamente, tales artículos podrían interpretarse como tipos compuestos de delito doloso de resultado material y delito doloso de peligro concreto⁸⁸, y no habría problemas aparentes para apreciar un concurso ideal de delitos al margen del tipo compuesto, cuando procediera según lo antes dicho, pues el concurso se habría de dar entre el tipo básico doloso y el delito culposo de resultado material⁸⁹.

De todas formas hay que ser consciente de que la decisión de suprimir los delitos calificados del Código exigiría quizás determinadas modificaciones en los tipos. Ni siquiera los preceptos acabados de mencionar quedarían indemnes; así, el art. 489 p. 2 tropezaría con problemas a la hora de acudir al delito culposo de resultado relativo a la "moralidad". Además restan otros preceptos en que la calificación no es por sí sola delito y que no admiten tan fácilmente una nueva consideración como los supuestos precedentes. La medida en que sería conveniente proceder o no a una revisión de los tipos, de forma que la conducta calificadora constituyera ya por sí sola siempre delito es algo que debe resolverse en cada situación en particular, existiendo serias dudas relativas a que siempre fuera procedente⁹⁰.

En todo caso lo anterior no supone un obstáculo a mi propuesta. De *lege ferenda* la ponderación de las ventajas que tal solución aporta, frente a los inconvenientes de una eventual revisión de tipos, en todo caso muy delimitada, inclina claramente la balanza a mi favor⁹¹.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

⁸⁷ Véase *supra* epígrafe segundo de este trabajo, 3. *in fine*.

⁸⁸ En concreto, delitos compuestos por una conducta dolosa de abandono de niños y un peligro doloso para la vida (488 p. 5) o para la salud o moralidad del menor (489 p. 2).

⁸⁹ Entre los tipos básicos dolosos de abandono de niños (488 pp. 1-4, 489 p. 1) y los delitos culposos de resultado de muerte o lesiones (arts. 565, 586 3º).

⁹⁰ La medida en que mi propuesta permitiría nuevas interpretaciones de tipos alemanes ya existentes, no solo de aquellos en que la calificación no constituya por sí sola un delito independiente, queda al margen de mis consideraciones.

⁹¹ Finalmente, cabe señalar que la "Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal", hecha por el Ministerio de Justicia en 1983, ha suprimido la referencia a que "cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave solo se responderá de este si se hubiera causado, al menos, por culpa". Por otra parte, se aprecia en la parte especial una reiterada sustitución de los delitos calificados por el resultado más grave culposo, por tipos compuestos de un tipo básico doloso de resultado material y un tipo doloso (dada la introducción del principio de excepcionalidad del castigo de las conductas culposas en art. 15) de peligro concreto; así, arts. 147 2º, 218 a 220 en relación con el 221; 225 3º, 226 2º, 317 en relación con el 318. En algún caso se alude expresamente a la solución propia del concurso ideal respecto a una situación típica de delito calificado por un resultado más grave culposo (art. 161 2º inciso 2). No obstante, se mantienen claros delitos calificados por el resultado más grave culposo (art. 235 3º), con pena superior a la del concurso ideal. La impresión general es de ausencia de un criterio claro y único.

FUNDAMENTOS, APORTES Y LÍNEAS DE DESARROLLO POSIBLES DE UNA CRIMINOLOGÍA DE LA LIBERACIÓN*

DRA. LOLA ANIYAR DE CASTRO

Una discusión sobre liberación es una discusión sobre dominación. Y la dominación requiere de eso que se llama "control social"¹. Este control social, y la dominación, pueden evidenciarse como fuerza desnuda, pero lo normal es que se dé a la dominación el rostro manso de la hegemonía (entendida esta en su sentido gramsciano de dominación más consenso), y al control social el de la ideología. Por lo tanto, como se sabe, se incorporan todas las fuerzas ideológicas o motivacionales disponibles, para fundamentarse en el apoyo de las masas. Estas fuerzas motivacionales, al producirse sobre una amplia uniformidad cultural, generarán no solo una ilusión de representatividad y una ficción de participación en decisiones que serán solo formalmente políticas, sino que activarán las masas mismas en la tarea de ese control social. Así, el control social, que de otra manera estaría ejercido solamente por la sociedad política (entendida aquí también en términos gramscianos), va a ser puesto en práctica activamente y aun en forma automatizada, por la misma colectividad.

De esta manera, movilizando una supuesta conciencia colectiva, en realidad socialmente construida en torno a valores, necesidades e intereses no siempre generalizables, y mediante la presencia de las masas en juegos meramente procesales² (como el proceso electoral y el proceso judicial, procesos en los cuales hay una restricción de las verdaderas opciones posibles), se agota la cuota de participación real del individuo en las tomas de decisión, y se produce su esencial despolitización.

Por una parte, pues, la sociedad política se apoya en la sociedad civil. Con esto estamos haciendo referencia a algo menos que a la concepción instrumental

* Texto presentado al Primer Encuentro Venezolano sobre la Liberación, auspiciado por el Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, realizado en Maracaibo en abril de 1985. La autora es directora del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia en Maracaibo.

¹ Para un esclarecimiento de este término, en la manera como lo hemos entendido, véase a LOLA ANIYAR DE C., *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación*, Maracaibo, Instituto de Criminología, Universidad del Zulia, 1981.

² Vid. NIKLAUS LUHMANN, *Potere e Complessità Sociale*, Milano. || Saggiatore, 1979, y *The Differentiation of Society*, N. Y., Colombia University Press, 1982.

o voluntarista del Estado en el sentido originariamente marxista: esto es, una concepción de la sociedad civil como la base de las relaciones materiales de un tipo históricamente determinado de Estado, al cual aquella regularía, y no al contrario, como han sostenido las tesis iusnaturalistas. El nuestro representa más bien un enfoque que, aun aceptando la realidad de la dominación de clase —la cual requiere de legitimidad o mecanismos reproductores— y los antagonismos sociales, reconoce también la imposibilidad, hoy, de efectuar un poder esquemático y lineal donde solo los intereses de una clase resultarían formal o sustancialmente protegidos.

Así, por una parte, encontramos la dualidad muy obvia del programa jurídico e ideológico burgués que pareciera proteger intereses generalizables (aun cuando en muchos casos esto no es tampoco cierto, como ha podido ser demostrado en las investigaciones fácticas y normativas sobre la delincuencia de los poderosos), y una realidad en la cual aquel programa no pasa del nivel de la simple promesa irrealizada.

Esta dualidad, a su vez, es parte del mismo proceso de legitimación: una legislación y una doctrina jurídica, especialmente de derecho público, que son meramente programáticas o simbólicas. El caso de la Constitución venezolana es paradigmático, como lo son las convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritas por nuestro país. Aun cuando estos últimos han sido definidos básicamente en clave meramente individual, ni siquiera la protección de los derechos humanos individuales está asegurada o verificada en la práctica.

Hay también, sin embargo, concesiones simbólicas (normativas-programáticas) de algunos derechos humanos sociales, como la protección al consumidor, y algunas concretas, como el derecho de huelga, que son en realidad conquistas de las luchas de clases.

De esta manera, en el ámbito normativo, o de la sociedad política, se produce un primer nivel de legitimación del orden constituido.

El segundo nivel lo constituye la actividad de la sociedad civil: todos los ejércitos conformadores de actitudes y valores (familia, escuela, iglesia, intelectuales humanistas, científicos y técnicos), van a ser incorporados a una tarea que será *auto-contralora*.

Como bien dice FOUCAULT, el Estado debe economizar la administración (que no el ejercicio) del poder. Por eso lo distribuye capilarmente a través de sus agentes, generalmente inconscientes del papel político que cumplen.

La importancia de incorporar esos agentes, dispersos en todas las clases, a la tarea de producir uniformación cultural, reside en que de esa manera no solo se impide la formación de grupos culturales diferenciados, y por lo tanto solidarios, que pudieran evidenciar los conflictos latentes, sino que se quiebra la solidaridad intraclase que impide la conciencia-para-sí de la clase dominada.

Hay, pues, agentes encargados de generar, mediante los llamados procesos de socialización, una percepción social de un modelo ideal de Estado que representaría valores inmutables y esenciales. Podríamos decir, con BOBBIO³, que desde HOB-

³ NORBERTO BOBBIO, "Gramsci y la concepción de la sociedad civil", en *Gramsci y las ciencias sociales*, de PIZZORNO, GALLINO, BOBBIO, DEBRAY, GRAMSCI, Cuadernos de Pasado, 19, México, Edit. Siglo XXI, 1978.

BES hasta HEGEL, pasando por ROUSSEAU, LOCKE y KANT, estamos en presencia de modelos iusnaturalistas de Estado ideal, en el cual es el Estado el que regula la sociedad civil (y no al revés), es imperecedero, y representa intereses generalizables y no particulares.

Esto es muy evidente para quienes manejamos el reflejo fáctico de la normatividad *penal*, la cual pregona ser la última y más enérgica protección de intereses sociales.

Así, pues, y para resumir lo hasta ahora dicho, mucho de lo cual es bastante obvio, creemos que la legitimación está hoy fundada tanto en la ilusión de una real participación colectiva en las tomas de decisión política de las democracias burguesas (participación que reconocemos como pura y formalmente procesal o instrumental), como en la movilización colectiva para que esta conforme procesos de socialización que estarían básica, aunque no exclusivamente, orientados en forma estructural.

Y todo esto es válido para los países del Tercer Mundo que ostentan el llamado capitalismo salvaje, como para aquellos industrializados y post-industriales. Pero hay escalones de la dominación que son exclusivos de los países periféricos, sostén del desarrollo y del poder de los países centrales, los cuales podríamos tal vez condensar en el término de neocolonización (transculturación, dependencia tecnológica, etc.).

La lucha por la liberación, pues, puede hacerse en muchos frentes simultáneamente, tanto la referida a la dominación nacional como la referida a la internacional, y aun a la transnacional: el frente político, el militar y el civil. Aunque todos son difíciles, este último nos parece el más infranqueable y donde está el enemigo más sólido: el de la información, el de la construcción social de la realidad, el de la socialización.

No es por pretensión academicista que sostenemos esto. Las luchas políticas y militares por la liberación en el Tercer Mundo parecen haber tenido éxito solamente cuando no han enfrentado, previamente, los valores tradicionales aceptados. No son solo las clases poderosas las que oponen sus recursos logísticos propios. Son las escuálidas clases medias latinoamericanas, y más grave aún, las populares, las que aparecen aliadas a aquellas en la defensa de valores falsamente comunes.

Esta introducción me ha parecido indispensable para explicar nuestra perspectiva liberacionista en criminología, la cual, aunque no exclusivamente, gira en torno a la urgencia de una contrainformación radical. Contrainformación que no puede generarse únicamente desde y por el ámbito (sea tradicional o crítico) criminológico, sino también a través de los esfuerzos de grandes contingentes intelectuales interdisciplinarios, ya no más atrincherados en sus respectivas células, inermes, de reflexión especializada.

Tal vez sea muy necesario, porque la criminología es una de las disciplinas que han sido caracterizadas, en todos los órdenes, por la impronta del positivismo, y por lo tanto socialmente concebida como el estudio causal del delito, el delincuente y la delincuencia, explicar que hoy, para muchas y cada vez más personas, es una cosa muy diferente: la criminología hoy, por una vía paralela —y por lo tanto sin encuentros posibles— a la del positivismo, pretende ser una teoría crítica del control social.

Un primer espacio de la nueva perspectiva criminológica, se encuentra en el convencimiento del papel legitimador que han cumplido las diferentes escuelas criminológicas.

La Escuela Clásica del Derecho Penal, que fue asumida como pre-criminológica, se entiende, bajo la nueva perspectiva, como una criminología administrativa y legal, como una forma de control social fundante del nuevo orden establecido (para utilizar el concepto weberiano) por la vía de la dominación legal.

La función política de esta criminología puede resumirse en los siguientes pasos: contrato social → monopolio de la violencia en manos del príncipe (definidor exclusivo de lo permitido y de lo prohibido como valores básicos, presuntamente consensuales, del sistema) → principio de legalidad (selección clasista de los ilegalismos) → irretroactividad de la ley para la seguridad del mercado → codificación sistemática para evitar contradicciones en la ley → interpretación disciplinada de la ley → presunción de igualdad entre las partes de la relación jurídica, no concordante con lo concreto social⁴.

Fue, pues, una plataforma jurídico-política que aseguraría la previsibilidad necesaria para el libre desenvolvimiento del mercado, interés central de la clase en ascenso, que debía asegurar además su derecho al poder frente a los residuos ideológicos del sistema feudal. Por eso era más bien un proyecto para un Estado ideal. De acuerdo con esto, era simple identificar al delincuente como enemigo de clase y organizar un control más efectivo sobre el que entonces sí podía llamarse ejército industrial de reserva, a cuyos miembros se les enseñaría a aceptar su condición de no propietarios disciplinándolos para el trabajo asalariado, primero en las llamadas "casas de corrección y de trabajo", y luego en las penitenciarías⁵.

La criminología positivista posteriormente legitimaría el poder de la nueva clase, ya consolidada, a través de una teoría de la ciencia —que vendría a sustituir la teoría del conocimiento—, instaurando, a través de una supuesta física social, un fuerte poder unificado que pondría orden tras el caos de la revolución. Para el positivismo la ciencia supone el orden, y este supone progreso a menos que sea subvertido. El positivismo se presentaba, entonces, como la única vía para la sociedad ideal.

En el terreno de la criminología, esto sirvió para fundar criterios de anormalidad, enfermedad, desviación, patologías sociales o "desorganización social", en el caso de las llamadas delincuencia y conducta desviada. E incorporó, consecuentemente, el lenguaje médico para identificar problemas sociales (clínica criminológica, diagnóstico, pronóstico, tratamiento). Todo esto sirvió para establecer, sobre la realidad clasista de la población penitenciaria, asociaciones entre lo pobre, lo feo, lo anormal y lo peligroso. Y al revés: lo rico, lo sano, lo bello y lo inocuo; liberándose de esta manera las conductas dañinas de los poderosos y constituyéndose un estereotipo del delincuente, el cual pertenecería siempre a las clases subalternas. En el caso

⁴ Véase a MASSIMO PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Edit. Siglo XXI, 1983.

⁵ Ibid.

de América Latina, el positivismo sirvió para sojuzgar minorías étnicas y aun para justificar las relaciones de explotación Norte-Sur, al establecer una presunta vinculación entre subdesarrollo, medio geográfico y delincuencia⁶.

El carácter clasista de las instituciones y de su funcionamiento real, ya establecido por numerosas investigaciones que en América Latina llevó a cabo el Grupo Latinoamericano de Criminología Comparada⁷, desató rupturas epistemológicas que condujeron a los llamados movimientos radicales, a la criminología crítica y a la nueva criminología (todas basadas en supuestos marxistas, más o menos ortodoxos según los modelos).

Así, por una parte, la criminología deja de ser una ciencia auxiliar del derecho penal, acrítica y sumisa, instaurándose entre ambos campos una relación inversa en la cual el derecho penal sería el objeto de estudio de la criminología, como uno de los múltiples elementos que aquel es del control social.

Las aspiraciones de la nueva criminología, que en México denominamos Criminología de la Liberación⁸, eran amplias en sumo grado: convertirse en una teoría crítica de todo el control social, tanto el formal (constituido por las instituciones de la sociedad política) como el informal (constituido por las instituciones de la sociedad civil). La misma criminología convencional comienza a ser objeto de la crítica de la nueva criminología, la cual intenta señalar la tarea que ha cumplido como una forma más, no solo de control social informal, sino también de control formal.

Así, la religión, la educación, las formas culturales impuestas, en la medida en que son elementos reproductores que conforman el primer nivel de la socialización o socialización primaria, fueron estudiados en investigaciones de nuestro Instituto⁹ y en el Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica que se estableció en México en torno a un Manifiesto, en 1981.

Estas modalidades informales del control no son ajenas al campo de acción de la criminología, ya que esta ha funcionado siempre en torno a la socialización secundaria o resocialización, en la medida en que esta se impone frente al fracaso de la socialización primaria (véase a BARATTA, para quien hay un continuo educativo que comienza en la escuela y termina en la cárcel)¹⁰. Sin embargo, hemos senti-

⁶ Vid. LOLA ANIYAR DE CASTRO, *El Movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual*, en multígrafo; y ROSA DEL OLMO, *América Latina y su criminología*, México, Edit. Siglo XXI, 1981.

⁷ Véase a LOLA ANIYAR DE C. "La historia no contada de la criminología latinoamericana", en *Capítulo Criminológico*, 9/10, órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo.

⁸ LOLA ANIYAR DE C. "Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación", Inst. de Criminología, Maracaibo, 1981; ROBERTO BERGALLI, "Hacia una criminología de la liberación para América Latina", en *Capítulo Criminológico*, órgano del Inst. de Criminología de la Universidad del Zulia 9/10. 1981-82.

⁹ Véase EMPERATRIZ ARREAZA, "Violencia cultural en Venezuela", Instituto de Criminología, Ediluz, Maracaibo, 1982, y "Religión como forma de control social". LOLA ANIYAR DE C. "Educación como forma de control social", en *Capítulo Criminológico*, 11/12, órgano del Instituto de Criminología, Universidad del Zulia, Maracaibo.

¹⁰ ALESSANDRO BARATTA, *Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale*, Bologna, Il Mulino, 1982, págs. 173 y ss.

do la desmesura de afrontar en soledad profesional todo lo relativo al control social, y esto ha determinado este llamado a un encuentro interdisciplinario sobre la liberación.

El que la nueva criminología se plantee una reformulación de los contenidos de los códigos penales y de su objeto de estudio, se basa, sin dudas, en un discurso que pertenece a la ética, a la epistemología y a la ciencia política, en la medida en que estos campos les son inmanentes.

En la ética, porque implica el reconocimiento del carácter verificativo de las cuestiones prácticas o morales, esto es, una posibilidad cognitiva de las mismas, antes que un conformarse a las posiciones decisionistas características del análisis sistémico en Ciencia Política. Es decir, que no se trata de la asunción de objetivos comprometidos con valores arbitrariamente seleccionados, como si fueran actos de fe, sino de ensayar una definición autónoma de lo socialmente dañino (es decir, una que no esté necesariamente vinculada a una codificación legal incuestionada), con una discusión libre y racional que descubra cuáles son los criterios para identificar los intereses generalizables.

Sobre este punto hay ya importantes discusiones (TAPPAN, SCHWENDINGER y BARATTA en criminología, frente a HABERMAS y LUHMANN en epistemología y teoría política). Como dice HABERMAS: "La discrepancia observable entre norma y realidad jurídica, las reglas codificadas de exclusión, la divergencia en el nivel efectivo de pretensiones y el nivel de necesidades admitido políticamente, las represiones que se vuelven visibles cuando se comparan entre sí las naciones, todas estas manifestaciones tienen el mismo carácter que otras manifestaciones de conflicto, que solo pueden analizarse en un análisis de la crisis cuando se logra introducirlas en un sistema teórico de descripción y valoración"¹¹. Para lo cual propone una "determinación de los intereses generalizables y al mismo tiempo reprimidos, dentro de un discurso simulado vicariamente, respecto de grupos que se deslindan entre sí (o que podrían deslindarse de manera no arbitraria), por una oposición articulada o al menos virtual".

Esta intersubjetividad del discurso (necesariamente simulado por la incapacidad estructural de dar a ambas partes en conflicto la igualdad necesaria para una formación auténtica de la voluntad), fue asumida por BARATTA, en criminología. Él le agrega otros elementos: 1) la concepción del hombre como portador de necesidades positivas, y 2) la posibilidad de que las condiciones de la emancipación de la clase obrera signifiquen la emancipación general. Nosotros sugerimos, en la última reunión del Grupo Crítico Latinoamericano realizada en Medellín (1984), incluir el compromiso con las grandes mayorías marginadas, como un elemento de equilibrio, ya que nos parecía que no podía elaborarse una proposición transformadora en abstracto que no tomara en cuenta, en América Latina y por la urgencia del subcontinente, muy distinto del europeo, que toda transformación pasa por una opción por la parte más débil del conflicto.

¹¹ JÜRGEN HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Edit. Amorrortu, 1975, pág. 141.

Este compromiso no es solo una toma de posición de carácter afectivo. Es la aceptación del valor y la significación de intereses propios de una clase sometida, los cuales, según afirma MARX, por no ser la clase generadora de la explotación, es la única portadora de intereses generalizables, y por lo tanto emancipadores, en el momento histórico actual.

En el continente europeo, con fuerte incidencia de la socialdemocracia, es casi obvio que una posición de transacción se plantee. Para esta vía intermedia, el problema reside en solventar las crisis de legitimidad y restaurar la coherencia del sistema. Sin embargo, una ética construida racionalmente sobre la base de los intereses, históricamente determinados, de las clases subalternas, que no desdén la posibilidad de descubrir áreas convergentes entre la moral burguesa y la proletaria, aun en las circunstancias actuales, ha sido planteada en proposiciones que vienen, paradójicamente, de un país post-industrial que poco tiene que ver con la socialdemocracia. En Estados Unidos, los cónyuges SCHWENDINGER¹² postulan como objeto de estudio de la criminología, la violación de intereses y necesidades alternativos a los tradicionales, deducidos de una interpretación de los derechos humanos que parte de la moral proletaria, con las flexibilidades tácticas necesarias.

Asimismo se ha señalado la conveniencia de estudiar la violación de los llamados "intereses difusos"¹³. Estos no son muy diferentes de los derechos humanos reinterpretados en clase social, pero este criterio, aunque presuntamente resume otros anteriores, condensándolos en una perspectiva cuantitativa, no resuelve el problema porque no concreta los elementos para seleccionar esos intereses comunes. No hay que olvidar, por otra parte, que hay intereses de grupos minoritarios (sexuales y culturales, por ejemplo), cuya significación no puede ser desconocida a la hora de estudiar conductas que les son violatorias.

Así, pues, en resumen, la perspectiva liberacionista ha incidido ya sobre temas muy concretos:

1. El carácter legitimador de la criminología convencional, observable en los siguientes aspectos:
 - a) justificación del poder (escuelas Clásica y Positivista);
 - b) creación de estereotipos clasistas del delincuente y de la delincuencia;
 - c) sumisión a las definiciones codificadas;
 - d) desinterés por la delincuencia de las clases hegemónicas;
 - e) función como soporte ideológico, pero también práctico, del control social formal: represión, reintegración (resocialización).
2. Investigaciones sobre la base estructural de las definiciones de delito y delincuente.
3. Investigaciones críticas sobre el control social formal: policía, tribunales, leyes, "operativos" o redadas.

¹² Véase a SCHWENDINGER, "Clases sociales y la definición del delito", en multígrafo. Aparecido en "Crime and Social Justice", Issues in Criminology, 7 Spring-Summer, 1977.

¹³ Aquellos que son, por definición, comunes a la masa, como el derecho a la vida, a la salud, a la educación, a la vivienda, al medio ambiente, a la recreación y a la cultura.

4. Investigaciones críticas sobre la delincuencia de los poderosos, o "cuello blanco".

5. Investigaciones críticas sobre la violencia interestatal y transnacional que incide sobre la vida, la salud, los bienes de las personas, y sobre la calidad de la vida.

6. Descodificación y reinterpretación política de temas convencionales de la vieja criminología: delincuencia femenina, drogas, papel de los medios de comunicación, etc.

7. Propositiones para un control social alternativo.

8. Redefinición del objeto de estudio de la criminología.

Las únicas proposiciones concretas para el desarrollo posterior de un planteamiento liberacionista en criminología, como criminología latinoamericana, provienen ambas de la mencionada reunión de México de 1981, en la cual se instaló el Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica, y son las siguientes:

1. BERGALLI¹⁴ sugiere como objetivos una revisión histórico-epistemológica, y una contribución a la construcción de una teoría política propia.

2. ANIYAR DE CASTRO¹⁵ propone elementos más bien metodológicos que pudieran servir para el desarrollo de líneas de investigación, para una criminología desmitificante y que, por las características del método propuesto, refleje lo histórico-concreto latinoamericano. Ellos son:

a) La teoría crítica del control social debe ser antiformalizante y voluntariamente asistemática. No tratar de consolidar, sino de proponer una teoría que se sienta parte de un proceso, a la vez que vinculada a los esfuerzos de liberación humana.

b) Debe ser autorreflexiva e histórica, en vez de una crítica lineal y no problemática. Es decir, que estará consciente del proceso donde se inserta y, de esta manera, de cómo ese proceso influye sobre ella misma. A la vez, deberá oponerse a la ilusión de congelar todo fenómeno, es decir, de codificarlo por medio de símbolos puramente matemáticos o afirmaciones permanentes.

c) Tendrá carácter dialéctico, como hemos dicho, ya que "el acontecer histórico social se fragua como una totalidad concreta expresada en momentos que se demandan mutuamente"¹⁶.

De esta manera se enfrentará a los vicios positivistas de la fragmentación de lo real y de la separación radical entre el sujeto y el objeto, lo global y lo particular, lo público y lo privado, etc., "ya que ellos son momentos en tensión de un devenir"¹⁷.

d) Se asumirá como un rechazo de las sociedades donde impere una racionalidad tecnocrática y/o autoritaria, a la vez que será un compromiso moral, parte de un proyecto emancipatorio que se funda, por un lado, en la voluntad de diagnosticar certeramente la sociedad, más la voluntad de superarla, de negarla.

¹⁴ ROBERTO BERGALLI, "Hacia una Criminología de la Liberación para América Latina", en *Capítulo Criminológico*, órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 9/10, Maracaibo, 1981-82.

¹⁵ LOLA ANIYAR DE CASTRO, "Conocimiento y orden social...", ob. cit.

¹⁶ JOSÉ ENRIQUE RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, *Teoría crítica y sociología*, México, Siglo XXI Ed., 1978.

¹⁷ RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, ob. cit.

No deberá concretarse en un proyecto prefijado, pues "la crítica no puede ser otra cosa que no sea la denuncia materialista de la injusticia social"¹⁸.

Por otra parte, como elementos del método histórico, indispensables para la aprehensión de la complejidad y la amplitud, no siempre mensurables, de los fenómenos que deberemos estudiar, toda investigación de la teoría crítica del control social deberá utilizar:

1. La comprensión intuitiva, la cual, por supuesto:

a) será cualitativa y no necesariamente cuantitativa;

b) deberá ser comprensión de propósito y significado, más que búsqueda causal-explicativa;

c) deberá utilizar la imaginación comprensiva (MILLS hablaba de imaginación creadora), y no empeñarse en el fisicalismo de las generalizaciones inductivas, y

d) deberá estudiar acontecimientos que reconocerá como únicos, por haber surgido en condiciones históricas determinadas, sin pretender derivar de ellos explicaciones universalmente válidas, ya que los acontecimientos de la historia, al revés de lo que sucede en las ciencias naturales, no se repiten en forma idéntica. No se interpretan, pues, por medio de analogías sino como tendencias.

2. La categoría de la totalidad, es decir, entender los fenómenos dentro de su complejidad estructural que es algo más que la suma de las partes. Ello implica:

a) eludir los detalles mezquinos;

b) hacer un análisis integrador, sintético, reconstructor del proceso.

En resumen, los elementos del método propuesto son:

1. La historia constituyente y lo histórico constituido;

2. La búsqueda de la esencia detrás de la apariencia;

3. La dialéctica;

4. Las contradicciones;

5. La totalidad;

6. El análisis de lo real, en vez de metafísica;

7. La autorreflexividad;

8. La comprensión intuitiva:

a) de propósito y significado, no causal;

b) imaginación comprensiva, no descripción ni búsqueda de generalizaciones;

c) de acontecimientos únicos (lo histórico constituido);

9. Un compromiso permanente con la emancipación y con la realización plena de todos los hombres;

10. La voluntad de no formalizarse;

11. La necesidad de ser una práctica teórica transformadora.

Al final, como conclusión abarcante, repetimos nuestro párrafo de entonces: "Si la autorreflexión es esclarecedora, porque transforma en transparencia la opacidad del discurso ideológico necesario para legitimar el sistema; y esta transparencia destruye, a su vez, a la opresión, entonces la práctica-teórica es transformadora y emancipadora".

¹⁸ Ibid.

Es sobre esta vía por donde transitan las investigaciones del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, cuyos temas centrales han sido, entre varios otros:

—Violencia en América Latina

{ conflictos interestatales
violencia política
violencia cultural
agresión como contraviolencia

—Delito de cuello blanco en América Latina

—El control social en América Latina

—Derechos humanos en los sistemas penales latinoamericanos

—El rol sociopolítico cumplido por la criminología

Todo conocimiento es práctico y debe regresar al mundo de la práctica concreta.

Por eso, un requisito final es devolver a las masas los resultados obtenidos, señalando allí dónde está oculta la realidad, no construida sino auténtica, del control social, especialmente el formal, del cual los grandes sectores populares son los principales tributarios.

REFLEXIONES SOBRE UNA PONENCIA DEL PROFESOR ROBERTO BERGALLI

DR. PASTOR ACEVEDO*

Quiero agradecer a quienes me invitaron a participar en este ciclo y felicitar al grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho que lo ha organizado; por mi propia experiencia sé que no es fácil salir adelante con un interés criminológico en nuestras facultades de derecho y frente al pènsum que rige nuestra formación jurídica. Este ciclo de conferencias se inscribe dentro de un movimiento iniciado el año pasado con el "Primer Seminario de Criminología Crítica" auspiciado por la Universidad de Medellín, lo cual es una prueba de que ya empiezan a verse los frutos de esa odisea que necesariamente deberá conducirnos a un punto: a aquel en el que precisamente la criminología abandone su condición de cenicienta dentro de los programas y estudios de derecho y asuma su palabra develadora y desocultadora de la etiología del delito; quienes me han precedido en estas conferencias representan la valiente expresión de una lucha permanente por reivindicar el puesto que la criminología debe ocupar en los programas de enseñanza del derecho. Sea este el momento, pues, para que pensemos en la necesidad de introducir la criminología con programas serios y amplitud horaria para tratarlos en los planes de estudios de cada una de nuestras facultades.

Para empezar pienso que debiera decir que esta reflexión solo se aproxima a un ensayo, es decir, a ese género ambiguo donde la escritura disputa con el análisis¹; ello, porque esta reflexión ha surgido tal vez de un posible encuentro entre la ponencia que presentó el profesor ROBERTO BERGALLI al Seminario de Criminología Crítica organizado por la Universidad de Medellín en agosto de 1984 y las propuestas de GEORGES CAMGUILHEIM, que, para los problemas surgidos en la constitución e historicidad de una ciencia, están contenidas en su libro *Lo normal y lo patológico*. CAMGUILHEIM, pensador francés, publicó este estudio en

* El autor es profesor del curso de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Esta intervención se presentó el 26 de junio de 1985, en un ciclo de inducción a la investigación criminológica organizado por el Centro de Investigaciones Criminológicas y la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

¹ Esta exposición tiene un espíritu que la asiste, el de ROLAND BARTHES, pensador francés, fundamental para intentar un análisis como el que propongo. Precisamente en su *Lección inaugural en el Collège de France*, él expresó: "Las ciencias no son eternas; son valores que suben y bajan en una bolsa, la bolsa de la historia".

También es importante consultar de este mismo autor, *Análisis Estructural del relato y Mitologías*.

1943, luego de presentarlo como tesis para su doctorado en medicina, que a su vez debería ser un trabajo de aproximación para una futura tesis de filosofía, formación inicial de CAMGUILHEIM, quien, con GASTON BACHELARD, su maestro, y FOUCAULT, su discípulo, representan para Francia y pienso poder afirmar que en esa medida para la cultura occidental, una propuesta diferente de abordar una ciencia y su historia.

Esta manera diferente surge como consecuencia de un encuentro entre la epistemología y el marxismo, y, a partir de este encuentro, cada disciplina que se preocupe de un saber, para acceder a un rigor científico tendrá que proponerse inicialmente como problema su práctica efectiva propia, particular; CAMGUILHEIM se apropia de una proposición de BACHELARD para desarrollarla en todas sus consecuencias, cual es la de que toda ciencia particular produce en cada momento de su historia sus propias normas de verdad; proposición que invalida una categoría absoluta de verdad reivindicando la práctica efectiva de las ciencias, proposición que, además, termina con el sueño positivista de un método de investigación científica único y válido para todas las ciencias, a la vez que desvirtúa la concepción de un evolucionismo en las ciencias, por el cual se irán configurando desde el error a la verdad.

Esta proposición, que busca reivindicar una aproximación a una ciencia en particular a partir de su práctica efectiva e histórica, tiene a su vez la implicación de develar una relación entre las prácticas científicas y las ideologías que en esa práctica intervienen².

Vistas así, la constitución y la historia de una ciencia dejan de ser una crónica en que se encuentran y celebran precursores; dejan de ser el relato de una sucesión casi mágica de azares y se proponen como la aproximación a la historia de los conceptos que sirvieron de soporte a cada ciencia, a las condiciones de su aparición, a la manera como su contenido y definición se forma, deforma y rectifica en cada época, respondiendo a un mundo cultural y a una ideología³. Pensemos aquí, por ejemplo, en conceptos como *imputabilidad*, *delito*, *delincuente*, y preguntémosnos si la historia de su definición se ha hecho, o cómo se ha abordado su estudio dentro de los lineamientos que señala la dogmática. Veamos las conferencias sobre el nuevo Código Penal colombiano y busquemos el tratamiento histórico de estos conceptos, para darnos cuenta que es un lugar vacío porque solo se abordan a través del derecho comparado o con la significación que han tenido en diferentes escuelas, sin proponernos nunca como problema la adscripción ideológica o el momento histórico de aparición de esas escuelas.

Se nos habla del proyecto de FERRI de 1921 y del Código de ROCCO, del Código colombiano de 1936 como copia del proyecto de FERRI en su parte general, pero no se nos dice que FERRI por aquella época trabajaba para MUSSOLINI⁴. Pre-

² Una introducción a la obra de BACHELARD, CAMGUILHEIM, y FOUCAULT, se puede encontrar en DOMENIQUE LECOURT, *Para una crítica de la epistemología*, Siglo XXI, 1978.

³ MICHEL FOUCAULT, *La arqueología del saber*, *El orden del discurso*, y particularmente para el problema que nos ocupa aquí, *El nacimiento de la clínica*.

⁴ Hay dos cartas en las que el profesor JIMÉNEZ DE ASÚA cuestiona a FERRI su trabajo para el fascismo; sin embargo FERRI responderá que se le asuma en su posición de jurista mas no en su posición política, sueño de la metafísica que pretende el contenido de una ciencia independiente de la práctica

cisamente en el prefacio que el profesor BERGALLI escribió para el libro *El pensamiento criminológico*, dice cómo este tratamiento de los conceptos dentro del derecho penal como conceptos únicamente jurídicos ha originado la función empírica subalterna de la criminología frente al derecho penal y su exclusión de los planes de estudio de las facultades de derecho⁵.

Frente a estas circunstancias es necesario reconocer el importante papel que está jugando la criminología crítica en favor del derecho, cuando les enrostra a los juristas verdades que les han sido ajenas y que no habían logrado penetrar ni en sus centros de discusión ni en sus cerebros ocupados en elaboraciones jurídicas rigurosamente científicas y puras, verdades que ya en otras disciplinas del saber bien pueden figurar como axiomas. La criminología crítica ha reivindicado la historia para el derecho, la historia atravesada por conflictos de clase y en estos conflictos de clase el motor de la elaboración jurídica; pero no podemos quedarnos solamente ahí ni caer en esquematismos históricos o enfoques puramente economicistas del problema, que solo nos conducen a lugares comunes ya superados; tampoco podemos asumir el papel de meros denunciantes políticos, pues con ello solo lograremos para este incipiente saber más resistencias que credibilidad. A partir del Código del 80 la culpabilidad juega un papel fundamental en la práctica del derecho penal y ahí tenemos que realizar nuestro hacer; la criminología debe ocupar el lugar que le corresponde, y esta es nuestra obligación y la debemos aceptar con toda la humildad posible que nos posibilite ir a otros saberes más avanzados y con un rigor investigativo.

Es en este sentido en el que propongo una reflexión sobre la ponencia de BERGALLI, que dice: "Este esfuerzo conjunto de los estudiosos críticos de la realidad jurídico penal latinoamericana viene a poner de relieve un tema sobre el cual se ha estado discutiendo *sin promoverse una discusión abierta*. Se trata precisamente, de la denominación misma de esta actividad de investigación y creación teórica que hasta ahora viene encuadrada bajo el viejo epígrafe de criminología, de su sentido y contenido, todo lo cual asume una verdadera importancia para nuestros contextos culturales habida cuenta de las connotaciones que esa denominación acarrea... Por lo tanto, esta cuestión ha de ser abordada y el momento preciso para ello parece haber llegado".

Es decir, BERGALLI aborda un problema del que no puede apartarse más nuestra atención, porque si bien es cierto que la criminología positivista ha sido ampliamente develada en los intereses que defiende y denunciada, tenemos que comprender

ideológica del sujeto que la propone. El trabajo de MICHEL FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogía, la historia* es fundamental para intentar un trabajo en el sentido en que he interpretado la propuesta del profesor BERGALLI.

⁵ También es muy importante para ubicar las relaciones entre dogmática y criminología el estudio de ENRIQUE BACIGALUPO, "Sobre la Dogmática Penal y la Criminología", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 12. Y sobre el método de la dogmática, puede verse *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*, conferencia de ARTURO ROCCO pronunciada en 1910, y publicada por Edit. Temis.

y aceptar que esta criminología positivista solo ha vehiculizado saberes de otras disciplinas: de la antropología, de la sociología, de la psiquiatría, de la psicología, etc.; vehiculización sin crítica y que ha llegado a cumplir una función únicamente instrumental (como lo enuncia ALESSANDRO BARATTA), sin indagar en estas disciplinas por el contenido ideológico que hay detrás de sus saberes, saberes que sin ser indagados o cuestionados por la criminología han sido recibidos como verdades absolutas, casi que reveladas.

Pero no es desechando el problema como se pueden solucionar los interrogantes que nos plantea; diluyéndolo en una mera denuncia política; es enfrentándolo en sus dimensiones rigurosamente investigativas e históricas; y es por ello por lo que no puede aceptarse la afirmación de LOLITA ANIYAR: "Estamos proponiendo hacer en América Latina una Criminología que sea teoría crítica del control social... Todos sus elementos deberían ser tomados en cuenta como objeto de estudio. Si esto corresponde o no al nombre de criminología... o a algún otro diferente, no nos interesa demasiado. La Criminología fue siempre control social, aún sin expresarlo. Los nombres son categorías convencionales". Podemos decir que los nombres sí, pero los conceptos no; y criminología es un concepto cuya formulación ineludiblemente implica un problema. El poder no lo podemos ya tomar hoy solo como un objeto político, es preciso estudiarlo también como un objeto ideológico irrigado en todas las instituciones del sistema. Los medios de disciplina social y represión en su expresión normativa son la materialización de un poder político que puede ser transitorio; las dictaduras, por ejemplo, pueden pasar y continuar el sistema capitalista con su ropaje democrático y de representación; no verlo así es incurrir en un esquematismo histórico y un análisis economicista que no mira las implicaciones del poder como un objeto ideológico enraizado en todas las instituciones del sistema y particularizado en el psiquismo individual de cada ser humano⁶.

En esta ponencia, entonces, BERGALLI retoma la discusión entre dos categorías abordadas por la criminología: una general, social, que utiliza el método de las ciencias sociales; y otra individual, que se vale de la metodología de las ciencias biológicas y psicológicas. No es mi intención en este momento detenerme en esta discusión, aunque quiero sí señalar algo: el descubrimiento del inconsciente por SIGMUND FREUD y su significación para explicar una determinada estructura psíquica, ha marcado un momento de ruptura dentro de la cultura occidental. El psicoanálisis, como muchos otros descubrimientos, ha sido absorbido por la ideología y por los que sirven a esta ideología; es el caso de la psiquiatría y la psicología. Las referencias que al psicoanálisis he visto por parte de los criminólogos críticos están precisamente determinadas por esa visión organicista y biológica del psicoanálisis.

⁶ Mucho me temo que los planteamientos del profesor BERGALLI en esta ponencia no han sido suficientemente comprendidos, ya para cuestionarlos o para trabajar en su camino; un ejemplo está en el aporte que dentro de esta misma revista presenta LOLITA ANIYAR, con una conferencia de abril de este año. En ella, aunque hay referencias muy importantes, se parte de la propuesta que el mismo BERGALLI hiciera en Azcapotzalco, propuesta que él precisamente con esta ponencia que trajo a Medellín replanteó.

sis. Pero ya el psicoanálisis va por otro camino y en este camino hay aportes interesantes que deben mirarse⁷.

Al retomar BERGALLI esta discusión se sirve de ella para lanzar su propuesta que, a mi juicio, replantea toda la discusión dada hasta ahora por los criminólogos críticos, al salirse en sus análisis de los estrechos marcos en que se ha inscrito la denominación tradicional de criminología merced al positivismo, y de una manera novedosa para el derecho nos permite ubicarnos en el marco riguroso de análisis científico que propone CANGUILHEM dentro de la práctica efectiva de una ciencia; BERGALLI escribe: "La tarea que estoy intentando delinear es aquella que pretende encontrar una explicación sociológica idónea para entender, con elementos de la realidad socio-cultural y político-económica, lo que el derecho penal nos ha presentado siempre como las categorías inmutables de delito, criminalidad, culpabilidad, etc", es decir, dentro de la práctica efectiva de la criminología, en su tentativa de explicar el origen del delito, y ubicados en el contexto histórico latinoamericano, es necesario iniciar una investigación de estos conceptos (culpabilidad, imputabilidad, pena, delito, etc.); y asumirlos como conceptos-problema que es necesario abordar histórica y epistemológicamente, no como conceptos inmutables, ahistóricos, sino connotados, definidos en una práctica concreta e histórica. Esta es la gran significación de la ponencia que BERGALLI trajo a Medellín: señalar una tarea, especificarla, determinarle un camino que la hace rigurosa y la sustrae de su disolución en la mera denuncia política o en el seno de las ciencias sociales⁸.

Esta tarea así planteada ya no se puede denominar como hacer "crítica del control social", y en aras al rigor investigativo BERGALLI enfatiza la necesidad de especificar los conceptos, de determinarlos para la actividad investigadora. "De tal modo, escribe, considero necesario desbrozar las denominaciones y no mezclar los contenidos de las distintas actividades investigadoras que deben, efectivamente, responder a epígrafes distintos, para no caer en la falta de claridad que en el sentido indicado reconozco a mi intervención en Azcapotzalco. De otra manera seguiremos recibiendo reproches y acusaciones de provocar confusiones metodológicas y falacias epistemológicas al seguir empleando el nombre de criminología aunque la adjetivemos «crítica».

"En consecuencia, reservemos el nombre de teoría crítica del control social a las conclusiones que emerjan del análisis del más vasto sector que cubre los controles informales operante fuera del contexto del sistema primitivo concreto".

⁷ Un ejemplo lamentable de este desconocimiento se puede ver en el artículo de TERESA MIRALLES, en *El pensamiento criminológico*, (t. 1, Bogotá, Edit. Temis). Este estudio llega a proponer como los discípulos más importantes de FREUD precisamente a quienes más han contribuido a la desviación y revisión de su pensamiento, tales como YOUNG, KLEIN, ADLER, etc. Se desconoce toda la elaboración actual para diferenciar el concepto de "instinto" del de "impulsión" y se omite la referencia a los estudios rigurosos que sobre psicoanálisis y correctamente sobre criminología han efectuado JACQUES LACAN y su grupo de París.

⁸ Sin proponerlo como un método y una tarea, como expresamente lo hace BERGALLI, esta forma de análisis ha sido intentada en la ponencia que al seminario de Medellín trajo el profesor L. H. C. HULSMAN, "La Criminología Crítica y el Concepto de Delito". También puede investigarse la obra de FOUCAULT. Yo, Pierre Rivière...

Yo pienso que después de esta ponencia ya la investigación que se proponga sobre la criminología crítica, tendrá que enfocarse de otra manera; esta ponencia parte en dos la historia del movimiento llamado hasta hoy criminología crítica. Las condiciones políticas y sociales se denuncian y la práctica del derecho no podía permanecer ajena a dichas condiciones, pero la criminología no puede agotar ahí su hacer y su decir porque también tiene que enfrentar la particularización de la comisión de un delito y, por lo que hemos visto en la obra de BERGALLI es permanente la necesidad de constituir una disciplina a partir de un rigor investigativo, esto es lo que a mi manera de ver constituye la honestidad de un autor. Hasta ahora muchos de los estudios de criminología crítica que están a nuestro alcance han confundido entre lo que podemos denominar el objeto real y el objeto de conocimiento, y así la realidad delictual ha sido aprehendida empíricamente sin más elaboración conceptual rigurosa que dé cuenta de todo cuanto hay detrás de esa realidad.

La criminología no es estrictamente el estudio o ciencia del crimen, es una disciplina que quiere explicar el *por qué* se incurre en actitudes delictivas; en esta medida debe denunciar las condiciones histórico-sociales criminógenas. Pero, repito, no puede agotarse en un discurso de denuncia política; tiene que explicar por qué "X" mató a su padre o a su madre, y esta explicación en un análisis serio y riguroso del psiquismo humano no tiene necesariamente que concurrir con condiciones políticas o económicas. JACQUES LACAN afirma que ni el crimen ni el criminal son objetos que se puedan concebir fuera de su referencia sociológica, pero de cómo las condiciones sociales se individualizan para desembocar en actos delictuales es la explicación que debe dar la criminología.

Para terminar quiero referirme a este proceso de individualización que determina en un caso concreto la aplicación de una norma en un ser humano particularizado que ha infringido un precepto penal.

Voy a tomar como referencia a NICOS POULANTZAS en un estudio publicado por Siglo XXI en 1978, titulado *Estado, poder y socialismo*. Es suficientemente conocido el decisivo aporte de POULANTZAS a la explicación y a la comprensión del Estado, a las relaciones entre el Estado, el poder y las clases sociales; pues bien, en este libro él trata el problema decisivo para el tema que tratamos y que merece una mención particular en este ciclo de inducción a la investigación criminológica; su título es la "Individualización"⁹ y está tratado a partir de dos subtítulos: I. La armazón del Estado y las técnicas del poder, y II. Las raíces del totalitarismo. "La especialización, escribe, y la centralización del Estado capitalista, su funcionamiento jerárquico-burocrático y sus instituciones electivas implican una atomización y parcelación del cuerpo político en eso que se designa como 'individuos', personas jurídico-políticas y sujetas de las libertades... Además la materialidad del Estado y de sus aparatos está constituida y enraizada en un cuerpo social fraccionado, homogéneo en su división, uniforme en el aislamiento de sus elementos, continuo en su atomización: del ejército moderno a la administración, la justicia, la prisión,

⁹ Aunque POULANTZAS plantea el problema de la "individualización" en las instituciones, pienso poder hacer extensivo el análisis a un ser particularizado psíquica y biológicamente.

la escuela, los medios de comunicación, etc.", es decir, el poder del Estado está enraizado en todas sus instituciones que por demás cumplen una función determinada y determinante en el engranaje del Estado. La prisión, por ejemplo, no nos debe horrorizar por las condiciones de vida a que reduce a sus habitantes, con las vejaciones que se producen allí y con su tiempo ocioso o llenado escasamente con trabajos inútiles dentro de una economía capitalista, con su promiscuidad sexual: la prisión como institución del sistema cumple la función de mantener y reproducir la delincuencia común que le sirve al Estado de bandera para ejercer una represión política, no importando mucho, en consecuencia, a qué clase social pertenecen sus ocupantes¹⁰.

"Sin embargo, escribe POULANTZAS, la individualización es terriblemente real... La desposesión total del trabajador directo de sus medios de trabajo da lugar a la emergencia del trabajador 'libre' y 'desnudo', aislado de la red de vínculos (personales, estatutarios, territoriales) que lo constituían en la sociedad medieval... En una palabra el individuo, mucho más que una creación de la ideología jurídico-política engendradora por las relaciones mercantiles, aparece aquí como el punto de cristalización material, focalizado en el mismo cuerpo humano..."

Es precisamente sobre esta focalización, sobre esta cristalización material, sobre una individualidad particularizada por la transgresión de una norma sobre la que la criminología necesariamente también tiene que entrar a hablar, y tiene que decirlo explicando la estructura psíquica de ese individuo, respetando esa estructura psíquica que aunque constituida en parte por elementos sociales, históricos, reclama el reconocimiento de una historia única de la que da cuenta en su personalidad.

Pienso que una apreciación que ha seguido este orden de ideas es la que le ha posibilitado a ROBERTO BERGALLI concluir la ponencia que comento de la siguiente manera: "... el epígrafe criminología quedará destinado en todo caso a designar el trabajo clínico, orientado por el método positivo a la técnica clasificatoria de individuos, actividad que ya no podrá despertar inquietudes al crítico del sistema penal puesto que las categorías que han de gobernar semejante labor habrán sido oportunamente remozadas por el examen sociológico de las mismas".

Tal vez esta afirmación peque al pensar que el examen clínico, la criminología solo lo podrá hacer a través de un método positivista; creo que ya hoy en la práctica clínica se han dado avances bastante importantes en la denuncia ideológica de otras prácticas y que a partir de tales denuncias es posible indagar por nuevas alternativas. Pero ya esto sería motivo de otra charla, la que he querido hacer respondiendo a la invitación para hablar sobre una inducción a la investigación en criminología. Creo que puede por hoy terminar aquí.

¹⁰ Creo que aquí es necesario proponer una discusión: para algunos criminólogos críticos el libro *Penal y estructura social*, de GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, se ha constituido en una de las principales fuentes de estudio para abordar el problema penitenciario, pero este libro pienso que cumplió una función importante en la década del 30 y que hoy hay investigaciones más elaboradas que nos permiten comprender el papel actual de la prisión como lugar de castigo; no únicamente está *Vigilar y castigar* de FOUCAULT sino también un texto suyo que recopila discusiones y entrevistas más recientes, *Sexo, poder y verdad*, aparte de una entrevista concedida a BROCHIER donde ejemplarmente se resume la función que cumple la prisión.

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

DECRETO 1853 DE 1985

(julio 8)

Por el cual se dictan unas normas sobre procedimiento penal

El presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 52 de 1984, y oído el concepto de la Comisión Asesora creada por el artículo 3° de la referida ley,

DECRETA:

Art. 1°.—Flagrancia y cuasiflagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible. Se considera en situación de cuasiflagrancia la persona sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezcan fundadamente que ha cometido un hecho punible o participado en él; o cuando es perseguida por la autoridad; o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

Art. 2°.—Captura en flagrancia o cuasiflagrancia. Quien sea sorprendido en flagrancia o cuasiflagrancia será capturado por la Policía Judicial o por cualquiera otra autoridad o persona y conducido en el acto, o a más tardar en el término de la distancia, ante el juez competente para iniciar la investigación, a quien deberá rendir un informe sobre las causas de la captura. De este informe se dejará constancia en un acta que suscribirán el juez y quien haya realizado la captura.

Art. 3°.—Captura obligatoria. En los procesos por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; por los delitos previstos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años; por los delitos tipificados en el capítulo primero del título VII, del Código Penal, y en el decreto 2920 de 1982, el juez librará orden de captura para oír al sindicado en indagatoria.

Art. 4°.—Captura facultativa o citación para indagatoria. En los procesos por delitos distintos de los señalados en el artículo anterior, sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de agravación concurrentes, podrá librarse orden escrita de captura contra el presunto sindicado para efectos de la indagatoria, si a juicio del instructor hubiere mérito para recibirla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

Si no se considerare necesaria la captura, o si el delito mereciere pena de arresto o de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena no privativa de la

libertad, se citará al sindicado y si este no compareciere a rendir indagatoria, será capturado para el cumplimiento de dicha diligencia.

Cuando se trate de la situación prevista en el inciso segundo de este artículo, el procesado será puesto en libertad mediante auto de sustanciación, una vez haya rendido indagatoria.

Art. 5º.—En los casos de homicidio y lesiones personales, cuando sea evidente que el inculcado obró en legítima defensa, solo podrá ordenarse la captura, cuando exista prueba de que la persona no concurrió a rendir diligencia de indagatoria voluntariamente o por citación que haya hecho la autoridad competente.

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

Art. 6º.—*Cancelación de las órdenes de captura.* El funcionario que haya impartido la orden de captura está en la obligación de cancelarla inmediatamente cesen los motivos que dieron lugar a ella, so pena de incurrir en causal de mala conducta, sancionable con destitución, previo el trámite previsto en las normas legales correspondientes, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

De la misma manera se procederá en los casos de declaratoria de reo ausente, una vez se haya resuelto la situación jurídica de este, siempre que no se disponga medida de aseguramiento.

Art. 7º.—*Definición de la situación jurídica.* Terminada la indagatoria y si se tratare de los casos previstos en el artículo 3º y en el inciso primero del artículo 4º de este decreto, o de captura en flagrancia o cuasiflagrancia, la situación jurídica del aprehendido deberá definirse por auto interlocutorio, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, decretando medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique, u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el procesado suscribirá un acta en la que se comprometa a presentarse ante el juzgado cuando se le solicite.

Si el procesado fuere dejado en libertad al término de la indagatoria, o hubiere sido declarado reo ausente, el plazo para resolver su situación jurídica será hasta de diez (10) días. El juez dispondrá del mismo término cuando fueren cinco (5) o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas ellas se hubiere realizado el mismo día.

Art. 8º.—*Medidas de aseguramiento.* Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, o un indicio grave de responsabilidad.

Art. 9º.—*Conminación.* La conminación consiste en el compromiso por el cual el procesado, so pena de incurrir en arresto inmutable hasta de treinta (30) días, se somete a cumplir las obligaciones que le imponga el juez al resolver la situación jurídica. Solo procede para los delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad.

Art. 10.—*Cauciones.* La caución puede ser juratoria o prendaria y se aplica en relación con los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos (2) años de prisión, o cuando se conceda la excarcelación, o cuando se profiera primer sobreseimiento temporal.

Art. 11.—*Caución juratoria.* La caución juratoria se otorgará mediante acta en la que el procesado bajo juramento prometa cumplir las obligaciones que le hayan sido impuestas. Esta caución procederá cuando a juicio del juez el procesado no tenga recursos económicos para constituir caución prendaria.

Art. 12.—*Caución prendaria.* Consiste en el depósito de dinero, cuya cuantía se fijará teniendo en cuenta las condiciones económicas del procesado y la gravedad del hecho.

La cuantía oscilará entre un mil pesos (\$1.000.00) y el equivalente a doscientas (200) veces el salario mínimo mensual establecido por la autoridad competente para el lugar donde haya ocurrido el delito.

El dinero se depositará a órdenes del despacho respectivo, en el Banco Popular; donde este no exista, en la agencia de la Caja Agraria y, en defecto de esta, en la Tesorería Municipal.

Art. 13.—En las actas de conminación y de cauciones juratoria y prendaria se consignarán las obligaciones que el procesado debe cumplir, de conformidad con el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 14.—*Casos en que procede la detención preventiva.* La detención preventiva procede en los siguientes casos:

1. Cuando el delito que se imputa al procesado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de agravación concurrentes, siempre que se den las exigencias probatorias establecidas en el artículo 8º de este decreto.

2. Cuando se trate de uno cualquiera de los delitos tipificados en el capítulo primero del título VII del Código Penal y del delito de enriquecimiento ilícito.

3. Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigentes por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena de arresto.

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

Art. 15.—*Excarcelación.* La excarcelación prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la ley 2ª de 1984 no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario.

Art. 16.—*Excepciones a las normas sobre libertad provisional.* No tendrán derecho a la libertad provisional prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la ley 2ª de 1984, los procesados por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; por los delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes cuando tengan pena de prisión que sea o exceda de dos (2) años y por los delitos

de enriquecimiento ilícito y los consagrados en el capítulo I del título VII del Código Penal y en el decreto 2920 de 1982.

Art. 17.—Excarcelación por demora en la celebración de la audiencia. El procesado tendrá derecho a excarcelación caucionada cuando hayan transcurrido más de dos (2) años a partir de la ejecutoria del auto de proceder sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública con jurado de conciencia, o más de un (1) año si no se hubiere celebrado la respectiva audiencia sin jurado.

Se exceptúan de este beneficio los procesados por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y por los delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes cuando tengan pena de prisión que sea o exceda de dos (2) años.

Art. 18.—Excepciones al artículo anterior. No habrá lugar a la excarcelación prevista en el artículo anterior cuando la audiencia se hubiere iniciado, así esta se encuentre suspendida por cualquier causa y cuando, habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al procesado o a su defensor.

Art. 19.—Notificación del llamamiento a juicio al procesado. El auto de proceder se notificará personalmente al procesado, si estuviere detenido o si se presentare dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición del auto. En caso contrario, se notificará al apoderado que lo haya venido asistiendo o, si no lo tuviere, al apoderado de oficio que le designe el juez, y con él se continuará el proceso.

Art. 20.—Defensa del procesado. La persona que haya sido legalmente vinculada a proceso penal, cualquiera sea su situación jurídica, podrá en cualquier momento designar apoderado o defensor, mediante poder debidamente autenticado ante autoridad competente y dirigido al juez respectivo.

Art. 21.—Pago de cauciones y multas. Las cauciones que deban hacerse efectivas y las multas que se impongan en el proceso penal se depositarán en dinero, a órdenes del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, en las oficinas de la Caja Agraria del respectivo municipio, dentro del plazo fijado por el juez o funcionario o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva providencia.

Art. 22.—Destino de las cauciones y multas. El valor de las cauciones y multas que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, ingresen al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia se destinará a la construcción, reparación, mantenimiento y dotación de despachos judiciales y a programas de bienestar social de funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional.

Art. 23.—Vigencia del decreto y derogatoria de disposiciones contrarias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga los artículos 120, 182, 289, ordinales 9 y 11, 301, 426 (artículo 38, ley 2ª de 1984), 427 (artículo 39, ley 2ª de 1984), 437, 439 (artículo 42, ley 2ª de 1984), 458, 459 (artículo 46, ley 2ª de 1984), 461, 484, 485, 722, 724 y 725 del Código de Procedimiento Penal, y las demás disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase

Dado en Bogotá, D. E., a 8 julio 1985

SECCIÓN DE FORO HISTÓRICO

¿HASTA DÓNDE SE EXTIENDE LA “SOBERANÍA” JUZGADORA DEL JURADO DE CONCIENCIA?

DR. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA*

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

¿Hasta dónde se extienden las facultades juzgadoras del jurado de conciencia? He ahí el interrogante que pretendemos responder. Ni la jurisprudencia ni la doctrina han fijado los límites que permitan estructurar una posición acabada. La diversidad de pareceres lleva aparejada una variedad de posiciones en torno al significado que habrá de dársele al concepto de *soberanía*.

Los tribunales y la Corte Suprema de Justicia han venido fijando pautas y límites al jurado de conciencia desde el instante mismo en que tal institución entró a operar en nuestra legislación procedimental, y aun hoy existen desatinadas posiciones que coadyuvan al descrédito en que esta ha caído.

Pero no es nuestro objetivo en este trabajo tomar partido en torno a la conveniencia de mantener en pie la exhausta institución de los jurados populares; por el momento solo pretendemos abordar las implicaciones que surgen del tratamiento que la doctrina jurisprudencial ha otorgado al *iuri* como ente autónomo y soberano administrador de justicia, la evolución que la misma ha experimentado en las últimas décadas y el criterio que en la actualidad predomina en las más altas corporaciones de justicia, sin que tal propósito nos inhiba para fijar nuestro parecer al respecto.

Nos hemos propuesto desentrañar el sentido y el valor que ha mantenido el jurado de conciencia en las más acabadas elaboraciones jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema de Justicia y su evolución en los últimos tiempos.

2. LÍMITES LEGALES Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Dispone el art. 535 del Código de Procedimiento Penal:

“Los jurados deberán contestar cada uno de los anteriores cuestionarios con un sí o un no; *pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas*

* El autor se desempeña en la actualidad como Juez 44 de Instrucción Criminal en la ciudad de Medellín, y catedrático de Derecho Probatorio en la Universidad de Medellín.

a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación" (subrayas nuestras).

La ley por medio de esta disposición consagra el derecho que tiene el jurado no solo para negar las circunstancias expresadas en el respectivo cuestionario, sino también para hacer el reconocimiento de otra u otras que no hayan sido planteadas en él. De tal manera que cuando tales circunstancias son modificadoras de la responsabilidad o elementos constitutivos del delito (art. 534, ibidem), corresponde al jurado, dentro de su soberanía, su afirmación o negación.

Pero ¿hasta dónde llega ese poder o facultad del *iuri* en la negación o reconocimiento de tales circunstancias? Es decir, ¿hasta dónde se extiende la llamada soberanía de los jueces de conciencia?

Interrogantes difíciles de absolver. Nuestras corporaciones de justicia aún debaten ardorosamente el tema, sin que se haya podido hasta el momento cristalizar la jurisprudencia que permita fijar concretamente los "línderos" dentro de los cuales deba moverse el jurado, si es que a este, entendido en el más amplio sentido de la palabra, pueden trazarse límites, sin que con ello se esté desvirtuando o desconociendo el significado filosófico-jurídico de tal institución.

Hace ya varios años el Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, refiriéndose a la limitación que se le ha querido imponer al jurado de conciencia en cuanto a la apreciación de algunos medios probatorios, anotó:

"...¿Qué respuesta tendrían estos interrogantes, entre muchos: qué medio, método o instrumento existe para delimitar los hechos sobre los cuales puede y debe pronunciarse el jurado y cuáles quedan por fuera de esa obligación y competencia?; ¿cómo puede sopesar hechos que comporten un veredicto de responsabilidad, si no le es dable conocer y valorar las probanzas que acrediten, desconozcan o, en todo caso, tengan que ver con esos hechos?... en ningún canon, se establecen categorías para desalojar algunos dictámenes del conocimiento del jurado".

Refiriéndose al art. 535, arriba transcrito, señaló:

"No quiere decir que tales circunstancias tengan un simple carácter objetivo, físico y material y su relación se establezca con la acción del procesado. También comprende las circunstancias espirituales o personales del mismo, equivalentes a su sanidad o insanidad mental"¹.

Respecto a los *medios de convicción* a que pueden recurrir los jueces de conciencia, tiene dicho, de vieja data, la Corte Suprema:

"Los jurados no aplican en sus veredictos las reglas imperantes de la crítica jurídica, ni su convencimiento puede ser objeto de explicación. La certeza de ellos es moral y no está sujeta a tarifa probatoria; y aunque el veredicto comprende un 'hecho jurídico', o sea, la calificación del acto criminoso, base de la responsabilidad, no se le exige a quien lo emite que exprese en qué apoya su dictamen. Una es la certeza legal y otra la certeza

moral. Aquella le incumbe al juez de derecho, que tiene que atender a las reglas sobre crítica del testimonio; esta, como fruto de la convicción íntima, está eximida de toda dependencia cualitativa o cuantitativa en materia de probanzas; *que el tribunal del pueblo aprecia libremente y sin sujeción a ningún método especial*. En eso precisamente estriba la llamada *soberanía del jurado*"² (subrayas nuestras).

3. FACULTAD PARA RECONOCER CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD

La evolución jurisprudencial en torno a las facultades del *iuri* para reconocer en su veredicto circunstancias de agravación no consignadas en el auto de proceder, la hemos clasificado en tres períodos o etapas, así:

a) *Primer período: posición jurisprudencial sostenida hasta el 17 de abril de 1961.*—Durante este primer período la Corte Suprema, consideró que:

"La parte inmodificable del auto de proceder, ya se trate de juicios en los cuales interviene el jurado o de aquellos en los que no interviene, es la que determina el género del delito, con la denominación jurídica que le da el Código Penal dentro del respectivo título o capítulo, según el caso... si la parte motiva el auto de llamamiento a juicio fuera inmodificable, se crearía una doble situación: de inferioridad para la defensa de los intereses sociales, y de prevalencia para los del procesado... (por ello los jueces de conciencia tienen el derecho), no solo de negar las circunstancias expresadas en el respectivo cuestionario, sino también para hacer el reconocimiento de otra u otras que no fueren planteadas en él. Así, pues, el jurado es soberano para afirmar o negar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ora se hallen contenidas en el auto de proceder, o bien se deduzcan de las pruebas allegadas al juicio. ...la interpretación lógico-jurídica de la norma es la de que los cuestionarios deben formularse no solo de acuerdo con los cargos imputados en el auto de proceder, sino también de conformidad con aquellas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que se demuestren en el curso del juicio. *En esta forma, se establece un equilibrio perfecto entre dos derechos: el de la defensa social, por una parte, y el del procesado, por la otra*; y la posible arbitrariedad judicial en la formulación de los cuestionarios, se evita o limita por el auto de proceder o por las pruebas del juicio"³ (subrayas nuestras).

b) *Segundo período: posición jurisprudencial sostenida entre el 17 de abril de 1961, y el 22 de mayo de 1975.*—En providencia de abril 17 de 1961, la Corte Suprema, con ponencia del dr. GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, varió fundamentalmente la anterior interpretación, afirmando que si bien es cierto que los jueces de hecho pueden apreciar y calificar las circunstancias que sean modificadoras, solo lo pueden hacer "siempre y cuando las haya consignado el auto de proceder, tratándose de circunstancias que específicamente agravan la infracción imputada. Dicho en otros términos: *El jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos*

¹ T. S. de M., febrero 21 de 1970. Magistrado ponente GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Crónica Judicial*, núm. 303, pág. 363.

² C. S. de J., septiembre 20 de 1955, en *Gaceta Judicial*, LXXXI, pág. 285.

³ C. S. de J., marzo 27 de 1946, en *Gaceta Judicial*, LX, pág. 263.

contenidos en el enjuiciatorio sin exceder su misión juzgadora. Puede sí, por el contrario, atenuarlas o modificarlas en favor del procesado". Añade que "para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran en el plenario y que de modo concreto se sometieran a decisión del jurado".

Termina agregando que "cuando el jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas a las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen"⁴ (subrayas nuestras).

En otra ocasión el alto tribunal de justicia consideró que "de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 483 del C. de P. P., es evidente que, en lo que respecta a los *motivos de agravación de la responsabilidad*, solo pueden tomarse en consideración en la sentencia los que se han indicado en el pliego de cargos"⁵ (subrayas nuestras).

En vigencia esta doctrina la Corte consideró, en fallo de octubre 24 de 1965, que la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifique, solo podía hacerse en la parte motiva del auto de proceder, ya que únicamente esa parte podía ser modificada en la sentencia condenatoria, "si bien en lo que resulte favorable al sindicado"⁶.

c) *Tercer período: posición jurisprudencial sostenida a partir de mayo 22 de 1975.*—En providencia de mayo 22 de 1975, con ponencia del dr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, la Corte Suprema de Justicia retomó los criterios sostenidos por tal corporación antes de 1961, en los siguientes términos:

"No existe en el Código norma alguna que prohíba al jurado popular expresar en el veredicto circunstancias modificadoras agravantes que no se hayan formulado en el cuestionario, o que no se hayan previsto en el auto de proceder, sin limitación distinta al respecto del género del delito por el cual se haya producido el auto de procesamiento. Tal fue, de otra parte, la doctrina de la Corte durante muchos años, hasta que se adoptó el criterio restrictivo a partir del año de 1961, tesis esta última que se ha mantenido hasta ahora sobre la base de que si el jurado agravara la situación planteada para el imputado en la cuestión respectiva, 'rebasaría su función juzgadora'.

"Un nuevo examen de la cuestión permite a la Sala retornar a su primitiva doctrina, con base en los argumentos planteados que son expresión de la más pura lógica jurídica, y en imprescriptibles motivos de conveniencia social.

"Si se piensa que el jurado no tiene facultad legal para expresar circunstancias agravantes en el veredicto, se subvierte la razón fundamental del juzgamiento, y se le reduce inexplicable y antitécnicamente a la sola función de procurar el beneficio del imputado, con olvido de su verdadera finalidad que no es otra que verificar si concurren o no las circunstancias de hecho y de derecho para declarar la pretensión

⁴ C. S. de J., abril 17 de 1961. Magistrado ponente, GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, en *Gaceta Judicial*, xcv, págs. 567-568.

⁵ C. S. de J., agosto 12 de 1965, en *Gaceta Judicial*, cxiii, pág. 316.

⁶ C. S. de J., octubre 24 de 1965, en *Gaceta Judicial*, cxiii, pág. 356.

punitiva del Estado, en el ámbito de las garantías instituidas por la Constitución para que el sindicado pueda ejercer su defensa a plenitud. (...) Si así no fuera, carecería de razón de ser el período probatorio de la causa, y constituiría más bien un trámite inútil y engorroso, y los debates de la vista pública no cumplirían objeto distinto a procurar nuevas posibilidades defensivas al imputado, como si la acción penal no fuera un poder-deber del Estado encaminado a una eficaz administración de justicia"⁷.

En reciente providencia, la Corte, con ponencia del Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, anotó:

"No es menos cierto que el *iuri* puede, válidamente, *atenuar o agravar* la pena a través de las causales específicas, lo cual es obvia consecuencia de las facultades que le atribuye la ley: *Si puede absolver o condenar no se entendería la existencia de una prohibición para morigerar o aumentar esa pena derivada de una veredicción afirmativa de responsabilidad*"⁸ (subrayas nuestras).

4. PRESUPUESTOS PARA QUE EL JURADO PUEDA RECONOCER CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA NO INCLUIDAS EN EL AUTO DE PROCEDER

De conformidad con la posición sostenida actualmente, se han delineado unos presupuestos o requisitos mínimos que permiten admitir en el veredicto circunstancias de agravación punitiva no especificadas en el calificadorio, así:

a) *Que no se haya modificado la denominación jurídica del hecho punible.*—De vieja data la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el género del delito por el cual se llamó a juicio constituye un parámetro de obligatorio cumplimiento tanto para el jurado como para el juez; que "dentro del género del delito, el jurado popular tiene facultades para expresar en el veredicto todas las circunstancias modificadoras que considere demostradas, estén incluídas o no en el cuestionario, o aun en el auto de proceder, sin otros límites que la evidencia de los hechos consignados en el proceso"; que "de las pruebas aportadas en el período correspondiente de la causa o de la controversia cumplida en la audiencia, pueden surgir situaciones nuevas no previstas en la resolución enjuiciatoria"; que "si tales situaciones nuevas son de tal envergadura que modifican el género del delito, habrá de producirse la nulidad de la actuación por error en la denominación jurídica del hecho"⁹.

b) *Que las circunstancias modificadoras hayan sido debatidas en la etapa probatoria de la causa o en la audiencia pública.*—Ha dicho el alto tribunal de justicia que las circunstancias modificadoras, ya sean agravantes o atenuantes, para ser propuestas en el cuestionario sin que aparezcan en la resolución enjuiciatoria, tienen que haber surgido en el período probatorio del juicio o de la controversia cumplida en la audiencia pública, "y de todas maneras el jurado tiene potestad legal para declararlas en el veredicto, si dentro de su convicción íntima, aparecen como

⁷ C. S. de J., mayo 22 de 1975. Magistrado ponente, FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, en *Gaceta Judicial*, cli, págs. 169 y ss.

⁸ C. S. de J., marzo 27 de 1984. Magistrado ponente, FABIO CALDERÓN BOTERO, en *Excertos Penales-año 1984*, Colección Pequeño Foro.

⁹ C. S. de J., mayo 22 de 1975, citada.

probadas en el proceso, así hayan surgido solo en los debates públicos de la audiencia”¹⁰.

En posterior oportunidad la Corte concretó esta posición afirmando que “la potestad del jurado para declarar *circunstancias agravantes o atenuantes* de la responsabilidad que no hayan sido deducidas en el auto de proceder, *depende de que lo pertinente para tomar tal decisión se haya acreditado ya en la etapa probatoria del juicio o ya durante la audiencia pública*, mediante las pruebas que a ella puedan aportarse. Entonces si el jurado, con desconocimiento de esa limitación (...) borra de su veredicto una circunstancia atenuante reconocida en el vocatorio a juicio y no desvirtuada posteriormente, o declara una responsabilidad agravada, también sin nuevas pruebas sobre las cuales fundamentarlas, se ha extralimitado en sus atribuciones y, en consecuencia, en tal parte su veredicto no puede ser aceptada”¹¹.

Este criterio se reiteró en casación de noviembre 30 de 1978, cuando la Corte, con ponencia del dr. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, afirmó:

“El cuestionario destinado a su veredicto no ha de contraer circunstancias agravadoras de la responsabilidad del sindicado que no se hayan puntualizado en el auto de proceder, o que, posteriormente, en la etapa del juicio, no hubieren encontrado soporte probatorio inequívoco que haga permisible su imputación en los cuestionarios. De los que no se puede excluir una circunstancia modificadora, degradante de la responsabilidad del procesado, que le hubiese sido reconocida en el auto de proceder, sino dentro de las precisas limitaciones ya anotadas”¹².

Obsérvese cómo esta providencia reduce a la etapa probatoria del juicio, la posibilidad de debatir circunstancias modificadoras de la responsabilidad que no hubiesen sido deducidas en el auto de proceder, apartándose de las providencias, ya citadas, de ESTRADA VÉLEZ y LUNA GÓMEZ, quienes amplían las posibilidades de debate a la etapa probatoria del juicio y a la misma audiencia pública. Lo anterior llevó a que los dres. SERRANO ABADÍA y LUNA GÓMEZ, aclararan el voto otorgado a la providencia del dr. VELASCO GUERRERO, arriba citada, en los siguientes términos:

“De donde se desprende que sin modificar el cuestionario —elaborado de conformidad con lo dicho en el auto de proceder—, puede el jurado moverse libremente para decir ‘que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario’ (art. 535 del C. de P. P.), siempre y cuando que, *durante la etapa probatoria del juicio o durante la audiencia*, se hayan traído al proceso elementos de convicción, distintos de los que sirvieron al juez de derecho para efectuar la calificación, que permitan fundamentar la variación de situaciones que puede introducir el jurado en su veredicto”¹³.

¹⁰ C. S. de J., mayo 22 de 1975, citada.

¹¹ C. S. de J., marzo 10 de 1977. Magistrado ponente, ALVARO LUNA GÓMEZ, en *Gaceta Judicial*, CLV, 2ª parte.

¹² C. S. de J., noviembre 30 de 1978. Magistrado ponente, JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, en IVÁN ALMANZA LATORRE, *Los motivos de casación penal en el foro*, Bogotá, Raffaprint Editores, 1984, pág. 199.

¹³ C. S. de J., aclaración de voto de PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA y ÁLVARO LUNA GÓMEZ, a la providencia de noviembre 30 de 1978, citada.

c) *Que las pruebas hayan sido controvertidas*.—Ha sostenido la Corte que la prueba que aparezca en la etapa probatoria del juicio, la cual deberá ser valorada por el jurado en su veredicto, tiene que haber sido discutida “con el sindicado y su defensor, con la amplitud debida, de modo que no resulte sorpresiva, ni secreta, y que se haya aducido al juicio con la observancia de sus requisitos formales, legalmente obligatorios”¹⁴.

Antes había dicho:

“Por lo demás, en la audiencia, que debería ser un debate *inter partes*, habrá amplias oportunidades para que la controversia se desarrolle no solo en torno a la existencia del hecho o a la responsabilidad del procesado, sino también a todas las circunstancias y modalidades de la imputación”¹⁵.

Recapitulando, tenemos que, según las últimas interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, “la potestad del jurado para declarar circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad que no hayan sido deducidas en el auto de proceder”, solo será atendible cuando las mismas (agravantes o atenuantes) se “hayan acreditado ya en la etapa probatoria del juicio o ya durante la audiencia pública, mediante las pruebas que a ella pueden aportarse (...) limitación que en el fondo entraña una clara garantía de defensa de los intereses del procesado y también de la sociedad, pues esta no puede mirar indiferente a la realidad de los hechos que se prueban en las etapas correspondientes”¹⁶.

De allí que la afirmación de BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, en el sentido de que “si la circunstancia es de atenuación, compruébese o no en el término probatorio del juicio, fórmúlese o no en el cuestionario, debátase o no en la audiencia, puede ser reconocida válidamente por el jurado de conciencia, ya que en su soberanía, si puede llegar hasta la absolución, con mayor razón reconocer una circunstancia degradante de responsabilidad en especial si se tiene en cuenta el principio de favorabilidad”¹⁷, no puede ser aceptada sin beneficio de inventario, ya que si no se *comprobó* en el término del juicio, ni se *debatió* en la audiencia pública, no sería válido el reconocimiento por parte del jurado, si no fue previamente vertida al pliego de cargos o auto de proceder.

De aceptarse incondicionalmente la posición de estos profesores, se estaría reduciendo el juzgamiento “inexplicable y antitécnicamente a la sola función de procurar el beneficio del imputado, con olvido de su verdadera finalidad, que no es otra que verificar si concurren o no las circunstancias de hecho y de derecho para declarar la pretensión punitiva del Estado”, como lo ha consagrado expresamente la jurisprudencia¹⁸.

¹⁴ C. S. de J., noviembre 30 de 1978, citada.

¹⁵ C. S. de J., mayo 22 de 1975, citada.

¹⁶ C. S. de J., marzo 10 de 1977, citada.

¹⁷ JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *Temas de derecho procesal penal*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1983, pág. 375.

¹⁸ C. S. de J., mayo 22 de 1975, citada.

De ahí que no sea procedente, en los procesos con intervención de jurado, que se alegue como motivo del recurso de casación el hecho de que la “sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder” (ord. 2º del art. 580 del C. de P. P.), “porque es inaceptable que el auto de proceder —anota TIBERIO QUINTERO OSPINA— una vez ejecutoriado se convierta en ley del proceso, esto es, en algo inmodificable. Es natural que solo sosteniendo esta tesis pueda haber congruencia entre los cargos formulados en el vocatorio a juicio y las decisiones tomadas en la sentencia. Pero en verdad, lo que exige la ley es que ‘en los procesos con intervención de jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquel diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate’ (art. 519 C. de P. P.)”¹⁹.

Si el art. 535 del estatuto procedimental penal faculta al jurado popular para expresar en el veredicto “circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario”; es porque se tiene en cuenta que en la etapa del juicio se pueden aportar y discutir elementos de convicción (período probatorio de la causa y audiencia pública), cumpliéndose así “la finalidad esencial del proceso penal: averiguar la verdad histórica de lo ocurrido. De lo contrario, tendríamos una ley que, en perjuicio de la sociedad, protegería a los procesados... en conclusión: ni en el cuestionario, ni en el veredicto del jurado se pueden consagrar circunstancias (atenuantes o agravantes de la responsabilidad, agregamos nosotros) que no consten en el auto de proceder, o que no guarden relación con la prueba aportada y discutida en el período probatorio de la causa o en la audiencia pública, o sea, que se hubiera debatido ‘con el sindicado y su defensor, con amplitud debida, en forma que no resulte sorpresiva, ni secreta, y que se haya aducido al juicio con la observancia de sus requisitos formales, legalmente obligatorios’ ”²⁰.

No sobra recordar que hasta el año de 1972, la Corte sostuvo que “con base en la causal 2ª de casación se puede alegar el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, en aquellos juicios en que no existe la intervención del jurado, pues en ellos corresponde directamente al juez de derecho proferir el fallo definitivo. O bien se puede acusar la sentencia, por desacuerdo de ella con el veredicto del jurado, en los casos en que el tribunal popular debe intervenir para decidir sobre la responsabilidad del procesado”²¹.

En aquel año (1972-abril 8) y con ponencia del dr. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, dijo la Corte:

“En los juicios por jurados, sí cabe alegar, en su caso pertinente, el motivo primero de la causal segunda de casación, o sea, ‘no estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder’, pues el legislador no la excluye y por el contrario, su posibilidad se ofrece al examen de los jueces con no escasa frecuencia, no obstante que en aquellos,

¹⁹ TIBERIO QUINTERO OSPINA, *Práctica forense penal* —Sumario y juicio— t. II, vol. 2. Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1985, pág. 342.

²⁰ *Ibidem*, pág. 343.

²¹ C. S. de J., octubre 10 de 1969. Magistrado ponente, SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, en *Gaceta Judicial*, CXXXII, pág. 317.

en los juicios por jurados, la sentencia debe ser dictada de acuerdo con el veredicto que dieren los jueces de conciencia respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate (art. 519 del C. de P. P.)”²².

Algunos años después agrego que “los dos motivos de la causal segunda... son alegables en los juicios en que interviene el jurado de conciencia”²³.

Agregamos que solo podrá exigirse consonancia entre la sentencia y el auto de proceder, en los juicios en que interviene el jurado, cuando en la causa (período probatorio o audiencia pública) no se reconocieren circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ausentes en el enjuiciatorio.

5. EXCESOS DEL VEREDICTO

Por excesos del veredicto debe entenderse todo tipo de extralimitación en que pueda incurrir el jurado de conciencia al momento de formular sus respuestas, en los procesos en los cuales interviene.

El exceso según la entidad jurídica del mismo, puede manifestarse de dos maneras:

1ª) *Variando la denominación jurídica* del hecho que motivó el llamamiento a juicio.

El jurado puede emitir su veredicto por un delito distinto de aquel por el cual se llamó a juicio. Lo puede hacer por tres razones:

- a) por las pruebas practicadas durante el período probatorio de la causa;
- b) por las pruebas que se produjeron durante la audiencia pública; y
- c) por el íntimo convencimiento a que llegó el tribunal popular, con independencia de las dos situaciones anteriores.

2ª) *Reconociendo o suprimiendo* circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad, es decir, por acción o por omisión, en alguno de los siguientes eventos:

a) cuando *reconoce* circunstancias de atenuación o agravación *no* fijadas en el auto de proceder, ni acreditadas durante el debate probatorio de la causa, ni en la audiencia pública. Admite esta modalidad dos variantes: que tal exceso haya sido consignado en el cuestionario o que el mismo, haya sido admitido *motu proprio* por el *iuri*;

b) cuando *reconoce* el mismo tipo de circunstancias, previamente señaladas en el pliego de cargos, pero que fueron controvertidas y *desvirtuadas*, ya en la etapa probatoria de la causa, ya en la audiencia pública. También esta admite las dos modalidades o variantes reseñadas en el ordinal anterior;

c) Cuando *desconoce o suprime* atenuantes o agravantes *inadvertidas* en el enjuiciatorio, pero *debatidas y reconocidas*, ya en el debate probatorio del juicio, o en la audiencia pública. Tal desconocimiento puede derivarse de la no inclusión,

²² C. S. de J., abril 8 de 1972. Magistrado ponente, JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, en *Gaceta Judicial*, CXLII, págs. 318 y ss.

²³ C. S. de J., noviembre 30 de 1978, citada.

de tales circunstancias, en el cuestionario, o que habiendo sido incluidos, fueron desconocidos por el *iuri*;

d) cuando *desconoce o suprime* las mismas circunstancias, que fueron previamente determinadas en el llamamiento a juicio, sin que hubiesen sido controvertidas ni desvirtuadas durante el debate probatorio del juicio, ni en la audiencia pública.

En cualquiera de estos eventos, creemos que puede afirmarse que el jurado popular "se ha extralimitado en sus atribuciones", y no únicamente cuando este declara "circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad que no hayan sido deducidas en el auto de proceder. ... (siempre)... que se hayan acreditado ya en la etapa probatoria del juicio o ya durante la audiencia pública, mediante las pruebas que a ella pueden aportarse... (o)... borre con su veredicto una circunstancia atenuante reconocida en el vocatorio a juicio y no desvirtuada posteriormente o, declara una responsabilidad agravada, también sin nuevas pruebas sobre las cuales fundamentarlas...", como se dijo en providencia de marzo 10 de 1977, ya citada.

Según la casación citada, los excesos se reducirían únicamente a los eventos expuesto en los ordinales a) y d) de la clasificación que hemos diseñado, cuando es evidente que en los demás también cabe y debe hablarse del mismo defecto.

6. SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES EMPLEADAS PARA CORREGIR LOS EXCESOS DEL VEREDICTO

a) *Cuando se varía el nomen iuris del hecho que motivó el enjuiciamiento.*—Se han diseñado por la jurisprudencia y la doctrina varias soluciones, así:

1) *Interpretar el veredicto como absolutorio.* En varias oportunidades ha sostenido la Corte Suprema de Justicia este criterio:

"Si el jurado niega el delito de homicidio preterintencional imputado al sindicado..."²⁴.

"Si al absolver un cuestionario en que se pregunta al jurado si el agente es responsable..."²⁵.

El dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, en salvamento de voto a la providencia de enero 25 de 1984, habiendo actuado como ponente el dr. GÓMEZ VELÁSQUEZ, anotó al respecto:

"... Decir que se propician desvíos del jurado, pues en estos veredictos se sale de su competencia 'al tratar de fijar una responsabilidad sobre infracción que no puede conocer ni valorar', no es exacto. El jurado no pretendió establecer una responsabilidad por hecho distinto, simplemente descartó la del delito por el cual se le interrogó porque creyó que la conducta podía radicarse en otro cualquiera. Es decir, que sin duda alguna absolvió del primero sin condenar por el segundo ya que él al estar imposibilitado legalmente para hacerlo solo quiso enfatizar su decisión"²⁶.

²⁴ C. S. de J., abril 8 de 1972, citada.

²⁵ C. S. de J., noviembre 30 de 1978, citada.

²⁶ C. S. de J., salvamento de voto de FABIO CALDERÓN BOTERO a la providencia de enero 25 de 1984. Magistrado ponente, GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Excertas Penales-año 1984*, Colección Pequeño Foro, pág. 248.

El mismo CALDERÓN BOTERO, en su obra *Casación y revisión en materia penal*, consecuente con su posición, escribió:

"...Se llama a juicio por homicidio imperfecto, y el jurado responde: 'Sí es responsable pero de lesiones personales'; en esta precisa situación la estructura lógica del proceso se viola, por cuanto se rompe el eje causal que condiciona la unidad jurídica del tríptico proceder-veredicto-sentencia, integrado por la denominación genérica atribuida al hecho materia del juzgamiento. De ahí que con acertada hermenéutica se afirme que es "tan obligatoria la concordancia entre el auto de enjuiciamiento y la sentencia, que cuando el cargo se desvirtúa o el jurado lo desconoce, aunque aparezca que hubo la comisión de un delito distinto, es necesario absolver al procesado, sin que el delito resultante pueda ser materia del fallo; por lo tanto, en el ejemplo propuesto, el juez debe proferir sentencia absolutoria por el delito de homicidio"²⁷.

También TIBERIO QUINTERO OSPINA participa de esta tesis, siempre que el veredicto no pueda declararse contraevidente, ya que el "veredicto debe guardar concordancia entre el delito *in genere* por el cual se llamó a responder en juicio criminal y aquel por el cual se profiere la sentencia, de modo que cuando se desvirtúa o se rompe esta concordancia por el jurado, así aparezca que hubo la comisión de un delito distinto se debe absolver al procesado"²⁸.

2) *Declarar la nulidad de la actuación.* Fue la tesis sostenida por el dr. ESTRADA VÉLEZ en providencia de 22 de mayo de 1975, al anotar que si de las pruebas aportadas en el período correspondiente de la causa, o de la controversia cumplida en la audiencia, pueden surgir situaciones nuevas no previstas en la resolución enjuiciatoria, y "si tales situaciones nuevas son de tal envergadura que modifican el género del delito, habrá de producirse la nulidad de la actuación por error en la denominación jurídica del hecho"²⁹.

3) *Proferir sentencia por la infracción inferida, si no se quebranta el derecho de defensa del procesado.* Es el criterio sostenido por BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, quienes sostienen que "si no se quebranta el derecho de defensa del procesado, el juez de derecho puede proferir sentencia por la infracción inferida por el jurado"³⁰. Sustentan estos autores su posición en la factibilidad de una "prórroga de competencia", según interpretación del art. 39 del C. de P. P. "La situación que se ha venido comentando, no encuadra exactamente dentro del supuesto de hecho del art. 39 del C. de P. P., pues él regula la conexidad delictual, y aquí no se presenta dicho fenómeno. Ello no obsta para encontrar en la norma el espíritu de la legislación —*analogia juris*—, según el cual la competencia se torna inmodificable en la etapa del juicio, cuando al formularse la imputación, existen razones de peso para atribuir la competencia a un determinado funcionario de mayor jerarquía, y luego sobrevienen circunstancias que la modifican. Tal vez puede

²⁷ FABIO CALDERÓN BOTERO, *Casación y revisión en materia penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1973, pág. 97.

²⁸ QUINTERO OSPINA, ob. cit., pág. 379.

²⁹ C. S. de J., mayo 22 de 1975, citada.

³⁰ BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, ob. cit., pág. 378.

pensarse que la decisión del jurado, en el sentido de modificar el nombre del delito, es una circunstancia sobreviniente que le haría perder competencia al juez de derecho para fallar sobre el homicidio, pues el tribunal popular que es el llamado legalmente a determinar responsabilidad, ha hecho juicio negativo sobre este ilícito, haciéndolo desaparecer jurídicamente. Si el delito que deba competencia ha desaparecido por decisión del jurado, consultando el espíritu del art. 39 del C. de P. P., el juez de derecho estaría en la obligación de fallar por el ilícito que califica el tribunal popular... Aclaramos, que la posición planteada sobre prórroga de competencia, solo puede pregonarse como medida extrema, es decir, cuando no hubiere forma de decretar la nulidad del proceso o la contraevidencia del veredicto..."³¹.

Según estos mismos autores, la nulidad por cambio en el *nomen iuris* puede decretarse siempre y cuando se den dos requisitos:

—que el hecho reconocido por el jurado esté plenamente probado, como cuando las lesiones personales tienen total respaldo probatorio, y

—que se trate de primer veredicto³².

La contraevidencia solo será posible de declarar "si la afirmación hecha por el jurado no tiene ningún respaldo probatorio... porque al responder que es responsable de lesiones personales, hizo juicio negativo de responsabilidad acerca del homicidio, incurriendo por esta vía en ostensible error que permite la medida anotada"³³.

4) *Decretar la nulidad del proceso y continuar la actuación ante juez competente*. Es la solución propuesta por TIBERIO QUINTERO OSPINA, al afirmar que si de las pruebas practicadas durante el periodo probatorio de la causa, o por las pruebas que se produjeron durante la audiencia pública, se desprende el cambio de denominación del *nomen iuris*, "el juez, en lugar de someter el caso a los jurados, si están comprobadas las lesiones personales, debe decretar la nulidad del proceso para que la actuación se lleve a cabo ante el juez competente (ord. 1º, art. 210 del C. de P. P.)"³⁴.

5) *Inexistencia del veredicto por ausencia de respuesta*. Es la última solución patrocinada por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. Con ponencia del dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ dijo esta corporación, el 24 de enero de 1984:

"...La Sala encuentra como más aconsejable señalar una de estas dos alternativas: o que la parte afirmativa de responsabilidad tiene plena acogida, desechándose la agregación sobre la cual no podía actuar el jurado de conciencia, o sea, lo relacionado con las lesiones personales; o, que no existe veredicto sobre el cual pueda afirmarse una sentencia.

"Lo primero aparece como inaceptable porque sería escamotear la voluntad manifiesta del jurado, quien no ha querido un veredicto de homicidio imperfecto sino cosa diferente: una condena por lesiones personales.

"Mejor la segunda recomendación, porque así se evita sorprender al procesado con el reconocimiento indebido de lesiones personales, cargo que no ha sido formulado

en momento procesal alguno; y, también, consolidar la impunidad de un comportamiento que se sabe y se tiene por delictuoso. Queda la opción de convocar un nuevo jurado para que advertido de estas circunstancias e informado con exactitud de sus posibilidades judiciales, decida si pronuncia una absolución o una condena, pudiendo en este último caso atenuar la responsabilidad, sin pretender fijar calificaciones jurídicas distintas, indicar otras competencias o recomendar otras soluciones ajenas a la contribución juzgadora para la cual ha sido convocado"³⁵.

Se rechazó expresamente la posición jurisprudencial que venía aceptando, en el evento estudiado, la sentencia absolutoria, esgrimiendo cuatro razones para ello:

"(a) que se patrocina una detestable forma de impunidad, al considerar que no obstante tener por verdad que se ha cometido un delito de lesiones personales, no se posibilita y sí se cancela, de manera definitiva y absoluta, su merecida represión;

"b) que diciéndose atender la voluntad del jurado de conciencia, quien ha querido la absolución por homicidio tentado, se desconoce el condicionamiento de esa respuesta, que no es otro que señalar la comisión del delito de 'lesiones personales'. No se está acatando en integridad la veredicción emitida y se la está fraccionando perjudicialmente, hasta el punto de decretar una carencia de pena por conducta que se entiende de algún modo delictuoso. Es manifiesta la contradicción del juzgador al tomar el veredicto en este sentido, puesto que por una parte se admite un alcance de su respuesta y, por otra, se ha constituido en presupuesto de la misma, se le niega eficacia y trascendencia;

"c) que está tolerando un desvío de la atribución del jurado de conciencia, pues a este se le ha sometido el conocimiento de un delito de homicidio imperfecto, sobre el cual puede afirmar una responsabilidad pura y simple o con diminuentes y agravantes, o negarla por múltiples motivos; pero, no le es dable invadir órbita distinta y tratar de fijar una responsabilidad sobre infracción que no puede conocer ni valorar; y finalmente;

"d) que en ausencia de una solución más armónica e integradora, sería aceptable una concepción jurídica de esta índole, así revelara ciertas imperfecciones, situación que debe variar si se aporta otra de mejor estirpe jurídica"³⁶.

En el proceso que dio lugar a esta posición doctrinaria, se interrogó al juez de conciencia por homicidio frustrado, y este respondió: "*Sí, de heridas en complicidad correlativa*".

b) *Cuando se reconocen o desconocen circunstancias modificadoras de la responsabilidad, sin asidero probatorio*. En el numeral 5 reseñamos los eventos en los cuales puede afirmarse que el jurado se ha excedido, por acción o por omisión, en el reconocimiento o desconocimiento de circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad. Para la corrección de tales excesos, se han señalado tres mecanismos:

1) *Declaratoria de nulidad*. Con ponencia del dr. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, la Corte Suprema de Justicia, en providencia de abril 8 de 1972, anotó:

"... Cuando los excesos del veredicto obedecen a los excesos de los cuestionarios, porque estos contienen imputaciones o circunstancias modificadoras de la responsabi-

³¹ Ibidem, págs. 381-382.

³² Ibidem, págs. 378-379.

³³ Ibidem, pág. 380.

³⁴ QUINTERO OSPINA, ob. cit., págs. 379-380.

³⁵ C. S. de J., enero 25 de 1984, citada.

³⁶ Ibidem.

dad, intensificándola, extraños al auto de proceder, es claro que si dicha situación incide en las decisiones de los juzgadores de instancia, los vicios de nulidad entrañados en ellos, son remediabiles en casación a través de la causal 4ª..."³⁷.

Creemos que, de conformidad con las últimas tesis jurisprudenciales, los excesos de los cuestionarios pueden darse cuando en estos se reconocen circunstancias de atenuación o agravación no acreditadas en el auto de proceder, ni debatidas ni reconocidas probatoriamente en la causa, o cuando habiendo sido señaladas en el enjuiciatorio, fueron controvertidas y desvirtuadas durante las etapas correspondientes del juicio, y sin embargo el juez de derecho las señaló en los cuestionarios.

2) *Omisión de la parte del veredicto que se considere excesivo; reconocimiento de la atenuante o agravante indebidamente suprimida.* Que conozcamos, en cinco providencias la Corte Suprema de Justicia ha justificado este mecanismo con algunas variaciones: casaciones de abril 8 de 1972, marzo 10 de 1977, noviembre 30 de 1978, 22 de junio de 1983 y junio 26 de 1984.

Con ponencia del dr. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, dijo la Corte el 8 de abril de 1972:

"... Y se tendrán como no dichas aquellas expresiones incluidas en el veredicto, en las cuales se afirme del procesado circunstancias intensificadoras de su responsabilidad por las que el *iuri* no hubiere sido expresamente preguntado o se formulen imputaciones sin consecuencia con los hechos sometidos a su contestación. Es deber del juez de derecho, en estos casos, armonizar la sentencia con el veredicto del 'jurado' en aquello que este se ajuste a lo fundamental del cuestionario... cuando el veredicto niega una circunstancia modificadora de la responsabilidad, favorable al sindicado, reconocida en el auto de proceder y consignada expresamente en el cuestionario, el sentenciador ha de pasar en silencio dicha negativa, como si jamás hubiera sido pronunciada... los excesos del veredicto sin vinculación causal con los demás actos del proceso, serán afirmaciones inocuas, que no obligan al sentenciador..."³⁸.

El 10 de marzo de 1977, la Corte, con ponencia del dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, aseveró que cuando el jurado desconoce atenuantes reconocidas en el vocatorio a juicio y no desvirtuadas posteriormente, o "declara una responsabilidad agravada también sin nuevas pruebas sobre las cuales fundamentarlas se ha extralimitado en sus atribuciones y, en consecuencia, en tal parte, su veredicto no puede ser aceptada"³⁹.

El caso estudiado en el anterior pronunciamiento jurisprudencial fue el siguiente: un procesado fue llamado a responder en juicio criminal por un delito de homicidio. En el auto de proceder se reconoció expresamente la atenuante específica de la ira. En el período probatorio de la causa no surgieron pruebas que modificaran la existencia de la diminuyente, en el cuestionario se incluyó esta y el jurado respondió:

"Si es responsable. Sin atenuantes ni agravantes". La Corte casó parcialmente la sentencia y reconoció en el fallo de sustitución la atenuante del art. 28 del anterior Código Penal, actualmente ubicado en el 60 del nuevo estatuto.

En salvamento de voto suscrito por los dres. FABIO CALDERÓN, JESÚS BERNAL PINZÓN y PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA a la anterior providencia, sostuvieron que "en efecto, si el veredicto emitido por el jurado textualmente dice 'Si es responsable. Sin atenuantes ni agravantes', y, el fallo impugnado condena por el delito de homicidio simplemente voluntario, sin tener en cuenta la circunstancia atenuante expresada en el auto de proceder, es claro que no existe desacuerdo entre la sentencia y el veredicto..."

El 30 de noviembre de 1978, el dr. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, actuando como ponente, en providencia de la Corte, dijo:

"...y bien pudo en su hora el Tribunal sustanciador desconocer el exceso en la veredictión por incompetencia del *iuri* para rebasar el cuestionario... el vicio de la sentencia se puede corregir en la forma que pudo hacerlo en su momento aquella Corporación. Es decir, atemperando la sentencia condenatoria al auto de proceder, retirando de ella el exceso, originado en el veredicto del *iuri*, acogido por el Tribunal. Ni el jurado popular podía, en las condiciones que lo hizo, desconocer aquella modalidad modificadora de la responsabilidad favorable a los sindicados recurrentes, ni el Tribunal acogerla, dentro de aquellas mismas condiciones injustificadas..."⁴⁰.

En el proceso que dio lugar a este fallo, varios procesados fueron llamados a responder en juicio como cómplices no necesarios de un homicidio. En el período de la causa no se aportó ninguna prueba que modificara dicha situación. En el cuestionario se indagó al jurado por complicidad y este respondió afirmativamente por responsabilidad pero en calidad de coautores. La Corte casó parcialmente la sentencia, y reconoció en el fallo de sustitución la responsabilidad en calidad de cómplices, tal como se había dicho en el auto de proceder y en los cuestionarios.

Posteriormente, el 22 de junio de 1983, la Corte, con ponencia del dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, apuntó:

"Las adiciones que el jurado hace a su respuesta, cuando estima que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el cuestionario, deben ser aceptadas en la medida en que no hagan que el veredicto sea contradictorio o contraevidente y siempre que su conclusión se traduzca en consecuencias con sentido jurídico especialmente cuando su reconocimiento tiene incidencias en el plano de la responsabilidad o en el campo de la pena.

"Cuando los mencionados agregados carecen de sentido jurídico o cuando invaden órbitas vedadas al jurado, el juez puede hacer caso omiso de ellas sin que por esto desconozca la potestad juzgadora de los jueces populares..."⁴¹.

³⁷ C. S. de J., noviembre 30 de 1978, citada.

⁴¹ C. S. de J., junio 22 de 1983. Magistrado ponente, LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Código de Procedimiento Penal colombiano*, comentado y concordado por JAIRÓ LÓPEZ MORALES, Bogotá, Edit. Jurídica Colombiana Ltda., 1985, pág. 426.

³⁷ C. S. de J., abril 8 de 1972, citada.

³⁸ Ibidem.

³⁹ C. S. de J., marzo 10 de 1977, citada.

Por último, afirma el dr. GUSTAVO GÓMEZ VELASQUEZ, en providencia de junio 26 de 1984, que concluye en lo fundamental la saludable evolución que en este aspecto ha vivido la doctrina jurisprudencial en los últimos años:

“Cuando el jurado de conciencia se ocupa de una circunstancia de agravación del homicidio (v. gr. ‘premeditación’, en el anterior Código Penal, y, en el actual eliminada) no considerada ni en el auto de proceder, ni en el cuestionario correspondiente (que podría hacerlo si el período probatorio hubiera variado en tal forma la demostración de los hechos hasta dar por establecido, a este respecto, lo que durante el sumario no tuvo esa comprobación), la adición que a este respecto formule el jurado, carece de trascendencia y efecto. El juez de derecho está en la obligación de desecharla, al valorar la respuesta acordada por el jurado, si tal supresión no desarticula el veredicto y este puede recibir una apreciación lógica y justa. Si esto se dice en cuanto al reconocimiento que pretendería establecer un gravamen punitivo, qué no decir cuando la referencia pretende excluir un factor de esta índole. El apéndice resulta más intrascendente e ineficaz”⁴².

c) *Declaratoria de contraevidencia*. Recordemos que las facultades del jurado para expresar en el veredicto las circunstancias modificadoras que considere demostradas, no pueden ir más allá de variar el género del delito, facultad que encuentra sus límites en la evidencia de los hechos consignados en el proceso. “Solo cuando el juez o el Tribunal encuentren que el veredicto es claramente injusto podrán limitar la autonomía del jurado, no porque su criterio se halle en pugna con la evidencia, sino únicamente porque ella resulte notoriamente absurda en virtud de la clara y ostensible contradicción con las pruebas irrefutables aducidas a los autos”⁴³.

Quiere decir lo anterior que la sola agregación de circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad, sin respaldo probatorio, no es suficiente para la declaratoria de contraevidencia, pues se requiere que el veredicto “resulte notoriamente absurdo” en su confrontación con las pruebas arrimadas al proceso.

Si la respuesta del jurado no se aparta de la realidad procesal, el juzgador de derecho, puede acogerla omitiendo la agravante o atenuante indebidamente impuesta, o reconocer la circunstancia indebidamente suprimida.

Sobre el tema de la contraevidencia, dijo en alguna oportunidad el Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del dr. EUCARIO PALACIO PALACIO:

“De allí, pues, que sus respuestas (las del jurado) tengan que partir de una base ineludible en la prueba que integra el proceso y de un fundamento imprescindible en la razón, porque entre conciencia y lógica tiene que existir una necesaria correlación.

“Fallo de conciencia no puede ser, entonces, respuesta caprichosa, arbitraria, acomodaticia, apriorística, benévola o diametralmente distanciada del conjunto probatorio, sino decisión fundada subjetiva y objetivamente en las evidencias inmediatas o mediatas del proceso, coherente con lo que aparece verdadera y formalmente establecido en autos

⁴² C. S. de J., junio 26 de 1984. Magistrado ponente, GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Excertas Penales-año 1984*, Bogotá, Colección Pequeño Foro, pág. 249.

⁴³ C. S. de J., mayo 22 de 1975, citada.

y que es traducción de una certeza interior, pero con arraigo en unas formas objetivas imprescindibles y en unas premisas fácticas que contiene el expediente”⁴⁴.

Es claro entonces que la llamada autonomía del jurado de conciencia, “no puede ir hasta desconocer ostensiblemente la verdad que recoge el proceso, ni tampoco hasta violentar la lógica emitiendo su contestación en términos irreconciliables que destruyen el juicio que se quiso expresar”, como lo recordó la Corte en casación de junio 25 de 1981, con ponencia del dr. DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA⁴⁵.

En conclusión, veredicto contraevidente es el que carece de respaldo probatorio, el que afirma un hecho que se opone a una realidad procesal establecida, a una demostración probatoria coherente. O dicho de otra manera, es el que a pesar de estar enunciado en forma coordinada, con pensamientos claros y expresión adecuada, sin embargo está en desacuerdo con la realidad de los hechos procesalmente demostrados, porque entraña una equivocada interpretación o apreciación de esas premisas apodícticas.

1) *Presupuestos para la existencia del veredicto contraevidente*. La jurisprudencia y la doctrina han tratado de delimitar la significación de la proposición claramente contrario a la evidencia de los hechos, señalando los presupuestos necesarios para que pueda hablarse de veredicto contraevidente.

Partiendo de la base de la existencia del veredicto, se ha exigido que la prueba recogida en el proceso sea evidente. ¿Qué debe entenderse por *prueba evidente*? Veamos lo que nos dice al respecto GIOVANNI BRICHETTI, en su obra *La ‘evidencia’ en el derecho procesal penal* (trad. de Julio Romero Soto):

“Sabemos que ‘evidencia’ es aquello que se ve claramente, que se comprende de por sí;... cuando el hecho no tiene necesidad de ser demostrado con una razón a él extraña, sino que una vez que se presenta a nuestro espíritu muestra a este la verdad, el hecho se debe llamar ‘evidente’, y evidente es la prueba que de él surge. En otras palabras, la prueba evidente contiene la marca o señal neta y precisa, de la demostración de la existencia del hecho a probar, así que es perfecta la fusión que se forma en nuestra mente entre el hecho probado y su demostración... negarse el fundamento de la distinción entre prueba evidente y prueba no evidente, en el sentido de que en el primer caso la persuasión viene adquirida de inmediato, con convicción inmediata, fuente, de nuestro ánimo, tratándose de cosa muy clara, sin necesidad de largos razonamientos y análisis, hasta el punto de que el error puede considerarse raro; mientras que en el segundo caso es adquirida después de exámenes, reflexiones, confrontaciones, por lo cual con menos rareza se puede presentar o dar cualquier caso contrario. La inspección de nuestra mente, de frente a una prueba evidente, es pronta, clara, precisa; de frente a una prueba no evidente es también siempre clara y diferente, pero no con aquella fuerza o prontitud que se tiene en el caso de prueba manifiesta... ‘evidencia’ es aquello que se ve, y ‘prueba evidente’ de un hecho, es la prueba que nos lo hace

⁴⁴ T. S. de M., mayo 6 de 1980. Magistrado ponente, EUCARIO PALACIO PALACIO, en *Crónica Judicial*, núm. 310, pág. 245.

⁴⁵ C. S. de J., junio 25 de 1981. Magistrado ponente, DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Jurisprudencia Penal de la Corte-1981*, de JAIRO LÓPEZ MORALES, pág. 632.

ver, que nos hace ver su esencia, su naturaleza, que nos muestra cómo su contenido se genera... *La prueba no evidente no nos convence sino después de un proceso de verificación de los hechos más o menos largo y más o menos laborioso; la prueba evidente es por el contrario la prueba que nos hace inmediatamente saber o conocer, que nos convence al instante; que refleja como en un espejo lúcido y terso, la verdad del hecho a probar*"⁴⁶.

Para que pueda decretarse la contraevidencia de un veredicto, es necesario que no exista la menor duda de que este tenía que haberse pronunciado en un sentido distinto. Se requiere que la oposición, del fallo con la realidad procesal o acervo probatorio surja *prima-facie* a primera vista *sin necesidad de largos razonamientos y análisis*, que aparezca sin excesivo esfuerzo de atención.

BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT han dicho que "un juez de derecho puede tener la certeza de que un veredicto está en oposición con la realidad probatoria, porque en el proceso existe atendible respaldo para encontrar la contradicción; pero si tuvo que hacer un análisis minucioso de la prueba para llegar a esa conclusión porque la contrariedad no resultaba a primera vista, no puede decretar la contraevidencia del veredicto"⁴⁷.

De allí que haya dicho la Corte:

"Si para abrir causa y condenar se echa mano de prueba incompleta o deficiente de la responsabilidad, en los juicios por jurado, la falta no puede ser corregida con el remedio del veredicto contrario a la evidencia precisamente porque cualquiera demostración, así sea la más indirecta y la más mínima, es apta o capaz de servirle al jurado como firme sustentáculo de su decisión"⁴⁸.

Los autores antes citados, consideran que "la contraevidencia solo puede decretarse cuando la respuesta del jurado compromete injustamente en su totalidad la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado"⁴⁹, interpretación que, creemos, reduce injustificadamente la institución estudiada.

Hace ya más de una década, el Tribunal Superior de Bogotá, afirmó que "las resoluciones de un tribunal de hecho pueden encarnar injusticia notoria, en los siguientes casos: 1) cuando se deduce una responsabilidad que no encuentra asidero en las probanzas y que más bien de ella emerge la idea de absoluta inocencia; 2) cuando se deduce una responsabilidad específica mayor a la que en realidad corresponde; 3) cuando se absuelve a un procesado, cuya responsabilidad se encuentra basada en pruebas directas o indiciarias que no dejan duda de aquella, y 4) cuando se deduce una responsabilidad menos específica de la que en verdad corresponde de acuerdo con la evidencia procesal"⁵⁰.

⁴⁶ GIOVANNI BRICHETTI, *La 'evidencia' en el derecho procesal penal*, trad. de Julio Romero Soto, Bogotá, Ed. Presencia, 1974, págs. 32, 36, 42, 43, 48 y 50.

⁴⁷ BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, ob. cit., pág. 392.

⁴⁸ C. S. de J., julio 21 de 1943, en *Gaceta Judicial*, LV, pág. 671.

⁴⁹ BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, ob. cit., pág. 393.

⁵⁰ En *Código de Procedimiento Penal* de Jorge Ortega Torres, Bogotá, Ed. Temis, 1970, pág. 704.

2) *La injusticia notoria del veredicto como motivo de casación*. Ha sido doctrina constante y uniforme de la jurisprudencia, que en los juicios con jurado no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial, es decir, la que se origina en manifiesto error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada o determinadas pruebas.

Los fundamentos de tal doctrina son:

a) No rige para los jurados la denominada tarifa legal de prueba, ni se les impone la obligación de explicar su veredicto, ni de señalar en qué elementos de convicción se basaron, ni cuáles medios probatorios no les merecieron credibilidad. De ahí que resulte arbitrario afirmar, en un caso dado, que el jurado apoyó su respuesta al cuestionario en tal o cual prueba, o que no tuvo en cuenta esta o aquella prueba, o que incurrió en error de una u otra naturaleza al apreciar determinado elemento de persuasión;

b) La injusticia notoria del veredicto no está consagrada como motivo de casación en la ley procesal vigente. Cuando de autos resulte que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, así deben declararlo lo juzgadores de las instancias, disponiendo al tiempo la convocación de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Mas esa facultad es privativa del juez de conocimiento y del Tribunal Superior, y si no la ejercen en un determinado proceso, la Corte carece de poder para esa clase de pronunciamientos, ya que la competencia que ejerce a través del recurso de casación está sometida a los precisos motivos indicados en la ley, entre los cuales no está incluido, como se dijo, el haberse dictado la sentencia con base en un veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia de los hechos;

c) Si, por vía de hipótesis, se admitiera que aun en los procesos en que ha actuado el jurado se pueda alegar en casación que la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior es violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, esto es, por quebranto indirecto de la norma sustantiva, en materias sobre las cuales decidió el jurado y a cuyo veredicto se conformó la sentencia, al prosperar la causal la Corte tendría que casar el fallo impugnado y dictar "el que deba reemplazarlo", dando aplicación al art. 583, ordinal 1º del C. de P. P., y por ese procedimiento se llegaría a proferir la sentencia no "de acuerdo con el veredicto", como lo ordena el art. 519 del estatuto procedimental, sino con la certeza generada en el análisis de las pruebas, y, paradójicamente, resultaría protuberante la causal de casación prevista en el numeral 2º del art. 580 del mismo cuerpo normativo, por desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado⁵¹.

Esta doctrina se viene preconizando desde el 3 de noviembre de 1944, cuando la Corte sostuvo:

"En los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal 2ª de casación, por dos razones: La primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar

⁵¹ C. S. de J., febrero 15 de 1973. Magistrado ponente, LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, en *Gaceta Judicial*, CXLVI, págs. 393-394.

las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y segundo, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrada como causal de casación, según lo dejó establecido la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento. Es por tanto un estudio exclusivo de las instancias”⁵².

El dr. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, desde el Congreso de la República, ha considerado que continuamente se viene abusando de la contraevidencia, lo cual hace “que prácticamente la institución del jurado se ha convertido en una burla”. Propone que para evitar su desaparición se incluya en la causal 3ª de casación: “*Pudiéramos dejar la contraevidencia al recurso de casación con solo agregarle a la causal tercera (3ª) de casación el haber dictado sentencia sobre veredicto contradictorio o contraevidente, para que sea la Corte la que confronte esa situación de si se da o no la contraevidencia, para no suprimirla del todo. Se me pudiera objetar que para ello existe la revisión y yo diría que no, que la revisión no cuenta en los fallos absolutorios*”⁵³.

Un tema que no puede ser desconocido cuando de estudiar el problema de la soberanía o autonomía del jurado de conciencia se trata, es el de su “competencia” para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado. Veamos sus implicaciones doctrinarias más importantes.

7. ¿ES COMPETENTE EL JURADO POPULAR PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA INIMPUTABILIDAD DEL PROCESADO?

Desde hace varios años la doctrina y la jurisprudencia han debatido en torno a la “competencia” que pueda tener el *iuri* para pronunciarse sobre la inimputabilidad del sindicado o procesado.

Haremos el estudio de este tema desde dos perspectivas: la de quienes la rechazan y la de quienes la admiten.

a) *Posición negativa*.—En el año de 1966 la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el decreto 3347 de 1950, afirmó:

“Si de acuerdo con el decreto 3347 de 1950 (art. 1º, ordinal 6º), la intervención de los jueces de conciencia quedó suprimida ‘en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía síquica’, es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del juzgador de derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario”⁵⁴.

⁵² C. S. de J., noviembre 3 de 1944, en *Gaceta Judicial*, LXXVI, pág. 746.

⁵³ *Anales del Congreso*, núm. 9, miércoles 9 de mayo de 1984, pág. 131. Planteamientos que se esgrimieron cuando se tramitaba en el Congreso de la República el proyecto de ley núm. 15 de 1983, que otorgaba facultades extraordinarias al presidente de la República para la expedición de un código de procedimiento penal. Proyecto que se transformó posteriormente en la ley núm. 52 de 1984.

⁵⁴ En *Gaceta Judicial*, CXVII, pág. 358.

En casación de octubre 14 de 1980, la Corte, con ponencia del dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, formuló importantes planteamientos en torno a este problema, y, esgrimiendo discutibles tesis jurídicas, sostuvo la incompetencia del jurado en estos menesteres.

Ante la respuesta del jurado que reconoció la comisión del ilícito en *estado de grave anomalía transitoria*, dijo aquella corporación:

“Lato sensu entiéndese por circunstancias cualquier accidente de modo, tiempo o lugar que está unido a la sustancia de algún hecho; en el plano jurídico-penal es circunstancia aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuye a la descripción de un tipo legal; si él se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual; y si se menciona separadamente para atenuar o agravar la sanción imponible, no afecta la estructura del tipo al cual se refiere, solo tendrá efectos punitivos y conforma figuras accesorias o subordinadas porque carecen de vida jurídica autónoma. En este segundo sentido, las circunstancias pueden ser agravantes o atenuantes, genéricas o específicas; las primeras acarrearán aumento en la dosimetría punitiva; las segundas, disminución de la misma; las terceras están previstas en la parte general del Código y se predicán, por lo mismo, de aquellas figuras de la parte especial con las que sean compatibles (tales las señaladas en los arts. 37 y 38 del C. de P. de 1936, 64 y 65 del C. P. de 1980) y las últimas aparecen en la parte especial del Código y afectan exclusivamente al tipo penal al cual se refieren, como las que enuncia el artículo 363 como formas agravadas de homicidio (art. 324 del C. P. de 1980).

“Ahora bien, como las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena solo pueden ser deducidas por el juez de derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 534 del C. de P. P., aquellas a las que se refiere el artículo 535 *ibidem* y que el jurado tiene la facultad de reconocer cuando no se mencionan en el cuestionario, son las específicas —atenuantes o agravantes— aunque se hallen reiteradas como genéricas y las que se integran a elementos del tipo —*lato sensu* entendido— por el cual se llamó a juicio”⁵⁵.

Con apoyo en el anterior razonamiento, la Corte concluye que los fenómenos descritos en el art. 29 del anterior Código Penal (factores de inimputabilidad), constituyen aspectos esenciales del hecho punible y por lo tanto “no se les puede tener como mera circunstancia”, y que por lo mismo escapan a la competencia del juez popular.

En el Tribunal Superior de Medellín se debaten tesis encontradas al respecto:

La sala conformada por los magistrados JAIME TABORDA PEREÁNEZ (ponente), EDGAR ESCOBAR LÓPEZ y JOSÉ AGUILAR PARDO, en providencia de agosto 9 de 1983, *revocó* la de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Superior de Medellín, que había acogido el veredicto “*sí es responsable, pero al momento de cometer el homicidio obró en estado de trastorno mental transitorio sin base*”

⁵⁵ C. S. de J., octubre 14 de 1980 de 1980. Magistrado ponente, ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, Medellín, Ed. Acosta, 1981, págs. 115 y ss.

patológica", como indicativo del estado de inimputabilidad en que se encontraba el sindicado.

Para tomar tal resolución, el Tribunal esgrimió dos supuestos:

1) Que "el sindicado estaba en condiciones de darse cuenta de lo que hacía y contra quién arremetía... la dinámica del delito cometido permite afirmar que el sindicado no había perdido el control de sus actos, que estaba orientado en el espacio y en el tiempo, que consciente y voluntariamente agredió, con el resultado letal conocido; por eso estuvo bien el juzgamiento como sujeto imputable, pues los elementos de juicio de que se dispone no ameritan conclusión distinta a la de que el procesado se encontraba dentro de una embriaguez simple que en manera alguna alteró sus capacidades cognoscitivas y volitivas y que, por tanto, no tenían la virtualidad de modificar su responsabilidad ni de incidir en el ámbito de la punibilidad".

Lo anterior, basado en los peritajes y exámenes psiquiátricos practicados al sindicado, que dictaminaron que este "se encontraba en el momento de la comisión de los hechos en una embriaguez aguda voluntaria, circunstancia que no estaba contemplada en el artículo 29 del Código Penal, ni tampoco lo está dentro de las causales de inimputabilidad del nuevo Código".

2) "De ahí que resulte sin fundamento —dice el Tribunal— la connotación del 'trastorno mental' a que alude la veredicción y que debió ser rechazada por el juez *a quo*, bien porque el procesado al momento de realizar el hecho punible apenas se encontraba dentro de una ebriedad simple que en manera alguna alteró sus capacidades cognoscitivas y volitivas y que por lo tanto no lo hacían inimputable; o bien, no acogiendo el agregado que en tal sentido hizo el jurado dado que este 'no tiene facultad legal para adicionar su veredicto con aspectos atinentes a la inimputabilidad del procesado', según la jurisprudencia reiteradamente citada en este proceso.

"Lo anteriormente expuesto, significa que el veredicto dado por el jurado de conciencia habrá de acogerse en la parte que afirma la responsabilidad del procesado, omitiendo el agregado relativo a la inimputabilidad del agente, no solo porque el sindicado era imputable al momento de ejecutar el hecho, sino además porque el jurado no está facultado para adicionar la veredicción con aspectos referentes a la inimputabilidad del procesado..."⁵⁶.

La Sala conformada por los dres. EUCARIO PALACIO PALACIO (ponente), BERNARDO RAMÍREZ GARCÉS y HUMBERTO RENDÓN ARANGO, en providencia de febrero 15 de 1984, estudiando el veredicto *Sí, pero inimputable por trastorno mental transitorio*, señaló:

"Resulta pues admisible este veredicto simplemente en cuanto afirma responsabilidad, no así en cuanto al predicado de inimputabilidad por trastorno mental transitorio. Esto por cuanto la doctrina de la Honorable Corte dictada en auto de octubre 14 de 1980, dejó claramente establecido que el tribunal popular no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos de inimputabilidad"⁵⁷.

⁵⁶ T. S. de M., agosto 9 de 1983. Magistrado ponente, JAIME TABORDA PEREÁNEZ, en *Crónica Judicial*, núm. 312, años 1983-1984, págs. 366, 367 y 368.

⁵⁷ T. S. de M., febrero 15 de 1984. Magistrado ponente, EUCARIO PALACIO PALACIO, sin publicar.

El dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ, en salvamento de voto a la providencia de 14 de noviembre de 1983, en la cual actuó como ponente el dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, sostuvo que el jurado no puede "incursionar en campos que la propia ley le ha vedado (art. 34 del C. de P. P.)... resultaría una irritante burla a la técnica de la administración de justicia el camino tomado por el jurado en el campo de la inimputabilidad: no puede intervenir, pero resuelve poder y para lograrlo inventa la inimputabilidad o acepta su postulación".

Agrega asimismo que conociéndose de antemano que "la culpabilidad es presupuesto de la responsabilidad y de aquella lo es la imputabilidad, donde no hay imputabilidad no hay responsabilidad"; el veredicto *dentro de una perturbación mental transitoria, sí es responsable*, resulta claramente "inexistente por ser contradictorio en razón de que sus extremos se destruyen por oposición". "Si el jurado responde sí es responsable, pero no es culpable, el veredicto es inexistente. Tal es lo que ocurrió acá en virtud de que no existe culpabilidad sin imputabilidad".

Termina afirmando que "el veredicto estudiado es contradictorio en sus términos y, en consecuencia, inexistente porque, en suma, dice: Es inimputable, pero no lo es porque responde. Responde quien comprende la ilicitud y se determina a cumplir el hecho conforme a esa comprensión; el inimputable no tiene capacidad para ello y ahí la razón para que no se le sancione..."⁵⁸.

b) *Posición afirmativa.*—1) *La jurisprudencia.* La posición afirmativa en torno a la competencia del jurado de conciencia para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado, ha sido sostenida, entre otros, por el magistrado de la Corte Suprema dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en su salvamento de voto a la providencia de la Corte de octubre 14 de 1980, en la cual actuó como ponente el dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, mencionada más arriba.

Asevera el dr. GÓMEZ VELÁSQUEZ:

"... No existe una definición legal que zanje la controversia sobre la locución *circunstancia* y si es lo mismo *circunstancia del hecho*, como dice el art. 535 del C. de P. P., que *circunstancia del delito*. Generalmente se la toma como aquello que está en torno del delito (*circumstat*), de donde suele estimarse como algo accesorio, secundario, siendo lo principal el delito. 'Mientras la falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, la ausencia de una circunstancia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito. La circunstancia puede existir o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual (*accidentalia delicti*). Pero lo que caracteriza a la circunstancia en sentido técnico es el hecho de que determina normalmente una mayor o menor gravedad del delito, y, en todo caso, una modificación de la pena (agravación o atenuación)'. Pero hasta dónde penetra una circunstancia, hasta dónde puede entenderse como tal, es el aspecto que la ponencia no cuestiona y que resuelve en forma unilateral adscribiéndose a un concepto general que no suele ser unánime ni en la doctrina ni en la legislación.

⁵⁸ T. S. de M., salvamento de voto de FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ a la providencia de noviembre 14 de 1983. Magistrado ponente, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en *Autos y Sentencias* (Extractos, Tribunal Superior de Medellín), Medellín, Ed. Lealón, 1985, págs. 47-48.

"Pero la complejidad acrece cuando se trata de fijarle rigor científico a una expresión legal que carece de ella y ha sido objeto de fluctuaciones legales que no han considerado el sistema, para introducir modificaciones acordes, y que a la postre no pueden tener una interpretación tan armoniosa y exacta como se quiere en la sentencia, siguiendo para ello un individual modo de pensar.

"Acogiendo el rigor de esta tesis, así sea en gracia de discusión, puede razonarse así: Si lo que caracteriza a la 'circunstancia' es su 'accidentalidad' o 'accesoriedad', dejando inmune lo 'principal' o 'esencial', o sea el delito, la agregación que hace el jurado de conciencia sobre la anormalidad del agente activo del hecho, no puede dejarse de estimar como circunstancia, ya que este reconocimiento suyo no hace desaparecer el delito, no hace perder al hecho esta naturaleza jurídica. Y si se piensa que tal respuesta repercute en la sanción, pues hace pasar la pena a medida de seguridad, el criterio no se modificaría por ser una de las características de la 'circunstancia' incidir sobre la sanción.

"Pero algo más de fondo. Cuando se insiste que no hay una determinación legal rígida, absoluta, incontrovertible sobre el alcance de la noción 'circunstancia', se dice una gran verdad. Obsérvese cómo las circunstancias, dentro de la doctrina o la legislación, no se reducen en su clasificación al rubro de 'agravantes y atenuantes', pues se tienen por categorías válidas las de 'objetivas y subjetivas', 'reales y personales', 'comunes y especiales', pudiéndose insertar dentro de algunas de estas el aspecto de la normalidad o anormalidad del procesado".

Anota igualmente el dr. GÓMEZ VELÁSQUEZ que no se ha interpretado el decreto 3347 de 1950 debidamente, y que "se le hace decir cuestión bien distinta a la que esta norma fija y se la enlaza con hipótesis que la misma no considera. Lo que esa disposición señala, y léase cuantas veces se quiera su texto, es que cuando en el sumario, está demostrada suficientemente la insanidad mental del procesado, y así lo entiende y determina el juez de derecho, no es dable su juzgamiento por el jurado de conciencia sino disponerlo con prescindencia de este; pero la situación que no se indica allí y que la mayoría pretende advertir, es que ocurre otro tanto cuando, por ejemplo, el juez de derecho desconoce una pericia indicativa de anormalidad, o se inclina por la normalidad síquica del imputado a pesar de los elementos probatorios recogidos en la sumaria o en la etapa de la causa y de las controversias que las mismas han originado antes o durante la audiencia. En estos casos, la comentada norma ya no dice que se excluye e impide un procedimiento del jurado de conciencia sobre tal aspecto. Y si no lo dice, ni lo prohíbe expresamente, quiere decir que el jurado está facultado para reconocer una cualquiera de las circunstancias personales del enjuiciado, quedando al juez de derecho admitir la veredicción y aplicar consiguientemente medidas de seguridad, o declarar contraevidente tal veredicto. Pero lo que no puede hacer es lo que patrocina la Sala en su impresionante mayoría: tener la respuesta por afirmativa de normalidad y de responsabilidad y desechar la otra parte del veredicto (lo relacionado con la enajenación, anomalía síquica o intoxicación crónica) por ser cuestión vedada al jurado".

Se pregunta el dr. GÓMEZ VELÁSQUEZ cómo es que pudiendo el jurado admitir una causal de justificación, las cuales no pueden tomarse como circunstancias del delito,

y que tienen la virtud de hacer desaparecer lo principal (el delito), puesto que roza con la antijuridicidad misma ¿no se le permite reconocer la inimputabilidad del sindicado?

"¿Cómo se admite que el jurado agregue lo relacionado con una intención de matar, o de lesionar, o de conducta culposa si no se le tolera que defina la capacidad de conocer y querer del procesado?"; ya que si el jurado, para poder afirmar aspectos de culpabilidad tiene que reconocer la normalidad mental del procesado, "¿cómo se puede en el veredicto que se analiza, aceptar esa perfección mental cuando el jurado expresamente dijo que se trataba de un anómalo síquico? ¿De dónde puede deducirse el fenómeno intención, si el jurado lo negó explícitamente?".

Prosigue el dr. GÓMEZ VELÁSQUEZ afirmando que "cuando se entiende, y esta es la opinión dominante, que el jurado responde sobre la 'responsabilidad' es porque ha aceptado, en términos actuales, que la conducta es típica, antijurídica, culpable, y se ha realizado por un imputable. Ninguno de estos elementos, circunstancias, presupuestos, condiciones, etc., le son ni pueden serle ajenos... La solución (del problema) estaría en su aceptación (del veredicto) tal como está expresado. Corrigiéndose la desueta interpretación del artículo 34 del C. de P. P., o reconocer la inexistencia del veredicto, si se persiste en la idea de entender que el jurado invadió una órbita procesal ajena a sus funciones. En ambos casos el recurso de casación debió prosperar. Lo que no es aconsejable, por sus contradicciones, vacíos y nocivas amplitudes, es la tesis aceptada por tan calificada mayoría de votos"⁵⁹.

También el Tribunal Superior de Medellín, ha tenido oportunidad de ubicarse en la posición afirmativa, que reseñamos en este acápite.

La Sala formada por los dres. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ (ponente), ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ y J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, en providencia de febrero 21 de 1970, ante el veredicto *sí es responsable, en estado de grave anomalía síquica*, expuso:

"Restringir la autoridad del jurado a este respecto (...) llevaría a que, convencido de la anomalía síquica grave de un enjuiciado, absolviese por la prohibición que se quiere establecer de no poder consignar esto en el veredicto, o que, convencido de ella la silencie y el juez de derecho, ante la reserva, aplicase una pena en vez de una medida de seguridad como corresponde a esta clase de sujetos activos de delitos...

"La exclusión de este sistema de juzgamiento para las personas comprendidas en el artículo 29 del C. P., no se traduce en una inhabilidad del jurado para emitir veredicciones expresivas de estado de anormalidad mental. La disposición citada no alcanza esta extensión. Sí, porque una cosa es que, cuando se da la calificación enjuiciatoria, esté acreditada la grave insuficiencia síquica, lo cual obliga a dejar de lado la intervención del jurado, y otra, que, superada esta etapa procesal sin darse este reconocimiento, se alleguen al proceso demostraciones relacionadas con este omitido sentido o las probanzas existentes, deficientemente interpretadas en el vocatorio, permitan una manifestación al respecto. Esta segunda hipótesis no

⁵⁹ En *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, Medellín, Ed. Acosta, 1981, págs. 124 a 127.

está considerada en la legislación, y, por tanto, subsiste la atribución del jurado para hacer pronunciamiento en este sentido. Para inhibir esta facultad se requeriría una inconsecuente, expresa e indubitable norma que así lo dijera”⁶⁰.

También la Sala conformada por los dres. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (ponente), JOSÉ LUIS GÓMEZ PÉREZ y FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ en providencia de noviembre 14 de 1983, estudiando el veredicto *dentro de una perturbación mental transitoria, sí es responsable*, afirmó:

“El jurado sin duda no es legalmente competente para intervenir en causas criminales contra inimputables. Sin embargo, puede y debe pronunciarse sobre la culpabilidad del procesado a quien se acusa como imputable, pues la imputabilidad es elemento o presupuesto indispensable de la culpabilidad y por ende de la responsabilidad penal de los imputables a quienes debe imponerse una pena criminal. Si el jurado puede negar toda la culpabilidad, sin duda puede también negar una parte esencial de la misma. Al fin de cuentas la culpabilidad, en su sentido siconormativo no es otra cosa que el concreto ejercicio de la imputabilidad, es decir, de la capacidad de comprensión de la antijuricidad de la conducta y de determinación de la conducta de acuerdo con ella. En el sentido normativo que se exige para aplicar una pena, el inimputable no puede ser culpable porque le falta nada menos que la capacidad para serlo. De ahí que el jurado sí pueda pronunciarse sobre la imputabilidad en cuanto ingrediente o presupuesto de la culpabilidad y por cierto, que fue esto lo que hizo en la presente causa. No negó el *juri* que el sindicado fuera responsable, sino que afirmó que solo lo era ‘dentro de una perturbación mental transitoria’”.

Es importante anotar que en el proceso al cual se remite este pronunciamiento, no se practicó el examen sicosomático del procesado. Al respecto dijo la Sala:

“...aunque falte el examen sicosomático del encartado, en el proceso es evidente que no fueron normales las condiciones síquicas del autor al momento de la realización del hecho. Si el Estado no puede acreditar la plena culpabilidad del acusado, procede la aplicación del *in dubio pro reo* y no la presunción de aquella... si el juez de derecho requiere una experticia psiquiátrica para declarar, cuando le corresponde, el estado de inimputabilidad del agente, el jurado no está sometido a esa tarifa probatoria, pudiendo perfectamente fundarse en indicios y pruebas indirectas, pues para él se trata sobre todo de decidir si el encausado es o no culpable del hecho que se le imputa, según el sistema del íntimo y moral convencimiento”⁶¹.

2) *La doctrina*.—La doctrina también ha tenido oportunidad de fijar su posición en torno de esta controversia.

En artículo publicado en la revista *Tribuna Penal*, el dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ lanza sus críticas contra la providencia de la Corte de octubre 14 de 1980, transcrita en algunos de sus apartes, más arriba. Anota el dr. LONDOÑO:

“... si al jurado de conciencia se le pudieran quitar las facultades de pronunciar-se sobre los aspectos subjetivos del delito, dicha institución no tendría razón de

existir. En el homicidio, por ejemplo, se le pregunta si el procesado es o no responsable de haber dado muerte (circunstancia fáctica) con el propósito de matar (homicidio intencional); con el propósito de herir (homicidio preterintencional); por negligencia, imprudencia, impericia, violación de reglamentos (homicidio culposo) (circunstancias subjetivas), todo lo cual, a nuestro juicio, está comprendido dentro de la expresión *circunstancias que constituyen el hecho*, lo cual debe determinarse en el cuestionario propuesto al jurado, según el artículo 533 del C. de P. P... (según el veredicto), la conducta del procesado solo alcanzó a ser típica y antijurídica, el jurado lo exoneró de algo de mucha relevancia en la teoría del delito, como es el juicio de reproche, es decir, del juicio de culpabilidad, así también lo pudo haber eximido del juicio de antijuricidad... no hay lógica alguna cuando el jurado de conciencia pudiendo negar de una manera plena uno de los elementos fundamentales del delito, como es el de la *culpabilidad* no pudiera negar simplemente el *presupuesto* de la misma, como es la *imputabilidad*. Si puede negar lo más, la *culpabilidad*, bien sea en el *dolo*, en la *culpa* o en la *preterintención*, es evidente que puede negar lo menos, el simple presupuesto...”⁶².

En igual forma, el dr. NÓDIER AGUDELO BETANCUR anota que la Corte Suprema de Justicia parte de un error: “el de considerar que nuestra ley sustantiva y adjetiva cuando se refiere a las circunstancias lo hace técnicamente. Sin embargo, esto no es así. En efecto, ... *circunstancia*, como su nombre lo dice, proviene de *circum* y *stare*, lo cual significa ‘estar alrededor de’. ¿De qué? De algo principal. Referido al concepto de delito, circunstancia es lo que no corresponde a la estructura del mismo, para decirlo con palabras de la misma Corte, lo que ‘no afecta a la estructura del tipo al cual se refiere’, lo que por ser contingente puede darse o no darse. Así las cosas, ‘la violencia’ o las ‘maniobras engañosas’ no son circunstancias de la violencia carnal o de la estafa, pues son elementos estructurales y no meros fenómenos accesorios”.

Aludiendo a los arts. 22 del C. P. de 1936 y 25 del vigente, señala el profesor AGUDELO BETANCUR;

“Como puede verse, la ley habla de circunstancias que excluyen la punibilidad y el artículo 22 del C. P. de 1936, se refería a circunstancias que podían cambiar la ‘denominación del delito’ y si algo puede llegar a cambiar tal denominación o a excluir la punibilidad es porque ya no es tan contingente o accesorio, pasando a ser algo esencial o estructural. Insisto: lo que afecta lo fundamental de manera tan decisiva, ya no es circunstancia. Y si la ley se refiere a estos fenómenos como a ‘circunstancias’ es porque no emplea tal palabra de manera técnica. Así las cosas, yo no veo claro el fundamento para sostener que el artículo 535 sí emplea la palabra ‘circunstancia’ de manera técnica y que, en consecuencia, como la imputabilidad no lo es, a ella no puede referirse el jurado...”⁶³.

⁶² HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, “La inimputabilidad ante el jurado de conciencia”, en *Tribuna Penal*, núm. 1, Medellín, 1983, págs. 8 y ss.

⁶³ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, “La problemática de la inimputabilidad en la vieja y en la nueva jurisprudencia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 18, Bogotá, Ed. Temis, 1983, págs. 261 y 262, nota 35.

⁶⁰ T. S. de M., febrero 21 de 1970, citada.

⁶¹ T. S. de M., noviembre 14 de 1983, citada.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY POR FALTA DE APLICACIÓN EN EL CASO DEL ART. 68 DEL CÓDIGO PENAL

La no aplicación del art. 68 del Código Penal, cuando se dan los requisitos legales para el reconocimiento de la condena de ejecución condicional, constituye violación directa de la ley en su modalidad de falta de aplicación de conformidad con el art. 580-1 del Código de Procedimiento Penal, en un caso de tenencia de estupefacientes en el cual el Tribunal de segunda instancia negó el mencionado subrogado.

Magistrado Ponente: DR. ALFONSO REYES ECHANDÍA
Agosto 28 de 1985

VISTOS

Corresponde a la Sala resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de J A G G, contra la sentencia dictada el 12 de octubre de 1984 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

HECHOS

Mediante denuncia anónima se tuvo conocimiento de que en la residencia de G G había sustancias estupefacientes y al ser allanado dicho lugar, fue encontrada, por indicación del mismo procesado, la cantidad de siete gramos y medio de bazuco.

de Marinilla, el cual posteriormente llamó a juicio a G G por el hecho punible consistente en conservar sustancia que produce dependencia física o síquica (art. 38, inc. 1° del decreto 1188 de 1974). Por este mismo delito, el mencionado juzgado profirió sentencia condenatoria respecto del inculcado; le impuso entonces la pena principal de tres años de prisión, aunque le concedió condena de ejecución condicional. Y el Tribunal Superior de Medellín, en la sentencia ahora recurrida en casación, confirmó aquel fallo pero revocó el otorgamiento de condena condicional y dispuso que G G fuese nuevamente privado de libertad, como en efecto ocurrió.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue iniciada y adelantada por el Juzgado 2° Penal del Circuito

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con base en el art. 580, ord. 1° del C. de P. P., el demandante acusa la sen-

tencia del Tribunal de haber infringido directamente el art. 68 del C. P., pues esa corporación como motivo para revocar la concesión de condena condicional adujo: "Es que la H. Corte Suprema de Justicia tiene establecido, que las personas que se dedican a esta actividad de distribución de estupefacientes, no concitan tan benigno tratamiento". Estima entonces el recurrente que el Tribunal no hizo análisis alguno de los requisitos del art. 68 del C. P., sino que dejó de aplicarlo como si hubiese sido modificado por una decisión de la Corte frente a un caso en particular.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha solicitado que no se case la sentencia impugnada. En este sentido adujo que G G comerciaba con el estupefaciente que le fue decomisado; que el Tribunal de Medellín fundadamente estimó que se trataba de situación similar a la anteriormente estudiada por la Corte y que, por tanto, actuó jurídicamente al revocar el otorgamiento de condena de ejecución condicional.

CONSIDERANDOS

1°. Ha de precisarse, ante todo, que el procesado fue llamado a juicio y condenado por la concreta modalidad de *conservar* en su casa de habitación 69 papeletas de bazuco con un peso total de 7 gramos y medio y aunque en ambas providencias se reconoce que el procesado probablemente las mantenía para su propio consumo y para su eventual distribución, este último aspecto no tuvo demostración probatoria suficiente como para ser

recogido oficialmente en el auto de vocación a juicio ni en la sentencia de condena. Se examinó, en cambio, la tesis de la defensa y del propio procesado respecto de una dosis de aprovisionamiento constituida por la cantidad que se decomisó, tesis rechazada por Juzgado y Tribunal pese al reconocimiento de que G G era consumidor de la droga.

2°. Conviene igualmente destacar que el fundamento jurídico de la negativa del Tribunal a mantener la condena de ejecución condicional otorgada por el Juzgado al procesado, fue el antecedente jurisprudencial de la Corte referido al auto del 5 de marzo de 1981, providencia esta en la que se resuelve negativamente una solicitud de libertad provisional hecha por sujeto a quien se había condenado por tráfico de estupefacientes y cohecho.

3°. El otorgamiento de condena de ejecución condicional procede cuando el juez emite sentencia condenatoria de primera, segunda o única instancia, siempre que se den los siguientes requisitos: a) que la pena determinada por el juzgador sea de arresto, o de prisión no mayor de tres años; b) que la personalidad del procesado, la naturaleza y las modalidades del delito por el cual se le condena, permitan suponer que no requiere tratamiento penitenciario. Conviene enfatizar que el art. 68 del Código Penal no excluye esta medida respecto de determinados hechos delictivos; lo que importa es que se reúnan en el caso concreto las exigencias allí previstas.

4°. Está demostrado en el proceso que G G fue llamado a juicio y condenado por *conservar* en su poder una cantidad de bazuco equivalente a 7 gramos y medio; que ha sido consumidor de la droga; que él mismo señaló a la policía el lugar donde tenía oculto el bazuco; que no re-

gistra antecedentes penales ni de policía; que ha observado buena conducta familiar; y que se le condenó a la pena mínima de 3 años de prisión al desestimarse el argumento defensivo conforme al cual las papeletas de bazuco que mantenía en su poder constituían dosis de aprovisionamiento personal.

5°. Pese a estos supuestos probatorios que conducían lógicamente a la concesión de condena de ejecución condicional, como lo hizo el juzgado de instancia, el Tribunal se la negó con el único argumento de una decisión de la Corte que, como ya se vio, resolvía una concreta y diferente situación: Negativa de excarcelación a condenado por delito de tráfico de estupefacientes y cohecho.

Hubo, pues, en la sentencia demanda-

da infracción directa al art. 68 del Código Penal, pues correspondía aplicarlo en el presente caso; por tal razón habrá de prosperar el recurso impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— resuelve:

Casar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto negó a J A G G la condena de ejecución condicional; y, en su lugar, concedérsela; en tal virtud se suspenderá la ejecución de la pena por un lapso de dos años, previa diligencia de compromiso de cumplir las obligaciones a que se refiere el art. 69 del Código Penal y prestación de caución prendaria por \$ 30.000.00, a órdenes del juzgado del conocimiento ante quien se suscribirá la respectiva diligencia compromisoria.

SALVAMENTO DE VOTO

DR. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ
DR. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO

Contra el pensamiento de la Sala y el criterio del recurrente, no creo que se trate de una violación directa de la ley en su modalidad de falta de aplicación, el caso del art. 68 del Código Penal, sino de su interpretación errónea. La mayoría estima, y es muy respetable su apreciación, que cuando no hay aplicación *positiva* de un determinado precepto, se está indefectiblemente dentro de la falta de aplicación, dejándose la interpretación equivocada para cuando se da efectiva y real aplicación de una norma, pero distorsionada en su verdadero alcance.

No juzgo las cosas en este sentido puesto que la falta de aplicación lo que supone es que el fallador no ha tenido en cuen-

ta, en forma alguna, la norma que debía aplicar, es decir ha omitido toda referencia a la misma, bien porque creyera que no incidía en el caso, bien porque demostró su preferencia por otra que, a la postre, resultó inoperante para regular el caso o porque estaba derogada, o en la hipótesis de sucesión de leyes una demostraba características de mayor benignidad, etc.

Pero cuando el juez ha tomado en cuenta el precepto aplicable, lo sanciona o analiza y concluye en su impertinencia por cualquier motivo (ya por su correlación con otros dispositivos legales o por lo que la doctrina o la jurisprudencia pretende como sentido de su texto y ámbito

de su utilización), se está dentro de la interpretación errónea y como tal debe tratarse en la demanda y en la respuesta judicial que esta merece. Este ha sido el caso de autos, pues el Tribunal advirtió y debía advertir lo relacionado con la condena de ejecución condicional (arts. 68 y ss.), no solo porque el art. 171-5, letra e) lo manda, sino porque el subrogado había sido concedido por el juzgador de la primera instancia y se revocó su decisión. Entendió de qué se trataba y sobre el asunto se pronunció, aunque en forma negativa, invocando una doctrina de la Corte que no tenía el alcance absoluto, indiscriminado y totalmente rígido que le atribuyera. Pero estimó que no era procedente la aplicación del artículo 68, precepto nunca omitido, porque la interpretación del mismo no daba lugar a su concesión. Texto y fijación de concepto, por parte de la doctrina o la jurisprudencia, se integran y vienen a ser uno. La norma fue bien escogida y no existió error en cuanto a que ella debía regir el asunto.

Jamás la condena de ejecución condicional fue tratada en sentido y bajo preceptos distintos, ni dejó de estimarse la necesidad de su pronunciamiento. Simplemente se equivocó la valoración de la misma y de ahí que se entendió que no podía concederse en el caso examinado. Hay, evidentemente, una interpretación errónea. Al casacionista le hubiera bastado, como ahora le resulta suficiente a la Sala, advertir que se trataba de un yerro hermenéutico, sobre el art. 68, puesto que se supuso que este no podía beneficiar a ningún condenado por infracción del decreto 1188/74, cuando lo cierto es que hay casos no solo por la condición personal del procesado o las características de su conducta, que permiten adoptar esta benigna determinación. Y, el de autos, era uno.

Me aparto, entonces, de la decisión de la Sala porque entiendo que el cargo se presentó incorrectamente. Se evidencia un defecto técnico que debió dar al traste con la censura presentada.

Tribunal Superior de Medellín

—Sala Penal—

TENTATIVA DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

Cuando el Código Penal en el art. 221 emplea el verbo “usar”, referido a documento que “pueda servir de prueba”, se refiere al uso que por ley o convenio de los particulares está destinado, vale decir, a establecer o modificar situaciones jurídicas. Por ello, quien no alcanza a entregar el título, porque a quien se lo exhibe rechaza el escrito, no se ha obligado cambiariamente pues el documento no ha salido de la esfera de su creador. En tal hipótesis se está ante un evento de tentativa y no de delito consumado.

Magistrado ponente: Dr. FERNANDO CORONADO RAMÍREZ
Medellín, junio 7 de 1984

Los *hechos* que dieron origen al presente fallo, fueron resumidos por la corporación como sigue:

“... El señor A. G. G., en denuncia formulada el 7 de mayo de 1982, puso en conocimiento de las autoridades el conato de timo de que acababa de ser víctima. Un individuo se presentó a su establecimiento comercial y le solicitó que le cambiara por dinero efectivo el cheque núm. 0239516, girado contra el Banco Popular —plaza Mercado— de esta ciudad. En el acto advirtió que el título presentaba características semejantes a otro espurio, por mayor valor, que había descargado ocho días atrás. Por eso retuvo al portador para entregarlo a los agentes de la autoridad tan pronto se hicieron presentes”.

El tribunal formuló las siguientes *consideraciones jurídicas*:

“... En nuestro derecho positivo, es cierto, la falsedad documentaria privada lesiona varios bienes jurídicamente protegidos, como la fe pública, la integridad de los medios de prueba, y, si se rechaza el concurso delictual, el patrimonio. Es una conducta pluriofensiva, pero esa potencialidad tiene que actuarse, causando un daño o generando un peligro.

El art. 221 del Código Penal tipifica la falsedad en documento privado por la conjunción de dos factores: la mistificación del documento y su uso.

Desde luego que la mera falsedad del documento privado, mientras permanezca en poder del falsario, no lesiona ningún bien. Apenas constituye, dentro de los estadios del *iter criminis*, los actos preparatorios. La misma etapa en que se encuentra quien compra el arma para la comisión del homicidio. A pesar de

la diferente ubicación del ilícito en cuanto al bien jurídico lesionado, mantiene vigencia la disertación de CARRARA, sobre el particular: "La fabricación del documento privado no es, por lo tanto, salvo condiciones excepcionales, más que un acto preparatorio mientras se ejecuta sobre un papel que está en posesión o es de propiedad de quien lo escribe; y, a mi juicio, no debería constituir ni siquiera una tentativa punible" (*Programa*, § 2370).

En el caso de la especie, como se advirtió, no se discute la mala calidad del título. El problema surge cuando se trata de nuclear la connotación del otro verbo rector: a qué clase de uso se refiere la norma, y en qué momento puede afirmarse que el documento fue usado. Desde luego que esta indagación tiene que ver con la naturaleza del escrito y con los presupuestos legales para que el uso genere efectos jurídicos.

Se puede afirmar, sin temor, que cuando el Código emplea el verbo usar, referido a documento que "pueda servir de prueba", se refiere al uso a que por ley o por convenio de los particulares está destinado, vale decir, a establecer o modificar situaciones jurídicas. Esta precisión permite algunas exclusiones obvias: no usa el documento quien lo emplea como combustible, o para embalar objetos, o con una dirección diferente para la que fue creado: como quien aduce una escritura privada para probar el estado de hijo legítimo, o de nacional colombiano.

El uso del documento, para los efectos del art. 221 hay que entenderlo en función al fin para el cual ha sido elaborado: la prueba preconstituida se usa cuando se presenta en juicio el recibo de pago o el escrito de compraventa, cuando se exhibe para enervar la acción del acree-

dor, o al presunto deudor para alegar o negar pretensiones, o se aduce en los estrados judiciales o administrativos. Porque esa presentación, esa enseñanza, tiene capacidad para producir efectos jurídicos. Pero no podría afirmarse lo mismo si el falsario exhibe el escrito a un amigo de confianza, a quien revela el designio criminal, o a un tercero, ajeno del todo a la relación jurídica que se pretende modificar o crear.

Con los títulos-valores ocurre lo mismo, aunque su especialidad, respecto a los otros documentos privados, exige algunas precisiones. Su mera exhibición extrajudicial no produce ningún efecto en el campo del derecho. Porque mientras el título no es emitido, no sale de la esfera del creador, ni genera la obligación cambiaria.

Para que el título salga de la esfera del creador, como para que surja la obligación cambiaria, se requiere la entrega. Es lo que preceptúa el art. 625 del Código de Comercio: "Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación...".

Si esa entrega no se produce porque a quien se le exhibe rechaza el escrito porque lo considera espurio, o por cualquiera otra razón, no se transfiere el documento. El destinatario del engaño es un extraño al título que el falsario quiere lanzar a la circulación. Ningún nexo, ningún vínculo lo une con su creador. Solo entran en relación cuando lo acepta.

Porque no puede olvidarse que el cheque, como el dinero, es un medio de pago. Esa es su función natural. Se le ha llamado, en simil manido, la moneda de los comerciantes. Entre los particulares solo se usa cuando se entrega con la fina-

lidad de transferirlo. La entrega, desde luego, presupone un beneficiario. También se usa el cheque, claro está, como medio de prueba, aunque no es su función primordial. Ello ocurre cuando se presenta en juicio. Pero es otra historia.

Estos planteos no responden a dilematismos sin trascendencia, son necesarios para aplicar la ley conforme al valor justicia. Se incurriría en grave desequilibrio si se da igual tratamiento a quien elabora el cheque y lo conserva en su poder, que a quien avanza en el *iter criminis* y lo presenta con ánimo de transferirlo. O si se aplica la misma pena a quien exhibe el cheque en un intento de entrega, pero lo mantiene en su poder porque el destinatario se niega a recibirlo cuando descubre la mala calidad del papel, o por la oportuna intervención de otro, que al que emite el título, lo lanza al torrente circulatorio, generando la obligación cambiaria y todas las consecuencias que arrastra la ley de circulación de estos papeles.

En la primera hipótesis, como quedó dicho, se prepara el delito, pero ni siquiera se ha dado comienzo a su ejecución. En el segundo evento, es incuestionable, se inicia la realización del ilícito, pero, por causas ajenas a su voluntad el agente se queda a medio camino. Solo se fragua el ilícito en el tercer caso, vale decir, cuando el escrito se usa conforme a la finali-

dad para el cual es creado, cuando se pone a circular, que es su destino.

Y no importa, para la estructuración, que se agote o no el delito. Ese no es un factor tipificante. Si el agente percibe el fruto, el fallador valorará su monto para la tasación de la pena. Claro, si no lo toma como elemento de un delito concurrente, contra el patrimonio, por ejemplo. Pero esta es otra cuestión que se sale del tema a estudio.

Al tenor del art. 22 del Código se retará la pena, en función a la ausencia de antecedentes negativos del reo y de la inexistencia de daño privado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, obrando parcialmente de acuerdo con el señor Fiscal Octavo de la corporación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia condenatoria de origen y fecha indicados, *con la siguiente modificación*: el procesado O. A. C. P. queda condenado en definitiva, como responsable del delito de falsedad en documento privado, en su modalidad imperfecta de tentativa, a la pena principal de *seis (6) meses de prisión*, en lugar de *un (1) año de prisión* que le impuso el señor juez de la primera instancia.

En lo demás rige el fallo que se revisa. Cópiese, notifíquese y devuélvase.

BIBLIOGRAFÍA

Nuevo Veredicto, núm. 6, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca. Popayán, Ed. Feriva, 1984, 124 páginas.

Indudablemente, la edición de cualquier órgano de comunicación cultural es, en nuestro medio, tarea de quijotes que supone inmensos esfuerzos. Y, más aún, cuando la pretensión no es solo la de publicar estudios jurídicos sino también políticos y sociales, iluminados por un propósito cierto que los jóvenes de Popayán expresan así en el editorial de este número: "Que la Universidad sea el motor y cerebro del cambio, de la renovación y transformación de la sociedad colombiana".

Por ello registramos complacidos la permanencia de *Nuevo Veredicto*, que, por su contenido, no dudamos en señalarla como revista fraterna de las que en Antioquia existen, vinculadas todas por un empeño común: la conquista de un derecho democrático y de una judicatura comprometida con la realidad de hoy.

Séanos dado resaltar de su contenido un juicioso estudio que, bajo el título de "El Estado de Derecho y la administración de justicia", hace el profesor ERNESTO PINILLA CAMPOS, en el que examina la existencia de un Estado de Derecho real y de la justicia, como presupuestos de la función pública de administrar esta; pero no en el plano abstracto en que tradicionalmente se la enmarca, sino como realidad objetiva, esto es, la justicia como la "existencia de condiciones materiales y culturales de vida que garantizan a todo ser humano la satisfacción de sus necesidades de acuerdo con su trabajo". Y, consciente el autor de las innumerables trabas que a la

función judicial democrática se le imponen en Colombia, finaliza su estudio reclamando —como recientemente lo hiciera también el III Congreso de la Asociación Nacional de Empleados Judiciales, reunido en Bogotá en mayo de este año— la implantación de una carrera administrativa y judicial "que garanticen la idoneidad, independencia y estabilidad de jueces, magistrados y funcionarios de la administración", como conquista "laboral y política, que repercutirá en la democratización del país".

Importantes artículos, que merecerían igualmente comentarios individuales, imposibles de efectuar acá pues rebasarían el objeto de esta reseña, se incluyen en el número seis de *Nuevo Veredicto*. CARLOS MENESES REYES señala algunos "Aspectos procesales lesivos a los trabajadores", tema sobre el que debe ahondarse y lo cual, efectivamente, está llevando a cabo la Asociación de Abogados Laboralistas al Servicio de los Trabajadores. Con fines exclusivamente clarificadores para la comprensión del tema, el estudiante ALBERTO POVEDA PERDOMO plantea en "Amnistía e indulto" la evolución histórica de esas instituciones, sus características y sus diferencias. Presencia estudiantil gratificante que se evidencia, también, en el artículo de CESAR ALFONSO CARVAJAL sobre "El individualismo en el Derecho Penal". Asimismo, se reproduce el primer capítulo: "De la prueba en general", del libro en preparación del profesor GERMÁN PABÓN GÓMEZ *La dialéctica del indicio en materia criminal*.

Verdad es que el movimiento intelectual con perspectivas democráticas parece agitarse en esta Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca: evidente prueba de ello es el Seminario de Derecho Penal que allí se realizara entre el 23 y el 28 de julio de 1984, al que

asistieron expositores tan prestigiosos como el doctor EDUARDO UMAÑA LUNA. Pues bien, *Nuevo Veredicto* incluye en este número algunas de las intervenciones, como la del profesor UMAÑA sobre "La violencia política en sus interpretaciones actuales"; la de VÍCTOR ACOSTA DAVID, "Comentarios a la ley 2ª de 1984" y la de JOSÉ IGNACIO GARCÍA VALENCIA, quien trató el tema "La ley penal y la política criminal en Colombia".

¡Salud, pues, para los entusiastas jóvenes de *Nuevo Veredicto*!

Iván Velásquez Gómez
Julio de 1985

HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra los intereses económicos particulares*, Bogotá, Publicaciones Cultural Ltda., 1984, 306 págs.

HUMBERTO BARRERA D., tratadista de amplia trayectoria, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia y quien actualmente se dedica a la cátedra de derecho penal en las Universidades Libre y Gran Colombia, no requiere presentación; son conocidos sus trabajos sobre diferentes tópicos del derecho, basta recordar: *Delitos Sexuales*, *Delitos contra la vida y la integridad personal* y *Delitos contra el patrimonio económico*. Con la presente edición se pone a la par de nuestro actual Código Penal.

El trabajo que hoy nos ocupa es un análisis detallado del título XIV del actual Código Penal, denominado "Delitos contra el patrimonio económico", al cual el profesor BARRERA DOMÍNGUEZ prefiere intitular *Delitos contra los intereses económicos particulares*, "pues así quedan comprendidos no solamente los que surgen de la propiedad, de la posesión y de la simple tenencia lícita, sino también los que resultan para quien, no obstante su origen ilícito, es poseedor de la cosa mueble

hurtada" (pág. 22). De gran utilidad práctica resulta el texto que se reseña, teniendo en cuenta que este título es el más trajinado de nuestro estatuto punitivo. La obra se encuentra dividida en dos partes: la primera consta de cuatro capítulos, en el primero de los cuales realiza un breve análisis de la evolución legislativa a propósito de esta clase de ilícitos, y en el que encontramos además un apartado dedicado al estudio de la legislación comparada; el capítulo III se ocupa de "El patrimonio económico, como interés genéricamente tutelado", y la última sección de esta primera parte está dedicada a la "Tutela accesorio del patrimonio económico y ofensas no punibles a los intereses económicos"; la segunda consta de seis secciones: en la primera trata los ilícitos punibles cometidos contra la voluntad de la víctima, cobijando en sus respectivos capítulos el hurto —en sus diferentes grados— y la extorsión; la sección segunda, "Delitos cometidos mediante deslealtad o fraude", agrupa la estafa, fraude mediante cheque, abuso de confianza, defraudaciones; la siguiente se ocupa de los "Delitos contra la propiedad inmueble y usurpación de aguas"; la cuarta del delito de daño en bienes ajenos; la quinta se refiere a las disposiciones comunes y la última se encarga de observaciones adicionales.

El análisis de los diferentes delitos se acoge a los lineamientos sistemáticos de la dogmática adoptados por nuestro Código: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad. En cada uno de ellos se recuerda la jurisprudencia y se hacen además anotaciones doctrinales de índole tanto nacional como extranjera (MAGGIORE, CARRARA, WELZEL, MANZINI, SOLER, MEZGER), al tiempo que se presentan las diferentes teorías, verbigracia, en el hurto, *teoría de la "aprehensivo rei"* (pág. 40), *teoría del apoderamiento verdadero y propio* (pág. 42); en la estafa, la *teoría de la "mise en scène"* (pág. 156). Se presentan además tesis que comienzan a hacer carrera dentro de la práctica judicial: "El delito de hurto queda consumado cuando se lleva a cabo el apoderamiento, esto es, cuando cumplida la desposesión, el bien mueble ajeno entre a la posesión del agen-

te, esto es, que pueda este cumplir actos de disposición material con la cosa sustraída, tendientes a obtener un aprovechamiento ilícito" (pág. 60); y precisiones importantes respecto a las figuras contempladas dentro de este título; así, por ejemplo, en relación con la estafa nos dice que es la "obtención de un provecho económico ilícito, para sí o para un tercero, induciendo en error a la víctima o manteniéndola en él, mediante el empleo de artificios o engaños no constitutivos de simple dolo civil incidental o de aquellos que la costumbre admite en las relaciones mercantiles" (pág. 146).

No se limita el autor a observaciones en el campo estrictamente penal, recurriendo a

las diferentes parcelas del campo jurídico para lograr apreciaciones diversas y más exactas de las figuras delictivas.

Para terminar, queremos hacer énfasis en la necesidad de que las nuevas figuras en los campos de la investigación penal presten mayor atención a la parte especial de nuestro Código, pues, aunque no podemos desconocer la valía de autores como el profesor BARRERA DOMÍNGUEZ, sería indudablemente refrescante la proyección de otros enfoques.

Oscar Gilberto González Ramírez
Julio de 1985

INFORMACIONES

HA MUERTO EL PROFESOR HELENO CLAUDIO FRAGOSO

El 18 de mayo pasado, a los 59 años de edad, murió el connotado profesor de Derecho Penal brasileño, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, dejando vivos recuerdos a lo largo del continente americano y de Europa, y una extraordinaria trayectoria dedicada a la lucha por la democracia, que es ejemplo para los juristas de nuestra área cultural.

Diversos títulos universitarios adornaron la brillante hoja de vida del desaparecido jurista: Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro; Profesor titular de la Facultad de Derecho Cândido Mendes; Docente adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro; Profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York (1966); Doctor *Honoris Causa* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra en Portugal; y, finalmente, Profesor visitante de la John Jay College of Criminal Justice, de la Universidad del Estado de Nueva York (1983).

Otros de sus títulos son los siguientes: Miembro de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra), cuyo Comité Ejecutivo integró en 1977 y cuya vicepresidencia alcanzó en 1981; Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal, siendo Consejero de la Dirección durante la celebración del X Congreso Internacional de Derecho Penal en Roma (1969); Secretario General Adjunto del Congreso de Budapest (1974), reelegido en el Congreso de Hamburgo (1979) y electo vicepresidente de la Asociación en el Congreso de El Cairo (1984); Miembro de la International Law Association, de la American Society of Criminology, de la Société Internationale de Criminologie, del Centre de Recherches de la Politique Criminelle y del Consejo de Administración del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales de Siracusa (Italia). Esto en lo que toca con las distinciones que obtuvo a nivel de entidades internacionales, sin contar las innumerables que recibió en su país.

Entre sus actividades se debe destacar que fue miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal del Brasil, miembro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, del cual fue uno de sus más grandes impulsores. Era Director de la Revista de Direito Penal, editada por el Departamento de Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, de la Organización de las Naciones Unidas, desde 1983.

Más de una decena de obras publicadas e innumerables colaboraciones para las más prestigiosas revistas de derecho penal, produjo durante su fructífera vida el profesor FRAGOSO. Entre ellas queremos destacar básicamente las siguientes: *Lecciones de derecho penal*, parte general (6ª ed., 1984); parte especial, vol. I (7ª ed. 1983), vol. II (4ª ed., 1984); *La justicia penal y la revolución* (1965); *Primeras líneas sobre el derecho y el proceso penal* (1975); *Comentarios al Código Penal*, en unión de NELSON HUNGRÍA; *Derecho penal y Derechos Humanos* (1977); *La ley de Seguridad Nacional: una experiencia antidemocrática* (1980) y, finalmente, *Abogacía de la libertad* (1984), que fue su última obra.

Nuestra Revista quiere expresar su más profundo pesar por el fallecimiento de tan ilustre jurista, quien deja un hondo vacío en este momento en el cual venía adelantando, justamente, diversos contactos para la creación del Grupo de Derecho Penal Crítico Latinoamericano, llamado a encabezar todo un movimiento renovador del Derecho Penal en el continente, orientado hacia los senderos de la democracia real y participativa, la libertad y el respeto a los derechos humanos. Sobra agregar que fue un abanderado de la modernización de la dogmática jurídicopenal y que planteó como ninguno otro la necesidad de adelantar el estudio conjunto del Derecho Penal y la Criminología.

En esta hora de honda crisis para el sistema democrático en Latinoamérica, cuando se hace inevitable la transformación de nuestras sociedades, el mejor homenaje que podemos hacerle los penalistas latinoamericanos a un luchador por la democracia, es recoger sus banderas. Paz en su tumba!

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Agosto 1985

SEMINARIO

PREVENCIÓN Y TEORÍA DE LA PENA: PRESENTE Y ALTERNATIVAS

Barcelona, 6-8 de junio de 1985

Con el patrocinio de la Universidad Autónoma y de la Universidad de Barcelona y el apoyo financiero de otras instituciones locales, ha tenido lugar en Barcelona (6-8 de junio) el Seminario *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*. La requerida integración del Derecho Penal con las ciencias sociales, según un modelo en el que estas reorienten los procesos de creación y aplicación de las normas jurídicas en consonancia con la realidad social, ha constituido el *motto* de la convocatoria. La reunión se organizó de forma tal que cada día de ella fuera dedicado al análisis de los aspectos filosófico-jurídicos, sociológico-jurídicos y ejecutivo-penales. Por lo tanto, el primer día y con la moderación de JUAN BUSTOS RAMÍREZ (Universidad Autónoma de Barcelona), se escucharon y debatieron los relatos de

LUIGI FERRAJOLI (Camerino), SANTIAGO MIR PUIG (Barcelona), PAUL WOLF (Frankfurt) y MARINO BARBERO SANTOS (Complutense de Madrid). El segundo día, con la moderación de ROBERTO BERGALLI (Barcelona), expusieron: WINFRIED HASSEMER (Frankfurt), LOUK HULSMAN (Rotterdam), ALESSANDRO BARATTA (Saarbrücken) y ELIGIO RESTA (Bari). Por último, el tercer día y moderando HERNÁN HORMAZÁBAL MALAREE, intervinieron: ESTHER GIMÉNEZ-SALINAS (Depto. de Justicia de la Generalitat), MASSIMO PAVARINI (Bologna), BORJA MAPELLI CAFFARENA (Cádiz) y CARLOS GARCÍA VALDÉS (Alcalá de Henares).

La realización de este Seminario en Barcelona ha significado para JUAN BUSTOS RAMÍREZ, HERNÁN HORMAZÁBAL MALAREE y el que suscribe, como organizadores —más allá de lo que supuso el esfuerzo de prepararlo y montarlo con escasos medios materiales, aunque aportados con tanta buena voluntad por las instituciones contribuyentes—, una satisfacción múltiple. En efecto, haber logrado reunir en la capital catalana a un ramillete de juristas y sociólogos del derecho europeo —quizá de los más reflexivos en torno a la cuestión criminal— fue, de por sí, el primer saldo positivo que para todos ha sido, además, amable, pues se ha tratado de un encuentro entre viejos amigos. Luego, y posiblemente también por esta última razón, las discusiones transcurrieron en un clima que, si bien muchas veces estuvo cruzado por agudas controversias, fue verdadera y auténticamente cálido; es cierto que el marco de la vieja casona del barrio alto de Sarriá que la Universidad Autónoma puso a nuestra disposición fue un ámbito propicio, hasta el punto que la sesión vespertina del segundo día de reuniones transcurrió en el jardín, y así, sentados sobre la hierba, escuchamos y debatimos el brillante relato de ALESSANDRO BARATTA. También hubo una nutrida asistencia de compañeros y colegas que vinieron espontáneamente desde distintas universidades de España y otros países europeos, con preferencia latinoamericanos que residen en ellos, algunos especialmente invitados por nosotros como FERNANDO VELÁSQUEZ (Colombia) y EMILIO GARCÍA MÉNDEZ (Argentina), quienes participaron activamente realizando oportunas y agudas intervenciones durante las discusiones; asimismo, de muchos estudiantes de sociología y derecho, como igualmente de abogados, policías, psicólogos, funcionarios penitenciarios y particularmente jueces de Barcelona.

Todos los relatores revelaron una virtud que no obedeció a alguna predeterminada organización y que consistió en que cada ponencia fue formulada desde un punto de vista particular y diferente que, en cambio, sí concurrió con los distintos intereses y procedencias disciplinarias de los invitados. Así tuvimos ocasión de escuchar análisis tan apegados al desarrollo de las teorías de los fines tradicionales de la pena, provocados por la reciente propuesta de la prevención-integración formulada por JAKOBS (MIR PUIG), como otro enriquecido con los aportes antropológicos, lingüísticos y estéticos (RESTA). En medio de semejantes extremos se manifestaron las posiciones más refinadas del funcionalismo de nuevo cuño (HASSEMER), como la crítica exposición de la correspondencia entre los dos tipos de tecnologías del poder: la del terror, con la teoría de la prevención especial negativa y la del consenso, con la de la prevención general positiva (BARATTA). Pero, asimismo, se pusieron de manifiesto las exigencias garantistas por un derecho penal que provo-

que el mínimo coste en términos aflictivos (FERRAJOLI); el proceso de desplazamiento fuera de la cárcel de lo que se llamó la "obsesión correccionalista" —o prevención especial positiva— por imperio de necesidades sociales de disciplina (PAVARINI) y los reclamos que formula la ideología abolicionista frente a la realidad actual de la pena (HULSMAN). Frente a estas ponencias con un contenido quizá más abstracto, también tuvimos oportunidad de escuchar otros relatos que expusieron análisis más concretos, tal como el que tradujo un examen crítico de las doctrinas de la defensa social a treinta años vista (BARBERO SANTOS) o el que mediante la revalorización de dos momentos caracterizados de los sistemas penitenciarios actuales —el tratamiento y el régimen penitenciario— propuso una *democratización* de ellos (MAPELLI CAFFARENA) o el que nos informó acerca de la situación de los jóvenes que cometen delitos en Cataluña y la reciente ley de esta Comunidad Autónoma que encara toda la cuestión de la protección de los menores (GIMÉNEZ-SALINAS) o, finalmente, el que hizo un claro y preciso estudio de las llamadas alternativas legales a la privación de libertad conocidas en la actualidad (GARCÍA VALDÉS). Como recogiendo la contradicción que se hizo evidente entre los análisis abstractos y concretos que emergieron de los relatos, hubo uno que propició la polémica en torno a lo que fue calificado como una nueva dimensión de las teorías de la pena que consistió en que la discusión en torno a ellas ya no debe considerarse tanto como un problema teórico y filosófico-argumentativo, sino que se dirige expresamente a la praxis del derecho penal; la praxis se convierte así en la prueba de la teoría (PAUL).

El Seminario ha demostrado, una vez más, las ventajas que reporta el proceso de integración del derecho penal con elementos y categorías de análisis provenientes de las ciencias sociales. Este saldo constituye el resultado más alentador para quienes desde la teoría o la práctica pugnan para restringir siempre más el empleo de medios represivos en las estrategias de control social, lo cual satisface la convivencia democrática y beneficia la heterogeneidad social.

ROBERTO BERGALLI
Universidad de Barcelona

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE NOMOS
IMPRESORES, BOGOTÁ, EL DÍA 16 DE NOVIEMBRE DE 1985.

LABORE ET CONSTANTIA

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

ARENAS, ANTONIO VICENTE: <i>Procedimiento penal</i> , 5ª edición, XXVI + 270 páginas. Rústica	\$ 1.200.00
CARRILLO FLÓREZ, F. y PINZÓN SÁNCHEZ, J.: <i>Sector financiero y delincuencia económica</i> , XII + 336 páginas. Rústica	1.400.00
GÁLVIS GAITÁN, FERNANDO: <i>El municipio colombiano</i> , 2ª edición, XXI + 218 páginas. Rústica	1.150.00
MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO: <i>Procedimiento penal colombiano</i> , 4ª edición, XXX + 602 páginas. Pasta	2.500.00
ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Contratos de la administración</i> (decreto 222 de 1983), 250 páginas. Pasta	500.00
ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código de Procedimiento Civil</i> , 15ª edición, 617 páginas. Pasta	1.100.00
ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código Penal y Código de Procedimiento Penal</i> , 18ª edición, 622 páginas. Pasta	1.000.00
ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo</i> , 19ª edición, 1130 páginas. Pasta	1.400.00
RODRÍGUEZ R., LIBARDO: <i>Derecho administrativo</i> . General y colombiano, 3ª edición, XXIII + 407 páginas. Pasta	1.750.00
RODRÍGUEZ R., LIBARDO: <i>Estructura del poder público en Colombia</i> , 2ª edición, VIII + 138 páginas. Rústica	590.00
RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO: <i>Filosofía y filosofía del derecho</i> , XVI + 248 páginas. Rústica	1.100.00

DE PRÓXIMA APARICIÓN

- AGUDELO BETANCUR, NÓDIER: *Los "inimputables" frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, 2ª edición.
- ALIMENA, BERNARDINO: *El delito en el arte*.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Introducción al derecho penal*.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE: *La acción en el sistema de los derechos*.
- DOSI, ETTORRE: *La prueba testimonial*.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN F.: *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, tomo I, Parte general, 4ª edición.
- MARTÍNEZ RINCONES, J.: *Sociedad y derecho penal en Cuba*.
- PEÑA CASTRILLÓN, GILBERTO: *Algunas falacias interpretativas de los títulos-valores*.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal*. Partes general y especial, t. II, 1ª reimpresión.
- PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO O.: *Criminología y nuevo Código Penal*.
- PRECIADO AGUDELO, DARÍO: *Teoría y práctica del proceso de sucesión*, 2ª edición.
- VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, tomo III, De las obligaciones, 7ª edición.
- VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, tomo V, Derecho de familia, 1ª reimpresión de la 6ª edición.
- WALTER, GERHARD: *De la libre apreciación de la prueba*.
- WEILL, ALEX/TERRÉ, FRANÇOIS: *Derecho civil*. Introducción.
- YOUNES MORENO, DIEGO: *Derecho administrativo laboral*, 3ª edición.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen