NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
DIRECTOR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
COORDINADOR

32

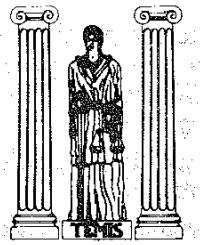
ABRIL • MAYO • JUNIO

AÑO VIII • Abril • Mayo • Junio • 1986 Nº 32

Licencia 1159 de 1986

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1986

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

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

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

ALFONSO REYES ECHANDÍA Y EMIRO SANDOVAL HUERTAS: UN ÚLTIMO LEGADO

COLABORACIONES EXTRANJERAS

COLABORACIONES NACIONALES

EDITORIAL

HOMENAJE A ALFONSO REYES ECHANDÍA

No me refiero aquí al amigo Alfonso Reyes Echandía. Su ausencia dolorosa señala en toda la dimensión el significado de su presencia para quienes en menor o mayor medida estuvimos cerca de él. Aquí dejaré que hable por mí el poeta latino: *¿Qué lágrimas serán suficientes para llorar la partida de un ser querido*? Me referiré a ALFONSO REYES ECHANDÍA, el jurista, y a la importancia que representaba no tanto por el derecho penal que *sabía* cuanto por el derecho penal que *profesaba*.

En efecto: Alfonso Reyes Echandía, significó la culminación y el compendio de la doctrina jurídicopenal de Colombia que se había elaborado durante más de 40 años, desde cuando apareció el Código Penal de 1936, hasta la expedición del de 1980. Él supo analizar el primer estatuto punitivo valido de la herramienta del análisis dogmático que aparecía nuevo en nuestro contexto, así fuera ya añejo en otras latitudes, y supo también perfilar la orientación moderna de la teoría del delito en lo que es ahora nuestro Código. En qué medida lo logró, no es tema para tratar aquí. Porque no es este tampoco el aspecto más importante de la obra de Reyes, en mi concepto. He venido diciendo desde hace algún tiempo que lo decisivo en el derecho penal no son solo los aspectos *sistemáticos*, sino también los aspectos *políticos*. Y en relación con los primeros, muchas veces disentí de sus apreciaciones y muchas veces afirmé, como lo afirmo ahora, que a quien fue, en cierta manera, profesor de muchos en este país, hay que superarlo. Y si no lo hacemos no es culpa de él sino de nosotros, si nos mostramos inferiores a nuestro destino. Pero otra cosa sucede en relación con la dimensión política de su pensamiento.

He dicho que Alfonso Reyes Echandía *profesaba* un derecho penal, lo que significa que lo hacía parte de las creencias rectoras de su existencia. Hablo del derecho penal *demoliberal* en la idéntica perspectiva de un Estado de Derecho; digo que el Maestro pensaba que el derecho penal es manifestación del *poder punitivo* del Estado y que, en cuanto tal, el derecho penal como derecho *objetivo* es, a la vez que esa manifestación, *control* de aquel poder en cuanto regla que abroquela y regula el uso del monopolio de la fuerza por el Estado. Es desde este punto de vista como adquiere sentido la (en algunos círculos) vilipendiada "DOGMÁTICA DE REYES": el estudio dogmático de un código significa indagar por el *contenido* de sus disposiciones, y exponerlo de manera sistemática es indagar por los límites de las órbitas de acción del Estado y del ciudadano. Es pues la manera de saber cuál es la libertad de este y cuál la injerencia posible en su persona. En estas condiciones, la dogmática deja de ser neutra para insertarse en una concepción

ideológicamente comprometida. Esto seguramente parecerá muy poca cosa a quienes creen que al derecho le está asignada la tarea de solucionar todos los problemas que agobian a la humanidad. Es en cambio ya bastante para quienes, desde una perspectiva analítica y de relativismo axiológico, creemos que aquella tendencia es llamativa desde un punto de vista emotivo pero ilusoria desde una perspectiva racional. Que la dogmática, siendo importante, no es tampoco la panacea o la caja de Pandora de donde salgan como por encanto las soluciones a todos los problemas. Ella tiene una función de seguridad como la tiene el derecho; si no contentos con ello se le quieren dar otras funciones, podría haber decepciones.

Cuando Alfonso Reyes insistía en el abordamiento dogmático de la legislación penal nuestra, lo hacía con el sentido de control ya dicho. En este ángulo, su posición entroncaba con la idea central del demoliberalismo penal en su más diáfana concepción doctrinaria, con las ideas de BECCARIA y de CARRARA. Debe recordarse que la obra del primero se caracteriza por ser, de un lado, crítica del sistema entonces vigente y, de otro, la proposición de un nuevo sistema penal, que tenía por fundamento una nueva filosofía política: el *demoliberalismo*; el contractualismo como origen de la sociedad civil y de la función punitiva, el principio de la separación de poderes, el principio de legalidad, la proporción entre la gravedad del delito y de la pena, la lucha contra la pena de muerte y la tortura, la humanización de la sanción y del procedimiento, la publicidad del mismo, todos fueron postulados pregonados por BECCARIA[1] y continuados por CARRARA como culminación de ese demoliberalismo. Este, denominado con razón Sumo Pontífice del Derecho Penal, se ubicaba antes de la norma y *después* de ella. Precisamente decía que "la ciencia del derecho criminal tiene por misión moderar los abusos de la autoridad en el desarrollo de aquellos grandes temas", "en la prohibición, en la represión y en el juicio". Y luego, al hablar del delito legal como la "infracción de la ley del Estado", sostiene que esa es su esencia, porque hacerla radicar en algo distinto, lo que fuera delito quedaría "enteramente abandonado al fluctuante arbitrio del juez"[2] con evidentes peligros para la libertad, pues se convertiría en legislador. El derecho penal tenía pues para CARRARA una función de control, bien se lo entendiera como ciencia (ubicándose antes de la creación de la norma), bien se lo entendiera como derecho objetivo (la norma ya establecida). Un siglo más tarde HANS WELZEL insistiría en la idea de control del poder y del papel que en ello le tocaba jugar al derecho penal entendido como ciencia. Así, en el Prólogo a la primera edición de su *Derecho penal alemán* en lengua española, sostenía que con la ubicación de su obra en la corriente conocida como "método técnico-jurídico" no se decía lo esencial acerca de su pensamiento, según el cual "el legislador no es en manera alguna omnipotente y está ligado a determinados límites dados en la materia del Derecho. Encontrar y llevar al conocimiento estos límites, es la misión *científica* en Derecho Penal"[3].

[1] Sobre el particular he escrito un trabajo recientemente aparecido en esta misma Revista (núm. 29): "Las Grandes Corrientes del Derecho Penal: Beccaria (Primera Parte)", Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 285 y ss.

[2] FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1978, págs 3, 4 y 44.

[3] HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1956, pág. VIII.

No se necesita ser demasiado agudo para percatarse de la semejanza de pensamiento, en lo relativo a la necesidad de *control del poder*, entre estos dos colosos del derecho penal, aunque existan entre ellos diferencias en puntos fundamentales.

Alfonso Reyes Echandía caminaba en la dirección trazada por esta línea de pensamiento. Muchas veces se le llamó "dogmático". Empero, quien le quiso dar a la expresión un significado peyorativo, no conoció de manera suficiente al personaje, siempre abierto a la discusión y respetuoso de la opinión contraria que lo controvertía; al menos así lo percibí yo. Quien con ello se refería al núcleo de su actividad vital, al estudioso del derecho penal con una perspectiva dogmática, hacía un honor al hombre que avivado por una filosofía demoliberal, era solo consecuente con tal postura política que pregona límites a la actividad punitiva del Estado a partir de normas establecidas. Pero, para antes de la existencia de la norma, también pregonaba en cierto sentido la necesidad de control, al menos partiendo del respeto debido a nuestra Constitución. Cuando digo esto pienso en su posición clara y vertical en lo relacionado con el juzgamiento de civiles por tribunales marciales, expuesta en su trabajo sobre la "Doctrina de la Seguridad Nacional" que aparece en esta publicación; en fin, en sus posiciones como magistrado de la Corte Suprema de Justicia cuando se debatían problemas de índole política.

Al avanzar en el aparte anterior, refiriéndome al cargo que ocupaba al momento de su muerte y al pensar en las circunstancias trágicas de ella, asediado por la feroz agresión de unos y la irracional contraofensiva de las fuerzas oficiales, mi "pensamiento problemático", siempre inclinado al cuestionamiento, me lleva a preguntar si es posible todavía un derecho penal demoliberal; qué es un derecho penal demoliberal; y cuáles serían las condiciones necesarias para que él tuviera aplicación. Los trabajos que hoy publicamos con motivo de este homenaje a ALFONSO REYES ECHANDÍA y con él a EMIRO SANDOVAL, FABIO CALDERÓN, DARÍO VELÁSQUEZ, MANUEL GAONA, y tantos otros caídos, sirven en gran medida como incentivos para la reflexión sobre estos temas.

Como lo dijimos en compañía de nuestro Coordinador, FERNANDO VELÁSQUEZ, en anterior edición, las ideas de quienes cayeron aquel fatídico día, alejadas de cualquier totalitarismo mesiánico, excluyente y hegemónico, de izquierda o de derecha, deben servir de guía para orientar la actividad de quienes buscamos un *derecho penal mejor, mientras se encuentra algo mejor que el derecho penal*, según la máxima de RADBRUCH.

Nada tan propicio que la aparición de este número, dedicado a la memoria de Alfonso Reyes Echandía y sus compañeros de infortunio para iniciar lo que pudiera denominarse una nueva época de la Revista *Nuevo Foro Penal*. Como habrá observado el lector, aparece una nueva estructura organizativa, con una Codirección, un Consejo de Dirección y una buena planta de Auxiliares. Pero no se trata solamente de una mera cuestión administrativa: el sentido es más profundo, en la medida en que se ha pretendido la integración de algunas de las personas que desde sus respectivas posiciones más se han destacado por la dedicación a las disciplinas penales y criminológicas. Algunas de ellas, de hecho, han sido pilares

fundamentales de esta publicación y son ampliamente conocidas en el ámbito jurídico nacional: HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, J. GUILLERMO ESCOBAR, y más aún, quien ahora comparte conmigo la responsabilidad de la Dirección, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, siempre han estado muy vinculadas a la publicación, y sus trabajos son bien conocidos, así como su posición ideológica, el *demoliberalismo*, orientación que ha sido siempre la de *Nuevo Foro Penal*, y la cual pretende seguir sustentando sin que ella misma sea una postura hegemónica y anatematizante de criterios divergentes. En mi nombre y en el de FERNANDO VELÁSQUEZ, nuestro desvelado Coordinador, damos la más sentida bienvenida a todo este nuevo equipo de trabajo y nos comprometemos a redoblar esfuerzos en esta ardua tarea académica que hace tiempo hemos emprendido y queremos continuar.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Director

ALFONSO REYES ECHANDÍA Y EMIRO SANDOVAL HUERTAS:

Un último legado

LEGISLACIÓN Y SEGURIDAD NACIONAL EN AMÉRICA LATINA

Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA*

A. *La Teoría de la Seguridad Nacional*

Aunque en Latinoamérica, constitucional y políticamente el Ejército tiene como misión defender la independencia y la soberanía nacionales, a partir del triunfo de la revolución cubana comenzó a abrirse paso la tesis —obviamente orientada por el gobierno norteamericano— según la cual el enemigo de la soberanía nacional ya no provenía del "exterior", sino que estaba arraigado en el interior del Estado; por esta vía, la delincuencia política, dirigida al cambio violento de la estructura del poder dominante, comenzó a ser preocupación de las fuerzas militares; se consideró que el tratamiento policial y judicial de esta especie de criminalidad era insuficiente y que se hacía necesaria la intervención del estamento armado para garantizar la supervivencia de la democracia occidental. Con el fin de lograr este propósito se tomaron medidas de carácter internacional y nacional.

En lo internacional se suscribió el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y el Programa de Ayuda Militar (PAM); en virtud de estos convenios el gobierno norteamericano ofrece colaboración militar, financiera y técnica a los países latinoamericanos y, concretamente, a sus ejércitos en la lucha contra el enemigo político interior. En cumplimiento de esos acuerdos se han incrementado las "donaciones" y los préstamos para la adquisición de material bélico; se ha multiplicado el personal militar y policial latinoamericano que recibe instrucción en "guerra de la selva", "guerra de guerrillas", "contrainsurgencia", "seguridad interna", etc., en escuelas especiales que funcionan en Estados Unidos y en Panamá[1]; y ha crecido el número de técnicos e instructores norteamericanos enviados a los países del sur[2].

* Presentamos a nuestros lectores uno de los últimos trabajos que el Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA realizó antes de su muerte, cuando se desempeñaba como presidente de la Corte Suprema de Justicia y director del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Damos los agradecimientos al Dr. YESID REYES A. por habernos autorizado la publicación del trabajo de su finado padre.

[1] Existen 142 escuelas de esta clase; en ellas fueron adiestrados hasta 1970 un total de 4.629 oficiales colombianos (cfr. SAXE FERNÁNDEZ J., *Proyecciones hemisféricas de la paz americana*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1971, pág. 82).

[2] Para 1970 había en Colombia 50 norteamericanos como integrantes de su misión militar (cfr. SAXE FERNÁNDEZ J., *Proyecciones* ..., pág. 84).

En lo nacional, se ha propiciado el implantamiento de "gobiernos fuertes", o de dictaduras militares y de instrumentos legales que garanticen tratamientos más drásticos contra aquellas conductas delictivas o socialmente desviadas, susceptibles de poner en peligro la estabilidad del "sistema".

La ficción del *estado de seguridad nacional* latinoamericano, dice EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Consiste en dar por sentado que ese estado se halla en guerra y, por ende, que necesita reforzar el 'frente interno', es decir, alcanzar el máximo de homogeneidad"; y agrega: "La política criminal de seguridad nacional se caracteriza por una transferencia de conceptos propios del derecho penal militar al derecho penal común, derivada de la 'ordinarización' del concepto de 'cuerpo' y del principio general de 'eficacia', propios del plano jurídico militar"[3].

La doctrina de la seguridad nacional adquirió carta de naturaleza jurídica en la propia Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, uno de cuyos principios somete *el derecho de reunión (art. 15), la libertad de asociación (art. 16) y la suspensión de las garantías individuales, a los intereses de la Seguridad Nacional.*

Posteriormente, las legislaciones nacionales de no pocos Estados latinoamericanos han consagrado en sus ordenamientos internos, instrumentos legales que desarrollan aquella teoría, así:

Argentina, mediante la ley 16.970 sobre Defensa Nacional dio competencia a los militares para el juzgamiento de delitos civiles; la ley 20.840 de 1974 sobre "Seguridad del Estado", estableció severas limitaciones a la libertad de prensa, y el decreto 23.338 de 1976 restableció la pena de muerte.

Bolivia emitió su primera ley de "Seguridad Nacional" en septiembre de 1965, a las que han seguido otras en 1967, 1969 y 1973 (decreto 8944); por decreto 5 de noviembre de 1971 se estableció la pena de muerte para el delito de terrorismo; y en 1974 (decretos 11.947 y 11.952 de noviembre) se reprimieron derechos sindicales y de huelga.

Brasil creó el Consejo de Seguridad Nacional mediante la ley 348 de enero de 1968; en diciembre de ese mismo año se legisló sobre esa materia mediante el Acto Institucional núm. 5 y luego, en 1979, a través del decreto legislativo 898 se entregó a los tribunales militares el juzgamiento de civiles; en virtud del decreto 69.534 de 1971 se facultó al presidente de la República para citar decretos "secretos y confidenciales".

Chile adscribió a los militares el juzgamiento de civiles en 1974 por medio del decreto 640, y en sus decretos 1 y 5 de 1976 se introdujo el concepto de seguridad nacional como fuente legislativa.

Uruguay legisló sobre seguridad nacional en 1972 (ley 14.068) y al año siguiente (decreto 2770) creó el Consejo Nacional de Seguridad Interna.

Colombia dictó el decreto 1923 de 1978, conocido como "Estatuto de Seguridad", con normas penales "para la protección de la vida, honra y bienes de las personas y garantía de la seguridad de los asociados".

[3] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, Edit. Hamurabi, 1982, pág. 108.

Todo este conjunto de normas (algunas aún vigentes, otras ya derogadas) parece orientado a garantizar la supervivencia de los gobiernos fuertes, y a defender la estructura socioeconómica y política sobre la cual se asientan.

Tales legislaciones, a pesar de la heterogeneidad de las materias que abarcan y de la diversidad de Estados en los cuales se aplican, presentan, entre otros, los siguientes elementos comunes:

a) Están marcados por un creciente intervencionismo estatal, representado en varios de estos países por gobiernos militares.

b) Presentan frecuentes violaciones al principio de tipicidad por cuanto describen como hechos punibles, formas de comportamiento que no vulneran realmente intereses jurídicos vitales para la comunidad, o lo hacen mediante el empleo de expresiones vagas e indeterminadas, como *subversión, ofensas, anticonformismo.*

c) Entregan a los militares el poder de juzgar a civiles por delitos comunes y mediante procedimientos violatorios del derecho de defensa.

d) Suprimen unas y dificultan otras la real aplicación del *habeas corpus.*

e) Afectan sensiblemente o suspenden el ejercicio normal de derechos inalienables como los de reunión, sindicalización, locomoción y expresión.

En cuanto se refiere a Colombia, se ha observado el rito electoral para la renovación de sus gobernantes (ramas ejecutiva y legislativa), aunque el poder real lo disfruta la misma casta económico-política y lo ejecutan las fuerzas armadas. A esto se ha llegado mediante el ingenioso mecanismo de la institucionalización del fenómeno jurídicamente conocido como "Estado de Sitio", que la Constitución creó para superar transitoriamente conflictos de guerra exterior, o graves conmociones interiores no susceptibles de contrarrestarse con los ordinarios instrumentos legales; sin embargo, se ha utilizado por más de veinte años durante los últimos treinta.

Al amparo del estado de sitio y mediante una equivocada interpretación del art. 61 de nuestra Carta Fundamental[4], se les ha ido entregando a las fuerzas militares la potestad de administrar justicia penal a los civiles por delitos políticos y también por delitos comunes que directa o indirectamente impliquen alteración del orden público.

Durante tales períodos la justicia militar ha suplantado a la ordinaria en el juzgamiento de delitos como: rebelión, asonada, sedición, asociación para delinquir, incendio de vehículos automotores y de edificios públicos o destinados a prestar algún servicio público, siniestros ferroviarios o automoviliarios, daño en vías férreas o automoviliarias, daño en las comunicaciones o en la energía, conservación, adquisición o fabricación de sustancias explosivas y empleo de las mismas, utilización de armas contra vehículos en movimiento, secuestro, extorsión, chantaje, homicidio cometido por miembros del Departamento Administrativo de Seguridad, homicidio y lesiones contra miembros de las fuerzas armadas o civiles a su servicio, posesión y tráfico de estupefacientes.

[4] Tal norma dice: "Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar".

Dentro de este marco institucional, las fuerzas militares han absorbido estructural y funcionalmente a la policía nacional y han penetrado hondamente los predios, antaño celosamente reservados a la jurisdicción penal ordinaria; en efecto, la policía nacional está adscrita al Ministerio de Defensa; su director es oficial de menor graduación que el titular de aquel Ministerio y, por lo tanto, le está subordinado; cualquier operación relacionada con el orden público debe ser coordinada por un oficial del ejército; cuando lo juzgue conveniente el alto mando militar, la tropa suplanta a la policía en su clásica función de vigilancia; en relación con los delitos cuyo juzgamiento se le ha asignado, personal militar ejerce simultáneamente funciones de policía judicial (y por lo tanto practica capturas, allanamientos e interrogatorios), instrucción criminal, ministerio público, defensa y juzgamiento.

B. *El Estado de Sitio*

Los Estados latinoamericanos suelen prever en sus propias constituciones políticas, medidas excepcionales para contrarrestar graves y extraordinarias alteraciones del orden público que, por lo mismo, escapan al ordinario control normativo creado para el manejo de la normalidad institucional. Conflictos bélicos internacionales, guerras de guerrillas en el interior de los países, atentados terroristas, huelgas laborales o estudiantiles violentas, son con frecuencia factores determinantes de la declaración oficial de tales situaciones. Ellas se conocen como *estado de sitio* (Chile, Argentina, Haití, Paraguay, República Dominicana), *estado de emergencia* (Venezuela), o *estado de suspensión de garantías* (Panamá, Peru, México, Honduras).

En Colombia este fenómeno se denomina *estado de sitio* y está regulado así en el art. 121 de su Constitución:

"En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella. Mediante tal declaración, el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones.

"Los decretos que dentro de esos precisos límites dicte el presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los ministros.

"El gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

"La existencia del estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso. Por consiguiente, este se reunirá por derecho propio durante las sesiones ordinarias y en extraordinarias cuando el gobierno lo convoque.

"Si al declararse la turbación del orden público y el estado de sitio estuviere reunido el Congreso, el presidente le pasará inmediatamente una exposición motivada de las razones que determinaron la declaración. Si no estuviere reunido, la exposición le será presentada el primer día de las sesiones ordinarias o extraordinarias inmediatamente posteriores a la declaración.

"En el caso de guerra exterior, el gobierno convocará al Congreso en el decreto que declare turbado el orden público y en estado de sitio la república, para que se reúna dentro de los diez días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio.

"El gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

"Serán responsables el presidente y los ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo.

"*Parágrafo*: El gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.

"Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercra parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario".

Pese a que del contenido de esta disposición constitucional se desprende inequívocamente tanto su excepcionalidad como su limitadísimo marco temporal, lo cierto es que en Colombia el estado de sitio se ha convertido en mecanismo ordinario de gobierno a partir de 1948 (el 9 de abril de ese año ocurrió el asesinato del líder político de izquierda JORGE ELIÉCER GAITÁN). En efecto, desde el mes de abril de ese año hasta hoy se ha decretado el estado de sitio en quince oportunidades que sumadas temporalmente abarcan un período de 25 años y 9 meses; lo cual significa que durante los 36 años comprendidos entre 1948 a 1984 apenas hemos vivido 10 años y 3 meses de plena normalidad jurídico-institucional.

¿Cómo ha sido posible esa peligrosa transformación de una institución político-jurídica, creada para muy breves períodos, en un verdadero sistema ordinario y casi permanente de control del orden público? Mediante un curioso mecanismo interpretativo conforme al cual el gobierno tiene el poder político de decidir, una vez decretado el estado de sitio por una o varias causas determinadas, que otros factores —a su juicio alteradores del orden público— ameritan la toma de nuevas medidas oficiales para contrarrestarlos, sin solución de continuidad respecto de los que inicialmente dieron lugar a la declaración del estado de sitio. No hemos estado, por supuesto, de acuerdo con tal interpretación. Nos parece, al contrario, que los fundamentos motivacionales de un decreto fundado en el art. 121 de la Constitución Nacional no pueden ser distintos de aquellos que el gobierno tuvo en consideración para declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo o parte del territorio nacional, ya sea que ellos persistan en sus originales caracteres, ora que se hayan proyectado hacia el futuro con dinámico desarrollo evolutivo. Lo que no puede aceptarse es que hechos o fenómenos desligados causalmente de aquellos que determinaron la inicial declaración de estado de sitio, sirvan de fundamento jurídico para nuevos decretos legislativos, cuya materia evidencia ostensible divorcio con la situación generadora de la primitiva alteración del orden social. Por esta vía, los decretos que constitucionalmente han de contener instrumentos jurídicos aptos para regresar a la normalidad, solamente sirven para prolongar una situación que ya no puede seguir siendo considerada como excepcional.

C. *Estado de Sitio y Justicia Penal Militar*

Entre las medidas que usualmente toman nuestros gobiernos durante los períodos de estado de sitio, la más significativa y frecuente es la de entregarle a la justicia penal militar la investigación y juzgamiento de delitos comunes o políticos cometidos por civiles.

Siempre hemos considerado que tal determinación es inconstitucional. Hé aquí los fundamentos de nuestra posición:

Si nos atenemos a la letra del art. 61 de la Constitución Nacional, y a su formulación gramatical, debemos concluir que en ella se prohíbe a cualquier persona o corporación ejercer, en tiempo de paz, las funciones de la autoridad civil simultáneamente con las de la autoridad judicial, y las funciones de la autoridad civil simultáneamente con las de la autoridad militar.

Del análisis precedente resulta, pues, que si bien en tiempo "de paz" no puede una misma persona o corporación ejercer simultáneamente funciones política o civil y judicial, ni funciones política o civil y militar, a *contrario sensu*, en tiempos "de no paz" —que podrían ser los de guerra interior o exterior y aun, con discutible amplitud, los de estado de sitio— es jurídicamente compatible el ejercicio simultáneo de la autoridad política o civil con la judicial, y de aquella con la militar; en tales períodos podría entonces un gobernador fingir de juez o un oficial del ejército desempeñarse como alcalde. Esto es, evidentemente, lo que el precepto dice.

Ahora bien, como existe en el texto del citado art. 61 una irreductible oposición semántica y gramatical entre lo judicial y lo militar, como que una y otra funciones son diversas y excluyentes, y como las dos categorías de autoridad que la norma enfrenta son, de un lado la política o civil, y del otro, la judicial y la militar, puesto que estas dos últimas no admiten complementación gramatical, lógica, ni jurídica, síguese que conforme a la norma examinada *en ningún tiempo es jurídicamente posible que una misma persona o corporación puedan ejercer simultáneamente las funciones judicial y militar.*

Para concluir, como hasta ahora se ha hecho, que en tiempo de no paz son jurídicamente compatibles las funciones judicial y militar, sería necesario que el texto del art. 61 estuviera redactado de la siguiente o parecida manera: "Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política y la civil, ni la judicial y la militar". Por esto supondría, desde el punto de vista conceptual, enfrentar como diversas las funciones política y civil, y por el aspecto gramatical, sustituir la disyuntiva 'o' en su función explicativa por la copulativa 'y' con función de separación antagónica, así como cambiar la actual copulativa 'y' que separa las dos coordinaciones, por la negativa 'ni', y, finalmente, reemplazar la disyuntiva dilemática 'o' que opone lo judicial a lo militar, por la copulativa 'y' que permita separar ambos términos. Resulta, sin embargo, palmar que los dos textos son diversos y que el imaginado aquí no corresponde textual ni conceptualmente al del art. 61.

Pero la prohibición del ejercicio simultáneo de las funciones judicial y militar, no se desprende meramente de la fría y calculada redacción del art. 61, sino que

surge de la naturaleza misma de una y otra. En efecto, aquella está adscrita a la rama jurisdiccional del poder público y esta a la rama administrativa; el juez es por naturaleza sujeto deliberante, mientras que al militar le está constitucionalmente prohibido el ejercicio de esa actividad mental[5], en virtud de la subordinación jerárquica a que está obligado; la función judicial es autónoma y la militar dependiente.

Se ha dicho por eso, con razón, que "El art. 61, durante el tiempo de guerra autoriza a la autoridad civil o política para que, simultáneamente con sus funciones civiles, pueda asumir las que competen a la rama jurisdiccional o a la fuerza pública. Lo que no puede extraerse del contenido jurídico de esa norma es la interpretación según la cual los militares pueden asumir el quehacer de administrar la justicia ordinaria. Si esa interpretación fuera técnica, también se podría sostener que el art. 61 durante el estado de sitio, confiere a los jueces la posibilidad de dirigir la guerra contra las tropas extranjeras o contra las de los rebeldes que intentan derribar al gobierno" (sentencia de la Sala Plena del 2 de diciembre de 1976; salvamento de voto).

Tan evidente es el absolutismo de la prohibición constitucional del ejercicio simultáneo de las funciones judicial y militar, que el propio constituyente hubo de establecer dos perentorias excepciones: una en el art. 27, num. 2°, conforme a la cual "los jefes militares.... podrán imponer penas *in continenti*, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo". Y la otra, en el art. 170 que autoriza a las cortes marciales o tribunales militares para conocer "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", conforme al Código Penal Militar.

Pero al tiempo que la primera excepción permite a la autoridad militar ejercer función judicial sobre personas civiles o militares en la especial situación allí descrita, la segunda limita perentoriamente esa potestad jurisdiccional por cuanto solamente ha de ejercerse sobre militares en servicio activo y en relación con él. Y no resulta válido afirmar que la jurisdicción militar sobre civiles constituye un simple "traspaso de competencia" que puede hacerse por vía legal, porque este razonamiento desconoce la precisa y tajante exclusión que de la simultaneidad de estas funciones hace el art. 61 de la Carta, y que conduce a reconocer en el art. 170 una excepción a tal principio —que no otra cosa es el fuero militar— y no una regla meramente permisiva; y también una excepción al art. 58 de la Carta, en cuanto señala que "la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia"; y al art. 55 *ibidem* en la medida en que dispone que "el Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones *separadas*, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

[5] El art. 168 de la Constitución Política de Colombia dispone que "la fuerza armada no es deliberante".

Bien dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia —Sala Plena— del 4 de octubre de 1971: "La ley de justicia militar no puede sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de delitos comunes cometidos por personas que no se hallan revestidas de título castrense, porque ello se opone al principio consagrado en el art. 170 de la Carta, según el cual el régimen exceptivo solo es aplicable a los delitos cometidos por militares en servicio... pero ello solo se concibe respecto de estos y en relación exclusiva con la actividad y los ilícitos cometidos en desarrollo de la misma. Consagrarla involucrando personas distintas de los militares en servicio, equivale a suplantar el orden constitucional, concediéndole al art. 170 de la Carta un valor genérico y no específico, que es el que le corresponde".

Los militares en servicio activo a que se refiere el art. 170 de la Carta son los oficiales, suboficiales y soldados que integran los cuerpos del ejército, la aviación y la marina nacionales; de ellos no forma parte la policía. En efecto: los policías no son militares porque la Constitución separa nítidamente a estos (art. 166) de aquellos (art. 167); porque el ejército ha sido constitucionalmente creado para defender la soberanía nacional (art. 166), a tiempo que es función de la policía la protección "de los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de esta se derivan" y "la conservación del orden público interno" (Código Nacional de Policía, arts. 1° y 2°); porque en razón de la naturaleza de sus funciones, el ejército es institución bélica y la policía organización civil (ibídem, art. 34); porque los militares deben obediencia absoluta a sus superiores (Const. Nal., art. 21) en tanto que la obediencia policial es reflexiva (Código Nacional de Policía, art. 47); porque los agentes de policía ingresan a la institución por propia voluntad, se convierten en empleados públicos y se pueden retirar cuando así lo decidan, en tanto que los soldados son coactivamente incorporados al servicio militar, no son empleados públicos aunque reciben algún estipendio, y no pueden retirarse voluntariamente mientras no hayan cumplido el período legalmente fijado de alistamiento castrense; porque gobernadores y alcaldes son jefes de policía en sus respectivos niveles departamental y municipal, mientras que los militares solo reconocen la jerarquía superior de sus comandantes.

La infortunada adscripción legal de la Policía Nacional al Ministerio de Defensa es meramente formal, y por lo mismo no modifica, ni podría, la sustancial diferencia estructural de una y otra instituciones. Solo constituye, como lo dijera en frase afortunada un ilustre magistrado, "un síntoma más de nuestra débil estructura democrática".

D. *La Estructura Piramidal del Proceso Penal Militar*

Como su propio nombre lo indica y como lo consagran las legislaciones que de ella se ocupan, la justicia penal militar ha sido concebida y plasmada normativamente como un fuero especial que garantiza a los militares que delincan en ejercicio de sus funciones, un juzgamiento institucional, vale decir, por jueces escogidos de entre sus propios pares; son, pues, militares de mayor jerarquía quienes investigan y fallan los procesos penales por delitos cometidos por miembros de las fuerzas armadas en el ordinario desempeño de sus actividades castrenses.

El Código de Justicia Penal Militar de Colombia prevé tres clases de procesos: el de los consejos de guerra, el de los consejos verbales de guerra y el especial. Los funcionarios que generalmente intervienen en tales procesos son el juez instructor, el juez del conocimiento, los vocales o jurados, el fiscal, el defensor y el secretario; en los consejos verbales de guerra interviene también un asesor jurídico. Por lo regular, y salvo los jueces de instrucción que suelen ser abogados civiles, los demás funcionarios son militares en servicio activo. Tanto los jueces de instrucción como los magistrados del Tribunal Superior Militar, son nombrados por el gobierno nacional; los demás integrantes del aparato judicial (fiscal, vocales, defensor de oficio, secretario, asesor jurídico) son de libre nombramiento del juez de la causa, quien ejerce al mismo tiempo las funciones de comandancia militar que en razón de su jerarquía le han sido previamente asignadas.

Resulta así que entre el juez de la causa y los demás funcionarios que intervienen en el proceso penal militar existe una rígida relación de dependencia, no solo porque son nombrados por aquel, sino porque a él están subordinados jerárquicamente.

Ahora bien, una de las características consustanciales al proceso penal ordinario o común —aquél que conoce de delitos cometidos por civiles— es la atinente a la autonomía del juzgador; ella está garantizada por su origen jurisdiccional, su profesionalidad, su estabilidad. Otro aspecto fundamental corresponde al equilibrio de partes en el debate procesal, en cuanto acusación y defensa tienen iguales oportunidades de aportar y controvertir la prueba. En Colombia la Corte Suprema de Justicia —máxima entidad de la rama jurisdiccional del poder público— está integrada por magistrados elegidos por la misma corporación (cooptación) y que permanecen en sus cargos hasta la edad de retiro forzoso (65 años); la Corte, a su vez, elige a los magistrados de los tribunales de segunda instancia por períodos de cuatro años, y estos nombran cada dos años a los jueces de sus respectivos distritos.

Cuando el gobierno nacional decide en estado de sitio que determinados delitos cometidos por civiles sean juzgados por la justicia penal militar mediante el mecanismo de los consejos verbales de guerra, está entregando esos ciudadanos a una jurisdicción castrense en la que el juez de la causa es un comandante de unidad militar, y en la que el fiscal o acusador, los vocales o jueces de conciencia, el asesor jurídico y hasta el defensor de oficio, son subalternos del primero y nombrados por él; con un tal sistema de jerarquía piramidal es imposible esperar un proceso equilibrado y justo. Más aún, en esta clase de procesos, sumario, juicio y fallo se hacen durante la audiencia pública; las pruebas se piden allí mismo y solamente pueden practicarse en el recinto donde aquella se realiza; el defensor se nombra también en ese momento procesal —cuando no estuviere ya actuando como apoderado— y dispone solamente de tres horas contadas a partir del momento en que se lea el cuestionario que contiene la específica acusación, para preparar la defensa del procesado. Se viola así el principio constitucional del debido proceso con defensa real.

Entre los delitos cuya investigación y fallo suele encomendarse a la justicia penal militar durante los períodos de estado de sitio, se hallan los de contenido público (rebelión, sedición, asonada). Hemos dicho ya que dentro de la concepción político-militar de la teoría de la seguridad nacional se les ha entregado en nuestros

países a las fuerzas armadas el control del orden público interno y la tarea de combatir militarmente a los grupos rebeldes o sediciosos que pretenden, generalmente desde fronteras ideológicas de izquierda, el derrocamiento de los regímenes gobernantes.

Pues bien, cuando en el curso de esta lucha armada el ejército oficial captura a miembros de unidades rebeldes, inicia contra ellos procesos penales; a partir de ese momento la relación soldado-rebelde que venía desenvolviéndose en el plano propio de dos enemigos que se enfrentan con las armas en la mano, da lugar a otra relación formalmente jurídica en la que el militar victorioso se convierte en juez y el rebelde vencido se transforma en procesado. ¿Será posible entonces esperar un juicio imparcial cuando el juez está juzgando a su propio enemigo? Definitivamente no. Por eso no sorprende la sentencia de condena, fundada en veces sobre la propia confesión, nacida bajo el clímax angustioso de la tortura material o sicológica.

CONCLUSIONES

1ª) La teoría de la seguridad nacional es un mecanismo político-militar auspiciado por los Estados Unidos de Norteamérica para el mantenimiento de gobiernos "fuertes" en los países de América Latina, con el fin de evitar la consolidación de sistemas democráticos reales;

2ª) Uno de los instrumentos utilizados por los gobiernos latinoamericanos para lograr tal objetivo es el de la declaración de estados de sitio o de emergencia nacional, que suelen prolongarse más allá de los estrechos límites para los que fueron instituídos normativamente;

3ª) En países como Colombia, Chile, Brasil, tales mecanismos de excepción suelen aprovecharse para entregar al poder militar el juzgamiento de civiles, mediante procedimientos conculcadores de garantías personales constitucionalmente consagradas, como el debido proceso y el derecho de defensa;

4ª) Hay necesidad de crear y fortalecer en la conciencia ciudadana de nuestros países la convicción de que tales mecanismos institucionales son violatorios de nuestras soberanías y retardan el necesario proceso de liberación de la dependencia económico-política en que se nos mantiene; y

5ª)La autodeterminación de los pueblos, la existencia de una democracia real, el funcionamiento de una justicia jurisdiccional y respetuosa de las garantías propias del debido proceso y el rompimiento de los desequilibrios socio-económicos que nos golpean, son metas por las que debemos luchar sin limitaciones fronterizas, para ofrecer a nuestros hijos y a los hijos de nuestros hijos un mundo sin explotadores ni explotados, sin amos ni vasallos, sin opulentos ni mendigos, un mundo de libertad con igualdad de oportunidades y armoniosa convivencia.

EL ACAPARAMIENTO Y LA ESPECULACIÓN DESDE LAS PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICA Y JURIDICOPENAL

DR. EMIRO SANDOVAL HUERTAS*

PRESENTACIÓN

Hemos de ocuparnos aquí de dos de los comportamientos que en las naciones periféricas del sistema occidental contemporáneo, como Colombia, indudablemente mayor relevancia poseen por su frecuencia, su significado y sus consecuencias: los denominados jurídicamente *acaparamiento* y *especulación*.

Pretendemos examinar dichos fenómenos desde una doble perspectiva: la juridicopenal y la criminológica. Quizás para muchos esos dos puntos de vista todavía resultan fácilmente separables. En nuestra opinión, sin embargo, si se desea obtener una visión que trascienda el mero análisis técnico-formal y que por tanto se aproxime más a un mejor conocimiento del asunto, necesariamente se debe acudir a la doble perspectiva mencionada. Con ello, además, aspiramos a poner de manifiesto cómo el enfoque penal y el criminológico pueden y deben complementarse.

En este orden de ideas, inicialmente procuraremos entonces ubicar los hechos en cuestión dentro del contexto económico-social existente en nuestro medio y precisar el interés jurídico protegido con las disposiciones penales que los sancionan. A continuación haremos una somera revisión de los antecedentes normativos de los actuales arts. 229 y 230 del Código Penal colombiano, con la inclusión de algunos datos de derecho comparado. Seguidamente estudiaremos, por separado, los distintos aspectos penales de las normas referidas al acaparamiento y la especulación. Y, por último, plantearemos ciertas reflexiones básicas acerca de la existencia, el significado y las posibilidades de superación de las disposiciones aludidas.

Agradecemos a los profesores Alfonso Reyes E., Klaus Tiedemann, Francisco Muñoz Conde, Antonio Cancino Moreno y Édgar Saavedra Rojas, las informaciones y sugerencias que nos han proporcionado para este trabajo; pero, desde luego, la responsabilidad por su contenido es exclusivamente nuestra.

* Presentamos hoy, en este número-homenaje, el último trabajo que el Dr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS escribiera días antes de que su existencia fuera prematuramente truncada a raíz de los aciagos acontecimientos del Palacio de Justicia, cuando se desempeñaba como magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia y corresponde a la conferencia por él pronunciada en las Jornadas de la Universidad Externado de Colombia de septiembre de 1985.

1. *Ubicación en el contexto socioeconómico*

Al respecto recordemos, como punto de partida, que la finalidad principal del sistema económico vigente en el mundo occidental es la obtención de ganancias para los propietarios de medios de producción y distribución de bienes, prestación de servicios y circulación de la riqueza.

Esas ganancias se obtuvieron, inicialmente, en un régimen de absoluta libertad de competencia; esa fue la época, pues, del "dejar hacer, dejar pasar". Pero por razones ampliamente conocidas —entre las cuales se destaca la amenaza que ese régimen significaba para la existencia misma del sistema capitalista—, se impuso posteriormente la necesidad de la intervención estatal supuestamente orientada a regular las relaciones económicas entre los miembros de una colectividad, de modo que las ganancias se obtengan solo dentro de ciertas reglas. Además —y de otra parte— desde las primeras décadas del presente siglo se ha venido desarrollando un creciente proceso de concentración de los capitales —es la fase monopolista—, que entonces ha determinado también la principal reducción a la libre competencia antes existente.

Bastan las anteriores consideraciones para resaltar un primer dato significativo en la ubicación socieconómica del acaparamiento y la especulación: estas conductas obedecen a la misma lógica del sistema económico existente en el mundo occidental, esto es, a la obtención de ganancias particulares, y su criminalización, por tanto, proviene apenas del hecho de que esas ganancias se procuran poniendo en riesgo la continuidad del sistema. O, para decirlo con los términos más precisos de PAVARINI, se trata de comportamientos que manifiestan una contradicción entre el capital en cuanto racionalidad que tiende a autoconservarse y el capital en cuanto propósito particular que busca inmediatamente las mayores ganancias posibles.

En este sentido, justamente, debemos precisar que las normas penales sobre acaparamiento y especulación no protegen la libre competencia, y en el segundo caso ni siquiera la llamada competencia relativa, sino que su pretensión, por lo menos teórica, es otra. En efecto, no puede hablarse de tutela de la libre competencia cuando penalmente se reprimen solo el acaparamiento que recae sobre artículos "oficialmente considerados de primera necesidad" y la especulación respecto de esos mismos bienes con precios fijados oficialmente, pues en ambas situaciones la protección se limita a una fracción bastante pequeña del conjunto de mercancías que se producen y distribuyen, y en la segunda, además, la fijación oficial de precios supone una previa restricción a la libre competencia.

Pero el hecho de que las normas penales sobre esas dos conductas se refieran exclusivamente a los productos de primera necesidad, revela el auténtico alcance de tales disposiciones: con ellas se pretendería garantizar la mínima reproducción de la fuerza de trabajo necesaria para la subsistencia del modo de producción capitalista. De hecho, recuérdese que en este sistema económico resulta indispensable que quienes venden su fuerza de trabajo a cambio de un salario, mantengan y reproduzcan esa capacidad laboral en unos ciertos niveles, porque de no ser así

no estarían en condiciones de seguir generando ganancias para beneficio de los propietarios. El "mensaje" de las normas penales sobre acaparamiento y especulación a los potenciales autores de tales conductas, podría, pues, sintetizarse así: obtengan sus ganancias pero sin llegar a afectar la distribución y consumo de artículos de primera necesidad, porque sin estos no habría reproducción de la fuerza de trabajo y el sistema mismo vería amenazada su subsistencia.

Ahora bien, la existencia de esas normas penales indica, de otra parte, que la tutela penal a la distribución y consumo de artículos de primera necesidad solo resulta pertinente en aquellos medios en que la producción de esos bienes no se realiza en forma suficiente para el abastecimiento de toda la población. Esto ocurre, concretamente, en los países periféricos del sistema occidental, y de allí que normas sobre acaparamiento y especulación existan, v. gr., en las codificaciones penales de Colombia, Perú, Venezuela, etc. En cambio, en los países centrales, como Alemania, donde el nivel productivo es mayor y por tanto no hay dificultades para el suministro de los productos en mención, no existen disposiciones penales de esa clase.

Pero frente a las consideraciones anteriores, se debe advertir que debido a la posibilidad de autoría y el riesgo de penalización que los grupos dominantes tienen en relación con el acaparamiento y la especulación, las normas penales sobre estas conductas tienden a traer en sí mismas dificultades para su propia aplicación y a establecer penas de escasa significación.

2. *Análisis de las normas penales colombianas*

A) *Acaparamiento*. El art. 229 del C. P. dispone: "El que en cuantía superior a quinientos mil pesos acapare o, de cualquier manera, sustraiga del comercio artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de diez mil a un millón de pesos".

Se trata, pues, de un tipo penal con *sujeto activo* jurídicamente indeterminado, pero no se requiere ningún esfuerzo para deducir que, en razón del elemento descriptivo que mencionaremos a continuación, solo pocas personas pueden realmente ejecutar esa conducta, pues requiérese tener más de quinientos mil pesos dedicados a la actividad comercial.

El *elemento descriptivo* según el cual el hecho ha de realizarse "en cuantía superior a 500.000 pesos", suscita, precisamente, varios comentarios.

En primer término recuérdese, al respecto, que el anteproyecto de 1974 no exigía alguna cuantía mínima para que el acaparamiento fuese sancionable penalmente; en el proyecto de 1976 se introdujo el límite de 5.000 pesos y se dijo que ello tenía como finalidad no inundar los juzgados de procesos por hechos insignificantes; en el proyecto de 1978 esa cuantía fue elevada a $ 50.000 y en el de 1979, con el argumento de que no se debía atentar contra los pequeños comerciantes, el mencionado límite fue definitivamente incrementado a $ 500.000,oo.

Cualquier delimitación en ese sentido resulta, ciertamente, arbitraria, y la que ahora nos ocupa, en el breve lapso de tres años (de 1976 a 1979) pasó, de 5.000

a 500.000 pesos, es decir que experimentó en ese período un incremento del 10.000 %. El acaparamiento por menos de 500.000 constituye en todo caso la infracción administrativa prevista en el art. 15 del decreto 2876 de 1984. Pero ¡imagínense cuál sería la reacción de los grupos poderosos si, por ejemplo, al hurto se lo reprimiese penalmente sólo cuando su cuantía excediera de 500.000, para no recargar así los juzgados ni atentar contra los pequeños ladrones!.

Ciertamente pensamos que la llamada "criminalidad de bagatela", esto es, aquella que recae sobre objetos jurídicos y materiales de escasa entidad, debe y puede ser despenalizada. Pero el acaparamiento por menos de quinientos mil pesos difícilmente podría ser considerado como "criminalidad de bagatela".

El mencionado elemento descriptivo, de otra parte, genera innecesarios problemas técnico-jurídicos. En este sentido obsérvese, inicialmente, que en razón del proceso de devaluación de la moneda nacional y debido además al carácter absoluto o fijo del límite en mención, las conductas que ahora son meras infracciones administrativas, por ser de cuantía menor a quinientos mil pesos, inevitablemente tienden y llegan a constituir delitos de acaparamiento. Piénsese, por ejemplo, en quien sustrae del comercio unos 4.500 litros de leche, cuyo costo, al precio actual, es de cerca de 470.000 pesos; pero ese mismo comportamiento, dentro de seis meses —o quizás menos— será ya delictivo porque el valor del objeto material pasará entonces del medio millón de pesos.

Nos preguntamos, pues, si esa situación en la cual una conducta pasa de contravencional a delictiva sin que haya habido ningún cambio de legislación, sino apenas un proceso económico, se compadece con el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Otra situación igualmente problemática se presenta cuando el agente realiza varias veces la conducta sobre un mismo producto, en cada una de ellas por un valor menor de quinientos mil pesos, pero sumadas se excede ese límite. Verbigracia, Juan sustrae hoy del mercado arroz por doscientos mil pesos, mañana hace lo mismo por idéntico valor y pasado mañana reitera exactamente la misma conducta; ¿habrá cometido tres infracciones administrativas cada una por 200.000 pesos o un delito por 600.000? Tentativamente podemos contestar que si la conducta del art. 229 del Código Penal es de ejecución instantánea, como habremos de afirmarlo posteriormente, al tercer día Juan incurrió en el delito de acaparamiento porque fue en ese momento que excedió los 500.000 pesos. Empero, esta respuesta no es totalmente satisfactoria. Supongamos, en efecto, que ocho días después Juan acapara más arroz, en esta ocasión por un precio de 600.000 pesos. ¿Habrá entonces cometido dos delitos de acaparamiento, cada uno por 600.000 pesos, o simplemente uno solo por cuantía de 1.200.000? Dicho en términos jurídicos, se plantea aquí el problema de si es posible o no el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acaparamiento y, en caso afirmativo, en qué condiciones.

En todo caso y frente a todas estas dificultades para la aplicación de la norma, nos parece que siempre tiene que atenderse al valor del producto en el momento de la realización del hecho, incluso cuando el acaparamiento ha producido el resultado —no exigido para la adecuación típica de la conducta— de elevar el precio al artículo.

De otra parte, la *conducta* descrita por el art. 229 del C. P. consiste en acaparar o de cualquier manera sustraer del comercio. Hay allí, pues, dos verbos rectores alternativos.

Acaparar significa retirar del mercado mediante adquisición. Por consiguiente, el resto de la descripción (es decir la expresión "de cualquier manera sustraiga del comercio") no puede considerarse como sobrante o innecesaria, pues el retiro del mercado de un producto es posible realizarlo mediante alquiler, depósito y, en general, mediante otros contratos que no implican adquisición.

Se trata, además, de un tipo penal de mera conducta, de ejecución instantánea, con efectos duraderos y que admite tentativa.

Respecto de la descripción del comportamiento, valga mencionar también que en el anteproyecto de 1974 y los proyectos de 1976 y 1978, se incluía una agravación por haberse producido el resultado de elevación del precio al producto. Esa disposición, empero, en lo que nos parece un buen ejemplo de la influencia que los criterios de posibilidad de autoría y riesgo de penalización tienen en la creación de normas penales, fue eliminada en el Proyecto del 79 y de allí que no exista en la codificación vigente.

El *objeto material* del acaparamiento consiste, como ya se sabe, en un "artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad". Existe aquí, pues, un ingrediente normativo jurídico, pero extrapenal, que remite a las disposiciones en las que oficialmente se define cuáles son los productos o artículos de primera necesidad.

Pero también respecto de ese objeto material surgen dificultades dignas de ser examinadas.

Así, véase ante todo que en él no quedan incluídas las materias primas necesarias para la fabricación de muchos productos de primera necesidad, y es una evidente contradicción reprimir el acaparamiento de estos, pero no el de aquellas.

En segundo lugar, obsérvese que en las expresiones "artículos o productos", gramaticalmente no queda comprendida la noción de "servicios"; pero en el vocabulario económico —como lo hace notar CANCINO MORENO—, el término "productos" sí incluye la idea de servicios. Si hubiese "servicios de primera necesidad" —y hasta el momento oficialmente no los hay en Colombia— y si ellos fueren susceptibles de acaparamiento (pensamos, especialmente, en aquellos servicios de interés colectivo que están a cargo de particulares, como el transporte), se plantearía entonces el interesante problema de determinar si esa conducta se adecua a la descripción del art. 229 del Código Penal.

De otra parte, piénsese en la hipótesis —muy frecuente— en que la conducta recae sobre varios artículos de primera necesidad, cuya cuantía separadamente no es superior a quinientos mil pesos, pero en conjunto sí excede ese límite. Pedro, por ejemplo, acapara sal por 100.000 pesos, azúcar por 300.000 y chocolate por 200.000 —y digamos que lo hace todo en la misma fecha, para no complicar más el problema—. ¿Habrá incurrido en tres infracciones administrativas o en un delito de acaparamiento? La solución que daríamos a tal cuestión comenzaría por poner

de presente que el art. 229 emplea una noción global o genérica de artículo o producto de primera necesidad (esto es, no hace discriminaciones atendiendo a si se trata de sal, azúcar, chocolate, etc.) y, por consiguiente, la cuantía del objeto material ha de examinarse en esa misma forma, es decir, sin conceder trascendencia a las diferenciaciones entre los productos o artículos oficialmente catalogados como de primera necesidad, de modo que, en el caso propuesto, Pedro habría cometido un delito de acaparamiento.

En relación con el objeto material, sin embargo, el problema más difícil y hasta sorprendente (o quizás no) que hemos encontrado, es el siguiente:

En ese ingrediente normativo hay una remisión —como ya lo indicamos— a las disposiciones en las que oficialmente se defina cuáles son los productos o artículos de primera necesidad. Investigamos entonces cuáles autoridades tienen legalmente la facultad de dictar esas disposiciones contentivas de las definiciones mencionadas y, tras examinar las normas pertinentes, hemos llegado a la conclusión, por lo menos hasta ahora, de que sólo la Superintendencia de Industria y Comercio está legalmente facultada para definir cuáles son los artículos alimenticios de primera necesidad; así aparece, textualmente, en el art. 6° literal c) del decreto 149 de 1976.

Otras instituciones, como algunos Ministerios, y en general las mencionadas en el art. 2° del mismo decreto, están facultadas, según lo indica expresamente dicha norma, para establecer la política de precios, su fijación y aplicación, pero no para definir cuáles son los artículos de primera necesidad. Este último asunto resulta, sin duda, claramente distinto del primero, máxime que la política de precios no se refiere necesaria ni exclusivamente a los productos o artículos de primera necesidad.

Las otras normas relacionadas con el tema examinado, como el decreto 3466 de 1982 y la ley 7ª de 1943, tampoco facultan a autoridad alguna para definir oficialmente cuáles son los productos de primera necesidad.

No obstante esa ausencia de facultades legales para hacer las mencionadas definiciones, varios Ministerios y Superintendencias las vienen haciendo mediante resolución, y la Superintendencia de Industria y Comercio, excediendo igualmente las facultades que tiene, al definir artículos de primera necesidad en el parágrafo del art. 1° de su resolución 0036 de 1984, ha incluído muchos que no son alimenticios, como cuadernos escolares, betún, papel higiénico, jabones, detergentes, pilas para radio, materiales para construcción, combustibles, etc. Así las cosas, solo podemos concluir que esas resoluciones riñen con normas superiores, concretamente por cuanto las autoridades que las dictaron no tienen facultades para hacer las definiciones legales que en aquellas normas se han hecho.

Pero, aún más, encontramos finalmente que en el segundo inciso del art. 1° de la ley 7ª de 1943, se dijo: "Se entienden como artículos de primera necesidad los víveres, drogas y mercancías de ordinario consumo entre las clases populares". Si se admite que dicha disposición está vigente, como quiera que no ha sido derogada expresa ni tácitamente por norma posterior, tendríase entonces que a ella habría que acudir, aún hoy, para procurar saber cuáles son los artículos de primera necesi-

dad. Pero como estos no se encuentran relacionados en la citada disposición, llegaríase así a la conclusión de que el juez podría, por su propia cuenta, entrar a precisar si un determinado producto es o no de "ordinario consumo entre las clases populares" y, con ello, la expresión "artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad", contenida en los tipos penales que analizamos, ya no sería un ingrediente normativo jurídico sino extrajurídico.

En cuanto a la *punibilidad* del acaparamiento, recuérdese que en el anteproyecto de 1974 la pena iba de 1 a 5 años de prisión; en el proyecto de 1976, de 1 mes de arresto a 5 años de prisión, según la cuantía; en el proyecto de 1978, de 6 meses a 6 años de prisión, también según la cuantía, y en el proyecto de 1979 se redujo de 6 meses a dos años de prisión, cualquiera que sea la cuantía, y de allí la norma vigente.

A medida, pues, que se incrementaba la cuantía del objeto material para sancionar solo a los grandes especuladores, según se dijo en la Comisión del 79, en esta misma Comisión se introdujo la mencionada reducción punitiva, lo cual constituye otro buen ejemplo de la influencia del riesgo de penalización.

Comparemos, además, la pena aludida con otras sanciones igualmente previstas en nuestra actual codificación. Así, por ejemplo, mientras el acaparamiento por más de 500.000 pesos se reprime con pena de 6 meses a 2 años de prisión, para el hurto simple, cualquiera que sea su cuantía, la pena va de 1 a 6 años de prisión, para la estafa de 1 a 10 años y para el peculado por apropiación de 2 a 10 años de prisión.

Y de la multa consagrada para el acaparamiento ni siquiera vale la pena ocuparse por cuanto, como ya es ampliamente sabido, por disposiciones del mismo C. P. y en particular de su art. 49, se trata de sanción inaplicable.

B) *Especulación*. El art. 230 del C. P. dispone: "El productor, fabricante o distribuidor mayorista que ponga en venta artículo o género oficialmente considerado como de primera necesidad a precios superiores a los fijados por autoridad competente, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de diez mil a un millón de pesos".

Se advierte primeramente que esa conducta tiene un sujeto activo cualificado por su profesión.

"Productor", es una expresión legalmente definida en el art. 1° del decreto 3466 de 1982, así: "Toda persona, natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional".

A su vez, la noción de fabricante, que sería quien produce a través de una fábrica, queda incluída en esa noción legal de productor.

Y por distribuidor puede entenderse lo que el mismo art. 1° del decreto 3466 de 1982 define como "proveedor o expendedor", en los siguientes términos: "Toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades

de ese público". Pero se requiere que se trate de distribuidor mayorista, esto es, que provea o expenda al "por mayor"; pero esta expresión no tiene un significado preciso, sino que simplemente significa hacerlo en "gran cantidad" y, por tanto, ante la ausencia de indicaciones objetivas, en cada caso concreto habrá que determinar, según las circunstancias, si el sujeto es o no "mayorista".

Esta condición de "mayoristas", por lo demás, no se exige en el art. 230 al productor o fabricante y la norma penal no se puede adicionar injustificadamente con requisitos que ella misma no trae.

La *conducta* prevista en el art. 230 consiste en "poner en venta". Vender es entregar una cosa a cambio de un precio, por lo cual esa descripción del comportamiento resulta claramente insuficiente, por cuanto los artículos oficialmente considerados como de primera necesidad no solo son susceptibles de venta, sino también, v. gr., de permuta e incluso algunos de ellos pueden ser alquilados.

Un tanto al margen, vale la pena anotar aquí que, como infracción administrativa, el art. 14 del decreto 2876 de 1984 sanciona la llamada "especulación indebida". Esta denominación evidencia que, según lo insinuamos al comienzo, hay formas de especulación no-indebidas: aquellas realizadas dentro de las reglas de juego del sistema capitalista. Pero esa infracción administrativa no es únicamente la puesta en venta a precios superiores a los oficialmente establecidos, sino que comprende también otros comportamientos.

El art. 230, en todo caso, es un tipo penal de mera conducta y ejecución instantánea que, sin embargo, nos parece que admite la posibilidad de tentativa.

Tratándose de conducta instantánea, se consuma un hecho independiente cada vez que se realiza y, por consiguiente, con facilidad se estructuran concursos homogéneos y sucesivos de especulaciones.

Pero, además, también con facilidad se presentarán concursos entre acaparamiento y especulación. En efecto, si se tiene en cuenta que la acción de acaparar comúnmente se efectúa con el propósito de poder vender a mayores precios, pero que tal intención no se requiere para la adecuación de la conducta al art. 229 del C. P., las posteriores gestiones para la puesta en venta de los artículos acaparados configurarán especulación —o, por lo menos, una tentativa de esta—.

El *objeto material* de la especulación está constituído, según el art. 230 del C. P., por un "artículo o género oficialmente considerado como de primera necesidad". A pesar de que para el acaparamiento se empleó una fórmula no totalmente idéntica (en el art. 229 se alude a "artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad"), consideramos que se trata exactamente del mismo objeto material, y, en consecuencia, remitimos a las consideraciones hechas cuando nos ocupamos del acaparamiento, con un solo comentario adicional: es más posible, y en efecto así ocurre, que se presente la especulación con servicios; por tanto, el problema de saber si estos están o no comprendidos en el objeto material previsto por la norma, adquiere aquí mayor trascendencia práctica.

De otra parte, la expresión "a precio superior al fijado por autoridad competente" es un *elemento descriptivo* que a la vez contiene un ingrediente normativo jurídico, pero extrapenal.

En efecto, como es sabido, en lo relacionado con la actitud frente a los precios, hay dos sistemas básicos: la libertad de precios y el control de estos, con algunas fórmulas intermedias que últimamente se han venido poniendo en práctica.

Cuando se trata de artículo cuyo precio está sometido a control, legalmente están señaladas las autoridades competentes para hacer las respectivas fijaciones; en la actualidad ello ocurre en el art. 2° del decreto 149 de 1976 y además funcionan los llamados "comités municipales de precios".

Y establecido que la fijación fue hecha por autoridad competente, se debe examinar si el precio por el cual se puso en venta el artículo excedió el oficialmente señalado. Se trata de una operación aparentemente simple (comparar dos magnitudes), pero aquí, precisamente, comienza un interesante problema.

Piénsese, de hecho, en la frecuente situación en que el precio de venta es superior al oficialmente señalado en un momento dado, pero que, por la devaluación, resulta inferior al que poco después es autorizado para el mismo producto. Verbigracia, según la resolución 078 de 1985 del Ministerio de Agricultura, el precio máximo del bulto de 50 kilos de harina de trigo, puesto en el molino, es de 2.900 pesos; alguien lo vende a 3.000 y dentro de ocho días, o quizás mañana mismo, una nueva resolución lo fija en 3.1000 pesos.

¿Hay lugar a deducir responsabilidad penal por aquel hecho o puede admitirse la existencia de una norma posterior favorable que ha hecho desaparecer la tipicidad de la conducta? Este interrogante, por lo demás, no se presenta únicamente respecto de la hipótesis planteada, sino también cuando el producto ha dejado de estar sometido a control de precios, e, incluso, tratándose aun del delito de acaparamiento, cuando el artículo ya no es considerado oficialmente como de primera necesidad.

Ante situación jurídicamente idéntica a la planteada, la Corte Suprema de Justicia, en providencia de febrero 15 de 1980, por mayoría consideró que debía aplicarse la norma posterior favorable. Contra tal decisión se ha dicho, ciertamente, que el principio de favorabilidad solo se refiere a disposiciones penales ulteriores, es decir que no comprende las posteriores normas administrativas, y que aquella tesis conduciría necesariamente a que muchos tipos penales quedaran en definitiva sin ninguna aplicación, pues por la devaluación siempre habrá una decisión administrativa ulterior que haga lícito el comportamiento antes ilícito. Pero a tales argumentos podría replicarse que el art. 6° del C. P. no restringe la aplicación retroactiva por favorabilidad a las normas puramente penales; que si en razón de los ingredientes normativos se atiende a las decisiones administrativas para saber cuándo un comportamiento es típico, resultaría ilógico desatenderlas cuando ellas mismas señalan que esa conducta es atípica y que, en últimas, la falta de aplicación de ciertas normas penales simplemente revela que su función es meramente ideológica.

Quedan esbozadas así, pues, las dos posiciones al respecto. Pero agregamos que en el fondo de esa cuestión se halla el difícil problema proveniente de dejar a las autoridades administrativas, por la vía de algunos ingredientes normativos y de los tipos penales en blanco, la definición de ciertos comportamientos penalmente punibles.

En relación con la *punibilidad* para la especulación, el art. 230 trae las mismas previsiones que las contenidas en el art. 229 para el acaparamiento, tanto por lo

atinente a la pena de prisión como a la multa, y por ello remitimos ahora a las consideraciones hechas en precedencia, con la única aclaración de que la benignidad punitiva frente a la especulación no fue introducida por el proyecto de 1979, sino que viene desde el anteproyecto de 1974.

Ahora bien, en este punto hemos de ocuparnos de la siguiente cuestión:

No obstante la escasa entidad de las sanciones previstas en los arts. 229 y 230 del C. P., los procesados por acaparamiento y especulación —así como por los inculpados de demás delitos del capítulo I del título VII y del decreto 2920 de 1982—, han quedado sujetos al más severo régimen procesal establecido en el decreto 1853 de 1985: captura obligatoria (art. 3°), detención preventiva (art. 14, ord. 3°) y prohibición de excarcelación (art. 16). En suma, pues, legalmente los posibles autores de acaparamiento y especulación reciben el mismo tratamiento procesal que los sindicados de secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo o tráfico de estupefacientes.

Ciertamente sorprende que los delitos de acaparamiento y especulación hayan quedado incluídos en el catálogo de los hechos merecedores de esa dura reacción institucional. Y el hecho de que haya sido el gobierno nacional el que, a último momento, realizó tal inclusión, antes que una explicación podría ser más bien un motivo adicional de extrañeza. Debemos, entonces, preguntarnos por qué dichos delitos fueron sometidos al rigor extremo de las mencionadas disposiciones procesales.

En este orden de ideas —y con carácter eminentemente tentativo—, podríamos recordar, en primer término, que con la sanción penal del acaparamiento y la especulación teóricamente se busca sobre todo garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo indispensable para el mantenimiento del modo de producción capitalista. Pero, de otra parte, habría también que tomar en cuenta esas normas procesales que han sido dictadas por un gobierno comprometido ante la opinión pública a no permitir que el alza en el costo de la vida pase de ciertos niveles; podría pensarse, por tanto, que con estas medidas se pretende contribuir al cumplimiento de ese compromiso. Y, sin embargo, creemos que la razón fundamental estriba más bien en la función ideológica que cumplen las normas sobre delincuencia económica.

En efecto, son disposiciones no aptas para proteger realmente los bienes jurídicos que dicen tutelar; y que tampoco se aplican (en todo Colombia, v. gr., durante el año de 1983, solo se iniciaron cerca de 40 procesos penales por acaparamiento y especulación, según datos oficiales, y menos aún por otros delitos económicos); pero, en cambio, la mera existencia de tales normas sirve para crear la falsa impresión de que los poderes establecidos sí protegen los intereses colectivos y combaten las conductas que los afectan.

3. *Consideraciones finales*

Con esto, además, llegamos a la última parte de nuestra exposición con la cual pretendemos ofrecer algunas reflexiones básicas acerca de la existencia y las posibilidades de superación de las normas aludidas.

La protección penal de los bienes jurídicos que SCUBBI —ya hace una década— bautizó como "intereses difusos", ha estado caracterizada, ciertamente, por la impunidad de que gozan quienes atentan contra esos intereses. Tal impunidad puede provenir de razones incrustadas en las mismas normas vigentes —como las aquí examinadas—, o de factores relacionados con la aplicación de esas disposiciones, o de motivos vinculados a la reacción social informal.

Por cualquiera de estas vías, en todo caso, a los autores de esos hechos no se les identifica socialmente como "delincuentes" en la forma como sí se hace con los responsables de criminalidad común. En esencia, por tanto, tiene razón PAVARINI cuando afirma que conviene hablar no de criminalidad económica, sino de ilegalidad económica no criminalizada.

Empero, al lado de esa aseveración, hay que relevar y poner especial énfasis —como lo hacen QUINTERO OLIVARES y VILLADAS JENE—, en que frente al fenómeno de la llamada criminalidad económica, la tarea efectiva que podría cumplir la ley penal por sí sola es mínima, para no decir que inexistente.

De hecho, por cuanto esa criminalidad está directamente relacionada con la lógica estructural del sistema económico vigente y con las condiciones materiales que este último genera, cualquier intento de modificación de la normatividad penal pertinente que no vaya acompañado de serias transformaciones socioeconómicas, de antemano está condenado al fracaso, y a seguir cumpliendo únicamente la función ideológica ya mencionada —como bien lo han advertido MUÑOZ CONDE y VILLADAS JENE—. Insistir, pues, en la norma penal como única o principal forma de afrontar la criminalidad económica, significa seguir enfrentando los problemas allí donde ellos se manifiestan pero no donde ellos se originan.

Podemos entonces, para terminar, recordar y complementar aquella metáfora de DANIEL DREW, quien expresó: "La ley penal es como una telaraña: está hecha para las moscas y otras clases de insectos pequeños, pero no corta el paso a los abejorros grandes"; pero debemos agregar que las telarañas menos pueden cortar el vuelo de las águilas.

COLABORACIONES EXTRANJERAS

LAS FUNCIONES DE LA POLICÍA Y LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS

Dr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ*

La acción policial aparece expresa y directamente ligada a la Constitución[1], pues la policía es parte del sistema de *control del Estado* y, específicamente, del *control formal*. Más aún, es pieza esencial de la intervención del Estado sobre los ciudadanos en relación con un efectivo control: la policía constituye el *órgano inmediato de aplicación del control penal* y uno de los más importantes del *control en general*.

Ello implica, necesariamente, poner a la *policía* en relación *con los derechos humanos*, en general, y con los *derechos fundamentales, en especial*[2]. En verdad *no tendría sentido práctico* hablar de derechos humanos o fundamentales, si estos no se pusieran en relación con la función policial. Una indagación de la función policial de carácter *neutro o técnico, que no la ponga en conexión con todo el sistema político*, significa simplemente pasar por alto los derechos humanos y fundamentales y, en definitiva, prescindir de la propia Constitución. Ahora bien, para poder precisar estas relaciones entre función policial y *sistema constitucional*, habría que distinguir los siguientes aspectos: 1) papel de la policía dentro de la intervención penal del Estado; 2) papel de la policía dentro de la intervención general sancionatoria del Estado, y 3) las relaciones entre estos cometidos y la libertad y seguridad de los ciudadanos.

1. *Papel de la policía en el control penal*. Este primer aspecto es el más específico del control e intervención del Estado sobre los ciudadanos. En su configuración, ciertamente, ha influído el desarrollo de la concepción de la pena, aunque haya una cierta tendencia a desvincular el estudio del sistema penal en general, y del derecho penal en especial, con el de la policía.

Así se indica que la policía tiene una función *represiva*[3] y, en los hechos, la tiene. No se trata solo de un problema meramente conceptual, sino constatable en la práctica. Ahora bien, esta finalidad represiva de la policía está ligada a una

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

[1] Cfr. sobre el punto MANUEL BALLBÉ, "La policía y la Constitución", en *Policía y sociedad democrática*, Madrid, Alianza Universidad 357, 1983, págs. 89 y ss.

[2] Cfr. sobre el punto D. G. GUARNERI, *Policía y derechos humanos*, edición mimeografiada de la Escuela de la Guardia Urbana de Barcelona.

[3] Así se señala en la mayoría de los reglamentos de la policía y en los estudios sobre ella. Sirva por vía de ejemplo: ANA ALABART y JULI SABATÉ, *La policía local a Catalunya*, 1983, (Edición Direcció Geenral de Seguretat Ciutadana Departament de Gobernació Generalitat de Catalunya 3), que entre las funciones de la policía destaca la de represión de la delincuencia, págs. 157 y ss.

concepción absoluta de la pena de carácter retributivo. Esto es, que la pena tiene un fin en sí, cual es *devolver mal por mal*[4]. Y, en este sentido, la policía sería el órgano directo del sistema penal en relación con los malos ciudadanos, para aplicarles ese mal. Concepción propia de un Estado absoluto, o bien, de un Estado democrático inicial, concebido como Estado guardián o Estado mínimo, preocupado solo por los *deberes negativos* (no matar, no robar, no hurtar, etc.) y en que la democracia no aparece profundizada hacia *todos* los ciudadanos; de ahí la no consideración de la proyección social del Estado. La única nota distintiva que diferenciaría este tipo de función de la de una tiranía, es que en un Estado de Derecho aparece tal aplicación del mal, sujeto al *límite de justicia*[5]. El mal que se aplica no tiene que ser superior al efectuado.

Pero esta concepción de la policía en su función represiva no se aviene con un Estado democrático y social, pues no basta que esa función sea justa, sino que es necesario que esté legitimada y para ello se requiere que de alguna manera todos los ciudadanos estén de acuerdo con ella y acorde con sus propios fines. Y, ciertamente, todos los ciudadanos saben que el Estado no está para crear su infelicidad, *sino para buscar y lograr las condiciones para su felicidad*[5]. Por tanto, una policía con función represiva no logra encontrar justificación. Se podría pensar que tal justificación surgiera porque el mal se ha de aplicar solo sobre los malos. Pero el problema es entonces quién determina quiénes son malos, si tal determinación es netamente *política* y no neutral como lo plantea el positivismo, con base en las ciencias de la naturaleza, o como lo hace el funcionalismo, con base en la sociología[6]. Por tanto, una determinación política dada por una minoría a una mayoría será siempre una dictadura de la minoría sobre los demás. Y, aún más, como en definitiva se trata del control por el aparato estatal, este posteriormente no está en situación *de distinguir* en la aplicación de la represión (así sucede aun en relación con leyes penales especiales, como la antiterrorista, en que la policía, como el sistema penal en general, aplica la represión también al no terrorista).

Para una *concepción utilitaria del sistema penal*, basado en el *liberalismo económico*, aun antes de un planteamiento intervencionista del Estado[7], se llegó a considerar que la pena tenía una *finalidad preventiva* y no represiva. Si bien, como el liberalismo económico partía de una intervención mínima, solo se postuló la llamada *prevención general*, esto es, que la pena debía tener por función llevar a cabo una *coacción sicológica* sobre todos los ciudadanos, para evitar que cometiesen delitos[8]. Tal planteamiento concordaba también con una concepción del Estado

[4] Sobre las teorías absolutas de la pena, cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, págs. 23 y ss.

[5] Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., pág. 25.

[6] Sobre los planteamientos positivistas y funcionalistas, cfr. ROBERTO BERGALLI, JUAN BUSTOS RAMÍREZ y TERESA MIRALLES, *El pensamiento criminológico*, I, Barcelona, Ed. Península, 1983, págs. 31 y ss., 35 y ss., 91 y ss., 133 y ss.

[7] Sobre el problema de las llamadas teorías relativas de la pena, cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 26 y ss.

[8] Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 26 y ss.

guardián o mínimo, pues la pena actúa simplemente de modo general y, por otra parte, coincidía con la perspectiva política en relación con la criminalidad, esto es, que en un sistema democrático deberían establecerse fines en relación con el control penal del Estado. De ahí que ya en el siglo XIX, y más aún en el XX, se haya planteado con insistencia —sobre todo con el rebrote de las tendencias utilitaristas por el resurgimiento del liberalismo económico— la idea de la prevención como función de la policía[9]. Si el sistema ha de ser preventivo, lógicamente la acción de la policía al ejecutarlo también ha de ser preventiva. Y de hecho también la labor de la policía ha sido preventiva; más aún, se ha señalado que la prevención efectiva no puede ser de la pena sino solo de la acción policial.

Pero un sistema penal basado en la pura y absoluta prevención general lleva a un *sistema penal del terror penal*, donde la preocupación es solo por la *eficacia* y *las técnicas de manipulación*, sometimiento y obediencia de los ciudadanos[10]. Y ello al realizarse por la policía convierte al Estado en un *Estado policial*, que es todo lo contrario de un Estado democrático y en el que tal control carece ya de total legitimidad, pues se basa *en la obediencia y no en la decisión autónoma de los ciudadanos*. Esta función preventiva llega a convertirse en algo peor que la represiva, pues ni siquiera tendría que quedar sujeta al principio de justicia, por no ser consustancial a ello; todo lo contrario, pues lo único que se persigue es la eficacia y no simplemente retribuir un mal con otro mal. De ahí que, si no se quiere llegar a esos extremos, inevitablemente se debe llegar a reducir la función preventiva general a un *nivel puramente ideológico* y *no práctico*. Por ello en relación con el sentido de la pena se ha dicho que su función preventiva es fortalecer la conciencia en el derecho[11]. Y en esa dirección, entonces, la prevención como función policial radicaría en que su presencia pondría en acción tal efecto ideológico. El estar presente significaría que el Estado existe, que la pena existe, que hay capacidad de llevarla a cabo. Con lo cual se fortalecería la conciencia en el Derecho. Pero esto jugaría en el plano puramente ideológico y resultaría totalmente indemostrable desde un punto de vista empírico, a pesar de la raíz utilitaria y economicista de este planteamiento. Solo se podría decir que si no hay policías, ciertos sujetos delinquirían. Pero al mismo tiempo habría que destacar, contraargumentando, *que no todos* y que, además, otros con o sin policía. En definitiva, pareciera que lo fundamental de este tipo de pensamiento preventivo es solo poner de relieve un *sentimiento de seguridad* de aquellos que, en principio —lo cual es dudoso[12]—, no delinquirían en ningún caso y que esperan que los demás no delincan.

La prevención queda reducida entonces a un sentimiento de seguridad por una parte de la población. Más aún: este predominio de lo ideológico sobre la acción

[9] Cfr. JAUME CURBET, "El modelo policial español", en *Policía y Sociedad*, ed. cit., págs. 75 y ss.; del mismo, "La policía y la prevención de la criminalidad", en *Policía y Sociedad*, ed. cit., págs. 99 y ss.; ANDRÉ BROSSARD, "Las funciones policiales", en *Policía y Sociedad*, págs. 101 y ss.

[10] Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 27 y ss.

[11] Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 35 y ss.

[12] Prueba de ello son los hurtos en los supermercados, que se producen desde todos los sectores, también por parte del "buen" ciudadano o ciudadana.

preventiva misma queda ratificado por una serie de investigaciones que señalan que la policía en relación con el delito generalmente llega tarde, esto es, después de haberse cometido, y que no puede ser de otra manera, pues no puede estar en todas partes y no sabe dónde se van a cometer los delitos[13]. Ciertamente sabe que hay determinadas zonas más propensas a los hechos delictivos, pero también una vigilancia preventiva mayor sobre ellas tendería a un desplazamiento de las conductas punibles hacia otros sectores, lo cual provocaría un mayor sentimiento de inseguridad, que es el objetivo de la prevención desde un punto de vista ideológico.

En definitiva, la prevención bien se convierte en pura represión, si solo es eficacia, o bien se convierte en algo pobre y frágil si el acento está en el sentimiento de inseguridad, pues este es muy manipulable y sensible a cualquier cambio. Ello sobre todo porque ese sentimiento de inseguridad depende de un marco social muy restringido, que es el de la delincuencia callejera, ya que la policía penal actúa *preventivamente* en la calle. Lo cual hace, por una parte, que se estigmatice a un determinado sector de la población y, por otra, que todo se fundamente sobre un nivel más sensible a las crisis, a los cambios, a la manipulación política y de cualquier otra clase (así, aun netamente policial, para lograr mayores recursos)[14]. La reducción de la prevención al sentimiento de inseguridad (de por sí ya no objetivo sino subjetivo y, por tanto, sometido a todo tipo de influencias, y a su vez estas conectadas necesariamente solo a ciertos hechos y marcos sociales —el de la criminalidad de la calle—), restringe todo el problema policial, aparentemente, a una cuestión puramente técnica o de eficacia y no política. Además, concentra el problema solo sobre un determinado grupo de personas, *tanto actuantes como afectados* —siempre las mismas— y lleva al error de pensar que solo allí reside la criminalidad y que se puede entonces distinguir un sector de los malos y otro de los buenos, cuando en la realidad el problema criminal se da también, en y desde el sector de los buenos, solo que de otro tipo. La reducción del problema criminal conduce a un fraude de etiquetas.

Luego, desde un punto de vista democrático tal concepción de la función policial no puede sostenerse, pues introduce a la democracia en una camisa de fuerza que puede llevarla a su propia destrucción: *sobre la base del sentimiento de inseguridad se exige cada vez solo una mayor eficacia y con ello se inicia el camino del Estado policial*[15].

Ahora bien, la concepción del Estado intervencionista surgida a fines del siglo XIX y asentada en el siglo XX, conforme a la cual el Estado ha de resolver las disfunciones que se produzcan en el sistema, desde el punto de vista del sistema

[13] Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "La instancia policial", en *El pensamiento criminológico*, II, Barcelona, Ed. Península, 1983, págs. 67 y ss.

[14] Cfr. J. FEEST y R. BLANKENBURG, *Die Definitionsmacht der Polizei. Strategie der Straverfolgung und soziale Selektion*. Düsseldorf, Bertelsmann Universität Verlag, 1972, págs. 35 y ss., 114, 117.

[15] El Estado policial tendrá su base en lo que se ha llamado la configuración de una cultura policial, justamente por la falta de controles democráticos de la policía. Cfr. PIERRE DEMONQUE, *Les policiers*, Paris, Maspero, 1983, págs. 91 y ss.; y en especial TAYLOR BUCKNER-NILS CHRISTIE-EZZAT FATTAH, "Policía y cultura", en *Policía y Sociedad*, ed. cit., págs. 166 y ss.

penal implica la *finalidad de prevención especial de la pena*. Esto es, la actuación sobre el individuo mismo para que no delinca o no vuelva a delinquir, lo que necesariamente lleva a la idea de la peligrosidad intrínseca de ciertos sujetos. Tal planteamiento, como se sabe, llevó a la aplicación de medidas predelictuales (Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970) de corte claramente autoritario y en contra de todas las garantías del ciudadano frente al Estado. También la función policial ha sido considerada desde esta perspectiva como preventivo especial y así su actuación sobre vagos, prostitutas, jóvenes rebeldes, alcohólicos, toxicómanos, etc. Pero si ya las bases teóricas de la prevención especial dentro del sistema penal no son sostenibles[16], con menor razón la acción de la policía sobre ciertos ciudadanos por tener ciertas características personales que pueden desagradar a otros: ser joven, vago, prostituta, etc. De ahí que tal función no aparezca compatible con un Estado de Derecho democrático (y todavía menos la forma radical de la prevención especial, como sería la inocuización o eliminación del mal, que desde el punto de vista policial se ha practicado y se practica con la llamada "ley de la fuga").

Sin embargo, hay otras dos posibilidades de la prevención especial que resultarían menos problemáticas. Una, es la de *información* —recogida en todo reglamento de policía—, esto es, explicar a la ciudadanía las maneras de prevenir posibles hechos delictivos en su contra, ya sea de manera general o, más formativa, a través de la escuela. Si bien ello aparece como posible, presenta también ciertos problemas, que obligan a reducir su intensidad o presencia. En primer lugar, se confunde con la prevención general y puede provocar entonces —por los hechos y sector a que se reduce— un gran sentimiento de inseguridad, con lo cual la policía misma resulta dañada en su imagen y no se cumple con el objetivo propuesto. En segundo lugar, la de tipo formativo en especial, es decir, aquella llevada a cabo en la escuela, resulta dudosa desde un punto de vista democrático y constitucional, pues podría perturbar el libre desarrollo de la personalidad del niño, a quien se le sometería ya a ciertas fobias, temores o miedos. De modo que si bien la información aparece compatible con un sistema democrático, lo es solo de manera puntual y dentro de límites muy estrictos.

La otra modalidad de prevención especial compatible con un sistema democrático es la de *asistencia social*, también llevada a cabo efectivamente por la policía y señalada en todos sus reglamentos. Se trata de plasmar la idea de que el Estado no solo debe preocuparse por los deberes negativos, sino también por los positivos, es decir, no solo porque no se mate, sino asimismo por mejorar las condiciones de vida o promover la vida de todos. Pero ciertamente este tipo de asistencia social (ayudar a enfermos, apagar incendios, etc.) sería siempre solo de *carácter subsidiario*, esto es, cuando no estén las instituciones competentes. El Estado, si va a asumir tales deberes positivos, debe crear las instituciones adecuadas para ello y que por supuesto no es la policía, si bien esta puede auxiliar y aun servir en ciertos casos subsidiariamente en alguna de estas tareas. Si el Estado es democrático y

[16] Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 33 y ss.

social de derecho, el promover las condiciones necesarias para que todos puedan gozar de todos los derechos humanos y fundamentales, no puede ser tarea de la policía.

Resumiendo lo hasta aquí dicho respecto de la policía en el ámbito criminal, habría que señalar que *si el problema criminal es considerado una cuestión técnica y no política, la policía tenderá a actuar antidemocráticamente, pues solo se preocupará por la eficacia*, por lo policial, y no será un instrumento más de política criminal[17]. Más aún, la no consideración política del problema criminal necesariamente llevará a que la policía quede sobrepasada por el problema criminal y reaccione de un modo exclusivamente represivo o preventivo antidemocrático. Naturalmente también un mal enfoque político del problema llevará a las mismas consecuencias y en ese sentido la acción policial resulta un barómetro de las fallas políticas de un sistema, fallas que busca cubrir mediante la represión, con lo cual se criminaliza lo que es un problema político.

Pero este análisis del ámbito criminal de la policía quedaría cojo si solo presentáramos las críticas y no también las alternativas.

Si, como hemos sostenido, la pena es antes que nada *autocomprobación* del Estado[18], es decir, de su propio sistema, y al ser este democrático y social, ello implica que esa *autocomprobación sea la de los bienes jurídicos producto de la participación de todos* y para todos, entonces la primera función de la policía tendrá que ser totalmente diferente.

Así como la función de la pena es *proteger los bienes jurídicos*, la función de la policía será la de *llevar a ejecución tal protección*. Su función es protectora, no represiva ni preventiva (aunque aspectos de esta última pueden quedar comprendidos dentro de la protección). Y la protección es respecto de todos, el concepto de bien jurídico, es un concepto relacional y dinámico, del que no se puede excluir o segregar a algunos. No hay malos ni buenos, solo hay ciudadanos que merecen igual protección, pues los bienes jurídicos son para todos. Por eso, desde un punto de vista democrático, la policía ha de tener un carácter civil, pues tiene que ejercer necesariamente una función participativa, propia a la de los ciudadanos. No puede por ello constituirse en un cuerpo aparte, burocratizado, centralizado o militarizado. En una sociedad democrática, abierta, plural, basada en *diferentes patrones culturales*, como en general las del capitalismo postindustrial, la policía tiene que participar de las características de la sociedad civil. Ser un civil con una función específica, con una determinada profesionalización.

De ahí que lo esencial, desde el punto de vista de su función protectora, es su *disponibilidad* respecto de todos los ciudadanos y no solo de algunos —con lo cual la concepción es completamente diferente de aquello del sentimiento de seguridad—. Disponibilidad que está, por ello mismo, más allá de una pura presencia en las calles, que además puede dar la impresión de un Estado policial. Ahora

[17] En este sentido de planteamiento propiamente de una política criminal, resulta importante destacar el llamado "Informe Sosías", de la Comisión Técnica de Seguridad Ciudadana del Ayuntamiento de Barcelona, salido a la luz pública el 14 de marzo de 1984.

[18] JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 39 y ss.

bien, para que la policía esté disponible, al alcance de todos, tiene que estar inmersa en la sociedad civil[19] y no ser ajena a ella, como sucede con un médico, un asistente social, etc. Ahora bien, esta función de protección se lleva a cabo en relación con *situaciones concretas* y *sujetos concretos*, por eso la función de protección ha de quedar complementada por la de *resolución de conflictos sociales*[20]*puntuales*. Se ha destacado que la policía actúa en cierto modo como *un juez*[21], es decir, entra a decidir en una situación de conflicto a diferentes niveles. Puede señalar alternativas a los sujetos en determinadas situaciones de conflicto, esto es, señala los caminos que se deben seguir y cuáles pueden implicar un choque con el ordenamiento jurídico social. También puede decidir el conflicto y conceder una opción a un sujeto, o sea, no dar curso al procedimiento criminal propiamente tal, dado el carácter del conflicto y el mutuo acuerdo entre las partes. Por último, también puede resolver el conflicto mediante la utilización del procedimiento criminal propiamente tal, pero teniendo siempre en cuenta que se trata de la resolución de un conflicto social y que el uso del procedimiento criminal no es sino otra forma más de resolución, que debería abrir otras alternativas y opciones a las partes en conflicto. Este planteamiento es ajeno, entonces, a una consideración represiva o preventiva pura, pues se parte de que la cuestión criminal es de carácter político y, por tanto, la actuación de la policía ha de ser la de entrar a ejecutar reglas político-criminales de resolución de tales conflictos que se dan en la sociedad.

2. *El papel de la policía en el control sancionatorio general.* Como señala la Constitución en el art. 25 (y confirma en el art. 9.3) no sólo la pena afecta los derechos individuales, sino también otro tipo de sanciones. Se podría decir que hay un control suave sancionatorio frente al duro de carácter criminal. Este último *tiende a estigmatizar* a ciertos sujetos; en cambio, el otro principio no lleva tal tendencia. También la policía entra a jugar en la aplicación de este control, así en lo referente a las sanciones del tráfico (la guardia urbana), sanciones aduaneras (guardia civil) y aun se entra en ciertos terrenos especializados, que, aunque policiales, pueden quedar entregados a otros servicios (evasión de tributos, evasión de capitales, cuidado de bosques, etc.).

2.1. *El papel de la policía en el control sancionatorio de orden administrativo.* Como se trata ahora simplemente del orden administrativo dentro de la sociedad civil, que las relaciones se den dentro de determinado marco para evitar posteriores perturbaciones a los bienes jurídicos, en caso alguno se plantea la cuestión de separar entre buenos y malos, amigos o enemigos, peligrosos o normales; por ello no tiene cabida la función represiva en caso alguno y tampoco una preventiva general o especial pura.

[19] Cfr. PIERRE DEMONQUE, *Les policiers*, ed. cit., págs. 26 y ss.; ALBERTO BERNARDI, *La riforma della polizia*, Torino, Einaudi, 1979, págs. 4 y ss.

[20] Cfr. L. H. C. HULSMANN-JOSÉ M. RICO-ZAMIR RIZKALLA, "Fonctions et táches de la police", en *Police, Culture et Société*, Presses de L'Université de Montréal, 1974, págs. 11 y ss.; cfr. también sobre el problema general del conflicto social y el sistema de control. ELIGIO RESTA, *Conflitti sociali e giustizia*, Bari, De Donato, 1977, págs. 9 y ss., 95 y ss.

[21] Cfr. J. FEEST y R. BLANKENBURG, ob. cit., págs. 35 y ss.

En cuanto a la prevención como tal, esta, además, tiene las mismas limitaciones ya vistas, esto es, que no puede tener un carácter muy amplio, pues la policía no puede estar en todas partes y solo, entonces, puede tener un carácter puntual. Mayor incidencia, en cambio, tiene aquí la labor preventiva, informativa y asistencial; pero estas formas en verdad caben dentro de una concepción de la función de protección. Se trata de proteger a todos los ciudadanos y de ahí ese determinado orden en las relaciones, de ahí la necesidad de información, organización, auxilio y asistencia al ciudadano. La sanción y la acción policial en relación con ella solo tiene un *sentido de orden* y no de resolución de conflictos. Pero sí, por el carácter eminentemente administrativo de la actuación policial en este caso, ha de regir el principio de la *necesidad*; aplicar la sanción solo cuando realmente sea necesaria e intervenir solo cuando sea realmente necesario.

Ciertamente en los límites resulta difícil deslindar este campo del anterior, pues la situación de puro orden administrativo se puede convertir en penal fácilmente[22]: así la infracción del tráfico en accidente de tránsito, la introducción clandestina de mercaderías que pasa de determinada cantidad, igual en la evasión de capitales, etc. Por eso, en la práctica, ambos papeles pueden superponerse.

2.2. *El papel de la policía en el control sancionatorio de orden público*. El control alcanza también otro nivel en que la policía aparece igualmente como órgano ejecutor, es el del orden público[23]. Mientras el control penal es un problema político (porque el delito surge de definiciones políticas) y el control de orden administrativo es solo político por ser una red anterior al penal y por la afección de derechos, el control de orden público es directamente político, pues está referido, además de su relación con el control penal, a la estabilidad del sistema en su conjunto. Tratándose de un problema eminentemente político, la función de la policía no puede ser represiva, pues no encontraría legitimidad. Sin embargo, en el último tiempo la doctrina de la «seguridad nacional», sobre la base de aplicar al orden público interno la concepción de la guerra y de la defensa externa del Estado, ha convertido al disidente interno en un enemigo que hay que reprimir y aniquilar, y basa su legitimidad en esa propia concepción de la guerra[24]. Pero tal concepción que se ha plasmado en una serie de leyes penales especiales en Europa (la antigua Ley de Casseurs y la Peyrefitte en Francia, las leyes Reale en Italia, las leyes antiterroristas en España, etc.) contradicen las bases de un Estado democrático de derecho, que no permite esta división de sus ciudadanos en amigos y enemigos (que constituye una continuación ideológica de la división en normales y anormales o desviados, llevada a cabo por positivistas y funcionalistas).

[22] Al respecto hay que señalar también, como ha destacado ZAFFARONI, que la reducción de lo penal a lo puramente de orden administrativo puede también servir a una concepción puramente represiva penal; cfr., "Sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material", en *Criminología Crítica*, Universidad de Medellín, 1984, págs. 103 y ss.

[23] Sobre el problema del orden público en el último tiempo hay una gran literatura; cfr. en especial ROMANO CANOSA, *La polizia in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1976, págs. 210 y ss.; FRANCO FEDELLI, *Polizia e democrazia*, Studio Tesi, 1978, págs. 3 y ss.

[24] Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología", en *El pensamiento criminológico*, II, ed. cit., págs. 23 y ss.

Tampoco se podría hablar de prevención, ya sea general o especial, pues no se trata de atemorizar o enmendar a nadie, pues ello atentaría contra los derechos de manifestación y expresión de los ciudadanos. La función tiene que ser eminentemente política y, por tanto, de *compatibilizar* los derechos de los unos con los otros dentro de los marcos del sistema establecido y del que todos son partícipes. Con mayor fuerza que en el caso del control penal, una consideración puramente técnica del orden público lleva a que la policía quede totalmente sobrepasada y tienda a una acción puramente represiva[25], e, igualmente, su acción resulta un claro índice de los yerros políticos y las crisis puntuales o constantes del sistema.

Ciertamente, junto al problema de control de orden público puede surgir uno de control penal (si se producen daños, robos, hurtos, lesiones, etc.). Pero una simple sumatoria de problemas tampoco es fundamento para un planteamiento puramente represivo (como se pretendió en Francia con la Ley de Casseurs o la Ley Peyrefitte de "Liberté et securité"), sino que son problemas para considerarlos cada uno en su entidad y tratarlos conforme a ella. Nunca la existencia de un problema en una democracia podría legitimar, dejar de lado los principios democráticos. Sería un contrasentido.

3. *Relación entre las funciones de control analizadas y la libertad y seguridad de los ciudadanos*. Se trata ahora de retomar los principios establecidos en la Constitución y la concepción de Estado inherente a ella. El control, evidentemente, es inmanente al Estado: desde el momento en que los hombres deciden organizarse, establecer un determinado sistema de relaciones entre sí, desde ese momento también están dispuestos a ceñirse a un determinado control, a regirse por determinadas pautas que sirvan para el mantenimiento de esa organización. Pero como hablamos de un Estado de Derecho, *el control mismo ha de estar sometido a una regulación jurídica*, no puede ser arbitrario ni ejercido a voluntad del jefe de Estado o del Gobierno, sino que está sometido a determinados límites y formas, impuestos por la regulación jurídica. Es el primer nivel del control del control. *La juridización del control* —el gobierno de las leyes, como dice BOBBIO[26]— implica una formalización de las vías por las cuales se ejerce el control. Pero se trata, además, de un Estado democrático, es decir, que aquellos principios generales que informan el sistema estatal y consecuentemente también el funcionamiento del aparato de control, requieren de una constante renovación y reafirmación por parte de todos los ciudadanos. Este es el segundo nivel del control del control. Y los dos niveles son dinámicos, es decir, están en continua realimentación y profundización, que es lo propio de una sociedad democrática —abierta y pluralista— y aún más: se trata de un Estado social, esto es, que responda a las necesidades de todos, con lo cual hay una revisión crítica de los niveles anteriores, en cuanto la generación de ellos puede haber estado orientada a la satisfacción de las necesidades de unos pocos o de muchos o solo de la mayoría. Es el tercer nivel del control del control.

[25] Al respecto cfr. la evolución en Italia: ROMANO CANOSA, *La polizia in Italia dal 1945 a oggi*, ed. cit., págs. 205 y ss..

[26] NORBERTO BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, págs. 148 y ss. (pág. 170).

En última instancia el control aparece legitimado en su ejercicio en la medida que aparece sujeto a regulación, a constante revisión y reafirmación y conforme a las necesidades de todos.

En el primer nivel, que es el de la juridización, se lleva a cabo una absorción de determinados *valores regulativos dentro de la sociedad*, a los cuales quedan todos sometidos —y el aparato estatal en primer lugar y en forma absoluta: esa ha sido la lucha desde la Carta Magna en adelante—. El primer *valor fundamental en ese sentido es la libertad*, de ahí que la Constitución le dé la jerarquía de valor superior en el art. 1.1, ya que en realidad todos los demás no son sino especificaciones mayores o menores de esa libertad[27] del individuo, y en ese sentido, en primer lugar, la vida. Luego la libertad así entendida implica muchas libertades o muchas especificaciones, a las cuales ha de quedar sometido el control del Estado y en forma específica la policía. De ahí que cualquier alteración de esta base fundamental lleve necesariamente a poner en entredicho el sistema democrático y a provocar una crisis en su interior (lo que sucedió en Francia con la Ley de Casseurs, en Italia con las Leyes Reale y en España con la ley antiterrorista, cuyas extralimitaciones tienen su origen en el art. 55.2 de la propia Constitución y, por eso, con razón, GIMBERNAT ha planteado que este precepto es inconstitucional, pues contradice los valores fundamentales asentados en la Constitución)[28]. Por tanto, toda alteración en la regulación valorativa vulnera la concepción de Estado democrático y social de derecho que informa a la Constitución, y, con ello, se trastocan o pervierten los principios regulativos que rigen todo el sistema. El control tiende a ser totalizador, *a convertirse en un principio metajurídico*[29], bueno en sí. Por eso la policía al ejecutar un control de este tipo, de carácter metajurídico, necesariamente sobrepasará los límites regulativos (así el propio Defensor del Pueblo, a pesar de no recurrir como inconstitucional la ley antiterrorista, ha tenido que reconocer la existencia de torturas con posterioridad o como consecuencia de la ley antiterrorista). Con este modo de legislar se subvierte la posibilidad del control del control, que la policía quede sujeta a una juridización de los valores que informan el sistema.

La policía ha de estar sometida al principio de libertad, como principio supremo, que engloba a todos los demás, y ha de actuar conforme a ese principio. Y ello tiene que ser coadyuvado y no socavado mediante otros principios y leyes (coadyuvan las garantías constitucionales, en especial las referentes a la detención —como también el establecimiento del delito de práctica ilegal de la detención por el funcionario público en el art. 184 del C. P., o el delito de tortura en el art. 204 bis—; no coadyuvan el ya señalado art. 55.2 de la propia Constitución, las disposiciones abusivas de las leyes antiterroristas, la militarización de la policía —por su aislamiento de la sociedad civil y su tendencia a dividir los ciudadanos entre amigos y enemigos—,

[27] Cfr. GREGORIO PECES BARBA, "Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución", en *Revista Fac. de la U. Complutense de Madrid*, núm. 2, 1979, pág. 101.

[28] ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "Constitución y Derecho Penal", en *La Constitución española de 1978: un análisis comparado*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1982, pág. 97.

[29] Cfr. G. FRANKENBERG, "Angst im Rechtsstaat", en *Kritische Justiz*, 4, Colonia 1977, págs. 366 y ss.

los cambios y retrocesos apresurados a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, etc.). La policía es un instrumento muy sensible a todas estas variaciones y trastornos, por ser justamente un organismo eminentemente ejecutor.

Ahora bien, se tiende a contraponer *libertad y seguridad*, que ciertamente *no son conceptos contrapuestos* ni en la Constitución (art. 17) ni en el Código Penal (título XII). Pues se trata de especificaciones del valor supremo «libertad». Quien está sujeto al miedo, al terror, a la intimidación o a la falta de asistencia mínima, ciertamente está afectado en su libertad, en el sentido de seguridad. Luego, el control ha de estar sometido también a este principio regulativo básico y con él la acción policial. Por eso no es posible plantear como función policial la represión, pues con ello se contraviene el principio de seguridad de los ciudadanos; tampoco aparece compatible la prevención general, ya que ella tiene como función intimidar o aterrorizar, y menos aún la prevención especial, que tiende a cambiar la personalidad del sujeto —con lo cual se afecta el principio de dignidad personal del art. 10.1 de la Constitución—. La policía no puede producir temor, con lo cual también ello implica un rechazo a la militarización de la policía, pues el militar actúa contra enemigos y el ciudadano no es un enemigo.

En verdad lo que sucede en esta problemática es que se confunde el derecho fundamental de seguridad con un concepto de carácter instrumental o funcional, como es el de la seguridad ciudadana, que se usa cuando se habla de fuerzas de seguridad. Y de ahí, entonces, la contraposición que se pretende establecer entre libertad y seguridad (así claramente en el título de la Ley Peyrefitte en Francia *Liberté et Securité*). *Seguridad significa aquí orden público, o bien, aquel sentimiento de seguridad* del cual hablamos en el control penal cuando se pone el acento en la prevención. Pero tales significaciones —dejando por el momento de lado la discusión en torno a ellas—, en todo caso, han de quedar sometidas a las libertades; no se puede plantear su relación en términos de contraposición, como lo uno o lo otro, ya que no están en términos de igualdad y los derechos fundamentales han de tener un carácter absoluto en la relación Estado y ciudadanos en un sistema democrático; no hay un derecho de libertad o de vida adjetivado, condicionado o circunstanciado —en cambio, el planteamiento de contraposición entre libertad y "seguridad", lo que pretende es convertir el control de orden público y el preventivo en un principio rector *metaderechos fundamentales*—. Ni siquiera se podría dar toda la razón a la fundamentación del antiguo proyecto de ley de seguridad ciudadana, el cual decía que el presupuesto de ella era establecer un "perfecto equilibrio entre las libertades reconocidas y las *facultades atribuídas* al Estado...", pues no se trata del *equilibrio* entre unas y otras, sino de establecer las perfectas relaciones de sujeción a las libertades del ciudadano con respecto a la intervención del Estado, pues, como decía BECCARIA, el Estado no está para la infelicidad de estos, sino para su mayor felicidad[30]. La seguridad ciudadana es, pues, un concepto funcional, vinculado al ciudadano, con sus libertades, y que implica entender a la policía al servicio de estos, es decir, como un servicio público más, y por

[30] CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1968, págs. 105, 106, 110.

ello que su característica fundamental deba ser su disponibilidad respecto de todos los ciudadanos y atendiendo las necesidades de protección de todos.

Pero no solo hay que considerar el control sobre la policía desde el punto de vista de la juridización de valores, sino también en relación con el carácter democrático del Estado. La policía, en cuanto es justamente el órgano básico de ejecución del control intervencionista formal del Estado sobre los ciudadanos, ha de estar sometida a un control democrático. Ciertamente ello resulta sumamente amplio y general si se considera el sistema democrático solo desde una perspectiva vertical centralizada, ya que entonces el control democrático quedaría circunscrito solo al programa de gobierno, y en específico al futuro Ministro del Interior, o a la intervención del Parlamento y del Defensor del Pueblo. De ahí que sea necesaria una descentralización de la policía y una horizontalidad en el control democrático. Solo así el policía no aparecerá como algo ajeno al ciudadano, será un ciudadano más, estará integrado *en su propia comunidad* y participará necesariamente de todos los derechos y obligaciones de un ciudadano. Por ello mismo debería establecerse que en los gobiernos autónomos y en los ayuntamientos, el Encargado de la policía sea un civil elegido y que por tanto responda por su labor ante *la respectiva comunidad*.

Por último, como recalcábamos anteriormente, la policía ha de ser considerada desde el aspecto social del Estado. La institución ha de quedar regida por el concepto de servicio público y, por tanto, atender a las necesidades de todos los ciudadanos —en ese sentido el concepto de seguridad ciudadana es acertado—, pues pone el acento en el ciudadano, en la idea de servicio público y no en la seguridad del Estado, pues esta se dará justamente en la medida en que haya seguridad de los ciudadanos y no al revés. Todo lo contrario.

Conscientemente hemos dejado un último punto de la actuación policial para el final de este análisis, porque es quizá el aspecto más conflictivo y que afecta necesariamente a los diferentes ámbitos examinados, aunque con diferente intensidad según se trate del control penal, el control de orden administrativo o el control de orden público. Se trata de que la policía, en cuanto órgano de intervención del Estado, *entra también a aplicar la fuerza como atributo legal del Estado*. El control y la capacidad de control significa en último término el ejercicio de la fuerza. Lo importante, sin embargo, es que ella *no se convierta en violencia estatal*. La violencia implica la institucionalización de la fuerza, su uso amplio y generalizado para solucionar los problemas políticos y sociales de una sociedad.

El ejercicio de la fuerza por parte del Estado en su intervención ha de ser, por tanto, de carácter puntual y en caso alguno aplicable para resolver problemas políticos y sociales. De ahí que la fuerza solo se pueda legitimar en dos niveles. Uno, como fuerza defensiva, se trata del uso de la fuerza suave (p. ej. barricadas o cierre de una calle para impedir el paso de una manifestación ilegal, el chorro de agua, etc.) y cuyo ejercicio estará sometido siempre al principio de la *menor lesividad posible* —se trata justamente de la misma fuerza que utilizan los movimientos no violentos o, por lo menos, análoga—. El segundo sería el uso de la fuerza ofensiva, el uso de la fuerza o violencia propiamente tal (p. ej. uso de bastones

o armas). La fuerza solo podría aparecer legitimada en las mismas situaciones que respecto de cualquier civil, es decir, en una situación de legítima defensa o bien de estado de necesidad que, naturalmente, podrá tener una mayor frecuencia en virtud de la función misma de la policía.

Si la fuerza no queda sometida a estos límites, se producirá un círculo vicioso, en realimentación continua de la violencia, entronizándose esta no solo en el aparato estatal sino también en la sociedad civil y, en definitiva, *el Estado se convertirá en el ángel exterminador de Buñuel*.

LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE ABOLICIONISMO

(Un punto de vista desde la periferia)*

Dr. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ**

—I—

No es necesario trabajar profundamente o utilizar métodos hermenéuticos especiales para descifrar las intenciones de este trabajo. Ellas son por lo menos tres: a) tratar de describir un sentimiento personal contradictorio que surge de la confrontación con distintas interpretaciones del sistema de justicia penal; (a_1) el deseo de abolir la totalidad del sistema de justicia penal como reacción a buena parte de los argumentos "legitimadores" de los penalistas tradicionales; (a_2) la tendencia a ser cuidadoso y la intuición de la necesidad social en conservar, bajo determinadas circunstancias políticas, algunas partes del sistema judicial penal, como reacción a los argumentos de los abolicionistas; b) tratar de dar cuenta de los rasgos y potencialidades más importantes de las propuestas de política criminal que implícitamente sostienen hoy las distintas corrientes de la denominada "criminología crítica"; y c) tomando en cuenta el hecho de que el abolicionismo puede ser considerado como una provocación frente al sistema judicial penal, me interesa provocar a los provocadores.

No pretendo reconstruir aquí la totalidad de lo que hoy se entiende por abolicionismo en el campo de la justicia penal, para ello hago envío a la literatura existente sobre el tema[1]. Me interesa en cambio, mucho más, no perder de vista la distinción de las dos acepciones más importantes que reconoce el concepto de abolicionismo: a) la perspectiva abolicionista, entendida como un enfoque teórico para analizar el sistema judicial penal, y b) la práctica abolicionista, entendida como la dimensión de la acción. Esta distinción es importante, no solo para evitar confusiones sobre el objeto de discusión, sino además porque uno de los puntos nodales implícitos en mi crítica se vincula estrechamente con dicha distinción, o, mejor dicho, con la falta de esta. Pese a la existencia de matices no poco importantes en el propio ámbito de la perspectiva abolicionista, una versión radical de la misma sostiene que

* Ponencia presentada a la "International Conference on Prison Abolition", Free University Amsterdam, 24-27 junio 1985.

** Investigador de la Universidad de Saarland, en la República Federal de Alemania.

[1] Me refiero en especial a aquellos trabajos que, más allá de sostener con distintos niveles de "pureza" la perspectiva abolicionista, intentan una descripción sistemática de la misma, como los de S. SCHEERER (1983, págs. 525-541) y G. SMAUS (1985). Sobre la temática del abolicionismo en lengua castellana, pueden consultarse los trabajos de LOUK HULSMAN (1985) y SEBASTIÁN SCHEERER (1985).

el sistema de justicia penal carece absolutamente de funciones[2]. (Posición que lleva a concluir que dicho sistema puede ser abolido y que además lo debe ser ya que resulta una producción innecesaria de dolor). Este argumento, que tal vez pudiera ser útil para el momento de la acción política[3], prefiere ignorar la existencia de funciones ideológicas del sistema penal, o, más concretamente, de toda la problemática de las funciones declaradas y manifiestas de dicho sistema[4]. En este caso es posible presumir la imposibilidad o por lo menos la inmensa dificultad de basar la dimensión de la acción en una premisa que no se corresponde con la realidad.

La perspectiva abolicionista ha logrado en el último tiempo convertirse en un importante tema de discusión en seminarios y conferencias, lo cual contemporáneamente ha generado fuertes críticas con desigual nivel de sofisticación e intencionalidad política. Existe obviamente una gran diferencia entre una crítica producto de la preocupación por la eventual falta de garantías que podría seguir a la desaparición del sistema de justicia penal (P. MARCONI, 1983, 221-238), la puntualización de ciertos aspectos ideológicos y socioestructurales respecto de los cuales la perspectiva abolicionista no resulta convincente (T. VON TROTHA, 1983, 34 y ss) y la mistificación ideológica de quienes sostienen la pérdida de centralidad y poder del Estado en las sociedades de capitalismo tardío, a consecuencia de lo cual cree percibir un proceso abolicionista real (frente al cual la perspectiva abolicionista solo constituiría un abolicionismo ideal) y de hecho por parte de las instancias del poder (H. HAFERKAMP, 1984, 112 y ss). Un enfoque como este último no percibe, o no quiere percibir, la dinámica de un proceso continuo de criminalización-descriminalización, es decir, la movilidad de las situaciones que entran y salen del campo de la justicia penal[5], proceso que, por otra parte, debe ser analizado en términos cualitativos para evitar conclusiones falsas e ideológicamente regresivas como las de HAFERKAMP[6].

Este trabajo constituye, en buena parte, una crítica a la perspectiva abolicionista por su tendencia a descuidar o ignorar el plano de lo político en su enfoque del sistema de justicia penal. Me refiero concretamente al rechazo o la imposibilidad de identificar los actores sociales potencialmente en grado de llevar adelante la práctica abolicionista. Quiero explicitar, además, que entiendo aquí por "político" aquella parte de la actividad humana, voluntaria y consciente, que actúa tomando en cuenta la totalidad de los intereses que se mueven en una sociedad.

Esta crítica presupone que este descuido o ignorancia en la consideración del plano de lo político se hace sentir, obviamente, también en el momento de la práctica

[2] La posición más representativa de esta argumentación es la sostenida por L. HULSMAN. Para ello confróntese S. SCHEERER (1983, págs. 61-74).

[3] De modo similar a la falsa caracterización que como fascistas de las dictaduras latinoamericanas realizan científicos sociales y políticos en América Latina, con miras a una mayor efectividad en la movilización política.

[4] Para un análisis de las funciones ideológicas del sistema penal, cfr. A. BARATTA, (1982, en esp. págs. 159-171).

[5] Sobre este punto específico véase el trabajo de M. PAVARINI (1985).

[6] Para una crítica a H. HAFERKAMP, véanse las observaciones de J. FEEST, (1984, págs. 229-231).

abolicionista, pudiendo conducir a resultados que no solo hagan imposible las propuestas formuladas, sino que afecten negativamente el futuro de la propia perspectiva abolicionista.

Las posibles consecuencias negativas del descuido o ignorancia del plano político son como mínimo tres: un abolicionismo de "todo tiempo" y "todo lugar" que puede conducir a: 1) la formulación de una política criminal que no guarda correspondencia con la correlación de fuerzas realmente existentes en una sociedad y que, por ello, resulta *a priori* condenada a fracasar; y 2) el desarrollo de un pensamiento cerrado y dogmático.

No se trata tanto de una crítica a lo expresado como de una crítica a lo silenciado.

—II—

La necesidad de "politizar" la perspectiva abolicionista, lejos de constituir un capricho macrosociológico responde a un buen número de motivos que trataré de ordenar en cuatro puntos:

a) En primer lugar, por la sencilla razón de que una perspectiva abolicionista abstracta (no política) no constituye de por sí una tendencia dirigida a una resolución positiva de las contradicciones sociales (entendiendo aquí por resolución positiva la disminución o eliminación de la violencia estructural en el sentido de J. GALTUNG[7]. La "abolición" *de facto* del sistema de justicia penal por parte de las dictaduras militares constituye un argumento que debería respaldar la afirmación anterior.

b) En segundo lugar, porque una perspectiva abolicionista que pretenda pasar a la dimensión de la acción, debe asumirse como un tipo particular de estrategia en el campo del control social. Una estrategia del control social adquiere sentido, solo cuando se inscribe en el marco más amplio de un modelo político para toda la sociedad.

c) En tercer lugar, haciendo referencia específica a aspectos de carácter teórico, porque siendo la dimensión de la política un eufemismo para mencionar el poder, su no consideración significaría retroceder respecto de los logros de una criminología crítica que se definía por la incorporación de la dimensión del poder junto a la dimensión de la definición (*labelling approach*).

d) Por último, porque en forma más que obvia el pasaje de la perspectiva abolicionista a la dimensión de la acción, exige una cuidadosa evaluación de la correlación de fuerzas políticas.

La necesidad de "politizar" la perspectiva abolicionista se ve reforzada además por el punto de vista adoptado que es un punto de vista desde la periferia. Ciertas condiciones estructurales del sistema capitalista actual determinan —como ya otros

[7] J. GALTUNG, (1975) define la violencia estructural del siguiente modo: "existe violencia en aquellas situaciones en las cuales los individuos son sometidos a un tipo de influencia que determina que su desarrollo somático y espiritual presente, sea inferior a su desarrollo potencial... En otras palabras, cuando la potencialidad es mayor que el presente efectivo y este último es evitable, nos encontramos frente a una situación de violencia" (pág. 9).

lo han demostrado (H. SONNTAG, 1977, págs. 134 y ss.)— un predominio de la esfera política que, incluso, se presenta en forma todavía más evidente en las áreas periféricas.

Pero considerar la problemática que nos ocupa desde "un punto de vista de la periferia" no significa automáticamente una toma de posición unívoca. Veamos un ejemplo: pese a que uno de los argumentos más importantes que da razón a los argumentos de la perspectiva abolicionista se verifica en la periferia mucho más intensamente que en los países centrales —me refiero al hecho según el cual, el sistema de justicia penal crea muchos más problemas de los que contribuye a resolver—. Existe una tendencia de "sentido común" en los juristas de las áreas periféricas expresado en el hecho de distanciarse y rechazar la perspectiva abolicionista por considerarla un artículo suntuario de los países desarrollados. Esta posición, que en general aparece como tolerante del abolicionismo en el centro pero que lo rechaza en la periferia, constituye una reducción en materia de política criminal de una posición conservadora-reaccionaria que en el campo sociopolítico sostiene que la democracia constituye un "lujo" de, y para los países desarrollados, siendo en cambio la dictadura militar la forma de gobierno que corresponde a la periferia[8].

Considerar la estructura y funcionamiento del sistema de justicia penal desde un punto de vista periférico busca mucho más en este caso poner de manifiesto algunas particularidades de las relaciones entre Estado y sociedad, decisivas para entender tanto el problema de la "criminalidad" como el de la política criminal correspondiente.

La sujeción y dependencia de la esfera económica en el caso de los países periféricos constituye un hecho probado y conocido incluso en el contexto del capitalismo central. Mucho más difícil de percibir resulta en cambio su contrapartida complementaria y contradictoria: el alto grado de autonomía de la esfera política[9]. Este aspecto se explica en teoría por el papel dominante de lo político en el estadio actual del desarrollo capitalista (N. POULANTZAS, 1978). Todavía más importante para los fines de este trabajo es, sin embargo, tratar de determinar ciertos efectos concretos de dicho papel dominante sobre las estrategias y contraestrategias del control social en una sociedad determinada.

Esta insistencia en el análisis del plano político, se vincula también con la firme convicción de que la determinación de la especificidad de la relación entre la situación política y la cultura jurídica constituye un aspecto esencial para entender las dimensiones reales de cualquier propuesta de política criminal.

En el contexto latinoamericano, por ejemplo, es posible afirmar que entre clases dominantes y subalternas existen relaciones hegemónicas en el campo de lo jurídico y relaciones de dominación en el campo político. En el sentido de A. GRAMSCI, esto significa que las ideas y prácticas jurídicas de las clases gobernantes

[8] Los trabajos de S. HUNTINGTON (1979) y de C. J. FRIEDRICH-Z. BREZEZINSKI (1965) son altamente representativos de esta posición.

[9] Cfr. los trabajos de N. LECHNER, (1977) y T. EVERS (1977).

resultan aceptadas consensualmente, mientras que las concepciones políticas de la clase en el poder constituyen un punto altamente conflictivo en tanto sus intereses son directamente percibidos como ajenos o contrarios a los de las clases subalternas (E. GARCÍA MÉNDEZ, 1985).

En el centro capitalista esta relación se invierte. Existen, con distintos niveles de intensidad, relaciones hegemónicas en el campo de lo político y una hegemonía compartida o disputada en el plano de la cultura jurídica. Esto determina que las más de las veces los grupos críticos o progresistas experimenten su rebelión exacta y solamente en la forma que les dictan los grupos gobernantes. Como consecuencia, una cultura jurídica alternativa aparece despojada de base político-social y por ende de las posibilidades reales de impulsar sus propuestas.

Esta situación adquiere una importancia considerable en un contexto como el actual, en que buena parte de la criminología crítica se presenta en forma directa, no solo como un cuerpo teórico sino, además, como una alternativa para la acción. Si estas profundas diferencias entre el centro y la periferia son ciertas, entonces debe admitirse que su análisis detallado constituye la condición imprescindible para considerar una estrategia de control social, tanto en su carácter de perspectiva teórica como de dimensión de acción.

—III—

En lo que con cierta imprecisión puede denominarse como criminología crítica actual, me parece posible distinguir tres tendencias importantes que difieren considerablemente entre ellas: a) la perspectiva abolicionista; b) el nuevo realismo de izquieda (*new left realism*), y c) un tercer grupo cuya homogeneidad interna estaría dada por la doble intención de continuar trabajando en una descripción sociológica aceptable de conceptos como "criminalidad" (D. MELOSSI, 1983, 447 y ss.), la búsqueda de un referente material como parámetro para medir la negatividad de ciertos comportamientos sociales (A. BARATTA, 1981 y 1983), y más heterogéneamente por proponer una reducción del área de la vida social regulada por el sistema de justicia penal (E. SANDOVAL HUERTAS, 1985).

La criminalidad constituye una amenaza real al orden existente, solo posible de ser combatida haciendo un uso del sistema de justicia penal que responda a los intereses de las clases más desprotegidas de la sociedad[10]. La "criminalidad" es solo el resultado de un proceso de construcción social de la realidad (una reproducción de situaciones conflictivas), frente al cual el sistema de justicia penal —independientemente de quién y cómo lo maneje— no cumple ninguna función, a excepción de la de agravar la situación preexistente a su intervención. De este modo pueden ser resumidas en forma esquemática las propuestas centrales del *nuevo realismo de izquierda* y las *perspectivas abolicionistas*, respectivamente.

[10] Algunos de los trabajos más representativos de esta posición son los de J. LEA y J. YOUNG (1984); I. TAYLOR, (1982), T. PLATT-P. TAKAGI (1981).

A primera vista no parece que fuera posible encontrar dos posiciones más alejadas y enfrentadas como las arriba mencionadas. Sin embargo, ambas versiones admiten su pertenencia al campo de la criminología crítica, además del hecho de autodefinirse explícitamente como progresistas. Pero para un análisis externo de ambas posiciones, existe otro elemento común cuya consideración es todavía más importante. Me refiero a que ambas posiciones se presentan no solo como paradigmas teóricos alternativos, sino también como un plan de movilización para la acción.

Un proyecto de justicia abierta y participativa, alternativa al sistema de justicia penal existente, la eliminación de las instituciones carcelarias (abolicionismo) y una mayor participación de los sectores más desprotegidos en el sistema actual de la justicia penal, así como organizaciones autónomas de ciudadanos destinadas a crear "mini políticas criminales desde abajo" (*new left realism*), constituyen los potenciales modelos más representativos de los programas de acción en el campo de la actual criminología crítica.

Si para una criminología que se encuentra empeñada en una descripción sociológica aceptable de la "criminalidad" y su control es importante tomar en cuenta el análisis de lo político, mucho más debería serlo para posiciones que admiten y proponen permanentemente el pasaje de la teoría a la acción.

—IV—

Algunos de los más interesantes análisis macrosociales actuales (y que además toman específicamente en consideración la problemática jurídica) ponen de relieve una característica común a las áreas centrales del sistema capitalista: una profunda crisis del Estado de derecho (P. BARCELLONA, 1980). Un proceso semejante, pero que se manifiesta en forma brutal, tiene lugar en las áreas periféricas, siendo su expresión más clara las dictaduras militares que llevan a un nivel de institucionalización el autoritarismo y el terror (E. GARCÍA MÉNDEZ, 1985).

En este contexto y no en términos abstractos, es como la credibilidad teórico-práctica de cualquier propuesta de política criminal debe ser evaluada. Más *específicamente* en el campo del control social, este proceso de involución autoritaria se traduce en las áreas centrales, en el reconocimiento de la pérdida de funciones específicas reales del sistema penal, frente a lo cual solo cabe una política criminal de prevención general positiva, que, más que proteger a los individuos, debe garantizar la cohesión y lealtad de estos frente al Estado[11].

En el caso de la periferia, la involución autoritaria se manifiesta en la incorporación de los postulados de la Doctrina de la Seguridad Nacional, tanto como elemento teórico legitimante, cuanto como metodología de acción en el campo del sistema de justicia penal, lo cual trae como consecuencia la tendencia a la eliminación de

[11] Sobre este tema véase el minucioso análisis crítico de los fundamentos teóricos de la teoría de la prevención especial positiva realizado por A. BARATTA (1984).

las fronteras que dividen la guerra a la "subversión" de la guerra a la "criminalidad común"[12].

En un contexto como el anterior, una propuesta de política criminal como la que se desprende de las concepciones del nuevo realismo de izquierda aparece condenada al fracaso o al triunfo pírrico de ser absorbida y vaciada de contenido por quienes, en los marcos actuales del sistema de justicia penal, tienen efectivamente el poder de determinar los contenidos de las campañas abstractas de *law and order*. En un proceso de involución autoritaria (consecuencia de la crisis del Estado de derecho), paradójicamente, la perspectiva abolicionista aparece como mucho más realista que la anterior. Una política de descriminalización que marche en dirección a eliminar la violencia estructural en una sociedad, no solo puede emprenderse en un contexto de involución autoritaria, sino que puede ser entendida como una contraestrategia frente a dicha involución. Pero si la perspectiva abolicionista quiere asumirse como respuesta a una coyuntura politicosocial desfavorable, deberá demostrar una mayor flexibilidad política y teórica que la demostrada hasta ahora.

Si tomamos como modelo el contexto europeo para medir el grado de receptividad y aceptación de la perspectiva abolicionista, es posible afirmar —en términos muy generales— que en los países del norte europeo el abolicionismo se ha constituído, en términos comparativos en relación con los países del sur, en un tema de reflexión y discusión mucho más importante, sobre todo en el ámbito sociocriminológico. Este hecho, fácilmente comprobable en forma empírica, admite diversas interpretaciones aparentemente contrastantes. ¿Se trata de una actitud en general más progresista en el norte que en el sur? ¿Se trata de un mayor nivel de conflictividad social —como es el caso del sur— que bloquea el desarrollo teórico de las propuestas abolicionistas? ¿O se trata de una forma diferente de canalizar las demandas políticas de los grupos denominados progresistas? Me inclino a pensar que los tres motivos confluyen en explicar la mayor receptividad —por lo menos académica— de las propuestas abolicionistas en el norte europeo. El último de los motivos, me parece, sin embargo decisivo. No es necesario ser un observador muy agudo para percibir un fenómeno interesante en algunos países del norte europeo: la ruptura que implica una considerable producción teórico-crítica, por lo menos en el campo de las ciencias sociales, y la ausencia de una representación política autónoma de dichas tendencias (no me parece que los últimos desarrollos de los verdes[13] en la República Federal Alemana, quienes se perfilan más como un *lobby* ecologista que como un partido político, permitan establecer una excepción a esta afirmación general.

En el sur europeo, por el contrario, esta situación se presenta diferente, ya que buena parte de la producción teórico-crítica se canaliza o es directamente producida en el ámbito de partidos políticos que representan autónomamente intereses y grupos que pueden ser designados como progresistas.

[12] "Naturalmente que el fenómeno revolucionario marxista posee connotaciones específicas que lo particularizan cabalmente en el plano de toda la problemática penal. No obstante existen previsiones y estudios perfectamente adaptables así al fenómeno de la delincuencia ordinaria como al fenómeno de la actividad subversiva, en cuyo caso nada impide el aprovechamiento de los mismos para el interés común de la defensa social igualmente agredida por ambos" (CARLOS H. DOMÍNGUEZ, 1980, págs. 705-706).

[13] Partido ecologista con representación en el Parlamento.

En un contexto como el aquí descrito para el norte europeo, el paso de la perspectiva teórica a la dimensión de la acción presenta un peligro no poco considerable: la corporativización académica de la política. Por corporativización académica de la política entiendo aquí la tendencia a canalizar cierto tipo de demandas politicosociales a través de instituciones de carácter académico. Las consecuencias negativas en el campo de la acción se dejan adivinar fácilmente: fracaso de la imposición de las demandas por confusión entre la base científica y social de apoyo a las mismas.

He querido mencionar en forma muy breve solo algunos de los problemas que el abolicionismo, como perspectiva teórica y/o como programa de acción, tarde o temprano deberá enfrentar y de algún modo dar respuesta. He dejado deliberadamente fuera de la discusión el problema de las garantías legales en un sistema de control social radicalmente diverso del actual sistema de justicia penal, y no porque no me parezca importante sino porque lo veo subordinado al tema de la "politización" del abolicionismo.

Por último entender el abolicionismo sólo como una política criminal negativa constituye una apreciación equivocada desde un punto de vista teórico, que puede tener además consecuencias no deseables en el plano de la acción política. Si la perspectiva abolicionista es entendida en cambio como un principio de realización, no de una política criminal, sino de algo mejor que una política criminal (a la manera de RADBRUCH), entonces la dimensión teórica y la dimensión de la acción comenzarán a moverse hacia un punto de confluencia. Para ello es necesario una "politización" del abolicionismo cuyo objetivo central y primario no sea ya la eliminación del sistema de justicia penal, sino la eliminación de la violencia estructural. Dicho de otro modo, la reducción o desaparición del sistema de justicia penal debe estar subordinada a la eliminación de la violencia estructural.

Tal vez la contradicción mencionada en un comienzo solo sea el reflejo de aceptar aquella proposición de SARTRE según la cual el hombre sensato sabe qué razonamientos son solo posibilidades.

En definitiva, no soy abolicionista porque no puedo serlo al margen de una situación política concreta. Pero mientras buena parte de los argumentos más importantes a favor de la desaparición del sistema de justicia penal provengan justamente del funcionamiento real de la justicia criminal, no puedo de ninguna manera estar en contra del abolicionismo.

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, ALESSANDRO: "Criminologia Critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito «Il codice Rocco cinquant'anni dopo» e risposta a Marinucci", en *La Questione Criminale*", 3, 1981, págs. 349-89; *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982; "Problemi sociali e precezione della criminalità", en *Dei Delitti e delle Pene*, 1, 1983, págs. 15-39; "Integration-prävention. Eine system-theoretische Neubegründung der Strafe", en *Kriminologisches Journal*, 2, 1984, págs. 132-148.

BARCELLONA, PIETRO: *Oltre lo stato sociale. Economia e politica nella crisi dello stato keynesiano*, Bari, De Donato, 1980.

DOMÍNGUEZ, CARLOS H.: *La nueva guerra y el nuevo derecho. Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1980.

EVERS, TILMAN: *Bürgerliche Herrschaft in der Dritte Welt, Zur Theorie des Staates in ökonomisch unterenwickelten Gesellschaftsformationen*. Frankfurt aM., Europäische Verlagenstalt, 1977.

FEEST, JOHANNES: "Kritik des «realen Abolitionismus»", en *Kriminologisches Journal*, 3, 1984, págs. 229-231.

FRIEDRICH, CARL-BREZEZINSKI, ZBIGNIEW: *Totalitarian Dictactorship and Autocracy*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1965.

GALTUNG, JOHAN: *Strukturelle Gewalt, Beiträge zur Friedens und Konfliktforschung*, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg, 1975.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika: Argentinien, Uruguay, Chile, 1970-1980*, Klaus Dieter Vervuert Verlag, Frankfurt aM., 1985. (La versión castellana es de inminente aparición en la Ed. Hammurabi de Buenos Aires).

HAFERKAMP, HANS: "Herrschaftsverlust und Sanktionsverzicht", en *Kriminologisches Journal*, 2, 1984, págs. 112-131.

HULSMAN, LOUK-BERNAT DE CELIS, JACQUELINE: *Sistema penal y seguridad ciudadana*, trad. de Sergio Politoff, Barcelona, Edic. Ariel, 1985.

HUNTINGTON, SAMUEL: *Political order in changing societies*, London, Yale Univ. Press, 1979.

LEA, J. - YOUNG, J.: *What is to be done about law and order*, Penguin Books, Great Britain, 1984.

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

MARCONI, PÍO: "La strategia abolizionista di Louk Hulsman", en *Dei Delitti e delle Pene*, 1, 1983, págs. 221-238.

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

PAVARINI, MASSIMO: *Oltre le mura del carcere. La dislocazione dell'ossessione disciplinare*, Multigrafiado, Barcelona, 1985.

PLATT, TONY-TAKAGI, PAUL: "Law and Order in the 1980's", en *Crime and Social Justice*, 15, 1981, págs. 1-6.

POULANTZAS, NICOS: *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, México, Ed. Siglo XXI, 1968.

SANDOVAL HUERTAS, EMIRO: *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985.

SCHEERER, SEBASTIAN: "L'abolizionismo nella criminologia contemporanea", en *Dei Delitti e delle Pene*, 3, 1983, págs. 525-542; "Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben" (entrevista a Louk Hulsman), en *Kriminologisches Journal*, 1, 1983, págs. 61-74; "La abolición del sistema penal: una perspectiva en la criminología contemporánea", trad. de Emiro Sandoval Huertas y Emilio García Méndez, en *Revista del Externado de Colombia*, núm. 26, 1985, págs. 203-218.

SMAUS, GERLINDA: *Die gesellschaftsmodelle abolitionistischer Theorien*, Multigrafiado, Universidad del Saarland, R.F.A., 1985.

SONNTAG, HEINZ: "Hacia una teoría política del capitalismo periférico", en *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, edición a cargo de Héctor Valecillos, México, Ed. Siglo XXI, 1972.

TAYLOR, IAN: "Against crime and for socialism", en *Crime and Social Justice*, 1982, págs. 4-13.

VON TROTHA, TRUTZ: "«Limits to Pain». Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie", en *Kriminologisches Journal*, 1, 1983, págs. 34-53.

DESARROLLO Y VICTIMIZACIÓN

Dr. ELÍAS CARRANZA*

El tema que nos ocupa es muy apropiado para el momento mundial que vivimos, y sobre todo apropiado para el momento que viven los llamados "países en vías de desarrollo" de todo el mundo; si bien nos ocuparemos aquí solamente de los de América Latina y el Caribe, ámbito geográfico que cubre el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Procuraremos esquematizar cómo un desarrollo desigual e inequitativo incide en el aumento de determinadas formas de criminalidad convencional e incide también en la aparición o aumento de otras formas no-convencionales de criminalidad, con su consiguiente secuela de graves victimizaciones. A su vez, un orden económico internacional injusto genera condiciones que favorecen tal subdesarrollo y victimización en los países de la región.

Es necesario que nos refiramos, en primer lugar, al concepto de desarrollo.

Contemporáneamente ya casi no hay discusión acerca de que el concepto de desarrollo hace referencia no solo a indicadores económicos sino también sociales, y que una sociedad no puede considerarse desarrollada si, aun habiendo alcanzado altos índices de crecimiento económico, tiene bajos niveles de salud, educación o vivienda (UNESCO, 1975). En América Latina y el Caribe tales niveles son muy bajos —ciertamente con oscilaciones de país a país—, y el organismo especializado de Naciones Unidas en la materia (Comisión Económica para América Latina —CEPAL—) estima que por lo menos el 40% de la población de la región se encuentra marginada de los beneficios del desarrollo social y puede calificarse por debajo del límite de pobreza.

Pero también los indicadores de crecimiento económico de la región han retrocedido en los últimos años. La estagnación, el desempleo y subempleo ha aumentado considerablemente (hay países que alcanzan el 30% de desempleo), el producto interno bruto ha descendido y todos los países de la región tienen una abultada deuda externa que limita toda posibilidad de recuperación en el futuro previsible, ya que para hacer frente a solamente los intereses de la deuda algunos países deben insumir el 50% de su P.I.B., lo que impide toda posibilidad de recuperación y reduce el consumo interno a límites infrahumanos. Esto tiene estrecha relación con la índole de la criminalidad, victimización y criminalización existentes. (ZAFFARONI, 1982).

* El autor es codirector de la Revista del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José de Costa Rica

Últimamente se ha trabajado mucho sobre el concepto de desarrollo como un derecho o principio de derecho internacional (O'DONNEL, 1983), relacionando el derecho con el desarrollo de los derechos humanos y con la necesidad de implantación de un Nuevo Orden Económico Internacional. Es evidente que si el derecho al desarrollo es reconocido como tal, grandes sectores de población en América Latina y el Caribe y de los países en vías de desarrollo en general están siendo víctimas de la violación a tal derecho.

A partir de ello en el "Simposio de Expertos en Victimología" celebrado en ILANUD en abril de 1983, se dijo que un concepto amplio de los términos "víctima" y "victimización" deberían comprender a las víctimas del sistema de relaciones sociales. Concretamente se hizo referencia al caso del amplio sector de la población de Latinoamérica y el Caribe marginada de la educación, el empleo, la vivienda y la salud. Este género de "victimización" está estrechamente vinculado a la *criminalización* de que estos mismos grupos son objeto; e igualmente está relacionado con la *victimización* que estos grupos suelen sufrir, sobre todo en materia de ciertos delitos de la criminalidad convencional. (Sobre el concepto amplio de victimología o la llamada "victimología general", cfr. ŠEPAROVIC, 1985).

En efecto, algo que ha sido muy estudiado y que fue señalado en el Simposio, es el hecho de que el mayor porcentaje de *criminalización* recae sobre la clase de menores recursos de la población.

Pero a su vez también el más alto porcentaje de *victimización* por delitos parece recaer sobre las clases de menores recursos, en virtud de la mayor desprotección en que estas víctimas se encuentran. Parecería que las mayores posibilidades del accionar delictivo de los delincuentes pobres se da contra los sujetos de su misma clase o del escalón inmediatamente superior, pero difícilmente se brincan varios estratos sociales en su accionar. (Corresponde señalar que esta hipótesis no ha sido suficientemente validada por la investigación empírica en la región, pero ha sido señalada como una hipótesis importante que se debería investigar, sobre todo por las implicaciones que este conocimiento podría aportar a nivel de prevención en el proceso de victimización).

La información estadística de que se dispone y la opinión de los expertos de la región coincide en señalar que las víctimas de delitos contra la propiedad, especialmente de delitos contra la propiedad de escasa entidad, están aumentando notablemente en virtud de la aguda crisis económica existente. Han proliferado el "hurto famélico" (por estado de necesidad) y los pequeños robos, hurtos y rapiñas en general.

Nos hemos referido brevemente a la criminalidad convencional. Pero, a pesar de su gran importancia, no es esta la criminalidad que mayor daño social y victimización produce en la región.

Es necesario hacer una referencia a por lo menos dos formas de criminalidad no-convencional: la económica y aquella que atenta contra los derechos humanos.

Respecto de la criminalidad económica, la más grave por la entidad de la victimización que causa a los países en vías de desarrollo, es la cometida por las empresas transnacionales. En efecto, estas empresas, al cometer ilícitos en sus países de origen,

normalmente no causan grave daño social, pues producen un traslado ilícito de riqueza en virtud del cual hay víctimas, pero la sociedad en su conjunto no se ve directamente perjudicada (aunque pueda señalarse otro género de efectos nocivos colaterales).

En cambio, cuando el delito es cometido en los países en vías de desarrollo, no solo resultan particulares damnificados sino que la sociedad en su conjunto se ve gravemente perjudicada, ya que normalmente el producto del ilícito es sacado del circuito económico nacional, e inclusive regional, y trasladado a los países centrales. Si se piensa en la fragilidad de la economía de los países en vías de desarrollo que dependen de uno o dos productos básicos, se comprende el grave daño social que este tipo de delitos ocasiona.

Algunos de los delitos a que hacemos referencia son el vaciamiento de empresas subsidiarias ubicadas en los países periféricos (lo cual se hace generalmente por medio de la sobre y subfactoración de partidas); el *dumping*, inundando con mercaderías subvaluadas los mercados a fin de eliminar la competencia; la evasión de impuestos; el daño ecológico causado por la explotación irracional de los recursos no renovables, u otros que podrían serlo, como es el caso de las empresas forestales, etc.

Respecto de la criminalidad que atenta contra los derechos humanos, cabe referirse a victimizaciones producidas desde fuera y desde dentro del aparato del Estado. Estas últimas son particularmente graves: privación ilegítima de la libertad, secuestros, torturas, desaparición forzada de personas, ejecuciones sin proceso. La victimización generalizada de la población en algunos países por medio de la comisión de este tipo de delitos ha llegado a constituir casos de verdadero "terrorismo de Estado", alarmando a la comunidad internacional y promoviendo la creación de nuevos organismos especializados dentro de la Organización de Naciones unidas, tales como el "Grupo de trabajo sobre desapariciones involuntarias o forzadas".

En otro trabajo señalamos que este tipo de victimizaciones generalizadas en América Latina y el Caribe, no tiene explicación en las teorías clásicas de la criminalidad, y que, en cambio, encuentra fundamento en una explicación estructural del proceso de desarrollo regional que genera una gran violencia y condiciones altamente criminógenas que favorecen este tipo de victimización. (CARRANZA, 1983). Economistas de la Comisión Económica para América Latina (Naciones Unidas) han advertido en numerosos trabajos que las formas de liberalismo económico impuestas en los países de capitalismo periférico de la región, resultan incompatibles con la democracia política y los derechos humanos (PREBISCH, 1981, 1983).

En los países centrales las formas de liberalismo económico han podido compatibilizar con las formas democráticas de gobierno del liberalismo político, pero esto es muy difícil en los países periféricos primordialmente en razón de la imposibilidad estructural de acumulación de suficiente capital (al presente todos los países de la región, sin excepción, tienen una abultada deuda externa con países centrales de fuera de la región). El sistema, debido a las grandes desigualdades que origina, conduce a un proceso de violencia estructural que produce, de tiempo en tiempo, la ruptura del sistema democrático republicano que con pequeñas diferencias está

escrito en las constituciones políticas de todos los países. Ello trae anejo a su vez una enorme variedad de victimizaciones desde fuera y desde dentro del aparato del Estado, algunas de cuyas principales figuras hemos señalado.

Es importante hacer una aclaración: hemos venido refiriéndonos a los países de América Latina y el Caribe como a "países en vías de desarrollo", terminología usualmente utilizada en los foros internacionales. Sin embargo, para el objeto de análisis sociológico, criminológico o victimológico esta terminología puede resultar engañosa, y en ese sentido posiblemente debimos haberla omitido y haber utilizado la más cruda expresión "países subdesarrollados".

Es importante señalar una distinción entre el concepto de subdesarrollo y otros tales como el de "sociedades en vías de desarrollo" (que nosotros hemos estado utilizando), "sociedad tradicional" o "sociedad no-desarrollada".

Estos tres últimos conceptos no implican desempleo, desigual distribución de riqueza y polarización de las clases sociales, marginalidad y bajos índices de salud, vivienda y educación en amplios sectores de la población, notas todas estas que sí caracterizan a las sociedades contemporáneas *subdesarrolladas* que son producto del capitalismo periférico (eufemísticamente denominadas "en vías de desarrollo").

Tampoco una sociedad tradicional o no-desarrollada se caracteriza por las altas tasas de criminalidad y victimización propias de los países *subdesarrollados* (ni, obviamente, por las formas de criminalidad organizada, violenta o sofisticada propias de algunos países centrales). Todas estas no son patologías propias de sociedades "primitivas" o "tradicionales", sino patologías de sociedades que se han visto enfrentadas a un desarrollo exógeno, no planificado, que genera victimización y que se debe procurar corregir si se desea reducir dicha victimización.

Para terminar podemos decir que mientras el subdesarrollo no justifica que se victimice a los pueblos y se descuiden y violen los derechos humanos, el pleno gozo de tales derechos sí depende del desarrollo social y económico (O'DONNELL, 1983).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRANZA ELÍAS: "Desarrollo y tendencias de la criminalidad y algunos criterios para su prevención", en ALESSANDRO BARATTA y otros, *Modelos de desarrollo y criminalidad*, Impresora Feriva, Cali, Colombia, 1983.

CEPAL, "El desarrollo de América Latina en los años ochenta", págs. 21 y 23. (E. CEPAL/G. 1150).

O'DONNELL DANIEL: "The Right to Development, Human Rights and the New International Economic Order", en revista ILANUD, año 5, núm. 15 y año 6, págs. 69-83, Costa Rica, 1983.

PREBISCH, RAÚL: *Capitalismo Periférico: crisis y transformación*, F.C.E., México, 1981.

PREBISCH, RAÚL: "Reactivación y saneamiento monetario: Notas para la democratización en Argentina", en *Revista Nórdica de Estudios Latinoamericanos*, vol. XIII: 2, 1983.

ŠEPAROVIC, ZNOVIMIR PAUL: "Victimology", Zagreb, 1985.

ZAFFARONI, RAUL: "Criminalidad y Desarrollo en Latinoamérica", en Revista ILANUD, año 5 núms. 13 y 14, Costa Rica, 1982.

EL ADECUADO DESARROLLO RELIGIOSO DEL PRESO

(Introducción y comentario a las conclusiones de los capellanes penitenciarios)

Prof. ANTONIO BERISTAIN I. S. J.*

SUMARIO

1. La frontera del delincuente. 2. Una consideración jurídico teológica. 3. Mensaje de la Encarnación para el preso. 4. El Concilio Vaticano II. 5. La opción preferencial por los marginados. 6. Testimonio de cristianos de ayer y de hoy. 7. Una voz autorizada. 8. Propuesta de nueva normativa legal.

1. *La frontera del delincuente*

> "... ir poniendo los jalones de un régimen penitenciario cada día menos corruptor que el anterior, hasta que finalmente se puedan ensayar tratamientos de reforma, por parcelas (delincuentes primarios, menores, anormales mentales) o de conjunto. En este aspecto, el lema de la administración penitenciaria debe ser la famosa frase de Goethe que Juan Ramón Jiménez puso al frente de varios de sus libros: *sin prisa pero sin pausa*. O viceversa" (F. BUENO ARÚS)[1].

El capellán de una institución penitenciaria de jóvenes contaba a un grupo de cristianos la anécdota siguiente: salió de paseo al campo con una docena de jóvenes de 16 años, que estaban internados en su institución penitenciaria. Al atardecer, ese día de vacación, se le acercaron tres de los jóvenes (pocas semanas antes habían recibido, después de una larga preparación, la primera comunión) para decirle: "Pater, Jesucristo tiene que estar muy contento con nosotros hoy". Les preguntó la causa de esta alegría del Señor, y ellos respondieron: "Hemos cogido una bolsa dentro de un coche que tenía una cartera con bastante dinero; hemos separado únicamente lo necesario para comprar un paquete de cigarros cada uno de nosotros, hemos metido otra vez el monedero dentro del bolso, y lo hemos dejado dentro del coche. Como vez, Jesucristo tiene que estar contento con nosotros". El capellán, sin dudar, les respondió afirmativamente: "Si, está contento". Un mes o dos meses, antes, comenta el capellán[2], estos tres jóvenes hubieran hur-

Nota: Agradezco a la *Revista Nuevo Foro Penal*, el haber incluido esta nota mía en el volumen homenaje —tan merecido— a las víctimas del Palacio de Justicia. Su muerte me afectó profundamente por las tristísimas circunstancias que concurrieron, y me obligó a una crítica evaluación de mi conducta personal y docente, pues compruebo que —a pesar de la distancia geográfica— tengo mis manos manchadas en su sangre testimonial. Con especial sentimiento he de recordar a Alfonso Reyes Echandía, de cuya bondad amistosa tanto aprendí y sigo aprendiendo.

* Catedrático de Derecho Penal. Director del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, España.

[1] *Estudios penales y penitenciarios*, Madrid, 1981, págs. 128 y ss.

[2] PÈRE MARIE-PAUL, "Attentifs au 'bien dans le mal' ", en *Lettre aux Aumôniers de Prisons*, enero-marzo, 1984, pág. 4. ANTONIO BERISTAIN, *Ciencia penal y criminología*, Madrid, Edit. Tecnos, 1985, págs. 117 y ss.

tado el bolso y el portamonedas y, probablemente, también el coche. Hoy, en cambio, ellos han dado un paso adelante, pues solo han cogido unas pocas pesetas. A ellos se les puede aplicar lo que dice SAINT-EXUPÉRY: "Lo esencial es dar un paso adelante, después otro paso". Ellos comprendían que este paso adelante valía mucho a los ojos de Dios y a sus propios ojos. Empezaban a sentir su propia dignidad (autoaprecio que suele faltar a los delincuentes).

Ambas valoraciones positivas facilitan la evolución del desarrollo religioso de los condenados por la justicia humana que tan atrevidamente los estigmatiza, sin tomar conciencia total de la cuestión.

El problema de discernir entre el bien y el mal, entre el progreso y la involución en lo ético, resulta difícil cuando estamos ante situaciones extremas en la vida real, ante situaciones carcelarias. El cumplidor de las normas cívicas tiene sus propias valoraciones socioéticas; sus propias coordenadas axiológicas sobre lo que está permitido y lo que está prohibido. Pero el código moral de cada ciudadano no coincide siempre con las normas legales y con los criterios de las demás culturas y subculturas. Muchas personas, y sobre todo los recluídos en instituciones penitenciarias, tienen unos criterios diferentes en múltiples puntos de los criterios generales de la ética convencional cívica; tienen sus criterios personales y grupales. Estos criterios merecen, en general, ser respetados, ya que la normatividad no existe impersonalmente. Los delincuentes, los pecadores y todos nosotros somos observados por Dios, y juzgados por Dios individualmente (no generalmente) dentro de nuestra historia, de nuestra biografía, de nuestro carácter, dentro de nuestra situación concreta[3]. Esta realidad de la ética situacionalmente personal ha de tenerla en consideración el jurista, el sacerdote, el cristiano y el ciudadano que quiera atender o colaborar o convivir con los internos (y especialmente con los jóvenes) que cumplen su condena en instituciones penitenciarias. A las personas que han cometido un delito, o a las personas que se han alejado de la ética cívica, no se les puede ni se les debe pedir de repente un cambio definitivo, una ruptura completa y total con el pasado.

En sentido parecido se expresa también KARL RAHNER, cuando escribe a un joven: ... "No tienes por qué convertirte de repente en un santo o en esa persona que te gustaría ser en tus sueños. Pero, al menos podrías tratar de fumar algo menos, de estar unos días levantándote temprano, o de comprometerte a estudiar un tiempo determinado. Si te propones este o cualquier otro objetivo y realmente lo consigues, comprobarás, aunque te parezca una pequeñez, cómo avanzas y cómo, por decirlo con cierto 'dramatismo', determinadas renuncias pueden hacerle a uno feliz y no sumirle necesariamente en la depresión o en las llamadas frustraciones, de las que tanto se habla hoy..."[4].

Por eso, la normativa acerca de la asistencia religiosa en las cárceles exige una exégesis y una sensibilidad muy especial, muy individualizada; y, desde luego, distinta de los criterios meramente racionales, meramente jurídicos. También aquí

[3] El juicio de Dios nunca es condenatorio. Dios nunca castiga. Cfr. *Estudios vascos de criminología*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1982, pág. 470.

[4] KARL RAHNER, *Tengo un problema...*, Santander, Ed. Sal Terrae, 1985, págs. 97 y ss.

se aplica la frase bíblica: "Los caminos de Dios no son los caminos de los hombres". A pesar de todo, la asistencia religiosa al preso exige una normativa legal aunque abierta a la dimensión teológica.

2. *Una consideración jurídica y teológica*

Entre los diversos textos legales en España acerca de la asistencia religiosa a los presos, nos interesa transcribir aquí un artículo (el 54) de la Ley General Orgánica Penitenciaria (del 26.09.79) y dos artículos (180 y 181) del Reglamento (del 8.05.81).

> *Art. 54.*—"La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse".
>
> *Art. 180.*—"Ningún interno será obligado a asistir a los actos de culto ni de otro tipo de ninguna confesión religiosa ni se limitará su asistencia a los que organice la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa a la que pertenezcan".
>
> *Art. 181.*—"1. Los internos serán atendidos por ministros de la religión que profesen, lo que corresponderá con carácter general, en el caso de confesionalidad católica, a un miembro del Cuerpo de Capellanes de Instituciones Penitenciarias si lo hubiere en el establecimiento, o, en su defecto, a un sacerdote de la localidad, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 102 y de lo que se establezca en los acuerdos que pueda concluir el Estado con las diversas confesiones religiosas.
>
> "2. Se habilitará un local adecuado para la celebración de los actos de culto de asistencia propios de las distintas Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas.
>
> "3. Las normas de régimen de los establecimientos penitenciarios deberán adoptar las medidas que garanticen a los internos el derecho a la asistencia religiosa, así como a la comunicación con los ministros del servicio religioso de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas.
>
> "4. La asistencia religiosa de que se habla en el apartado 2 comprederá todas las actividades que se consideren necesarias para el adecuado desarrollo religioso de la persona".

Si se cotejan estos preceptos legales con las normas correspondientes del Derecho Comparado, del Derecho Canónico y de la teología cristiana, podemos entender que la asistencia espiritual a la que tiene derecho el interno exige más de lo que muchos opinan, pues, como indica el apartado 4 del art. 181 del Reglamento, tal asistencia ha de comprender todas las actividades que se consideren necesarias para el adecuado desarrollo religioso de la persona.

Esta frase puede parecer demasiado amplia, pretenciosa y vaga; pero, dada la naturaleza del tema, el legislador ni puede ni debe concretar más su contenido, si, como dice ZUBIRI, el hombre no *tiene* religión sino que el hombre *es* religión, resulta imposible definir la esencia de esta con descripciones concretas. Por lo tanto, al interno se le reconocerá su derecho a todo lo que sea —se *considere* entre los especialistas— necesario para que su vida religiosa crezca y madure.

El número 4 del art. 181 del Reglamento reconoce (con bastante acierto) este derecho de los internos, difícil de describir pero sumamente importante. Desconozco cómo surgió este número último del art. 181; y nada he encontrado escrito al respecto. Cabe suponer que el legislador, al releer el contenido de los preceptos anteriores, cayó en la cuenta de que faltaba algo importante, aunque él no lo sepa formular.

Por eso se consideró obligado a dejar una puerta abierta a lo que los técnicos, los teólogos, *consideren necesario*.

A la luz de la teología (cristiana) parece oportuno indicar tres aspectos que deben incluirse en este "cajón de sastre" de la asistencia religiosa:

a) La dimensión agápica de la asistencia espiritual.

b) El derecho de los internos a estructurarse y convivir como Pueblo de Dios.

c) El derecho de los internos a relacionarse con el Pueblo de Dios próximo a la cárcel. (En esta nota me limito a comentar brevemente la dimesión agápica del apartado a, teniendo en cuenta la tradición cristiana, las recientes innovaciones del Concilio Vaticano II, la actualización en el apostolado de la Compañía de Jesús, y las conclusiones de los capellanes penitenciarios españoles, para terminar con una proposición de nueva normativa jurídica sobre este tema).

3. *Mensaje de la Encarnación para el preso*

La asistencia a la que tiene derecho el interno no puede limitarse estrictamente a las prácticas culturales, ni a la instrucción doctrinal, ni a lo "puramente espiritual", sino que debe incluir y hacer resaltar la faceta del misterio de la Encarnación, del misterio de Dios hecho hombre, que ama al pecador, que ama al delincuente.

Mil detalles humanos *cordiales*, enriquecen a lo largo de la historia y de la geografía las atenciones agápicas de los representantes de Jesucristo. Por ejemplo, la esposa del poeta MIGUEL HERNÁNDEZ pudo visitar a este por tres veces poco antes de morir, el 28 de marzo de 1942, en comunicación extraordinaria, gracias a la intervención de un sacerdote. Así lo indica la misma JOSEFINA MANRESA en su libro *Recuerdos de la viuda de Miguel Hernández*[5].

En este sentido escribe también un capellán de prisiones, F. HAUMESSER, en su comentario referente a la pregunta ¿Jeunes en prisions?, en la revista *Recherches*, 2º trimestre 1984: más allá de los medios "normales" de ayuda carcelaria personal y/o institucional que pueden regularse y describirse legalmente, hay —y debe haber— un enorme espacio vacío para el capellán y para el Pueblo de Dios, espacio "cordial" que nadie puede colmar mejor que ellos: la estima sincera a la persona del delincuente, el respeto de y a su diferencia, la comprensión de su culpabilidad, la sintonía con sus sufrimientos, el estímulo renovado en sus intentos de superarse, de liberarse, la tolerancia parecida a la de Jesucristo con sus más "pequeños", su más "humildes".

Las normas al respecto en el derecho comparado se expresan con matices más o menos amplios; pero en la práctica se permite generalmente al capellán y a sus colaboradores esta asistencia cordial, aunque no haya sido explicitada en las normas legales o aunque se la niegue. Así, por ejemplo, en Francia, el art. D 434 establece entre las misiones del capellán "llevar regularmente a los internos la ayuda de la religión"; y añade que «debe ejercer con los internos únicamente una tarea espiritual y moral". Esta restricción parece criticable, pues da pie a interpretaciones inhumanas y anticristianas. Prácticamente, en Francia predomina la interpretación amplia, y se ve bien que el capellán desarrolle su asistencia caritativa, incluso con cierta ingenuidad. Como ha dicho recientemente el *aumônieur* Clavier, en una conferencia celebrada en París, si el capellán tiene por misión colaborar con el interno a vivir su religión, y esta es una vida de amor, difícilmente puede cubrir tal tarea sin una amistad *humana*, amistad que se expresa no solo en los actos del culto, en los sacramentos, en la predicación y la conversión, sino también, y no menos, en los encuentros humanos y en las relaciones de servicio a los más marginados. Algunos de estos servicios nadie los puede prestar al interno mejor que el capellán, si es debidamente prudente y está ayudado por colaboradores benévolos.

[5] JOSEFINA MANRESA, *Recuerdos de la viuda de Miguel Hernández*, Madrid, 1980, pág. 139.

Entre las múltiples actividades dentro de la asistencia espiritual que pueden fomentar y/o llevar a cabo los representantes de las religiones, lo mismo laicos que sacerdotes, mujeres que hombres, cabe citar, por ejemplo, las que enumera un capellán de prisiones de jóvenes[6].

1) Contacto con las parroquias que puedan ayudar a los internos.

2) Contacto con las familias. El capellán pretende dar un contenido positivo a las relaciones familia-centro-interno, contribuyendo a humanizar más las relaciones, a hacer más eficaz el tratamiento que los internos reciben en el centro. Se persigue con esto que los internos consigan hacer una valoración crítica de su propia existencia, que adquieran confianza y seguridad en sí mismos, superen los estados de ánimo depresivos y que su futuro retorno a la libertad tenga probabilidades de encontrar un hogar, relaciones de amistad, etc. Ayuda moral y material a las familias que se desplazan a visitar a sus hijos o esposo (billetes de viaje, hospedaje, colegios para los hijos, etc.).

3) Contacto con abogados y jueces; audiencias para clarificar y activar las gestiones necesarias, fianzas, etc.

4) Recolección de ropa en hoteles y centros de turismo, pago de pensiones y cobro de los salarios pendientes.

5) Gestiones en los juzgados.

6) Solución de problemas de seguridad social de los beneficiarios internos, para que cobren sus hijos o su esposa.

7) Seguimiento y ayuda a los internos que salen de prisión y se quedan en la comarca, y visita a sus familias.

8) Cartas de trabajo para obtener la libertad condicional.

9) Ropero con prendas nuevas, zapatos y ropa usada:

a) para atender a los internos dentro del centro;

b) para salir a trabajar, si no tienen ropa decente;

c) para salir a pasear y estar a la altura de los demás chicos (en centros de jóvenes de régimen abierto);

d) para cuando salen en libertad definitiva;

e) para ayudar a las mismas familias, a veces muy necesitadas y con un número elevado de hijos.

[6] IZQUIERDO MORENO, "La presencia de la Iglesia en los centros penitenciarios", en *La Cárcel*, Madrid, Cáritas, 1983, págs. 173 y ss.

10) Planificación, en las reuniones con los internos, de la manera de ayudar a las personas necesitadas que no asisten a las reuniones y pasan necesidad o tienen problemas graves y serios.

11) Conectar con familias del exterior para que los fines de semana acepten algunos internos en sus hogares (esto en centros abiertos de jóvenes).

12) Gestiones para encontrar trabajo durante la estancia en prisión (secciones abiertas y jóvenes).

13) Mentalizar a los mismos internos para que ellos ayuden a centros asistenciales de ancianos, como por ejemplo: afeitar a los ancianos, arreglarles el jardín, darles una merienda-cena, proyección de una película, etc.

En muchos países se reconoce a los internos este amplio derecho a la asistencia caritativa y diacónica. En Alemania Federal, como explica el catedrático KARL PETERS, se piensa que el campo de acción del ministro eclesiástico se extiende hasta lo asistencial y caritativo, pues actúa como servidor de Dios, como testimonio del amor de Dios, que llega mucho más allá del secreto profesional y sobrepasa los límites puramente religiosos. El hombre de Iglesia que consuela al vacilante, al afligido, al desconsolado, ejerce asistencia religiosa aunque en ese consuelo no emplee palabras religiosas. Por otra parte, un partido de fútbol o una fiesta vespertina de baile no es asistencia religiosa, aunque las organice un capellán.

Por asistencia espiritual no debe entenderse solo el anuncio teórico del evangelio de Jesucristo. La Iglesia siempre, con más o menos fuerza, se ha comprometido en el cuidado de los pobres y en las misiones caritativas a los marginados, y hoy día diversas instituciones, tanto católicas como protestantes, en Alemania y en otros países, consideran como trabajo suyo esta asistencia. A modo de ejemplo podemos recordar que, en Alemania, *Cáritas* actualmente tiene 24.800 instituciones, con un millón ciento treinta y seis mil plazas, y más de 240.000 trabajadores oficialmente reconocidos.

4. *El Concilio Vaticano II*

> "Hemos de iniciar la reforma reduciendo los supuestos a los que se asocie pena privativa de libertad, y reduciendo después la extensión de las penas. Impunismo no; pero, tampoco destrozar la personalidad de quienes sufran las penas". (ENRIQUE RUIZ VADILLO)[7].

La teología cristiana, desde los tiempos evangélicos (véase el libro de *Juan*, cap. 13, vers. 25; cap. 17, vers. 21; así como los *Hechos de los Apóstoles*, cap. 4, vers. 32 y ss.), considera la vida de Jesucristo como algo que fecunda toda la historia. También fecunda la historia anterior a Él, como se expresa el Concilio Vaticano II, cuando en el número 22 de la *Gaudium et Spes* dice: "Esto vale no solamente para los cristianos, sino también para todos los hombres de buena voluntad, en cuyo corazón obra la gracia de modo invisible. Cristo murió por todos, y la vocación suprema del hombre en realidad es una sola, es decir, divina. En

[7] Cfr. *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, 1984, pág. 382.

consecuencia, debemos creer que el Espíritu Santo ofrece a todos la posibilidad de que, en la forma de solo Dios conocida, se asocien a este misterio pascual".

La vida religiosa pertenece a algo prehistórico y ontológico (más que a algo revelado y conocido), a algo de soteriología pancósmica; cualidades todas estas que no caben en la descripción racional de la historia... ni en la legal casuística de un reglamento de prisiones. Todavía más, la teología cristiana afirma como característica fundamental de la Iglesia sus rasgos maternales, pues María, la madre de Jesús, es madre de todos los creyentes y figura prototipo de la Iglesia. Así lo explican, entre otros, SEMMELROTH y RAHNER, cuando escriben sobre la moderna Eclesiología a la luz de la Mariología. María se muestra como prototipo y paradigma de la Iglesia, y sus rasgos maternales deben aparecer especialmente cuando se trata a personas privadas de libertad. El capellán de prisiones tiene derecho y también obligación de brindar al interno lo religioso-cultural, pero tiene más derecho y más obligación de brindarle lo ético-profético y lo "cordial" por ser más esencial al cristianismo, como desarrollan, por ejemplo, JOSÉ Ma. DÍEZ ALEGRÍA, J. A. PAGOLA y KARL RAHNER. Este recalca que la relación sacerdotal con el prójimo (más aún si este prójimo está privado de libertad) debe estar sostenida por el amor sobrenatural y debe representar una consumación peculiarísima de ese amor, una manifestación expresa y oficial del núcleo íntimo del amor al prójimo, por el que le quiere en cuanto es amado por Dios, de tal manera que lo puramente ministerial, lo oficial e institucional no solo no constituye por sí solo lo característico de las relaciones del sacerdote con los hombres ni las agota, sino que es ese amor permanente a los otros (especialmente a los marginados y a los privados de libertad), efectivo, cálido, vivo, desinteresado y genuino, el elemento constitutivo de las relaciones sacerdotales. Relación y religación que es algo experiencial, como explica XAVIER ZUBIRI, en su libro póstumo[8].

En este sentido se expresa también el decreto del Concilio Vaticano II sobre *El apostolado de los seglares* (promulgado el 18 de noviembre de 1965),cuando habla de "la acción caritativa como distintivo de la asistencia religiosa cristiana... El mandamiento supremo en la ley es amar a Dios de todo corazón y al prójimo como a sí mismo (cfr. *Mateo*, 22, 37-40). Ahora bien, Cristo hizo suyo este mandamiento de la caridad para con el prójimo y lo enriqueció con un nuevo sentido, al querer hacerse Él mismo objeto de la caridad con los hermanos, diciendo: *Cuantas veces hicisteis eso a uno de estos mis hermanos menores, a mí me lo hicisteis* (*Mateo*, 25, 10). Él constituyó la caridad como distintivo de sus discípulos con estas palabras: *En esto conocerán todos que sois mis discípulos, si tenéis caridad unos con otros* (*Juan*, 13, 35). La Iglesia se reconoce siempre por este distintivo del amor, y, al paso que se goza con las empresas de otros, reivindica las obras de caridad como deber y derecho suyos, que no puede enajenar. Por lo cual, la misericordia para con los necesitados y enfermos, y las llamadas obras de caridad y de ayuda mutua para aliviar todas las necesidades humanas son consideradas por la Iglesia como un singular honor.

[8] XAVIER ZUBIRI, *El hombre y Dios*, Madrid, 1984, págs. 109 y ss. 324 y ss.

5. *La opción preferencial por los marginados*

"Ese carácter aflictivo de la detención preventiva nadie osaría negarlo ante la dramática y palpitante situación de nuestras cárceles: el hacinamiento desesperante, la promiscuidad entre sindicados y condenados, la desnutrición impuesta por la hambrienta insensibilidad de los economatos, el trato degradante de los guardianes, el permanente peligro de contagio de enfermedades, la azarosa inseguridad personal, la humillante conducción a los juzgados en jaulas afrentosas y muy frecuentemente con las manos esposadas. Y fuera de esto mucho más que sería prolijo enumerar". (HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ)[9].

El servicio al prójimo necesitado debe constituir la preocupación central —la única, en cierto sentido— del cristianismo. Pero esto no puede lograrlo cualquier tipo de generosidad. Y solo el Espíritu puede decir qué es lo que tal servicio significa para cada uno de nosotros. Ahora bien, probablemente trasciende con mucho empeño de un sano compañerismo y, de alguna manera, exige tender la mano a los rechazados y a los oprimidos, a los explotados y a los simplemente ignorados.

Los sociólogos de la religión insisten también en considerar como rasgo fundamental del cristianismo la dimensión agápica, hoy no menos que en otros tiempos, especialmente con las personas privadas de libertad. Baste escuchar al conde KARLFRIED DÜRCKHEIM, en su libro *Hacia la vida iniciática. Meditar. Por qué y cómo.* (Bilbao, 1982), cuando indica que son numerosos hoy "los movimientos de renovación en el seno de la vida religiosa que pueden interpretarse como un renacimiento de la sensibilidad (femenina) en la conciencia humana. La propia educación religiosa se aparta de una teología excesivamente racional para orientarse hacia experiencias místicas que vuelven a dar vida a las fuerzas femeninas del espíritu". Esta intensificación de lo femenino en la religión es un factor más del resurgir de la vida religiosa en la cultura occidental en la que, por desgracia, predomina lo masculino, ya que la cosmovisión de la realidad en la que vivimos está prioritariamente determinada por aquello que tiene acceso a una definición racional (en el sentido de lo viril) y a un dominio técnico con desprecio —mayor o menor— de lo femenino, de la apertura metafísica y mística a la imagen, etc.

Algo de esto intuyó ya, hace un siglo, CONCEPCIÓN ARENAL cuando veía al visitador como el mensajero de la sociedad y de la Iglesia que lleva al recluso mensajes humanos y religiosos ("Creo en la posibilidad de tu enmienda y te prometo mi perdón"), y cuando espera que el visitador, al entrar en la cárcel, se diga: "*Voy a ver a un hombre, al cual me parecería si dios me hubiese dejado de su mano*". En este talante se encuentra el programa más completo de la misión de quien va a visitar a un preso; y, así, "no le faltarán palabras de esas que llegan al alma", considerando que esta postura "contiene la lección más profunda que puede recibir el visitador" del preso.

6. *Testimonios de cristianos de ayer y de hoy*

"El humanismo cristiano y la ética calvinista tienen campo de proyección en el tema. La idea del trabajo y del esfuerzo redentor del alma por el sacrificado arrepentimiento del

[9] *Derecho procesal penal*, Bogotá, 1982, págs. 211 y ss.

culpable irrumpe con fuerza... La idea religiosa impregna los centros de trabajo de Amsterdam y los establecimientos de menores de San Felipe Neri, en Florencia". (CARLOS GARCÍA VALDÉS)[10].

Ante todo, un cristiano ha de evitar el atreverse a considerar como delincuentes, como culpables, a todos los presos. Solo Dios conoce el interior de las personas; nosotros hemos de recordar que muchos inocentes en todos los tiempos han estado y están todavía hoy presos, que en China comunista hay decenas de sacerdotes y de jesuítas presos.

IGNACIO DE LOYOLA estuvo preso en la cárcel de Alcalá de Henares desde el 18 ó 19 de abril (jueves o viernes santo), de 1527, hasta el 1° de junio. En los primeros días de ser arrestado le ofrecieron sacarle por influencias; pero él no las aceptó diciendo: "Aquél por cuyo amor aquí entré me sacará, si fuere servido dello". A primeros de julio del mismo año 1527, se trasladó a Salamanca. Allí volvió a estar preso, veintidós días (o alguno más). En esa ocasión una mañana todos los presos se fugaron, pero él y un par de compañeros suyos no quisieron huir y se quedaron dentro. Alguien le preguntó si le daba dificultad estar preso, a lo cual él respondió: "¿tánto mal os parece que es la prisión? Pues yo os digo que no hay tantos grillos ni cadenas en Salamanca que yo no desee más por amor de Dios".

Años después, en Roma, al escribir las Constituciones de la Compañía de Jesús, su fundador anima a los jesuítas a atender evangélicamente, fraternalmente, a todos los hombres y mujeres delincuentes[11].

Actualmente, la Iglesia para cumplir su misión en la cárcel necesita de sacerdotes y no menos de laicos, pues estos, como ha escrito recientemente el General de los Jesuítas, "han logrado ya dar a tantas obras un impulso apostólico *nuevo*"; también para vivir y ayudar a vivir la opción preferencial por los pobres, también para hacerse preso con los presos (sin hacerse delincuente).

Respecto a los problemas carcelarios, los cristianos y toda persona motivada religiosamente deben tomar una posición parecida a la que el P. ARRUPE recomendó a los jesuítas de Nicaragua cuando le preguntaron si podían apoyar al sandinismo. Él les respondió: "apoyo crítico". Lo mismo que dice el actual General de los Jesuítas a los novicios y jóvenes: "Dios nos evía al mundo para salvarlo. Todo lo humano necesita ser salvado, también la revolución, también el marxismo. Pero hay que tener en cuenta que si uno se identifica con el sistema, ya no es capaz de salvarlo" (...) "En cuanto a la opción por el pobre, la clave está en darle un apoyo efectivo, no sentimental. Y esto supone madurez afectiva".

Desde Filipinas, en la *Carta de Taizé* (marzo-abril, 1985), escribe un joven comentando la preparación para la peregrinación de Madrás: "Hablar de peregrinación de confianza sobre la tierra no es exponer una bella idea, sino tocar realidades muy concretas en el clima tan tenso de las Filipinas. Hay un descontento popular, huelgas, manifestaciones, el alza de precios, una situación económica deteriorada. Un día fuimos a la prisión y nos encontramos con los presos. Hacía quince meses que les habíamos

[10] *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, Madrid, 1982, pág. 26.

[11] IGNACIO DE LOYOLA, *Obras completas*, Madrid, B.A.C., 1977, págs. 42, 126, 130, 436, 816.

confiado el icono de la cruz y, desde entonces, había sido transportado cada domingo de una celda a otra. Esta peregrinación de la cruz va a continuar en medio de ellos".

7. *Una voz autorizada*

Ahora merecen transcribirse en su totalidad las conclusiones que han formulado los capellanes de instituciones penitenciarias de España, reunidos en Madrid los días 23, 24 y 25 de enero de 1985, para actualizar su orientación pastoral a la luz del tema general de las Jornadas: "*Los jóvenes detenidos, un desafío a la Iglesia*".

El primer día, al final de la mañana dialogué con ellos, en una conferencia-coloquio, sobre "aspectos jurídico-teológicos del capellán en las cárceles". Aprovecho la ocasión para agradecerles a todos los asistentes a estas jornadas, y especialmente a D. AMBROSIO ECHEBARRÍA, obispo responsable de la pastoral penitenciaria, las atenciones que tuvieron conmigo.

Las conclusiones que formularon los capellanes dicen así:

I. *Afirmaciones generales.*

El tema general de las jornadas, por encontrarnos en el Año Internacional de la Juventud, ha sido este: *Los jóvenes detenidos, un desafío a la Iglesia*. Entendemos que el objeto primordial de la Pastoral Penitenciaria deben ser los jóvenes, y esto por múltiples razones, entre las que cabe destacar estas dos: 1ª) Por el alto porcentaje de la juventud en la población reclusa. 2ª) Porque en los jóvenes es donde cabe poner mayor esperanza de reinserción social.

Un análisis profundo de la etiología de la delincuencia juvenil no puede exonerar de culpabilidad a la sociedad. La delincuencia juvenil es, con frecuencia, una respuesta personal a la agresión social. La sociedad ha negado al joven algo que le era necesario. La culpabilidad del delito debe ser repartida entre la sociedad y el delincuente. Por esta razón, la delincuencia juvenil es también un reto a la sociedad, que la misma sociedad tiene obligación de aceptar y tratar de resolver.

Constatamos que la ausencia de un sentido ético y religioso en la juventud está también en la raíz de la delincuencia, lo que debe ser motivo de grave preocupación para la Iglesia española, la cual debe poner una especial atención a este problema, pues, como decía Juan Pablo II en su mensaje de paz al comienzo del Año Internacional de la Juventud, los jóvenes son "La Iglesia de hoy y la esperanza de mañana".

El encarcelamiento del joven delincuente y el tratamiento exclusivamente penal de la delincuencia juvenil no solo no resuelve el problema, sino que lo agrava. Los efectos criminógenos de la prisión están más que suficientemente comprobados. A pesar de todos los esfuerzos de la Administración, la cárcel sigue siendo escuela de delincuencia. El deseo máximo de los capellanes penitenciarios es que las prisiones dejaran de existir, pues la prisión no es la solución de la delincuencia. Mientras llegan las alternativas de la prisión, los capellanes se comprometen a trabajar eficazmente para que las prisiones sean cada vez más humanas.

La conquista de las libertades públicas y privadas es, sin duda, uno de los empeños más justos de nuestro tiempo, pero el abandonismo y el libertinaje nunca pueden ser (como tampoco puede ser el autoritarismo) el camino de un aprendizaje responsable de la libertad. Sin la debida y justa disciplina, la reeducación y la reinserción social de los reclusos, fin primordial de la Ley Orgánica General Penitenciaria, no es posible.

Uno de los fines fundamentales de la Pastoral Penitenciaria es tratar de dotar a los jóvenes encarcelados de la adecuada jerarquía de valores, que potencie su personalidad y que le lleve a conseguir la reconciliación consigo mismo, la reconciliación con la sociedad y la reconciliación con Dios, pues sin esta triple reconciliación no puede darse la reinserción social del delincuente.

II. *Acuerdos y compromisos.*

Las actitudes pastorales del capellán deben estar impregnadas de humildad y de comprensión para captar el mensaje de la juventud marginada y detenida.

Debemos mirar a los reclusos como hermanos muy queridos, que sufren la desventura de privación de libertad y nunca como delincuentes. En todo momento debemos ejercer una pastoral de amor.

Fieles a nuestra singular y privilegiada vocación de capellanes penitenciarios, nos consideramos en todo momento unos expropiados en actitud constante de servicio a los reclusos.

Debemos evangelizar a los reclusos, pero, a la vez, debemos dejarnos evangelizar por ellos.

Nos comprometemos a ofrecer a los internos un tratamiento individualizado y dinámico, dando la importancia que tiene la primera entrevista con el recién llegado al centro penitenciario, con la dedicación que sea necesaria y sin limitación de ningún género.

Tenemos que pasar del concepto de "capellán de la prisión" al de "capellanía de la prisión". Esto quiere decir que el capellán no puede actuar en solitario, que tiene que dejarse ayudar por un grupo de fieles comprometidos. El capellán debe ser el coordinador y el animador del grupo apostólico, integrado por sacerdotes, religiosos y laicos, así como por algún funcionario y algunos internos del centro penitenciario.

Nos comprometemos a crear en nuestros centros, según las características de los mismos, un Consejo Pastoral Penitenciario, para que la Iglesia se haga presente desde su misión evangelizadora ante los que sufren marginación y privación de libertad. Este Consejo, en el que también deben estar integrados los internos, tiene, entre otras, las siguientes finalidades: sensibilizar a las comunidades cristianas y parroquias de la Diócesis sobre lo que significa el hecho social de las cárceles, ayudar a los reclusos a resolver sus problemas humanos y mantener con las familias de los reclusos una conexión frecuente.

Consideramos que la acción litúrgica es uno de los medios más útiles para la reinserción de los internos. La Eucaristía debe ser cuidadosamente preparada y celebrada. Hay que dar a los internos el protagonismo que les corresponde en los actos de culto y especialmente en la oración de los fieles e incluso en la homilía. Las acciones litúrgicas deben adaptarse lo más posible a las circunstancias de la prisión. No podemos olvidar que la liturgia es una fiesta; que estaría muy bien prolongar la Eucaristía con cánticos religiosos, poesías, intervenciones musicales, etc.

La pastoral postcarcelaria es urgente. Para llevarla a cabo con la mayor eficacia posible, el Consejo Pastoral Penitenciario debe estar en continua relación con las obras del Estado, de la Iglesia y de la sociedad, que se dedican de una manera o de otra a la reinserción social de los marginados y de los recluídos y debe estarlo de una manera especial con *Cáritas*.

Las familias de los internos viven y sufren los problemas de sus miembros en prisión. Es urgente extender e intensificar las acciones pastorales con ellos.

Desde la necesidad de la reinserción socio-religiosa de los internos consideramos necesario relacionarlos con sus parroquias e interesar a estas, a sus grupos y sus comunidades por ellos. El capellán de la prisión debe enviar periódicamente a las parroquias una relación de sus fieles encarcelados.

Manifestamos nuestro apoyo solidario y corporativo a la Junta Directiva, elegida estatutariamente, de la Asociación Profesional de Capellanes Penitenciarios, para que trate de llevar a feliz término la consecución de las finalidades de la misma.

La Asociación Profesional de Capellanes Penitenciarios debe poner en marcha un "Boletín Informativo" de carácter pastoral, que, entre otras cosas, sirva de intercomunicación entre los capellanes.

III. *Sugerencias y peticiones.*

A) *A la Iglesia.* Agradecemos a la Comisión E. de Pastoral Social el interés que está demostrando desde hace unos años por la pastoral penitenciaria, especialmente desde que nombró responsable de la misma a D. AMBROSIO ECHEBARRÍA, obispo de Barbastro, que con tanta dedicación, tanta generosidad y tanto acierto está ejerciendo su misión con el beneplácito unánime de todos los capellanes penitenciarios.

Pedimos que la Conferencia Episcopal Española, asumiendo con todas sus consecuencias la pastoral penitenciaria, instituya el "Día del Preso" como medio de crear conciencia entre los fieles sobre los problemas de nuestros hermanos encarcelados, los "más pobres" entre los pobres, los más preferidos, por tanto, del Señor. La Iglesia tiene que demostrar que cree, de verdad, en que la sentencia definitiva para todos en el Juicio Final está en relación con la postura que hayamos adoptado frente a estas palabras del Señor: "Estuve preso y fuisteis a estar conmigo".

Reiteramos a la Conferencia Episcopal Española que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.2. del Primer Instrumento de Ratificación de los acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede, y con lo previsto en el art. 181.4 del vigente Reglamento Penitenciario, se tramite ya, con la urgencia que el asunto requiere, el Acuerdo entre la Conferencia Episcopal y el Estado Español sobre la Asistencia Religiosa en los Centros Penitenciarios, cuyo anteproyecto está elaborado hace ya mucho tiempo.

La Iglesia en libertad no puede desentenderse de la Iglesia en prisión.

El preso salió un día de la comunidad, pero un día tendrá que reintegrarse de nuevo en ella. La comunidad no debe olvidarse de él, debe acompañarlo y acogerlo luego con generosidad y con amor.

Dentro del campo de la "Pastoral General de la Diócesis", la pastoral penitenciaria debe ser parcela preferida, a la que el obispo debe atender como a la parte más necesitada de su servicio pastoral.

Que el Sr. obispo haga la "visita pastoral" a la prisión y que, en fechas señaladas (Navidad, fiesta de Nuestra Señora de La Merced, etc.), vaya a visitar a los reclusos, manifestando así su celo pastoral por esta comunidad eclesial, que vive entre rejas y que es como un sacramento vivo de la presencia de Jesucristo en el mundo.

En todas las Diócesis se debería crear un Secretariado de Pastoral Penitenciaria, en conexión con Cáritas Diocesana y que tendría como misión la programación de la pastoral penitenciaria en sus diversos aspectos (atención al recluso y a sus familiares, asistencia postcarcelaria, motivación de la sociedad y de las comunidades cristianas) y la formación de los agentes de la pastoral penitenciaria integradores del Consejo Pastoral Penitenciario.

La Iglesia local es el marco más apropiado para las actividades de la Iglesia concernientes a la reducción y prevención de la criminalidad. Debe unirse a otros grupos locales para estudiar los problemas de la delincuencia y luchar contra ella y alentar a abogados, sicólogos, siquiatras, sociólogos y otros especialistas católicos para que ofrezcan sus servicios a los delincuentes y a sus familiares.

La parroquia debe acompañar en todos sus pasos a los feligreses que sufran la pérdida de la libertad.

B) *A los poderes públicos.* Agradecemos a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias por las facilidades que da a la Capellanía Penitenciaria para el desempeño de sus funciones y para la entrada en prisión del equipo colaborador de la misma integrado por el Consejo Pastoral Penitenciario, dando así la posibilidad de que la comunidad cristiana encarcelada ejerza el derecho de comunicación con las comunidades externas.

Como la reforma penitenciaria se basa fundamentalmente en garantizar a los reclusos el ejercicio de los derechos fundamentales, los capellanes penitenciarios reiteramos nuestra decisión de colaborar en la reforma con todas nuestras fuerzas, ya que para la Iglesia los derechos humanos son sagrados y, por tanto, inviolables siempre y a todos los niveles.

Juzgamos necesario que en nuestro país la asistencia religiosa en las prisiones se homologue lo más posible, desde el punto de vista administrativo, a los módulos que rigen en Europa —en la que debemos integrarnos muy pronto— y se adecue a las normas internacionales vigentes en los países europeos.

Pedimos que la "Memoria" anual sobre los servicios religiosos en los centros penitenciarios sea elaborada por la Delegación Episcopal de la Pastoral Penitenciaria con los datos que previamente hayan enviado todos los capellanes.

Queremos estar en formación permanente y para ello pedimos, una vez más, la programación, a través de la Escuela de Estudios Penitenciarios, de unos cursillos de formación sobre las ciencias de la conducta, auxiliares de la pastoral.

Pedimos que los capellanes contratados sean vinculados de verdad, legalmente, con sus correspondientes derechos y deberes.

Sugerimos que los poblados de residencia de funcionarios de instituciones penitenciarias tengan un local "multiuso", donde puedan llevarse a cabo actividades culturales, religiosas, artísticas y sociales, para las familias de los funcionarios y, sobre todo, para la población infantil y juvenil.

Pedimos que en todos los centros penitenciarios haya un local adecuado y digno para celebrar los actos de culto y un despacho para la Capellanía.

Manifestamos al poder judicial la convenciencia de que magistrados y jueces pidan a la prisión, antes del juicio oral, un "informe humano" de los delincuentes juveniles primarios en atención especialísima a su condición de juveniles.

Pedimos que se multipliquen los centros específicos para jóvenes; que se pongan en práctica los sistemas de probación, los informes sicosociales al juez antes de la sentencia; que se facilite de una manera efectiva el cumplimiento de la pena, especialmente para drogadictos, en centros asistenciales que no sean de carácter carcelario.

Pedimos a los medios de comunicación que sean generosos en informar, de la manera más objetiva posible y en toda su complejidad y trascendencia, a la opinión pública sobre la fenomenología de la cárcel, con el fin de mentalizar a la sociedad en la comprensión y en la solución de los múltiples problemas que presentan la delincuencia y la vida en prisión.

C) *A la sociedad.* Pedimos a la sociedad que cambie la mentalidad arcaica que tiene sobre el mundo de las prisiones y que tome conciencia objetiva sobre los múltiples problemas en que está inmersa la población reclusa.

Pedimos que la sociedad afronte el problema de la delincuencia juvenil, no tanto desde aspectos jurídico-penales y tranquilidad social, como desde las causas que la generan, las soluciones que hay que buscar y aplicar y las personas que la realizan y la sufren.

Proclamamos que si los encarcelados deben reconciliarse con la sociedad, a la que perturbaron y a la que un día han de volver, también la sociedad debe reconciliarse con ellos y acogerlos con amor y nunca con hostilidad, cuando se reincorporen a la vida libre.

8. *Propuesta de nueva normativa legal*

"El sujeto que delinque está de tal manera coartado en su libre albedrío que en muchas ocasiones viene a constituirse en sujeto carente de imputación, es decir, sujeto sobre el cual no puede recaer el reproche de la norma moral. Es, de esta suerte, como un pobre social, intelectual, cultural, biológico, sicológico y económico". (ANTONIO SÁNCHEZ GALINDO)[12].

Teniendo en cuenta las conclusiones de estas jornadas y lo que se comentó durante los tres días de reunión, así como algunos estudios penitenciarios, criminológicos y religiosos en España y en el extranjero, me parece oportuno pedir una nueva normativa legal acerca de la asistencia religiosa en las cárceles en España. Propongo la siguiente como anteproyecto:

Artículo 54. *Práctica de las religiones.*

La Administración garantiza la libertad de conciencia o de religión o de creencias de las personas sometidas a sanciones en las instituciones penitenciarias de cualquier tipo, y facilitará los medios para que dicho derecho pueda ejercerse individual y colectivamente, en privado y en público, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas, la enseñanza y la debida comunicación en el exterior.

La Administración garantiza la posibilidad de ejercer todas las actividades que se consideren necesarias para el adecuado desarrollo espiritual de la persona. Permitirá que el interno posea libros y objetos religiosos.

Los internos podrán organizarse en grupos o en comunidades para protagonizar y/o desarrollar los actos religiosos que consideren oportuno. Los internos podrán relacionarse con colaboradores espirituales (laicos) no reclusos.

Los internos podrán comunicarse con el Ministro del Culto telefónicamente siempre que lo soliciten, excepto cuando la dirección del establecimiento lo considere improcedente.

Ningún interno será obligado a participar en actos religiosos ni a recibir visitas de ministros de culto, ni de sus colaboradores.

Se requerirán ministros de culto enteramente dedicados a la asistencia de los internos o se les contratará otra forma de atención espiritual si el reducido número de afiliados a una comunidad religiosa no justifica una atención espiritual más completa.

El ministro de culto o el representante laico de la Iglesia correspondiente acompañará al que ingrese en prisión en el momento de su entrada si él no se opone, así como en el momento de salida.

Los ministros de culto podrán visitar a los internos siempre que estos lo soliciten, incluso cuando se encuentren sometidos al máximo aislamiento, con la única limitación de la seguridad.

Representantes de las diversas religiones, individualmente o en grupo, podrán entrar en los establecimientos penitenciarios para cualquier acto de vida espiritual; el director del establecimiento podrá impedirlo solo por razones de seguridad u orden, con un escrito motivado.

En todos los establecimientos habrá un local dedicado al servicio religioso.

[12] *El derecho a la readaptación social*, Buenos Aires, 1983, págs. 136 y ss.

Estos párrafos que propongo como borrador de proyecto de legislación se mueven por entero en estratos humanos, no en estratos sobrenaturales, en la antesala de la realidad específicamente religiosa; pero abren la puerta a que todos —internos y externos— conozcan más sus derechos a la experiencia religiosa, y de ellos. Quizás los protagonistas principales de la asistencia religiosa dentro de la cárcel son los propios internos, como nos muestran multitud de casos históricos concretos. Recuerdo en este momento el que ha vivido recientemente J. Gauzin, en la prisión de Cahors. Un interno, llamado Ahmed, solicitó una entrevista con el capellán. Entró en su despacho, se sentó delante de él y le dice directamente: "Yo quiero conocer a tu Dios". La pregunta sorprende al capellán, que le explica a Ahmed que él debe permanecer fiel a su religión. Pero Ahmed no acepta el razonamiento del capellán y, señalando con su dedo el crucifijo que está sobre la mesa, dice: "No, yo quiero conocer a tu Dios, este de aquí, porque tu Dios es Dios para todos los hombres, preferentemente para los marginados". El capellán reconoce a lo largo de la entrevista que Ahmed ha descubierto el mensaje misterioso de Jesús en el evangelio gracias a un compañero preso en la misma celda con él, que le habla de Jesús. Esta clase de conversaciones y de conversiones no abundan todos los días en las celdas, pero quizá no sean tan escasas como algunos sospechan.

El caso de Ahmed y de otros internos nos hace mirar a y entrar en la prisión también como en un lugar donde crece —más o menos soterrado— el grano de mostaza evangélico, y ver los presos también como enviados (y no en segundo plano) de Jesús, como apóstoles, que tienen sus derechos a sentir y comunicar su pertenencia al Cuerpo Místico, sus derechos a sentarse en el banquete de las bodas.

Nota importante: Por lamentables limitaciones circunstanciales he tratado únicamente de la religión cristiana. Pero dejo constancia que todas las religiones deben disfrutar de los mismos derechos. Si cabe alguna preferencia será para las orientaciones ecuménicas, no para las no-exclusivistas.

COLABORACIONES NACIONALES

¿ES LA JUSTICIA EXTRAÑA A LA LÓGICA DEL DERECHO PENAL?

(A propósito del holocausto judicial de Bogotá
o la apoteosis de la irracionalidad práctica)

Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA**

—I—

"Alto al fuego ...Es una cuestión de vida o muerte... Repito: es una cuestión de vida o muerte, que cese inmediatamente el fuego (y comience el diálogo)".

Estas fueron las últimas y angustiosas palabras conocidas del profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, sacrificado inútilmente en el sangriento holocausto judicial del 6 y 7 de noviembre de 1985 en Bogotá. Él, a quien todos los penalistas colombianos tendríamos que llamar *Maestro*, murió buscando el diálogo, liberal y democrático, con fuerzas caóticas y obscuras de un movimiento anarquista, junto con el más joven y promisorio de los penalistas criminólogos del país, el profesor EMIRO SANDOVAL HUERTAS. A su lado perecieron asimismo varios de nuestros más destacados y demócratas jurisconsultos: DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, FABIO CALDERÓN BOTERO, MANUEL GAONA CRUZ, CARLOS MEDELLÍN y otros más, cuyos nombres permanecerán por mucho tiempo en la memoria nacional y en los anales trágicos de la justicia latinoamericana. Todos ellos estuvieron seguramente de acuerdo con el sentido de las palabras postreras del presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor REYES, pero estoy seguro que EMIRO y él hubieran compartido del mismo modo, de haber sobrevivido, el sentido metafórico que aquí vamos a darles, pues ambos asumían la *actitud crítica* en derecho penal y poseían una recia vocación democrática.

El prementado y alegórico sentido *ad hoc* de las palabras finales del profesor REYES es el de que la "actitud crítica" en derecho penal comporta algunos cambios en la "tradicional actitud metódica, ideológica y política del juez y del jurista frente a los fenómenos criminales (cuestión criminal), hoy más menesterosos que nunca de un "diálogo" (de una dialéctica) entre las llamadas fuerzas del crimen (siempre de algún modo subversivas del orden establecido que, como se sabe, no es siempre

* Este trabajo es un desarrollo amplio de algunas ideas expuestas en mi colaboración para el Número-Homenaje (núms. 27-28) que la *Revista Derecho Penal y Criminología*, de la Universidad Externado de Colombia, ha organizado recientemente. De manera anticipada se ha autorizado su publicación en la *Revista Poder y Control* de Barcelona, España, en su número 0, dirigida entre otros por los distinguidos profesores JUAN BUSTOS RAMÍREZ y ROBERTO BERGALLI.

** Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín. Profesor de Derecho Penal General en la U. de Medellín.

o tal vez nunca el mejor de los órdenes posibles para una determinada organización social) y los voceros o representantes oficiales de la denominada democracia liberal en un Estado que, como el colombiano, se precia de ser republicano y democrático, individualista y liberal (C. N., arts. 1°, 2°, 16 y ss., 53, 55 y 214-15).

No se trata, obviamente, de una conversación entre los criminales mismos y el gobierno, o entre aquellos y los jueces, sino de la dialéctica que debe jugar la ciencia penal, si quiere ser decorosa y decente, justicial y libertaria, en el conocimiento de su objeto específico que, como tanto se ha dicho recientemente, no lo es tan solo el derecho penal positivo, sino también el sistema penal (sistema de la justicia penal) en su totalidad[1]. Ni al derecho, ni a la ciencia del derecho, ni al jurista pueden serles indiferentes los supuestos y consecuencias de las normas e instituciones del control penal sobre la realidad de la vida socio-histórica, esto es, en definitiva, sobre las personas que las sufren o que las manejan y a veces hasta las manipulan. Si la pena criminal es el mal o el daño más grave y aflictivo que el Estado de derecho puede infligir a los súbditos (que son ciudadanos y destinatarios por lo menos del precepto penal o "norma secundaria" penal, en el sentido de KELSEN), entonces esa pena tiene que ser también el último recurso estatal en la lucha por la preservación y el incremento de los bienes, valores e intereses del orden establecido (*statu quo*)[2].

En todo caso, el mejor homenaje que puede tributarse a los ilustres amigos desaparecidos, es el de seguir adelante con su obra. La tragedia del Palacio de Justicia fue una masacre ilógica e injusta. El revivirla ahora no puede tener otro objetivo que el de meditar sobre su sentido aleccionador para el futuro, a fin de que hechos así no se repitan, pues desde antiguo está dicho que *al bien se responde con el bien y al mal con la justicia* (no con la injusticia). ¿O es acaso el poder del Estado algo que, a semejanza de la vara del rey Midas, todo lo que toca se convierte en derecho y, más aún, en derecho justo? ¿O tiene quizás alguien el ominoso poder de convertir el entuerto en derecho, en bien y norma el crimen o la violencia en paz? Y, en fin, ¿seguirá siendo, en nuestra democracia liberal y representativa y en nuestro pregonado Estado de derecho, peligrosa la verdad?

El holocausto judicial de Bogotá es una tragedia de magnitud enorme, pero posee un sentido esencial que le es común con acontecimientos de nuestra vida cotidiana que, no por investir una gravedad infinitamente menor, dejan de ser importantes y, en un sentido cualitativo o cuantitativo, siempre también esenciales para la coexistencia humana. Las conductas que desencadenaron esa tragedia no

[1] Esto, para no extender ese objeto a todo el control social, tal como quiere hacerlo la criminología crítica (cfr. el volumen *Criminología crítica - I Seminario*, Universidad de Medellín, 1984, en especial ensayos de BARATTA, BERGALLI y J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, así como la réplica de E. NOVOA MONREAL, "¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?", en *Doctrina penal*, núm. 30, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1985, págs. 203 y ss.). Sobre el concepto de "sistema penal", véanse, sobre todo, E. SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 5-6, y E. R. ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1984, págs. 7 y ss.

[2] HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Unam, 1969, págs. 71-72, y J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 69-70.

son, de ninguna manera y en ningún sentido, lógicas ni justas. Las razones por las que ellas y hechos de su misma naturaleza *no tienen, ni jurídica ni políticamente, un sentido lógico de verdad ni un sentido axiológico de Justicia*, serán precisamente el tema de las reflexiones que siguen.

—II—

El derecho penal no es una cuestión de mera técnica jurídica. Todo lo contrario: él no solo parte de ciertos presupuestos sociales y políticos, sino que también produce delicadas consecuencias sociales y políticas, además de la injerencia más severa del Estado en los derechos del individuo. El método de la ciencia jurídicopenal no es tan solo el de la lógica formal (propia de todo pensamiento racional), sino también el de la *lógica material de los valores* (que atañe a todo pensamiento ético y cultural)[2 bis], y esto, no al modo tradicional de dos lógicas diferentes, que bien podrían emplearse juntas o separadas, y una de las cuales podría a veces auxiliar a la otra, sino al modo de un método estrictamente unitario de carácter lógico-valorativo, único que se adecua a la estructura del objeto de estudio de dicha ciencia (que lo es el derecho penal positivo en la dinámica del sistema penal a que corresponde).

El tratar los asuntos del derecho penal como algo meramente técnico-jurídico, formal y normativo[3], no solo produce y pronuncia el alejamiento de la ciencia penal con respecto a la realidad social, como piensan algunos de los críticos del llamado tecnicismo jurídico, sino que también y sobre todo es un método o modo de enfoque de la cuestión criminal que estimula y responde a una ideología para la cual ese alejamiento representa lo deseable o "correcto". La ideología dominante, en efecto, tiene interés en que mantengamos los ojos fijos en el mundo de los principios y de los ideales para que no los dirijamos a la terrible y dolorosa realidad sociopolítica del sistema penal y de la pena[4]. En verdad, solo si no nos percatamos de esta realidad, cruda y cruel, es posible seguir creyendo que el mejor derecho penal es el más refinado teóricamente, el que más (o privativamente) se atiene a la lógica jurídica formal y se limita, por tanto, al preciosismo de la construcción sistemática. Para decirlo con la parodia de una frase que, en Colombia y en otro contexto hizo famosa el poeta Valencia, ya no es posible sacrificar un mundo o el individuo para salvar o pulir la construcción sistemática. No significa esto, ni aún remotamente, que lo correcto e indicado sea renunciar a las interpretaciones y soluciones lógicas y abandonarse a un derecho penal intuitivo y asistemático, irracional, casuístico y facilista (o simplista), desprovisto de criterios generales para las decisiones igualitarias o justas (conforme a la regla) de los casos, sino que sistema y justicia debe coimplicarse y colimitarse de tal modo que la resultante sea precisamente un *sistema de justicia penal* y no cualquier otra cosa.

(2 bis) Cfr. H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, I, 59.

[3] Es esto lo que, con relación a toda la ciencia jurídica, propugna y practica el positivismo jurídico. Cfr. ARTURO ROCCO, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1978, págs. 8 y ss., y también H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1960, págs. 15-16.

[4] Cfr. M. MERLEAU-PONTY, "Nota sobre Maquiavelo", en *Signos*, Barcelona, Ed. Seix Barral, 1964, pág. 279.

En este sentido se habla hoy, en cambio, de que el rigor de la coherencia lógicosistemática debe ceder ante la "conveniencia" politicocriminal de los efectos sociales y políticos de una interpretación o de una teoría juridicopenal[5]. Esto no tiende ciertamente a desterrar la lógica de la interpretación de las normas penales y de la construcción del sistema de derecho penal, pues semejante pretensión resultaría irracional y anticientífica (propiciando de nuevo, de consiguiente, la arbitrariedad y la desigualdad en la administración de la justicia penal)[6], sino a erradicar la idea perniciosa de que el derecho penal es algo meramente teórico y a construir precisamente un derecho penal *práctico*, esto es, como ciencia práctica que provoque y se dirija a una administración de justicia verdaderamente equitativa y razonable, que no está dispuesta, además, a sacrificar de modo inútil o innecesario la libertad o las legítimas aspiraciones democráticas del individuo. No cabe duda que resulta preferible alguna defección lógica a la comisión de una injusticia, o al estrujamiento en la práctica de los ideales democráticos de libertad y justicia. Una teoría jurídicopenal con alguna falla lógica es en verdad mucho menos pecaminosa o nociva, con tal que sea justa (y siempre que se conserve como *teoría*, de suyo general), que una práctica inequitativa, violatoria de los derechos humanos o corruptora de los límites o proporciones de racionalidad que constituyen la sustancia de los gobiernos republicanos y los regímenes democráticos.

Aunque la lógica del derecho penal es indispensable para que pueda existir algo que merezca el nombre de "sistema de derecho penal" y este es prerrequisito *sine qua non* de una administración de justicia igualitaria, predecible y controlable, ninguna lógica podrá justificar nunca el tratamiento del hombre como objeto o como máquina, o la declinación de los amparos constitucionales e internacionales del individuo. Hay valores que no pueden ser estrujados con ninguna lógica porque son más importantes que el valor de la coherencia interna de una construcción teorética. Es decir: existe, en el Estado de derecho social y democrático, una prevalencia o primacía de la lógica material de ciertos valores fundamentales sobre la lógica formal de ciertas interpretaciones o construcciones.

El derecho penal, como el derecho en general, es una disciplina científica pero valorativa. De consiguiente, el "valor de verdad" de una proposición jurídica (su calidad de verdadera o falsa), no depende exclusivamente de su coherencia lógicoformal sino también o en primer término de los valores materiales que contenga, realice o posibilite[7]. La verdad jurídica es una verdad valorativa o axiológica y no una verdad meramente lógico-formal. El carácter práctico del derecho penal, pues, no solo remite esta disciplina a la filosofía práctica y por ende a una teoría del actuar humano justo e injusto, como signa WELZEL[8], sino que alcanza a la

[5] Cfr. C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1972, págs. 26 y ss.

[6] Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática juridico-penal?", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Ed. Civitas, 1981, págs. 126 y ss. (Hay también edición en bolsilibros de Ed. Temis, Bogotá).

[7] Véanse: E. R. ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, cap. I, págs. 19-30, y *Manual de derecho penal*, 4ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1985, págs. 31-40.

[8] HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 11.

constitución misma del derecho penal como tal disciplina científica (científico-valorativa). En derecho penal, por tanto, no es verdadera una solución injusta. Como enseña COSSIO, el panorama de la verdad jurídica es y no puede ser otro que la justicia que esa solución cristalice o promueva[9]. Este "valor de verdad" verdadero o justo de la solución se remite por excelencia a la decisión judicial, pero alcanza a las proposiciones del jurista porque estas no hacen más que proyectar su pretensión de verdadera justicia hacia la futura solución del caso por el juez penal. Al fin y al cabo, como el derecho es un fenómeno cultural, la valoración es intrínseca al dato jurídico y no podría dejar de serlo con respecto a las proposiciones y teorías del científico del derecho.

Palmariamente, en este contexto la palabra *justicia* es tomada en la acepción amplia de realización de los valores jurídicos, con los que el derecho penal es constituído como teoría y limitado (regulado) como práctica. *Estos valores no son puramente ideales, sino valores jurídicos positivos, esto es, reconocidos por el ordenamiento jurídico, de manera especial por la Constitución Nacional y los tratados públicos*. Excelentes ejemplos para Colombia lo son, en este orden de ideas, el título III de la Carta, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 (ONU), la ley 74 de 1968, aprobatoria del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York, 1966) y la ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención americana, sobre derechos humanos (San José, 1969). Necesariamente, dichos instrumentos tienen prevalencia sobre las otras leyes o normas, como también la tiene, en nuestro sentir, el título primero (arts. 1° al 12) del C. P. colombiano de 1980[9 bis].

Despréndese de lo anterior que el tecnicismo jurídico y la dogmática panlogista, en cuanto se atienen a la lógica formal, solo están en capacidad de proporcionarnos verdades a medias, incompletas, deficientes y, como tales, peligrosas o directamente nocivas. Sin renunciar a los logros ni al método técnico-jurídico, que es el más propio de la dogmática, la verdad jurídico-penal solo puede alcanzarse integrándolo a la lógica material de las valoraciones político-criminales que están en juego los derechos humanos, las garantías constitucionales y legales y los ideales de legitimidad, racionalidad (proporcionalidad, claridad, igualdad, seguridad), libertad y justicia del Estado de derecho social y democrático.

El derecho no es, tampoco el derecho penal, una ciencia exacta ni una ciencia natural o experimental. Ella, en efecto, no puede aplicar el método matemático ni es susceptible de experimentación o verificación empiricosensorial. Las ciencias jurídicas emplean sobre todo el método racional deductivo, pero no pueden, sin embargo, limitarse a este, pues poseen una necesaria remisión a la realidad y a la experiencia sociales. El derecho es una realidad compleja que consta indivisiblemente (sin perjuicio del análisis conceptual) de hechos, valores y normas, como ha destacado sobre todo REALE[10]. La ciencia del derecho no es, a su turno, una

[9] CARLOS COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1954, págs. 241 y ss., y *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1967, pág. 166.

[9 bis] Véase J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal...*, ed. cit., págs. 342-43.

[10] MIGUEL REALE, *Introducción al derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, S. A., 1977, págs. 65 y ss.

mera especulación sobre las normas jurídicas, su interpretación y organización sistemática, sino también una reflexión sobre las realidades sociales, económicas y políticas que las normas de derecho presuponen y sobre las que pretenden actuar o influir de modo regulativo[11].

Ahora bien, las normas del derecho positivo no influyen sobre la conducta humana determinándola de una manera directamente causal. Por esto los problemas sociales no se remedian con la sola modificación de las normas jurídicas o la legislación. El derecho positivo pretende regular la conducta humana social, no como un factor causal (pues ninguna de ellas pertenece al reino de la naturaleza), sino como una fuerza de sentido que tiende a motivar, esto es, a persuadir en torno a determinados valores (valores del orden jurídico) y que si no logra persuadir en cuanto al valor, es decir, *obligar*, lleva ínsita la disposición y la capacidad para imponer por la coacción (fuerza pública o sanción coactiva) la conformidad de las acciones externas de los destinatarios con sus modelos o tipos. El derecho encarna una alianza singular y simbiótica entre valores y fuerza, alianza que se opera únicamente en el seno del Estado (y, con menor poder y generalidad, al interior de otras comunidades o instituciones que, como tales, no pueden supervivir sino a la sombra del poder estatal y en todo caso dentro de la órbita del Estado).

De otra parte, el derecho positivo no conceptualiza o regula objetos meramente ideales o espirituales, sino los fenómenos del "derecho en acción", que son realidades sociales y culturales y no naturales, ideales o metafísicas[12]. El "derecho en acción", puede decirse, es el conjunto de las acciones desplegadas por los individuos sometidos al derecho vigente, incluídos desde luego los órganos del Estado. Todas esas acciones son, por definición, acciones sociales, es decir, de interferencia intersubjetiva[13], acciones externas[14] del individuo capaces de afectar positiva o negativamente la esfera de libertad jurídica de otros sujetos. En el campo penal, esas acciones son sobre todo los delitos, pero también las penas y las actividades de los órganos estatales encaminadas a la prevención y represión, así como a la persecución de las conductas dañosas que la ley define como infracciones punibles (delitos o contravenciones) y a la ejecución de las penas impuestas por los jueces, o sea, en general, todos los medios del control penal y su despliegue. Estas son, por tanto, las cosas del "derecho penal en acción" que la ciencia del derecho penal, sin dejar de ser dogmática, no puede renunciar a estudiar, pues hacen parte constitutiva de su objeto.

Desprendidas del "derecho penal en acción", las proposiciones juridicopenales no pueden ofrecer una interpretación correcta del derecho positivo vigente, pues por definición este no se reduce a normas, sino que consta de normas y acción,

[11] J. FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Antropología de la libertad*, Universidades Simón Bolivar y de Medellín, Bogotá, Ed. Tercer Mundo, 1979, II, págs. 287 y ss.

[12] COSSIO, *El derecho...*, cap. I, y ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Edit. Eudeba, 1963, págs. 17 y ss.

[13] G. DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, 9ª ed., Barcelona, Edit Bosch, 1969, págs. 320 y ss.

[14] F. CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. I, §§ 13 y 28, Bogotá, Edit. Temis, 1971, págs. 38 y 47-48.

valores y fuerza. Esto muestra, la insuficiencia del tecnicismo jurídico, según se ha indicado, pero al propio tiempo también la del clasicismo penal y el positivismo jurídico en general, pues en ellos el derecho penal se agota como ejercicio especulativo y racional de la lógica abstracta y la deducción formal. Por buenas que fueran las ideas de los clásicos del derecho penal sobre la libertad y su protección, el individuo y su amparo frente al poder punitivo y policial del Estado, la justicia o razonable proporcionalidad de las penas criminales, la dignidad y autonomía ética de la persona humana, etc., su sistema de derecho penal tenía que resultar incompleto y deficitario con respecto a la realidad historicosocial, cuando no francamente reñido con esta o increíblemente apartado de la misma. Yace aquí la grave falla metódica de los clásicos. Entre tanto, la gran falla de la escuela penal positivista ha de cifrarse en el error contrario, pues ella se empecinó en no ver en el derecho sino las partes empíricas de los fenómenos del "derecho penal en acción", motivo por el cual pudo tratar los asuntos penales como si fuesen asuntos fisicocausales, simples materias de "física social" (COMTE, FERRI), con lo que necesariamente dejó escapar tanto el sentido espiritual como la dinámica social del derecho.

Puede entonces concluirse que, dentro de una escala de valores (ideal o positiva), el carácter justo de una solución legítima o al menos permite tolerar jurídica y eticosocialmente el que dicha solución no posea, en el contexto teórico que la soporta, una estricta coherencia lógica o una impecable compatibilidad formal con el sistema en que teoría y solución se inscriben. La política criminal[15] no puede tener vacilación alguna para elegir entre la justicia (equidad) y la pureza lógica en la aplicación de los principios y las normas del derecho penal. En cambio, la injusticia no es tolerable o permisible en modo alguno, pues si en algunos casos resulta ser una consecuencia de la aplicación rigurosa de la lógica formal, aparece en todos desechada por la lógica material de los valores jurídicos y las más elementales exigencias de la política criminal liberal que caracteriza al Estado de derecho social y democrático. Esto no puede significar, sin embargo, el abandono de la lógica y la racionalidad en la tarea de interpretar y aplicar el derecho penal positivo vigente en un país determinado, ni siquiera su relegación a un plano secundario o a una función inesencial. Solo quiere ello decir que en caso de conflicto entre la estricta lógica formal y la justicia material que el ordenamiento jurídico sustenta, la solución no puede estar sino de parte de la última. Pero conviene en todo caso no perder de vista que regularmente van aparejadas la lógica del sistema del derecho penal y la justicia de su praxis, siendo la lógica la que en verdad hace real y efectivamente posible que el derecho penal se aplique, sistemáticamente, con justicia y equidad y también con razón, aunque en realidad solo de la conjugación de lógica y justicia puede derivar una razón a la vez necesaria y suficiente para las decisiones jurídicas. Los fenómenos culturales son más complejos que los naturales y el pensamiento sobre ellos tiene también que serlo. Pues, para devenir correcta, una proposición eticocultural tiene que ser lógicamente verdadera y axiológicamente acertada. Las

[15] Cfr. H. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Ed. Edersa, 1979, págs. 4-9.

proposiciones jurídicas, de consiguiente, tienen que ser tan verdaderas como justas, ya que si no son verdaderas no son justas y si no son justas tampoco son verdaderas.

La dogmática penal y la política criminal tienen que hallar constantemente el equilibrio dinámico entre una *lógica justa* y una *justicia racional*. Solo cuando la lógica del sistema de derecho penal, que es la misma lógica de la creación, interpretación y aplicación de las normas penales, no conduzca a soluciones o situaciones injustas, ni la justicia (teorética del jurista y práctica del juez) dependa de planteos ilógicos o de argumentos inconscientes, puede aseverarse que la ciencia penal ha logrado ese quilibrio. Pero este, que es de naturaleza jurídico-política, no será fácil de alcanzar o mantener, preservar o desarrollar mientras las normas penales no sean ellas mismas lógicas y justas. Sin embargo, se requiere también que los protagonistas oficiales del derecho penal en acción, tanto como los científicos y políticos del derecho, hagan indeclinable su vocación por la lógica de la justicia, que es la razón de la ciencia del derecho y al mismo tiempo de la administración de justicia, y pongan en ella al ahínco y apremio que suelen cifrar en la racionalidad o *justicia de la lógica*. Trátese del pensamiento o la acción, la ciencia o la justicia, la lógica como tal es implacable con el "valor de verdad" verdadero o falso de los juicios, las proposiciones y los razonamientos, las conductas, los procedimientos y las valoraciones (empíricas o positivas). Como es patente, la lógica de la praxis de la justicia humana sobre la tierra no puede ser total y exclusivamente la misma lógica pura, ideal, abstracta y formal del pensamiento en sí. Lo curioso es que los positivistas, habiendo tenido que admitir el carácter normativo de la ciencia del derecho, hayan creído posible que se practicara sin una lógica normativa, o, lo que es igual, que la lógica formal del discurso racional fuera suficiente también en la indagación y realización de los fenómenos del valor y del sentido, la vida y la cultura, la conducta humana y el espíritu, la libertad y la historia.

La construcción del sistema de derecho penal sigue siendo, pues, condición esencial de posibilidad y al mismo tiempo garantía de justicia en la aplicación de las normas penales. Los conflictos eventuales entre lógica y sistema, de un lado, y aplicación justa o consecuencias politicocriminalmente admisibles y satisfactorias, del otro, no autoriza a pensar en un derecho penal de corte intuicionista, irracional y asistemático, pues en este la injusticia, no aparecería ya como una eventualidad remota y aleatoria, sino, al contrario, como su regla general. Un derecho así no podría traducirse sino en la arbitrariedad, la desigualdad, el capricho, la improvisación y el caos en la administración de la justicia penal, características que de veras no son lógicas (racionales) ni justas (positivamente valiosas para un derecho demoliberal y un régimen republicano de gobierno, como tampoco, por lo demás, para un sistema axiológico compatible con el ideal de racionalidad propio de la civilización occidental).

Para evitar la regularidad y generalidad de la injusticia (iniquidad) en las decisiones judiciales que aplican las normas del derecho penal, se exige precisamente la construcción del sistema, pues este tiende por naturaleza y antonomasia a tornar clara, inteligible, consecuente y casi transparente la legislación penal, haciendo en simultaneidad que las decisiones judiciales se vuelvan previsibles y racionales. En

orden a impedir que el rigor del sistema, por mera exigencia lógico-formal, arrastre a la realización judicial de una injusticia, debe aquel ser moderado o atemperado. Pero como la lógica misma no conoce este control o límite, él debería al parecer serle en principio impuesto desde "afuera" por la política criminal, aunque en verdad tiene que ser efectivamente aportado desde "adentro" por la lógica material de los valores jurídicos positivos, sobre todo de los que son considerados fundamentales e imprescindibles por el ordenamiento jurídico mismo o por sus instrumentos de mayor jerarquía (constitución y convenios internacionales, normas rectoras y normas de garantía).

Es cierto que la pretensión de verdad es inseparable de la ciencia en cuanto tal, y por tanto también de las ciencias jurídicas; y que dicha pretensión está ligada de modo indisoluble a la observancia de las reglas metodológicas de la ciencia de que se trate, reglas que en el campo del derecho, por el carácter racional deductivo de las disciplinas que lo estudian, no pueden ser sino las de la lógica formal y las específicas de la construcción jurídica. Pero también es verdad que la ciencia jurídica es una disciplina logicoaxiológica y no meramente logicosistemática, ya que el objeto sobre que versa no pertenece al mundo ideal del pensamiento puro sino al mucho más complejo y delicado mundo de los objetos culturales frente a los que, estrictamente, como señala COSSIO, el método de conocimiento no es el lógico deductivo, sino el empírico dialéctico; y el acto gnoseológico que los capta no es, como en la lógica y la matemática, la intelección, sino la comprensión, lo que parece aceptado al menos desde DILTHEY[16].

De esta manera aparece fundado, del modo más estricto, que la injusticia penal nunca es jurídicamente obligatoria ni puede poseer un "valor de verdad" verdadero con respecto al valor de la norma que, al fin y al cabo, es una *proposición directiva* (que pretende influir sobre la conducta de los asociados) y no un *enunciado* (juicio que expresa un estado de cosas)[16 bis], pues no solo, como tal, no es justa, sino que tampoco es lógica ni legitimable. Del mismo modo, el sistema del derecho penal es necesario pero no suficiente y la "dialéctica" propia del método juridicopenal es el juego armónico, en su seno, de lógica formal (sistema) y lógica material de los valores positivos del ordenamiento jurídico: un cierto orden, una cierta paz, una cierta justicia..., una libertad digna, una esperanza abierta y una dignidad a todo trance entera e irrenunciable. Esto quizás podría o incluso debería conducir a la admisión del aserto de que la ciencia del derecho penal (como la del derecho en general) está regida por una *lógica normativa* que, como lógica material de los valores jurídicos, es propiamente la lógica "formal" del discurso jurídico-normativo. Es así por completo natural e inevitable que las proposiciones de la ciencia jurídica no estén supeditadas únicamente a la confrontación con su "valor de verdad" *lógico* (carácter verdadero o falso del enunciado o del juicio), sino,

[16] C. COSSIO, ob. y lug. cits., y W. DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu*, 2ª ed., Madrid, Ed. Alianza Universitaria, 1980, págs. 112 y ss., y 533 y ss.

[16 bis] A. ROSS, *Sobre el derecho...*, págs. 6-8 y *Lógica de las normas*, Madrid, Edit. Tecnos, 1971, págs. 17-18 y 77.

al mismo tiempo e indisolublemente, a la verificación de lo que podría llamarse su "valor de justicia" o "valor con respecto al valor" o "valor de verdad" *normativo* (calidad de justa o injusta de la proposición misma y de sus consecuencias prácticas en la vida social, tanto para la comunidad como para el individuo, habida cuenta del modo que asuma el orden jurídico mismo para resolver los conflictos de intereses entre aquella y este). En una disciplina así, el *summum* de la lógica sí puede ser el *summum* de la injusticia. Esto no puede, en cambio, predicarse del derecho en cuanto tal y en cuanto de alguna manera justo, en la medida en que se entienda bien la complejidad de su estructura, lo que no pudo haber estado expedito para los romanos cuando pronunciaron la sentencia *summum ius summa iniuria* que, sin embargo, no podía significar ni ha significado jamás algo distinto de la preponderancia de la justicia, núcleo del derecho, sobre la lógica formal (que sin duda es el factor prevaleciente en la interpretación meramente gramatical y en el "método jurídico" propuesto por el positivismo jurídico). Al fin de cuentas, las leyes de la lógica formal están construídas para el pensamiento y el lenguaje ordinarios que se refieren sobre todo a la naturaleza o fenómenos del ser (o para las representaciones ideales o puras de aquellos), de ninguna manera y específicamente para el pensamiento y el lenguaje terrenales de los valores o de los fenómenos culturales, constituídos esencial y originariamente por el "deber ser" (que no es necesidad sino libertad y tampoco facticidad sino sentido encarnado).

A pesar de todo, puede seguir siendo cierto que la peor ley tiene más fuerza que la mejor doctrina, pero también se patentiza que ninguna ley, en cuanto pretenda ser o seguir siendo norma de derecho, puede valer por encima de la justicia (al menos de la justicia como plexo positivo de valores constitucional, e internacional), es decir, por encima o en contra de una proposición *jurídica* cuyo "valor de verdad" lógico-normativo sea *verdadero*, esto es, *justo*.

—III—

Cabe observar que el planteamiento central de este ensayo no equivale en forma alguna a la tesis citada de ROXIN, según la cual el razonamiento dogmático debe ser permeado y corregido por las exigencias de la política criminal, pues estas últimas carecen de articulación conceptual y dejan por tanto la corrección en buena parte librada al criterio subjetivo del juez, con gran incertidumbre para el ciudadano y para la propia comunidad jurídica. De otra parte, la política criminal solo provee pautas valorativas *aliunde* o externas, es decir, que no están ligadas de modo obligatorio a las normas que componen el orden jurídico positivo, de modo que no son vinculantes para el intérprete, lo que desde luego no quiere decir que sean inutilizables o indeseables para la práctica judicial y la hermenéutica jurídica en general.

La diferencia entre la posición citada de ROXIN y la que aquí se mantiene, se destaca con claridad y puede ser resumida en unos pocos puntos:

A) Se niega aquí la posibilidad de corregir las "injusticias" de la norma con criterios valorativos más o menos vagos y en todo caso externos al derecho positivo. Con ese planteo, que es el de ROXIN, el juez podría devenir creador de "derecho

libre", en desmedro de la seguridad jurídica (siempre esencial en el derecho penal), pues se postula que asuma la potestad de corregir, rectificar, modificar o restringir el derecho positivo a la luz de baremos estimativos que suministra la política criminal (pero, podría preguntarse, ¿la de quién?) y que el propio derecho objetivo no ha reconocido o recogido. Para nosotros, en cambio, el juez puede enmendar las injusticias de la norma únicamente por medio de los valores internos del ordenamiento jurídico en que esa norma se inscribe[17], valores empírico-positivos que no pueden dejar de estar en el origen, fundamento, verdad y contexto de la norma porque esta no existe aislada o separada sino, precisa y privativamente, *inordinada* y por ende *subordinada* con relación a un sistema que, en conjunto, pretende la justicia por encima de todo, es decir, como valor supremo y rector, y en tal calidad es en principio aceptado o consentido por la generalidad de sus destinatarios.

Una valoración o principio político-criminal carece por sí mismo de fuerza vinculante para el juez y también de concreción y univocidad significativa para todo el mundo; lo primero, porque no es, o no es aún derecho positivo, sino predicación de un personal punto de vista político; y lo segundo, porque no ha sido *formulado* y aceptado de modo preciso y general. Desde que no hay exactitud en las ciencias, menos aún en las sociales, descuella como exótica aventura del pensamiento político moderno la idea de supeditar la seguridad y la certeza jurídicas a una formulación que, por carecer de evidencia inmanente y de comprobación universal (las que, por lo demás, son siempre imposibles, en términos absolutos, para el conocimiento humano), requeriría justamente de la fuerza prescriptiva del derecho positivo para suplir su inseguridad e imprecisión. En la administración de la justicia penal, que es el objetivo inexorable de la dogmática penal como ciencia práctica, lo que no se *impone* por la fuerza de la evidencia racional (que solo es propia de conocimientos indiscutibles, si los hay, o, metodológicamente, de supuestos indiscutidos, que no convienen al asunto) no puede *imponerse* más que por la fuerza obligatoria del derecho positivo. Dado que los principios politicocriminales de necesidad, utilidad y conveniencia (sociales) no se encuentran en ninguno de los dos casos, no pueden depender en su aplicación, de consiguiente, más que de las convicciones personales del juez, pero entonces la norma de derecho queda librada al arbitrio de este, que por esta vía se convierte nada menos que en legislador. Que el juez esté sometido al derecho positivo es algo que casi todos admiten, pero que deba la más estricta obediencia a la ley penal es un requerimiento del derecho escrito en casi todos los países civilizados del mundo contemporáneo. Por otra parte, que esta sea una exigencia politicocriminal es algo que aquí no cuenta, pues su observancia no depende de ello sino de su consagración como norma jurídica en casi todos los ordenamientos de nuestro tiempo.

B) Las valoraciones politicocriminales de ROXIN corresponden sin duda a la *axiología jurídica pura*[18], que postula valores ideales que pueden ser válidos en

[17] Un enunciado en cierta forma próximo, en E. R. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1980, pág. 156.

[18] C. COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, págs. 562-63.

su orden, pero que no hacen parte del derecho positivo ni son por esto obligatorios. La justicia de la norma, en cambio, siendo como es el *summum* de los valores intrínsecos al derecho positivo vigente, pertenece a la misma norma jurídica y en todo caso al orden jurídico de que esta hace parte. Se trata aquí, pues, no de valores ideales sino "reales" y no puros sino "empíricos", que gozan de la misma positividad del derecho que los alberga en su seno y corresponden por tanto a la *axiología jurídica positiva* y por ende al campo de la ciencia o dogmática del derecho y no al menos específico y cierto de la filosofía y la política jurídicas. Cabe por esto postular que la ciencia del derecho (penal) no es simplemente una "dogmática lógica" ni una "lógica dogmática" (en el sentido formalista tradicional) sino, fundamental, originaria y esencialmente, una *dogmática axiológica*, o, mejor dicho, lógico-valorativa, pues no conceptualiza un objeto natural sino cultural[19].

La dogmática penal, de consiguiente, no se reduce a confrontar los valores (ideales o positivos) de legitimidad con los hechos del "derecho penal en acción" y el funcionamiento fáctico del sistema penal ("control social punitivo institucionalizado", según el ya citado pensamiento de ZAFFARONI)[20]. De modo especialísimo, ella debe compulsar también y constantemente los valores jurídicos positivos (que son las valoraciones empírico-contingentes e históricas que adopta el ordenamiento jurídico, siendo este impensable si no adoptara ninguna, ya que entonces sus normas no serían pautas valorativas de conducta, sino poder escueto) con los valores jurídicopolíticos ideales (de la democracia y el Estado de derecho, por ejemplo). No es, por tanto, que la política criminal traiga del cielo los principios para rectificar o hacer justa la aplicación de las normas penales en la tierra, sino que la norma penal, en cuanto jurídica y en cuanto penal, no existe ni es desde luego comprensible sin valoraciones y pretensiones axiológicas que el juez tiene que revivir o reconstituir al momento de su decisión y que por cierto no son meras aspiraciones a un valor ideal, sino ya una cierta realización de valores en la norma y en las conductas por esta mentadas. Solo por un lastre positivista, que huelga abandonar, la dogmática había "olvidado" ese contenido valorativo de las normas del derecho.

C) No se trata, entonces, de que la dogmática acuda o deba acudir a imprecisas o polémicas pautas ideológicas y extrajurídicas para corregir el derecho positivo u orientar su aplicación, sino que las normas a que se refiere deben ser comprendidas en su estructura valorativa y no meramente en su estructura lógico formal, ya que el valor lo llevan consigo en lugar de que les sea insuflado o "puesto" por alguien o por algo desde el exterior. Mientras los valores jurídicos positivos que el derecho introduce en el orden social como factor esencial de su configuración, sobre todo los fundamentales, no lleguen a estar en grave e insalvable contradicción con los valores jurídicos ideales, el juez y el intérprete no pueden acudir, sin grave daño para la seguridad jurídica, a criterios deontológicos extraños al ordenamiento jurídico.

[19] Ib., pág. 562, y H. H. JESCHECK, ob. cit., págs. 58-59.

[20] Cfr. de E. BACIGALUPO: *Delito y punibilidad*, Madrid, Ed. Civitas, 1983, págs. 28-29 y ss.; *Manual de derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis-Ilanud, 1984, pág. 24; "Sobre la dogmática penal y la criminología", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 12, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 396 y ss., y "Sui dogmi della dogmatica penale", en *Dei delitti e delle pene*, núm. 2, 1983, págs. 245 y ss.

Nada de esto impide, sin embargo, que los juristas propugnen políticamente las reformas, derogaciones o creaciones que, desde su particular punto de vista, contribuirían a mejorar el derecho establecido y la sociedad a que se dirige, pero sin que esto comporte de algún modo confundir o refundir los puntos de vista de *iure condendo* o *lege ferenda* (que son los que señalan el derecho y la ley que deben crearse) con los criterios de *iure conditur* o *lege data* (atingentes al derecho y la ley que están vigentes o "dados").

Frente a los valores jurídicos positivos, inmanentes al ordenamiento jurídico en cuanto pretenda (y tiene que pretenderlo siempre de algún modo) entronizar un justo orden de derecho en la sociedad, el jurista no queda ni puede quedar maniatado para la crítica, la protesta o la proposición de instituciones o normas en algún sentido mejores; menos aún para brindar interpretaciones alternativas. Si el jurista, en cuanto intérprete del derecho vigente, quedara atrapado por las valoraciones historicopositivas de las normas y del ordenamiento a que pertenecen, no se habría dado un solo paso adelante con respecto a la ideología del más irrestricto y conservadurista positivismo jurídico, en cuyas garras, empero, no debería la humanidad caer de nuevo. De ser ello así, la proplia dogmática, aun la más crítica, no podría cumplir un fin distinto de de la apología del sistema imperante, papel de conservación que para el derecho penal objetivo, y científico viene perfilando ahora el funcionalismo[21]. La "ciencia penal", por tanto, no sería en tales condiciones más que un discurso legitimante del sistema de poder, con lo que en verdad dejaría de ser ciencia y se convertiría en simple ideología.

El jurista, no obstante y por contraste, ha de jugar el papel de contralor ideológico y científico de los valores jurídicos: si en cada caso los valores jurídicos positivos son o no congruentes con los de rango superior (constitucionales o internacionales) y compatibles o no, y en qué grado, con los valores ideales del Estado de derecho social y democrático; si esos valores positivos se aplican y son efectivamente respetados, en la extensión y con la intensidad que en cada momento requieren el grado de desenvolvimiento social y ético cultural de la comunidad; si están enfrentados a contradicciones internas o deficiencias técnicas de reconocimiento y efectivación que puedan resolverse o suplirse internamente, etc. Es así como el científico del derecho, teniendo que desempeñarse a la vez como político del derecho (en cuanto ejerce una disciplina científico-valorativa), puede construir su sistema lógico-axiológico del derecho penal, mostrando a cada paso los flancos débiles y fuertes del sistema penal, resolviendo las contradicciones internas de normas y valoraciones conforme a una lógica que no por normativa deja de ser estricta y, en fin, promoviendo, ahora sí desde el punto de vista externo de la política criminal, los ajustes que deben efectuarse. Todo esto implica para el jurista, que en conjunto debe ofrecerle al juez un sistema articulado, serio y estable para la solución de los casos, una muy delicada y seria tarea y una muy elevada responsabilidad sociopolítica.

[21] Cfr. de C. H. FRAGOSO, *Lições de diréito penal-Parte General*, 6ª ed., Río de Janeiro, Edit. Forense, 1984, pág. 13; y A. BARATTA, ob. cit., pág. 15, e "Integración-Prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática", en *Doctrina Penal*, núm. 29, 1985, págs. 3 y ss.

Se puede por este camino compartir, *mutatis mutandi*, el juicio de WELZEL: al atribuirle el papel de contralor y crítico del derecho vigente, que él debe asumir con honradez y modestia pero también con entereza, se ha confiado al científico del derecho la trascendental labor de decidir lo que del presente merece persistir y lo que hacia el futuro debe proyectarse. Con esto, igualmente, se le ha brindado la oportunidad de relacionarse con estructuras a las que también el legislador y el juez se encuentran vinculados, aunque hoy no pueda sostenerse que esas estructuras son "lógico objetivas" sino que deba, en cambio, destacarse su índole histórico-política[22].

El derecho injusto puede quizás *forzar*, pero nunca realmente obligar: "La coacción coacciona pero no obliga. Solo un valor puede obligarnos y en este caso nos obliga éticamente". *Pero cualquier derecho puede en verdad solo ligarnos a la observancia de una conducta externa que armonice con el orden social que aquél apoya, de ninguna manera constreñirnos a compartir sus valoraciones íntimamente.* La heteronomía del derecho no es una supresión anonadante de la autonomía de la conciencia ética del individuo. Este se mantiene y debe preservarse siempre y en esencia libre para aceptar en su conciencia o introducir en su "superyó" los valores en que la norma jurídica se inspira o que ella adopta o preconiza; está vinculado a la observancia externa de la norma como regla substancial del orden social en que convive, pero su conciencia moral o su sentido espiritual no están regulados o vienen impuestos o preseleccionados compulsivamente por normas jurídicas. Que para la eficacia del derecho sea mejor la aceptación de sus valores por la conciencia moral de los individuos, no dice nada sobre un posible interés legítimo del derecho a la conformación coercitiva de los contenidos de conciencia. En cuanto orden sociopolítico, el derecho positivo es regulador de la conducta social de los hombres, de ninguna manera "configurador del sentido espiritual" de la comunidad o del individuo. Por esto el derecho penal no es un instrumento de moralización, sino un dispositivo de ordenación de las conductas externas para evitar entre ellas ciertas interferencias consideradas por él mismo dañosas o peligrosas.

Quiere decir lo anterior que el derecho penal ha de concebirse como fundamentalmente protectorio de bienes jurídicos necesarios para la pacífica y ordenada convivencia social en la comunidad de que se trate y de ninguna manera como creador o fortificador de los valores eticosociales de conciencia (WELZEL y todo el subjetivismo juridicopenal que tras él se ha hipertrofiado a partir de la consideración como primordial del "desvalor de acto"). En cuanto a los valores, el derecho puede por sí mismo, y sobre todo por medio de los "aparatos ideológicos" del Estado, persuadir o convencer, jamás someter o sojuzgar. No porque la prevención del delito sea más efectiva y plausible cuando se funda en una motivación con respecto al valor y no en el simple temor a la pena, puede sostenerse que el derecho está legitimado para intervenir, con la pena o la coacción en general, en la conformación

[22] H. WELZEL, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, 1ª, ed. castellana, Córdoba, 1962, pág. 64, y "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, INCP, núm. 1, México, 1978, pág. 209.

de la conciencia ética de las personas. Para el derecho es lo mismo, lo que no ocurre con la moral, que sus prescripciones se cumplan con una conducta externa conforme a lo indicado, así solo parezca que la valoración ha sido aceptada internamente o incluso aparezca que ha sido rechazada. De otra manera, la "caza de brujas", y, en general, la persecución de herejes y disidentes no tendrían verdaderamente límites y en todo caso serían de nuevo siempre posibles y virtualmente legítimas. Todo el esfuerzo de los clásicos por deslindar moral y derecho para imponer límites objetivos y claros al poder político con respecto a la conciencia individual, habría desaparecido en el vacío y el retorno del absolutismo sería ahora simple cuestión de tiempo. No es así, por fortuna, y el sueño de los déspotas debe quedar sumido en el pasado, aunque siempre seguirá siendo peligrosa su intromisión, y de hecho muchas y nuevas vertientes ideológicas la traen y encubren. Salta a la vista por qué el derecho penal, por ejemplo, no puede allanarse a tesis que, como la de ZAFFARONI, fundan la culpabilidad por el hecho en la "comprensión" del injusto de este último, mucho menos si por añadidura entienden por "comprensión" la internalización o introyección (términos sicoanalíticos) de los valores jurídicos, o sea su conversión en pautas morales[23]. La validez material del derecho es, frente al individuo, *fuerza de valor*, no *fuerza de poder*, que esta es su efectividad. Y si bien el derecho no puede *imponer* autoritariamente el contenido de sus juicios de valor, no por esto ha de renunciar a *proponer* criterios axiológicos como *prius* logicotemporal y sociopolítico de la coacción.

Como es claro, todo esto se encuentra demasiado lejos del *positivismo* (y sin embargo no representa una postura jusnaturalista), como quiera que postula un *valor* intrínseco a la norma, una aspiración de justicia consubstancial al orden jurídico, una dogmática logicovalorativa, una entidad cultural para el derecho como fenómeno social, una experiencia que trasciende de la nuda facticidad sensorial y un conocimiento que salta de la explicación a la comprensión y no hace de esta una instancia moral impuesta por el derecho positivo. Nada de ello se desprende, por el contrario, de las tesis roxinianas, o está ligado estrechamente a estas. Las doctrinas de ROXIN, como, en general, las nuevas vertientes politicocriminales del pensamiento jurídico-penal, poseen sin duda muy buenas intenciones, pero podrían conducir a estadios catastróficos de incertidumbre y arbitrariedad, porque en ellas la valoración es externa y subjetivista y la justicia, por tanto, aleatoria[24].

En este orden de ideas, no podría jamás perderse o volverse a perder de vista que norma y valor (lógica y justicia) son tan inseparables como norma y sanción coactiva (poder legítimo), ya que se trata de una misma e irrompible estructura dinámica de "deber ser". La norma es, en efecto, valor *que debe ser* (habida cuenta de que se trata de algo humano y como tal de alguna manera siempre deficiente o imperfecto), pero también *conducta que "debe ser"* y *poder que "debe ser"*, porque a) "debe ser" la prestación y no "debe ser" su correlato, el entuerto, y

[23] E. R. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, vol. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, págs. 88-90 y 91 y ss.

[24] Por todos, M. COBO DEL ROSAL-T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte general, Universidad de Valencia, 1984, págs. 117-21.

b) dado que sea el entuerto (la no-prestación) "debe ser" la sanción coactiva, pero no "debe ser" su correlato, la fuerza bruta o la retaliación desbordada. De consiguiente, se ve que es triple la estructura del "deber ser" de la norma, con un sentido positivo y otro negativo en cada momento:

1) "debe ser" la norma como valor, esto es, la justicia, pero no su desvalor, la injusticia;

2) "debe ser" la prestación o conducta prescrita, pero no la transgresión, entuerto o incumplimiento;

3) "debe ser" la sanción coactiva, si no se da la prestación, pero "no deben ser" sus correlatos, es decir, la impunidd o inaplicación de la norma infringida, ni la violencia o fuerza bruta como reacción ante el entuerto.

Ahora bien, el "deber ser" del valor normativo encarna en el ser de la conducta debida o indebida y, desde luego, en el de la conducta sancionatoria, en lugar de existir por separado y solo mentalmente o en una especie de *topos uranos* (lugar desconocido y más allá) de la norma.

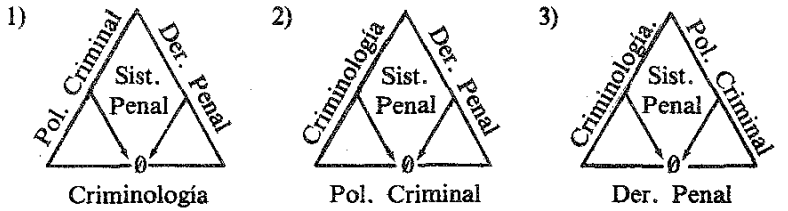
Puede sostenerse, en conclusión, que la política criminal no constituye, en la hora actual, un conjunto articulado y cerrado de conocimientos y proposiciones coherentes y más o menos unívocas. En su seno, por el contrario, se registran variaciones muy amplias e incluso antagónicas, fruto de múltiples esfuerzos por armonizar ciencia e ideología y por resolver de alguna manera las tensiones innegables e inevitables entre los intereses preventivos y represivos de la comunidad, los propios del grupo gobernante y los peculiares del individuo como persona.

Queda de todos modos claro para ambas teorías, como expresa BACIGALUPO, que "*la labor dogmática requiere decisiones y tomas de posiciones del intérprete que no tienen cabida dentro del concepto de ciencia jurídico-penal tradicional*"[25]. La crisis actual de la dogmática, que en modo alguno ha de resolverse en favor de la pereza reflexiva, responde sobre todo a la insatisfacción (del sentimiento de justicia ligado a la vivencia de cada ordenamiento jurídico) que deja —por su insuficiencia y propensión al formalismo y los excesos, así como por su sorprendente alejamiento de la realidad historicocultural del momento—, la mera lógica jurídica formal en la construcción del sistema de derecho penal y la solución judicial de los casos con base en él. Dicha falla solo puede ser enmendada *políticamente* (valorativamente), pero queda aún por decidir si tal política se remite a la conciencia (buena o mala) del juez (que es a donde parece conducir la tesis roxiniana), o a las valoraciones jurídicas, que a su turno pueden entenderse como valoraciones positivas e ínsitas al derecho mismo (que es nuestra postura), o como pautas externas cosechadas por cada cual en la indagación o la especulación politicocriminal (que es el modo corriente de entender el asunto a partir de ROXIN).

No puede hoy negarse, con todo, que criminología, política criminal y dogmática del derecho penal son tres disciplinas científicas que deben cultivarse por separado, con métodos y enfoques diferentes. Pero tampoco es discutible que las tres han de practicarse con criterios interdisciplinarios y, específicamente, *intercomplementarios*, dado que ninguna de ellas puede forjarse, sin contar íntimamente con las otras. El dogmático, por ejemplo, se empeña principalmente en la interpretación de las normas del derecho (lo que tiene tanto que ver con su sentido lógico-gramatical como con su sentido de valor) para la construcción de un sistema racional y coherente, pero habrá de contar a cada paso, so pena de dejar de ser científico del derecho y devenir simple y pedestre exégeta del texto de las normas y apologista del orden establecido, con el origen, las consecuencias y las implicaciones politicocriminales y criminológicas de sus enunciados y teorías, así como de las instituciones y comportamientos a que dirige su reflexión. El predicamento apunta en síntesis, a la práctica teórica o judicial de una *dogmática apologética* o de una *dogmática crítica* y, en el último caso, si ha de ejercitarse una crítica *interna* o *externa* o una especial combinación de ambas.

[25] E. BACIGALUPO, *Delito...*, pág. 29.

Lo dicho en precedencia apareja la necesidad de plantear de nuevo las relaciones entre la criminología, la política criminal y la dogmática juridicopenal, que bien podría decirse que son correlaciones dinámicas de coimplicación, copresencia y coactuación en cada problema de estudio del sistema penal. El objeto de estudio de tales disciplinas, que en su conjunto constituyen lo que se ha llamado "ciencia penal integrada", es básicamente el mismo: el sistema penal en la teoría (ciencia e ideología), en las normas (lógica y justicia, de un lado, y valores ideales o positivos, del otro) y en la acción (de las personas, los órganos del Estado y las instituciones). Cada una de ellas, sin embargo, lo asume desde un punto de vista diferente en que confluyen los puntos de vista de las otras dos. No se trata de que cada cual tome en consideración las conclusiones formuladas desde "afuera" por las restantes, sino de que el punto de partida y el enfoque de cada una de ellas representa exactamente una perspectiva unitaria pero tridimensional. Así, por ejemplo, el punto de partida y el ángulo visual del derecho penal científico es el "normativo-criminológico-politicocriminal". El arranque peculiar de cada una de esas ciencias es el plano de énfasis de un punto de vista metódico que aparece y opera a cada instante como "resultante de fuerzas" de las tres miradas hacia un "punto problemático" cualquiera del sistema penal. La forma como quiera enfocarse ese "punto problemático", el aspecto que quiera recalcarse en la investigación, determina el "plano enfatizado" en que convergen las fuerzas de los otros dos puntos de vista. Esas relaciones podrían representarse gráficamente como sigue:



Posiblemene, la representación más apropiada sería la de una pirámide cuya cúspide representa la perspectiva tridimensional con que cada una de dichas discipli-

nas debe abarcar el conjunto de los problemas de su objeto. La base es el conjunto indefinido de los problemas de reflexión y análisis y cada una de las caras representa a cada una de las tres ciencias prementadas. La pirámide es sólida y sobre cada "punto problemático" de la base se ejerce desde arriba una presión total y equilibrada desde cada lado, como si en cada "punto" se formara idealmente una nueva pirámide interior.

—V—

No debe perderse de vista que en el presente ensayo —aunque ello suene muy reiterativo— la palabra *justicia* se utiliza para denotar el valor justicia, claro está, pero también y sobre todo la condensación por excelencia de los valores jurídicos positivos, esto es, reconocidos por el ordenamiento jurídico. *El derecho no es la justicia, pero ha de poseer forzosamente una indeclinable pretensión de justicia o una aspiración irrenunciable a esta, por principio y por definición, o no será derecho*, al menos en el sentido en que se emplea regularmente esta palabra en los sistemas demoliberales[26]. La injusticia, por el contrario, puede sin duda imponerse por la fuerza y también por la fuerza estatal, pero no es derecho en el sentido que se le da a esta palabra en un sistema jurídico y político que merezca las clasificaciones de *liberal* (protector del individuo como persona), *social* (protector de la comunidad) y *democrático* (inspirado en los intereses mayoritarios). El carácter liberal, de suyo individualista, continúa siendo esencial, pues solo en virtud suya los conflictos de intereses entre comunidad e individuo se resuelven en favor de este y las minorías son protegidas frente a las mayorías[27].

No significa lo anterior que de los procesos correlativos de creación y aplicación del derecho no pueda derivarse alguna injusticia, pues siempre hay que contar con la falibilidad humana y de hecho también *regularmente* con el error en todo conocimiento y decisión, tanto más cuanto más complejos sean los asuntos a que se refieran[28]. Una cosa es, empero, la injusticia que se comete *de hecho*, por una falla humana del legislador o del juez (contra la cual el ordenamiento jurídico provee mecanismos de elusión o enmienda), y otra muy distinta la injusticia *de derecho* que se inordina consciente y teleológicamente en la norma misma, que ya no es su deficiencia sino su constitución y que pretende ser "regulación" de ciertas conductas. El carácter deficitario y falente de la condición humana tampoco permitirá excluir la posibilidad de corrupción o abuso por parte de los usuarios del poder, pero una vez más la una y el otro serán desviaciones del ideal y de la "norma" y no la norma misma, existiendo contra ambos, igualmente, recursos jurídicos

[26] H. WELZEL, *Más allá...*, pág. 64 y EDGAR BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, México, F.C.E., 1946, pág. 29.

[27] Cfr. ELÍAS DÍAS, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1983, págs. 43 y ss. y 83 y ss., y S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1982, págs. 19 y ss. También, G. GENTILE, *La idea liberal*, México, Edit. Uteha, 1961, págs. 21 y ss.

[28] K. POPPER, *Lógica de la investigación científica*, Madrid, Edit. Tecnos, 1971, págs. 257-62.

más o menos eficaces. En cambio, contra la injusticia directamente "normalizada" no hay remedio *jurídico* alguno, pues ella, encarnada en la "norma", pretende ser el remedio siendo el mal.

Es más: el problema de la norma injusta, que quiere renunciar a la pretensión de justicia o mostrar la injusticia como tal, sería casi "aporético" (sin solución racional), si no fuera porque la efectividad del derecho es el límite de la validez y el consentimiento el soporte legítimamente del poder. Esa aporía no existe, sin embargo, dentro de un sistema que en general se acepte como justo (que no es por esto menos perfectible), en la medida en que el ordenamiento jurídico de que se trata reconozca el instituto de la legítima defensa, pues la víctima de la injusticia (lesión) puede siempre repelerla por la fuerza y esta fuerza es reconocida como legítima por el propio derecho positivo válido[29]. La norma injusta y la defensa justa son antagónicas y esta última es sin duda prevalente o el orden jurídico se destruye a sí mismo. Si, además, la situación injusta que la norma injusta crea constituye una "agresión ilegítima", cualquier tercero, también el juez, puede proteger a la víctima, en tanto en cuanto el derecho positivo admita sin limitaciones el derecho a la defensa de los extraños agredidos. Puede ser que hoy por hoy se discuta aún sobre la posibilidad, los requisitos y los límites de la defensa justa contra el Estado, pero esto no indica que se trate de una institución inviable, o que las normas actuales sobre la legítima defensa no admitan ser interpretadas en tal sentido; por el contrario, se ve aquí una tarea importante y grata para los dogmáticos del derecho penal en nuestros días. Los filósofos del derecho, a su turno, deben continuar esclareciendo el problema de la validez de las normas del derecho positivo y la forma como el orden jurídico mismo y sus normas en particular se incrustan en la cláusula de no obligatoriedad ética y política de las llamadas normas injustas, entendiendo por tales, de momento y a guisa operacional únicamente, las que desconocen o conculcan los derechos humanos reconocidos por el orden internacional, o los derechos fundamentales de la persona admitidos de modo explícito o implícito (valoraciones subyacentes al orden jurídico)[30] por las normas superiores del orden nacional. La dignidad del hombre como persona, su autonomía ética, su calidad de fin en sí mismo y su libertad para una existencia decorosa, productiva y responsable, son sin duda cuestiones que ningún sistema jurídico puede preterir o minimizar y que ningún intérprete puede pasar por alto; cuestiones que, morando siempre en el panorama histórico de la utopía y la esperanza, incumben al cotidiano proyecto de los hombres. Es verdad, como en uno y otro caso signa BLOCH, que "cuanto más grandiosas son las palabras, tanto más fácil es que oculten en ellas elementos ajenos", pero también que "las utopías sociales, incluso en los comienzos vacilantes, han sabido siempre decir un no rotundo a la infamia, aunque la infamia estuviera revestida de poder, aunque estuviera consagrada por la costumbre"[30 bis]

[29] Véase C. COSSIO, *La teoría egológica...*, págs. 679 y ss.

[30] H. COING, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1961, cap. V, págs. 105 y ss.

[30 bis] E. BLOCH, *Principio, esperanza*, vol. II, Madrid, Ed. Aguilar, 1979, págs. 43 y 93.

De todas maneras, la injusticia es violencia y viceversa. La norma injusta no es *derecho* sino *fuerza* (nudo poder, abuso del poder y poder abusivo), verdadera "violencia institucional" cuyo límite generalmente no puede ser jurídico sino fáctico y consiste en la tolerancia o resistencia de la opinión pública. La aplicación injusta (abusiva) de la norma es agresión y, salvo desde luego los casos de error, puede ser repelida por la legítima defensa, según las reglas generales de esta institución. Contra la aplicación errónea, el ordenamiento jurídico tiene que proveeer recursos adecuados y eficaces, dentro de los límites de la seguridad y el orden, y contra ella proceden tan solo las vías de derecho. La norma o instituto que promueva, conserve o incremente una situación de injusticia social o individual es también una forma de "violencia institucional" y una fuente manifiesta de violación al principio de justicia que debe regir en una democracia real. La interpretación injusta de una norma jurídica, como se dejó dicho, tiene un "valor de verdad" *normativo* falso, es decir, no es técnicamente correcta ni dogmáticamente admisible, pues de serlo se mutaría el derecho en no-derecho (injusticia, entuerto) y trastrocarían sus valoraciones más íntimas, esenciales y originarias. Con todo, estos términos no son ni pueden ser absolutos y metafísicos, sino que tienen que ser relativos e históricos[31].

Es difícil, en estas condiciones y a título simplemente aclarativo del contexto, resistir la tentación de transcribir un pensamiento de ERNST BLOCH:

"No hay una instauración verdadera de los derechos del hombre sin poner fin a la explotación, no hay un verdadero término de la explotación sin la instauración de los derechos del hombre"[32].

Y otro, muy ilustrativo y elocuente, de PROUDHON, para quien, además, "el derecho es para cada uno la facultad de exigir de los demás el respeto de la dignidad humana de su propia persona":

La justicia es "el respeto, espontáneamente sentido y recíprocamente garantizado, de la dignidad humana, en cualquier persona y en cualquier circunstancia en que esta se halle comprometida y cualquiera que sea el riesgo a que nos exponga su defensa"[33].

Repárese que dicho pensador define el derecho como la facultad de exigir el respeto de la dignidad humana y la justicia precisamente como la garantía universal de ese respeto, de suerte que sin dignidad incondicional de la persona humana no hay derecho posible y tampoco justicia. Es llamativo que un pensamiento así se expusiera con tantas décadas de antelación a la existencia de un derecho internacional de los derechos humanos como núcleo positivo de los sistemas jurídicos. Y es curioso que por contraste se aprecie así mejor la apoteosis de la irracionalidad que hizo eclosión en los luctuosos acontecimientos del Palacio de Justicia, el 6 y 7 de noviembre de 1985 y que acaso nos asedia sin cesar, pues no hemos querido, pese al llamado insistente de muchos, hacer un "alto al fuego" frente a la injusticia

[31] R. STAMMLER, *Economía y derecho*, Madrid, Edit. Reus, 1929, pág. 157-69; del mismo, *Filosofía del derecho*, México, Editora Nacional, 1974, págs. 254 y ss.

[32] E. BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Ed. Aguilar, 1980, pág. XI.

[33] PROUDHON, *Oeuvres choisies*, Paris, Gallimard, 1967, pág. 220.

socio-jurídica ni dialogar con quienes la padecen. Quizás no suceda por ello que el país arda en llamas arrasadoras, como ardió el Palacio de Justicia, en el que también se calcinaron muchos años de ardiente fe en la democracia, el pluralismo, la apertura social y la justicia. Y, como el Ave Fénix, nosotros todos habremos de revivir de entre esas cenizas —aun cuando tal vez lo haga al propio tiempo, o lo haya hecho ya, el peligro del conservadurismo macartista, que por cierto no impedirá que los liberodemócratas sigamos adelante en la lucha por una sociedad mejor y un mundo menos triste en que no vuelva a ser necesario ni razonable, desde ningún punto de vista, que más de un centenar de inocentes sea incinerado inútilmente para "salvar" un orden decadente y desigual que ya había perdido todo su crédito, o una autoridad tan desgastada que ya solo podía conservarse confesando abiertamente su fracaso con la claudicación de sus últimos principios y la entrega sin freno ni tregua a la parafernalia de la fuerza.

Medellín, marzo 25 de 1986.

PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO: RECONOCIMIENTO POR EL JURADO DE CONCIENCIA Y POR EL JUEZ DE DERECHO

Dr. NÓDIER AGUDELO BETANCUR*

I. *Introducción*

En este trabajo no pretendo abordar todos los problemas prácticos que suscita el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el Código Penal colombiano, sino algunos de los que más dificultades han generado en nuestra práctica. Son ellos el de las facultades al jurado para reconocerlo y el de la oportunidad procesal para ser admitido por el juez de derecho. Advierto que los dos asuntos son bastante difíciles y que el presente escrito solo pretende aportar algunos elementos más a la discusión que tales temas han despertado en nuestro medio, con el ánimo de contribuir a la clarificación de ideas, pero sin ninguna pretensión de dogmatizar sobre tan delicados asuntos.

II. *Facultades del jurado para pronunciarse sobre el trastorno mental transitorio*

La jurisprudencia actual de nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene que el jurado de conciencia no tiene competencia para pronunciarse sobre la inimputabilidad del sujeto. Es en este contexto más amplio en el que debe ubicarse la discusión para una mejor comprensión del problema. Pues bien, con todo el respeto que me merece tal corporación, creo que esta tesis es equivocada y trataré de demostrarlo.

A) *Antecedentes de la cuestión*. El art. 1° del decreto 3347 de 1950 dispuso la supresión del jurado de conciencia "...en todos los casos en que el agente haya cometido el delito en estado de enajenación mental, o padeciere de alguna grave anomalía psíquica"; el art. 29 de la ley 4ª de 1943, dijo: "Los jueces deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un *Sí* o con un *No*; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido bajo circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación". En la actualidad, la cuestión regulada por el decreto 409 de 1971, actual Código de Procedimiento Penal, en sus arts. 34 y 35.

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

Respecto a la competencia del jurado para pronunciarse sobre la inimputabilidad, se había manifestado la Corte en muchas oportunidades, de manera contradictoria, pues ora reconocía tal facultad, ora la negaba. Sin pretender ser exhaustivo, a manera de ejemplo, transcribo en uno y otro sentido algunas jurisprudencias:

1. Providencia de junio 8 de 1943:

> "La aplicación de medidas de seguridad por delitos cometidos en estado de intoxicación crónica, enajenación mental o grave anomalía síquica, requieren que tales estados hayan sido declarados en el auto de proceder y también por el jurado"[1].

2. Providencia de julio 8 de 1966:

> "Si de acuerdo con el decreto 3347 de 1950 (art. 1°, ord. 6), 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 psíquica», es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir en juicio, al calificar el mérito del sumario"[2].

3. Auto de marzo 16 de 1967:

> "Claro está que por virtud del decreto 3347 de 1950, aceptado uno de estos estados en el auto de proceder, no hay lugar a la reunión del jurado. Pero no admitida tal situación en aquella pieza, y sostenida, en cambio, en la audiencia pública por la defensa, sería indispensable que el juez de derecho la reconociera, que de la misma suerte la hubiera reconocido el juez de hecho"[3].

B) *La actual jurisprudencia*. La decisión de mayor trascendencia en los últimos tiempos, y a partir de la cual se ha planteado el problema, es la casación de octubre 14 de 1980. Las razones se exponen en seguida literando los párrafos con el fin de facilitar la remisión de ellos a la discusión:

> "El art. 535 del C. de P. P. autoriza a los jurados para agregar a su respuesta afirmativa de la responsabilidad del procesado «circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario»; ¿La adición hecha por el jurado en el caso *sub judice* constituirá una de tales circunstancias?
>
> "Véamoslo:
>
> "A. *Lato sensu* entiéndese por circunstancia 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 contribuya 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

[1] *Gaceta Judicial*, t. LVI, pág. 363.
[2] *Gaceta Judicial*, t. CXVIII, núm. 2282, pág. 358.
[3] *Revista Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 4, Medellín, Editorial Salesiana, 1969, pág. 57.

en la estafa o la violación 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 sentido, las circunstancias pueden ser agravantes o atenuantes, genéricas o específicas; las primeras acarrean aumento en la dosimetría punitiva; las segundas, disminución de la misma; las terceras están previstas en la parte general del Código y se predican, 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. P. de 1936, y 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 art. 363 como formas agravadas de homicidio (art. 324 del C. P. de 1980).

"B. 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 art. 534 del C. de P. P., aquellas a las que se refiere el art. 535 ibídem 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.

"C. Si observamos la adición hecha por el jurado en su respuesta, se hallará que ella se refiere al reconocimiento de grave anomalía síquica en los procesados al momento de cometer el homicidio por el que fueron llamados a responder y se encontrará, igualmente, que tal fenómeno aparece en el art. 29 del C. P. como factor de inimputabilidad.

"D. Sin entrar en disquisiciones sobre el sitio que ha de ocupar la imputabilidad dentro de la estructura del delito, pero considerándola como capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión y reconociendo, consecuencialmente, que es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud o de determinarse conforme a tal comprensión por causas jurídicas reconocidas, síguese que este fenómeno es por tal modo trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidd en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia.

"E. El recurrente fundamenta esta parte de su alegato sobre el supuesto de que el jurado sí tien facultad para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado; pero olvida que el art. 1° del decreto 3347 de 1950 y que el actual estatuto, como ya se indicó, no le permite tal pronunciamiento. Así lo reconoció esta corporación en providencia del 8 de julio de 1966 ('G. J.', t. CXVII, núm. 2282, pág. 358), en la que se expuso:

"«Si de acuerdo con el decreto 3347 de 1950 (art. 1°, ord. 6°), 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 en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario.

"»Pero una cosa es que la ley diga que si se halla comprobada una situación del art. 29 al momento de calificar el juez no debe llamar a audiencia ante jurado, y otra cosa es decir que un individuo llamado ante jurado no puede ser ubicado por este dentro del art. 29»"[4].

No sé si pase por simplista si resumo el pensamiento de la Corte en el siguiente silogismo: según la ley procesal, el jurado, al pronunciarse sobre la responsabilidad

[4] Casación de octubre 14 de 1980. Ponente, Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 9, Medellín, Editorial Acosta, 1981, págs. 115 a 122.

del procesado, puede agregar otras *circunstancias*; la imputabilidad, siendo como es trascendental en el fenómeno del delito, no es una circunstancia *ergo*, por lo cual el jurado no puede pronunciarse sobre ella. Aquí la base del discurso está pues en el aspecto de la *circunstancia*.

C) *Crítica a la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Me parece que la tesis de que el jurado de conciencia no pueda pronunciarse sobre la inimputabilidad del sujeto con base en un razonamiento fundado a su vez en la dogmática, implica, para su corrección, la demostración previa de que cuando nuestra ley penal, sustantiva o procesal, en su art. 535 se refiere al concepto «*circunstancia*», lo hace en forma técnica, acorde con la disciplina dogmática. Si esto no se hace previamente, temo que el razonamiento, a la postre resulte sofístico.

En efecto: partamos del origen mismo del concepto circunstancia: *circum*, significa círculo; y *stare*, del verbo *sto, stare*, estar. Circunstancia quiere decir, pues, estar alrededor de, cerca de (por eso de habla de *circunvecino*, expresión aplicada "a los lugares u objetos que se hallan próximos y alrededor de otro"); en fin, como lo dice el Diccionario de la Real Academia, circunstancia "es el accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la substancia de algún hecho o dicho". Obsérvese la constante idea de estar *cerca de, alrededor de*, suponiendo algo *esencial, principal* o *sustancial* con respecto a lo cual el *accidente* existe. De esta forma, circunstancia es algo considerado *accidental* porque puede o no existir, sin que por ello deje de existir o no existir lo principal, que es la sustancia.

Ahora bien: En relación con el delito, se denomina *elemento estructural* a aquel elemento sustancial, porque decide su existencia, a saber, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad (no se discute aquí si la imputabilidad es un presupuesto o un elemento de la culpabilidad). Digámoslo con un connotado autor, FRANCESCO ANTOLISEI: "circunstancia del delito es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituído por un delito perfecto en su estructura. Por ello se distingue la circunstancia de los elementos esenciales, que son indispensables para la existencia o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual"[5]. Precisamente, esta *eventualidad*, característica de la circunstancia, es destacada por VINCENZO CAVALLO cuando dice que la circunstancia puede llamarse *elemento accesorio*, porque su presencia o ausencia no incide en la existencia del delito[6].

Desde los anteriores puntos de vista cabe estar de acuerdo con la Corte cuando define la "circunstancia" en el plano juridicopenal, párrafo A, como "aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que *contribuya* a la descripción de un tipo legal". Destaco el vocablo "contribuya", pues aquí se estaría realizando lo accesorio

[5] FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Edit Uteha, 1960, pág. 319.

[6] VINCENZO CAVALLO, *Diritto penale*, vol. II, Napoli, casa editrice Dott. Eugenio Jovene, págs. 385 y 386. Aquí precisamente afirma: "las dos características de la circunstancia son la *accidentalidad* y el valor de aumentar o disminuir la pena" (subrayo).

o eventual, no determinante para la existencia del delito. Estoy de acuerdo, pues, con tal definición. Lo que sí me parece, por lo menos discutible, es otra afirmación hecha en el mismo párrafo en el sentido de que si el aspecto modal, temporal, espacial, o personal "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". En realidad, la violencia en relación con la estafa de ninguna manera, son circunstancias, sino elementos estructurales en cada uno de esos delitos; los artificios y la violencia no es que se integren o adhieran a la "conducta legalmente descrita", sino que constituyen la conducta legalmente descrita: ellos no se adicionan, no están *circum*, al lado, cerca, alrededor, sino que son la conducta legalmente descrita como tal.

Desde luego, tales elementos, artificios y violencia, pueden ser *circunstancias* en relación con otros delitos. Por ejemplo, el hurto puede agravarse, según el numeral 4 del art. 351 del Código Penal cuando se cometiere "por persona disfrazada, o aduciendo calidad supuesta, o simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma", pues al fin y al cabo estos constituyen formas de "maniobras engañosas", que agravan los tipos de hurto y hurto calificado. Asimismo la violencia, conforme al art. 178, inciso segundo, agrava la fuga de presos. En estas condiciones, los artificios o la violencia son circunstancias que vienen a tener *naturaleza típica*, pues constituyen tipos agravados, pero de ninguna manera puede decirse que ellos sean elementos estructurales. No. Ellos, para decirlo con BAIGÚN, "aparecen como resortes extraños a la *essentialia delicti*, es decir, como rasgos complementarios del *sustractum* de la descripción"[7]. Pero en relación con la estafa o la violación, ni las maniobras engañosas ni la violencia pueden denominarse circunstancias, puesto que son elementos estructurales. Así, si un sujeto es enjuiciado por estafa o por violencia y en la etapa probatoria del juicio se pone en duda la existencia del artificio o de la violencia, ¿qué debe hacerse? No queda otro remedio que absolver, pues falta uno de los *elementos* de la infracción, no puede decirse que esta exista. En cambio, supóngase que el sujeto ha sido enjuiciado por hurto o por fuga de presos y en los respectivos autos de proceder, en la motivación, se ha dado como existente la agravante de haber simulado autoridad en el hurto, o la violencia en la fuga; supóngase que en la etapa probatoria del juicio se desvirtúe o se ponga seriamente en duda la fuerza o el artificio utilizados. ¿Qué debe hacerse? Pues condenar por el *tipo básico* y desechar la agravante. En estas condiciones se confirma lo dicho en el sentido de que la *circunstancia* es aquello que puede existir, que es eventual, que puede darse o no darse, sin afectar la existencia, la estructura del delito del cual se trata. En resumen: si la estafa no se concibe sin "maniobras engañosas", y si la violación no se concibe sin "violencia", las maniobras y la violencia son elementos estructurales y no meras *circunstancias*. Por esto me parece desafortunada la afirmación del párrafo A, hecha por la Corte.

[7] DAVID BAIGÚN, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971, pág. 33.

Pero no es esto lo esencial para los efectos de este trabajo. Si me he extendido en este punto concreto es para decir que, si en el lenguaje de la Corte existe una imprecisión tal al referirse a un tema técnico, a pesar de que la ponencia fue redactada por quien fuera uno de los máximos exponentes doctrinarios que tenía el país en la técnica dogmática, no veo por qué se le iba a exigir al legislador de 1938, (cuando ni siquiera se soñaba con que alcanzaríamos el nivel de técnica y de rigor analítico bastante aceptable que hoy hemos alcanzado), que cuando mencionara el concepto de *circunstancia* le diera un *contenido* acorde con una técnica que hoy manejamos, mas no en aquella época. Porque de esto se trata precisamente: cuando nuestra ley penal de 1936 aludía a la "circunstancia", no lo hacía en forma técnica como quiero demostrarlo. En efecto: todos recordamos que en el Código Penal de 1936, el hurto y el robo constituían tipos autónomos a pesar de que doctrinariamente se decía que el robo solo era un hurto con violencia contra las personas o las cosas. Y era dos tipos autónomos por el hecho de que la ley los contemplaba dentro de un mismo título, el XVI, pero en capítulos diferentes: capítulo I, hurto; capítulo II, robo. La violencia era el *elemento estructural* que diferenciaba los tipos básicos de hurto y robo. Pues bien, recuérdese también el art. 22 que decía: "Las *circunstancias materiales* que agraven o atenúen el hecho, *aunque modifiquen la denominación del delito*, solo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso". Ah, entonces en este Código podía haber *circunstancias* que *modificaban la denominación* del delito, es decir, que influían en su estructura. Pero, entonces, si algo era tan esencial como para lograr esto, era porque *realmente* no eran tales circunstancias aunque así las denominara la ley. Esta usaba indistintamente, aquí, los términos *elemento estructural* y *circunstancia*, error evidente, vistas las cosas desde el ámbito de la técnica dogmática que manejamos, pero que se explica si se tiene en cuenta que por aquél entonces no se había desarrollado todavía el estudio analítico del delito en nuestro medio.

Pero surge este interrogante: si hacia el año 1936 no se utilizaban los términos conformes con una técnica rigurosa dogmática, ¿por qué pensar que el Código de Procedimiento de 1938, o la ley 4ª de 1943, art. 29 (que agregó la parte sobre "circunstancias" que figura en el actual art. 535), sí empleaban las palabras con tal precisión que aún no existía en el medio? ¿Qué autoriza a pensar que cuando en la ley procesal se aludía a las "circunstancias", ella sí lo hacía acorde con la definición que de estas da la dogmática? Nada, en absoluto. Como no usa tampoco el Código Penal de 1980 la palabra circunstancia en forma técnica. Así puede verse en el art. 25, como es fácil demostrarlo.

En efecto: dice el art. 25 al hablar de la "*comunicabilidad de circunstancias*" que "las *circunstancias* personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido. *Las personales que disminuyan o excluyan* la punibilidad solo se tendrán en cuenta respecto del copartícipe en quien concurran, o del que hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias". Entonces cabe aquí también la misma observación: si la circunstancia es algo eventual que puede existir o no existir, algo accesorio, nunca

puede haber, desde el punto de vista técnico, una *circunstancia* personal que *excluya* la punibilidad. Si *algo* puede hasta llegar a excluir la responsabilidad, ese algo no puede ser accesorio, sino esencial, bien sea como elemento del delito en general, o bien como elemento estructural descrito por un tipo concreto.

Tampoco está empleando nuestra ley sustantiva la palabra circunstancia en su acepción tecnicodogmática. Y entonces, repito la argumentación: si en 1980, cuando ya se había alcanzado un buen nivel en la conceptualización de nuestra doctrina, no se hizo esto al redactar el Código Penal, ¿por qué pensar que sí lo hacía el legislador de 1943 o el de 1971, para sostener que cuando la ley procesal habla de *circunstancia* se refiere a su significación técnica y que tal expresión no puede contemplar de ninguna manera, alguno de los elementos estructurales del delito como es la imputabilidad, o su aspecto negativo, la inimputabilidad? Es cierto, como lo dice la Corte en el párrafo D, que el fenómeno de la imputabilidad "es tan trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia". Es verdad, pues, que la imputabilidad no es una mera circunstancia, pero de allí no se sigue, según lo visto, que el jurado no pueda pronunciarse sobre ella.

Pero hay más, yo pregunto: la falta del propósito de matar de que habla el art. 325, el propósito de perpetrar una lesión personal, por ejemplo. ¿Será una mera circunstancia en el homicidio preterintencional? Claro que no. La intención de dañar es *elemento estructural*, no una mera circunstancia. Y es verdad sabida que muchas veces ante la pregunta formulada al jurado de si un sujeto "obró intencionalmente y *con el propósito de matar*", se ha respondido: "Sí es responsable, pero con propósito de lesionar". Y si el veredicto no es contraevidente se condena por homicidio preterintencional, siempre y cuando que se den los demás requisitos. Y ¿cuándo se ha pretendido decir, con base en el art. 535 del C. de P. P., que el jurado no puede hacer tal pronunciamiento? Nunca, que yo sepa. Y sin embargo, el jurado ha agregado al *sí*, una "circunstancia" que en realidad es un elemento estructural. Y no se ha argumentado en contra como en el caso aquí planteado. Y lo mismo puede decirse de aquellos veredictos en que al *sí*, se hacen otros agregados como culpa, provocación, etc. O cuando al *no*, se agrega, por ejemplo, "porque obró en legítima defensa". Aquí me parece contundente la contraargumentación del salvamento de voto a dicha providencia:

> "Nadie niega que el jurado pueda admitir una causal de justificación. Las mismas no pueden tomarse como 'circunstancias del delito', porque si algo evidencia aquella es la desaparición del delito. Mal puede ser circunstancia —aspecto accesorio— lo que tiene la virtud de hacer desaparecer lo principal —el delito—. Entonces, si esta cuestión, que reza con la antijuridicidad misma, es atributo del jurado, no siendo circunstancia ni de agravación ni de atenuación específica, ¿por qué razón no puede serlo la inimputabilidad?"[8].

[8] GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, *Salvamento de Voto*, a la casación de octubre 14 de 1980, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 9, cit., págs. 122 a 127. La cita que hago puede verse en la pág. 126.

Se refiere lo anterior al fundamento de la decisión de la Corte en la palabra "circunstancia". Pero también aduce la corporación la disposición del decreto 3347 de 1950 y el art. 34 del Código de Procedimiento Penal. Empero, aquí bien cabe argumentar también con el salvamento de voto:

> "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 el 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 o impide un pronunciamiento 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"[9].

Finalmente, cabe decir con el procesalista HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ: "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, sea en el *dolo*, en la *culpa* o en la *preterintención*, es evidente que puede negar lo menos, el simple *presupuesto*"[10]. En el mismo orden de argumentación, *ad majori ad minus*, es decir: si el jurado de conciencia puede pronunciarse sobre la *responsabilidad* del sujeto negándola o afirmándola, ¿qué razón habría para que no se pudiera pronunciar sobre la *clase de sanción* imponible, pues al fin y al cabo a eso equivale la declaratoria de inimputabilidad? Con la tesis de la Corte, en muchos casos, dice LONDOÑO JIMÉNEZ, el auto de proceder se convertiría en el "anuncio judicial de una sentencia condenatoria, previo veredicto en el mismo sentido, cuando como en esa situación de inimputabilidad fuere el único argumento que pudiere esgrimir la defensa en favor del procesado"[11]. El ataque al derecho de defensa, por cuanto la limita de antemano, es evidente, a mi manera de ver.

Hilvanada a la anterior, podría agregar esta otra idea: la tesis de la Corte puede implicar que un procesado sea sometido a un número indefinido de audiencias ante jurado, bien *hasta su muerte*, o bien hasta cuando se le *condene*. Voy a decir por qué: según la Corte, si el jurado responde: "Sí es responsable, pero en trastorno mental permanente, o transitorio con secuelas", en estos dos casos, aunque equivocada la tesis, según mi manera de ver, se dictaría sentencia condenatoria así: se impone la pena, pues el jurado estimó que *sí es responsable*, y lo demás se tiene

[9] Idem, pág. 125.

[10] HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la captura a la excarcelación*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 352.

[11] Idem, pág. 353.

por no escrito. Pero ¿qué pasa si el jurado responde: "*no es responsable*, porque obró en un momento de trastorno mental transitorio *sin secuelas*"? Entonces tenemos que, como según la Corte no puede el jurado pronunciarse sobre la segunda parte, lo cual implicaría un pronunciamiento sobre la inimputabilidad, tampoco podría aceptar la primera, pues la primera es consecuencia de la segunda: el sujeto no es responsable, *porque*... ¿Qué se haría entonces? Si absuelve, quiebra la tesis que sostiene; y si condena, lo estaría haciendo con base en un veredicto absolutorio, pues se ha respondido, *no es responsable*. Una Sala del Tribunal Superior de Medellín, frente al caso de un veredicto como el enunciado, dijo que tal veredicto es inexistente[12]. Empero, se llega a la misma conclusión: se dispone un nuevo jurado. Y ¿qué pasa si este responde otra vez lo mismo? Sencillamente, ¡habría que convocar un nuevo jurado indefinidamente hasta cuando el procesado "leve anclas para jamás volver...", o hasta cuando sea condenado! Pienso que la tesis que conduzca a un tan injusto absurdo no puede ser correcta.

En resumen: si el jurado de conciencia quiere reconocer el trastorno mental transitorio de que hablamos, debe responder: "*No es responsable, porque el sujeto obró por causa de trastorno mental transitorio sin secuelas*".

III. *En qué momento procesal se puede declarar la existencia del trastorno mental transitorio*

Este punto no resulta menos polémico que el primero, y también él se inserta en discusiones que abarcan ámbitos más amplios como veremos en seguida.

A) *La posición de la doctrina*. La doctrina se ha dividido en este punto. Hay quienes piensan que en el caso del inciso 2° del art. 33 del C. P. se debe llevar el proceso hasta la sentencia y allí hacer su reconocimiento. Así pensaba el profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, para quien el fenómeno allí contemplado es el de una "*causal de exclusión de medida asegurativa*"[13] y que es la sentencia el momento procesal para reconocerlo, descartando que pudiera hacerse aplicando el art. 163 del Código de Procedimiento Penal o mediante un sobreseimiento definitivo. Más adelante me referiré a sus argumentos. Por su parte, CÉSAR A. SANDOVAL M. piensa que sí se puede reconocer mediante la cesación de procedimiento ya que el nuevo Código Penal "creó una nueva condición de improseguibilidad de la acción penal". En forma contundente afirma: "desde el momento mismo en que por los medios probatorios se establezca con absoluta certeza esa forma de alteración sicosomática, es preciso poner fin al proceso ya que la acción penal no puede "proseguirse". Refiriéndose al caso del trastorno mental sin secuelas, señala: "sería desde todo

[12] Auto de mayo 23 de 1984. Ponente, Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, en el proceso número 1038 proveniente del Juzgado 15 Superior de Medellín, seguido a Antonio de Jesús Yepes.

[13] ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Estudios de Derecho Penal*, Libro Homenaje al profesor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1983, págs. 15 a 22. También aparece su pensamiento en su obra *La imputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 200 a 206.

todo punto de vista absurdo, antitécnico, por ir contra la economía procesal, y violatorio de principios fundamentales, el continuar una actuación procesal hasta llegar a sentencia con el único y exclusivo fin de hacer una declaración de autoría sin que esta contenga una consecuencia jurídica, permitiéndose el disparate de crear una nueva, simplemente moral, que no está contemplada en el estatuto represivo"; la no aplicación de la medida de seguridad contemplada en el artículo citado implica, en concreto, la desaparición del *ius puniendi* o el derecho de curación que le corresponde y "si este derecho desaparece, por ordenamiento de la misma ley, culmina el ejercicio de la acción penal pues se le ha privado de la consecuencia primaria del delito debiéndose, por ende, finiquitar el proceso"[14]. Ante la imposibilidad de imponer consecuencia jurídica alguna, debe cesar el procedimiento; tal es su posición.

B) *La posición de la jurisprudencia*. También aquí la jurisprudencia se divide: mientras que el Tribunal Superior de Cali, en alguna de sus salas se ha pronunciado negando que pueda aplicarse la cesación de procedimiento en el caso del trastorno mental transitorio sin secuelas, el Tribunal Superior de Medellín ha decidido el punto de manera afirmativa.

En efecto: el Tribunal Superior de Cali, con ponencia del doctor ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, partiendo de la base de que a los denominados "inimputables" se les pueda reconocer las causales de justificación y de inculpabilidad cuando ellas se presentaren, deduce que no es posible la aplicación del art. 163 (cesación de procedimiento), por cuanto se imposibilitaría procesalmente el eventual reconocimiento de tales fenómenos.

Dice así el Tribunal:

> "De igual manera que sería necesario reconocer las causales de justificación en relación con los inimputables, creemos que podrían hacerse acreedores al reconocimiento de por lo menos algunas de las causales de inculpabilidad, aunque esto a primera vista nos parece contradictorio, porque si la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y si la culpabilidad es un fenómeno jurídico sicológico que no se puede predicar de los inimputables, ¿cómo podría pensarse que se reconozca en relación con un inimputable alguna de las causales de inculpabilidad?
>
> "Es cierto que la culpabilidad hace relación a las facultades superiores del hombre, conciencia y voluntad, y que cuando se presenta un trastorno mental, la una o la otra se ve afectada, cuando no ambas, razón por la cual, por ese mismo hecho se excluye la culpabilidad como un fenómeno no predicable de los inimputables; pero lo anterior no sería obstáculo para que si se demuestra de manera ostensible que el inimputable fue obligado a realizar una conducta típica, se le pudiera reconocer la causal de inculpabilidad de la insuperable coacción ajena, o que, si el inimputable no obra sino que es obrado por las fuerzas de la naturaleza, o de otra cualquier índole que haga imposible la aparición de su voluntad, y si a consecuencia de esa fuerza supravolitiva realiza conducta típica, no vemos obstáculo para que no se le reconociese la causal de inculpabilidad de la fuerza mayor.

[14] CÉSAR A. SANDOVAL M., "El decreto 100 de 1980 creó una nueva condición de improcedibilidad de la acción penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, número 6, Cali, Editorial Feriva, 1982, págs. 73 a 76.

"Existiendo las posibilidades anteriores mal podría decretarse el cese de procedimiento, aplicación que sería injusta y lesiva para los intereses del procesado, que en el período probatorio de la causa, o aun durante la misma audiencia, podría probar la existencia de algunas de las causales que excluyen la antijuridicidad o la culpabilidad.

"Las reflexiones anteriores nos demuestran que el proceso no se adelantaría con la única finalidad de llegar a una decisión de autoría, sino que la continuación del mismo se justificaría, teniendo en cuenta los intereses defensivos del procesado"[15].

Por su parte el Tribunal Superior de Medellín ha sostenido en varias oportunidades que sí es posible la aplicación del art. 163 o el reconocimiento del sobreseimiento definitivo. Así lo ha dicho, con ponencia del doctor JAIME TABORDA PEREÁÑEZ:

"Es al juez, y no al perito, a quien corresponde, previa valoración del dictamen, hacer la correspondiente ubicación de la conducta en la norma descrita por el legislador. Y, finalmente, si el juez del conocimiento, al momento de la calificación considera, como ocurrió en este caso, que el procesado era inimputable —por trastorno mental transitorio sin secuelas—, debe sobreseer definitivamente, y no llamar a juicio ni dejarlo en libertad, situación esta última que no tiene fundamento jurídico. En efecto, ante esta situación, la calificación debe ser en la forma anteriormente dicha con un sobreseimiento definitivo —dada la ausencia de responsabilidad y de punibilidad de esa conducta: ¿Qué objeto tiene seguir un proceso en el que no se puede condenar ni absolver, habida cuenta de que la ley tiene establecido (art. 33, inc. 2°) que no hay lugar a imposición de medida de seguridad? Esa conducta es impune, sin perjuicio, como dice la misma norma, de la responsabilidad civil a que hubiere lugar, lo que se ejercerá por otra vía.

"Para proferir auto de proceder (C. de P. P., art. 481) se exige prueba de que «el procesado es responsable» y el inimputable no puede ser responsable; por eso no se le aplican sanciones sino medidas de seguridad en orden a obtener la curación, tutela o rehabilitación según el caso (C. P., arts. 12; 94, inc. 2°; 95, inc. 2°; 96 y 97).

"Cuando se trata, como en el caso presente, de un trastorno mental transitorio sin secuelas, no se impone medida de seguridad ninguna, pues no hay lugar a curación, ni rehabilitación, ni es menester la tutela del agente. No queda otro camino que el sobreseimiento definitivo, pues a nada conduce continuar el proceso. ¿Qué objeto tendría la apertura a pruebas en la causa? ¿Qué se controvertiría en el plenario, si ya desde la calificación se había dicho que el sindicado era inimputable y que no era acreedor a ninguna medida de seguridad?

"En el Código derogado había un precepto, el art. 382, inciso final, que permitía, según la doctrina y la jurisprudencia, terminar el proceso con sobreseimiento definitivo cuando las circunstancias especiales del hecho demostraran una menor peligrosidad en el sujeto agente, pues la norma establecía que podía «eximírsele de responsabilidad». Se partía allí de la base de que el agente «era responsable» y, sin embargo, por las especiales circunstancias del hecho y la menor peligrosidad, se le eximía de responsabilidad. Ese pronunciamiento se hacía al momento de la calificación con un sobreseimiento definitivo. Con mayor razón debe hacerse igual calificación cuando se compruebe legalmente que se trata de un inimputable por trastorno mental transitorio al momento de la comisión, del hecho, que no deje ninguna perturbación mental en el agente, pues ese inimputable no es responsable, ni se le puede aplicar ninguna medida de seguridad según lo dispone el inciso final del art. 33 del Código Penal.

[15] Tribunal Superior de Cali, auto de abril 14 de 1982, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 18, Bogotá, Edit. Temis, pág. 216. Ponente, Dr. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS.

"Resumiendo: las penas se imponen a los imputables (C. P., art. 41). Los inimputables que realicen el hecho legalmente descrito son sometidos a las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal (art. 33, inc. 1°); y cuando la inimputabilidad proviniere exclusivamente de trastorno mental transitorio que no deje en el agente perturbación mental alguna, «no hay lugar a la imposición de medidas de seguridad» (art. 33, inciso final), vale decir, no hay imputabilidad, pues el agente no estaba en condiciones de conocer ni querer la ilicitud de su conducta; tampoco punibilidad. La forma de hacer esa declaración es en la calificación con el sobreseimiento definitivo. De otra parte, el principio rector de la legalidad (C. P., art. 1°), que tiene fundamento en el art. 26 de la Constitución Nacional prohíbe la condena por el hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella"[16].

Y con ponencia del doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA ha dicho el mismo Tribunal:

"Presentada en el curso del juicio penal una causal de exención de la responsabilidad o de la culpabilidad que no pudo ser apreciada en el momento de la calificación de fondo del sumario, corresponde terminar el procedimiento por vía extraordinaria por sustracción de materia juzgable y carencia de causa final (objeto y fin). Si se trata de una causal que, en su momento, hubiera dado lugar al sobreseimiento definitivo, no queda otra vía que reconocerla a través del art. 163 del C. de P. C., pues sería un contrasentido adelantar una causa —cuyo fin es el juzgamiento y por tanto el establecimiento de si el sujeto es o no responsable del hecho que se le imputa— a sabiendas de que por ministerio de la ley misma tendrían necesariamente que terminar en una sentencia absolutoria. Continuar el trámite hasta la sentencia de fondo una vez ocurrida tal circunstancia, es contrario al principio de economía procesal y así mismo al *favor rei* y al *favor libertatis* en su sentido procesal, pues según estos principios el estado jurídico normal de libertad ciudadana que en el proceso penal se pone en entredicho, debe recuperarse lo antes posible, por los más breves caminos legales. No es verdad que de tal manera se lesione los intereses de una parte civil real o virtual, pues al damnificado de todas maneras le queda la vía civil ordinaria, a la que necesariamente habría también de recurrir ante una sentencia absolutoria (pues no parece posible ni legítimo que el juez penal absuelva penalmente y condene civilmente). En cambio, es indudable que la esencia de la sentencia es la de un acto de juzgamiento, o sea de imparcial balance de los pro o los contra de la absolución o la condena. Pero si el juicio está por la ley predeterminado a la absolución (creemos que nunca podría estarlo a la condena), no habrá sentencia en sentido material aunque se agoten los trámites para dictarla. De ahí que ante el advenimiento de una circunstancia como la indicada, es procedente el recurso del art. 163 del C. P. P., ya que, frente a ella, el caso ha dejado de considerarse en concreto como delito por la ley, aunque abstracta y formalmente continúe la previsión legislativa del correspondiente tipo delictivo. Si el delito es un hecho punible y en el caso concreto está excluída la punibilidad, ha desaparecido lo punible del hecho y por tanto su delictuosidad específica. Solo así se entiende que la jurisprudencia y la doctrina nacionales llegaren a admitir tal vía procesal para excusas absolutorias tales como la «venganza del honor» del art. 382 del C. P. derogado, el matrimonio con la ofendida en ciertos delitos sexuales, el pago del cheque sin fondos, la oblación, etc."[17].

[16] Tribunal Superior de Medellín, auto de 12 de noviembre de 1981, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 612 y 613.

[17] Tribunal Superior de Medellín, auto de abril 11 de 1983, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 28, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 251 y 252.

C) *Mi posición sobre el problema que se discute*. Pienso que el trastorno mental transitorio sin secuelas puede ser reconocido por el juez de derecho en cualquier momento procesal en que esté demostrado por los medios probatorios suficientes para generar la convicción razonada de su existencia. Es posible en virtud de un sobreseimiento definitivo o en la sentencia, pero puede ser en cualquier momento del proceso mediante la aplicación del art. 163 del Código de Procedimiento Penal. Para fundamentar mi posición voy a tratar dos puntos, de manera breve: el de la responsabilidad penal de los inimputables y el relativo a los antecedentes de la regulación del fenómeno del trastorno mental transitorio en Colombia, con una pasajera referencia al tratamiento de la cuestión por las Escuelas.

1. *La responsabilidad penal de los inimputables*. Aquí solo expongo las ideas en forma muy esquemática, pues ya en otra parte me he referido de manera extensa al problema. En forma resumida, diría[17 bis]:

a. "La irresponsabilidad jurídica de un individuo designa simplemente el hecho de que tal individuo no es sancionable", dice HANS KELSEN[18]. *A contrario sensu*, la responsabilidad jurídica indica el hecho de que el individuo sí es sancionable, lo cual en el derecho penal, implicaría la imposición de una pena o una medida de seguridad, las dos únicas especies de sanción en este campo;

b. La sanción se caracteriza por ser una limitación o supresión de un derecho del individuo que puede ejecutarse de manera coactiva, aplicada por una autoridad legitimada para ello, mediante proceso y por concreción de una conducta o hecho tenidos como lesivos según un ordenamiento jurídico dado;

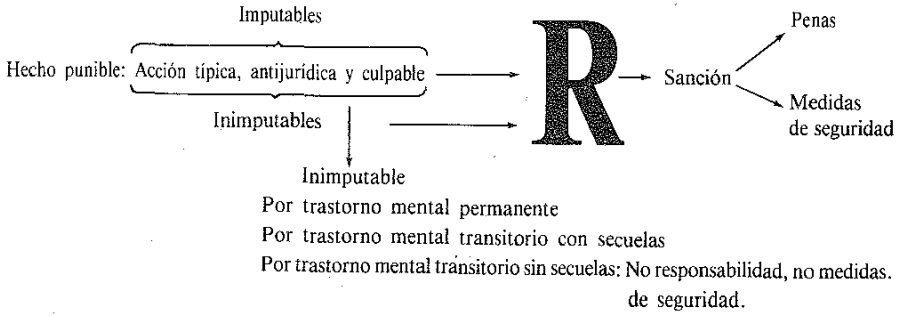
c. Nuestra ley, según el art. 33, modificado por la ley 43 de 1982, art. 1°, dispone la aplicación de medidas de seguridad a los inimputables que ejecuten un comportamiento típico y antijurídico, a excepción del caso del trastorno mental transitorio *sin secuelas*, caso en el cual, lo dice el art. 33, "no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad..., sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar";

d. Siendo, como es cierto, que según nuestra legislación a los inimputables que han ejecutado el hecho típico y antijurídico en situación de inmadurez o de trastorno mental permanente o transitorio *con secuelas*, se les aplica una medida de seguridad según los arts. 94, 95 y 96, resulta que en estos casos de inimputabilidad hay lugar a responsabilidad; y, en el caso de trastorno mental transitorio *sin secuelas*, siendo, como es cierto, que no se les aplica ni penas ni medidas de seguridad, se trata entonces de un caso de irresponsabilidad. Pero cuando se habla aquí de "responsabilidad" se toma el término en el sentido de "responsabilidad jurídica" y no en el sentido aristotélico-tomista seguido por la Escuela Clásica. En efecto, ARISTÓTELES, en su *Ética Nicomaquea*, hace depender la justicia o injusticia de

[17 bis] NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

[18] HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3ª ed., México, Ediciones Universidad Autónoma de México, 1969, pág. 108. Con igual claridad había dicho a páginas 75 y 76: "Que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario".

un acto de la libertad con que se obró, y así mismo procede Santo TOMÁS DE AQUINO en la *Suma Teológica*[19]. Tal pensamiento fue acogido por la Escuela Clásica, como todos sabemos. Empero, desde el advenimiento de la Escuela Positiva, para la existencia de responsabilidad penal no es necesario que el hecho se haya cometido con esa "libertad" a que aludían los clásicos. El sujeto es responsable en tanto vive en sociedad y la medida de esa responsabilidad está determinada por la peligrosidad del sujeto. Si en el caso de trastorno mental transitorio dice la ley que no hay lugar a la imposición de medidas de seguridad, y teniendo como tienen las medidas de seguridad en nuestro Código, como fundamento, la peligrosidad, entendida esta como la probabilidad de que el sujeto vuelva a causar daño, entonces es porque se considera que en el evento del trastorno mental transitorio no existe tal peligrosidad y no existe la necesidad de la aplicación de medida alguna; si fuésemos a representar lo dicho en los literales anteriores, lo podríamos hacer con los siguientes términos:



CUADRO N° 1

Puede verse que existe una estructura diferenciada para imputables e inimputables: aquellos obran típica, antijurídica y culpablemente, mientras que los segundos obran típica y antijurídicamente pero no son culpables. Esto no impide, sin embargo, que en relación con ellos pueda hablarse de responsabilidad penal, en el sentido mencionado. La declaratoria de responsabilidad para los inimputables no implica que se les esté reprochando o enrostrando haberse comportado como lo hicieron, sino que se les está aplicando una medida de seguridad con las finalidades que prevé el art. 12. Por lo cual me declaro en contra de afirmaciones en el sentido de que "los inimputables... no pueden cometer delitos"; o que "los

[19] ARISTÓTELES dice: "siendo las acciones justas o injustas las que hemos dicho, se comete una injusticia o se obra con justicia cuando estas acciones se realizan voluntariamente: cuando se hacen involuntariamente, ni se comete injusticia ni se obra con justicia a no ser por accidente, puesto que se hace algo que resulta ser justo o injusto. Pero el acto justo y la acción se definen por su carácter voluntario o involuntario; cuando el acto injusto es voluntario es objeto de censura y a la vez se convierte en injusticia; de suerte que si no se le añade lo voluntario, será algo injusto, pero no llegará a ser una acción injusta. Llamado voluntario, como se ha dicho antes, a todo lo que uno hace estando en su poder hacerlo o no, y sabiendo, no ignorando, a quién, con qué y para qué lo hace". *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe de María Araújo y Julián Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, pág. 82.

Y Santo TOMÁS DE AQUINO, sostiene que "en los actos del hombre, que *conoce* especialmente el fin de su operación, y se mueve así mismo, se encuentra principalmente lo voluntario", *Suma Teológica*, 9ª ed., Madrid, Edit. Espasa-Calpe, 1979, pág. 104.

inimputables son incapaces de culpabilidad, no cometen hechos punibles, y no se les puede aplicar penas"; o que "las medidas de seguridad carecen, pues, de contenido expiatorio, no constituyen sanción, y su finalidad se rige siempre hacia el beneficio del inimputable"; o, en fin, que "el inimputable no puede ser culpable jamás, y por ello tampoco puede ser declarado responsable", concepto cuya paternidad pertenece al profesor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ[20].

En fin, sea lo que fuere de la discusión acerca de la responsabilidad de los inimputables, lo cierto es que en el caso del trastorno mental transitorio sin secuelas no hay lugar a penas ni a medidas de seguridad. Esto, que no es sino un fenómeno de efecto, tiene como fundamento: el hecho de que en estos casos el sujeto no es responsable.

La no responsabilidad de quien obra en una situación de trastorno mental transitorio sin secuelas, no es el resultado solamente de un estudio analítico a la luz de la teoría general del derecho, sino, además, de la consideración del tratamiento de la figura en discusión por las escuelas penales que más han influído en nuestro medio y de los antecedentes inmediatos que dieron origen en Colombia al concepto de trastorno mental transitorio. Esto lo trataré de manera resumida en seguida.

2. *Los antecedentes de la regulación del fenómeno del trastorno mental transitorio en Colombia. Breve remisión a las Escuelas.* Hace algunos años, en esta misma publicación escribí un artículo que trataba sobre las dificultades que había presentado el reconocimiento del trastorno mental transitorio conforme al Código Penal de 1936 y de cómo se vio la necesidad de su regulación expresa tal como acontecía

[20] FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, "Aspectos del nuevo Código de Procedimiento Penal" en *Revista Temas de Derecho Penal Colombiano*, número 14, Medellín, Edit. Lealón, 1981, pág. 6, la primera cita; la segunda y la tercera pueden verse en su obra *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, págs. 279 y 281; la cuarta aparece en la *Relación explicativa* que hace al nuevo Código Penal. Véase *Nuevo Código Penal*, Bogotá, Gama Impresores Ltda., 1980, pág. 157. Por el contrario, otro sector de la doctrina, analizando el Código Penal de 1980, al igual que el autor de este trabajo, sostiene que sí es dable predicar responsabilidad penal de los sujetos inimputables. Así, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (*Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 518) define la responsabilidad como "la carga legal de afrontar o asumir las consecuencias jurídicas de un acto". Sostiene que en el Código Penal de 1980, tanto los sujetos imputables como los inimputables, dado que "han de soportar las consecuencias jurídicopenales de su comportamiento, son penalmente responsables".

Asimismo puede verse a ALFONSO REYES ECHANDÍA en su *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 246, donde con claridad, dice: "El término responsabilidad, debe entenderse como sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido; una persona es penalmente responsable cuando ha realizado hecho delictivo o contravencional; ahora, bien, si tal sujeto es imputable se le impondrá pena y si es inimputable se le aplicará medida de seguridad. Dedúcese de este planteamiento que en nuestro derecho positivo imputables e inimputables son penalmente responsables, pues que ambos están sujetos a las consecuencias legales del hecho punible cometido, no importa que en el primer caso se les aplique pena y en el segundo medida asegurativa. Resulta así evidente que responsabilidad e imputabilidad son fenómenos diversos que no se excluyen entre sí".

En el mismo sentido puede verse a ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *La punibilidad y las medidas de seguridad*, Medellín, publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Medellín. Se deduce su posición del hecho de que afirma de manera clara el carácter de sanción de las medidas de seguridad, posición que adopta apuntalándose consistentemente en la teoría general del derecho. Cfr. págs. 91, 123 y 124.

y acontece en muchas legislaciones y ahora en la nuestra[21]. Voy a resumir las ideas allí expuestas, advirtiendo que no es una disquisición inútil, sino, al contrario, decisiva para tomar partido en la discusión procesal en que debe reconocerse el trastorno mental transitorio sin secuelas:

a. El art. 29 del C. P. de 1936 decía que quien al momento de obrar padeciese de grave anomalía síquica o de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, sería sometido a medidas de seguridad; así mismo el art. 23, num. 1, consagraba la irresponsabilidad penal para quien obrara por sugestión hipnótica o patológica; el art. 24 decía que en el caso del numeral 1, sería responsable quien hubiera determinado a obrar.

b. Como la ley, según la interpretación de la Corte Suprema de Justicia[22] y la jurisprudencia de nuestros tribunales, asignaba consecuencias diversas en los casos de enajenación mental y de grave anomalía síquica (manicomio criminal en el primer caso, colonia agrícola en el segundo), se hacía necesario interpretar cada uno de estos conceptos. Así, entonces, se echó mano de la definición de NERIO ROJAS sobre *alienación mental*, para quien esta "es el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni la sociedad"[23].

Decía en el artículo mencionado, ya un poco añejo, que en relación con el concepto de "grave anomalía síquica" hubo una "determinación por exclusión", en el siguiente sentido: frente a un caso en que el sujeto, al momento de obrar, no había tenido la capacidad de comprender y/o determinarse, la práctica juridicopenal obraba así: primero, indagaba si se trataba de una enajenación mental preguntando: ¿el sujeto obró dentro de un "trastorno general y persistente de las funciones síquicas..."? (NERIO ROJAS). Si se respondía que no, preguntaba de nuevo: ¿"se trata de un trastorno generado por la ingestión de alcohol u otra sustancia"? Si frente a una incapacidad de comprender y/o determinarse se descartaba la enajenación y la intoxicación, entonces se afirmaba la *grave anomalía síquica*. Este concepto, pues, no se alcanzó a perfilar de manera clara: grave anomalía síquica era *cualquier* fenómeno que no siendo ni enajenación ni intoxicación, hacía al sujeto incapaz de comprender y/o determinarse. Esto era lo decisivo, como puede leerse en la más acabada noción del fenómeno dado por el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de VICENTE LAVERDE APONTE:

> "El Tribunal conceptúa que la anomalía síquica es grave en todos aquellos casos en que descartada la alienación mental y la intoxicación crónica, la acción criminal obedece

[21] "El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 6, Medellín, Edit. Acosta, 1980, págs. 65 a 91.

[22] Las más importantes decisiones de la Corte Suprema de Justicia en esta materia fueron la casación de 18 de octubre de 1966, *Gaceta Judicial*, t. CXVIII bis, pág. 32. Ponente, Dr. HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ; 18 de octubre de 1968, *Derecho Colombiano*, Bogotá, 1968. Ponente, Dr. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ; casación de mayo 3 de 1979, *Jurisprudencia y Doctrina*, t. VIII, núm. 91, Bogotá, 1979, págs. 526 a 527. Ponente, Dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ.

[23] NERIO ROJAS, *Medicina legal*, t. II, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1942, pág. 152.

a un impulso morboso insuperable; siempre que haya una alteración tan intensa de las funciones mentales que anule o suprima la conciencia de la facultad volitiva"[24].

Y, desde el ángulo de la doctrina, el profesor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, dice:

"Todas las acciones generadas por un estado, así sea transitorio de verdadera convulsión síquica, analizadas caso por caso, que no tengan cabida en el síndrome siquiátrico, pueden encuadrarse dentro de la grave anomalía síquica para efectos penales".

Siendo importante que, debido al trastorno, el individuo llegara a la incapacidad de entender y de querer al momento del hecho[25].

Pero se presentaba la siguiente dificultad: hay eventos en que el sujeto obró sin capacidad de comprender la ilicitud o sin capacidad de comprender; pasado el hecho, vuelve totalmente a la normalidad. Se citaban al comentar el C. P. de 1936, los casos de sideración emotiva, choque afectivo, gravísima emoción violenta, embriaguez del sueño, estado crepuscular hípnico, delirio febril, etc.[26]. ¿Qué hacer con esos casos? No eran ni enajenación mental ni intoxicación crónica. Y decir que eran grave anomalía síquica, traía consigo el inconveniente de que tener que imponer 1 año de colonia agrícola. Pero ¿para qué una medida de seguridad si no había nada de qué curarse?

A LUIS CARLOS PÉREZ, JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA y BERNARDO GAITÁN MAHECHA se debe el esfuerzo de haber encontrado la solución. Esta fue la de ubicar todos estos casos como eventos de "sugestión patológica" regulados por el art. 23 del Código Penal como inculpabilidad, según la generalidad de la doctrina. Y así ocurrieron las cosas: cuando el sujeto obraba en un estado transitorio pero había necesidad de tratamiento, se afirmaba la *grave anomalía síquica*; cuando no había tal necesidad de tratamiento, se afirmaba la sugestión patológica[27].

[24] VICENTE LAVERDE APONTE, *Temas penales y de procedimiento penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1960, págs. 15 y 16.

[25] FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, Medellín, Edit. Salesiana, 1972, págs. 346 y 347.

[26] No voy sino a ejemplificar con los casos de consideración emotiva y la embriaguez del sueño. El primer fenómeno es traído por WEIGANDT: una enfermera está pendiente de una mujer a punto de dar a luz. En un momento determinado, la mujer va al sanitario y el niño se desprende y cae a la taza. Llama y la enfermera, que acude presurosa, suelta el agua con la consecuencia de muerte para el niño. Véase *Psiquiatría forense*, Editora Nacional, 1959, pág. 32. En casos como este "muchas veces puede quedar la conciencia considerablemente limitada, y la ideación extinguida o falseada, resultando de ello una acción o un comportamiento que el sujeto nunca hubiera llevado a cabo mediando una reflexión reposada", había dicho poco antes de poner tal ejemplo.

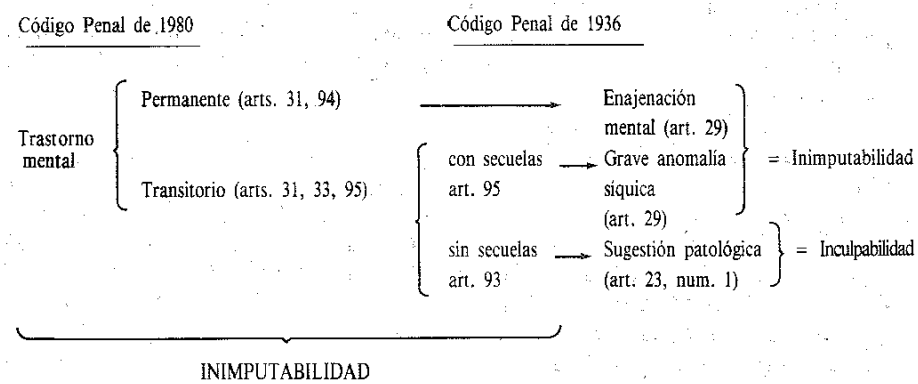
La embriaguez del sueño es un fenómeno en el cual, según KRAFFT-EBING, "el retorno inmediato de la conciencia y la presencia del espíritu que acompaña al despertar se retardan; tanto que las representaciones, los errores de los sentidos, las apercepciones falsas, que son el resultado del sueño y que impide la percepción clara del mundo exterior, determinan un estado de confusión mental comparable al de la embriaguez". *Medicina legal*, t. II, Madrid, Edit. la España Moderna, sin fecha, págs. 155 y 156. Se cita como ejemplo la madre que sueña con un incendio, y, "entredormida" tira a su pequeño hijo por la ventana.

[27] BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal*, Bogotá, Edit. Lerner, 1963, págs. 176 a 181; LUIS CARLOS PÉREZ, *La práctica jurídico-penal*, Bogotá, Ediciones de la Universidad Libre, 1964, págs. 469 a 499; JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, "Homicidio por trastorno mental transitorio. Un caso de homicidio en trastorno mental transitorio", en *Nuevo Foro Penal*, número 3, Medellín, Edit. Acosta, 1979, págs. 100 a 122.

Fue admirable el esfuerzo realizado por estos autores para solucionar el problema que representaba la ubicación de los casos mencionados de trastorno mental transitorio, fenómeno en el cual, como su nombre lo da a entender, pasado el hecho, el sujeto vuelve a la normalidad. Como lo he dicho, encontraron la solución en el art. 23, numeral 1, "torciéndole el pescuezo", a mi modo de ver, al art. 24, o cerrando un ojo frente a él, pues según este, en el caso del numeral 1 del art. 23, sería responsable quien había determinado a otro a obrar, lo cual suponía un sugestionado (irresponsable) y un sugestionador (responsable), lo cual no ocurre en los casos enunciados.

En fin frente a las dificultades, se veía la necesidad de consagrar en forma expresa el fenómeno del trastorno mental transitorio.

c. Llegados al Código Penal de 1980, se reguló en el capítulo de la inimputabilidad todo lo relacionado con el trastorno mental, fuera él permanente o transitorio, pero sin distinguir, como se hacía en la doctrina, entre un trastorno mental transitorio (causal de inimputabilidad) y otro (causal de inculpabilidad). Aquí se reguló todo trastorno mental como causal de inimputabilidad. Pero no es difícil encontrar las equivalencias, así: lo antes denominado *enajenación mental*, ahora se denomina *trastorno mental permanente*; la llamada *grave anomalía síquica*, ahora equivale al *trastorno mental transitorio con secuelas* y la denominada *sugestión patológica*, en el Código Penal de 1980 es llamado *trastorno mental transitorio sin secuelas*, lográndose así una regulación más técnica en esta materia. Esto se puede representar así:



CUADRO Nº 2

d. La evolución de la discusión se ajustaba, por lo demás, a las ideas que sobre el particular expresaban las escuelas penales, la Clásica y la Positivista, de tanta influencia entre nosotros. En efecto, CARRARA, exigiendo como base de la responsabilidad penal, la imputación moral, llegó a afirmar de manera nítida: "hasta

una *locura transitoria* puede excluir por completo la responsabilidad de los propios actos"[27 bis]. Y ENRICO FERRI, en su proyecto de 1921, art. 19, consagraba el constreñimiento y la sugestión patológica, entre otros fenómenos, como causales de justificación (según su terminología); lo cual muestra que para estos casos no reclama ningún tipo de medida penal o de tratamiento, dada la ausencia de peligrosidad. No debe olvidarse que, según este autor, el sujeto es responsable "porque el acto es *suyo*, es decir, expresión de su personalidad"[28], y si esta no manifiesta peligrosidad, no hay lugar a ninguna medida en relación con el sujeto.

Pues bien: con base en los puntos expuestos anteriormente, me parece que es posible sustentar la tesis presentada: *el juez de derecho puede reconocer el trastorno mental transitorio en cualquier momento del proceso en que el fenómeno quede demostrado por los medios probatorios suficientes para generar la convicción razonada de su existencia. Puede ser mediante un sobreseimiento definitivo o en la sentencia, pero también puede serlo antes mediante un auto contemplado en el art. 163 del Código de Procedimiento Penal.*

No me parece correcta la tesis del Maestro REYES ECHANDÍA, pues el fenómeno regulado en la parte segunda del art. 33 es un fenómeno de más envergadura que el de una simple causa de "exclusión de medida asegurativa". Decir esto es tanto como afirmar que estamos en presencia de lo que se conoce como una "causal de impunidad", en donde se predica la existencia de la acción, de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la *responsabilidad* (bien sea con fundamento en la inimputabilidad o bien en la culpabilidad), y se trataría simplemente de una no aplicación de sanción. La causal de impunidad no es en manera alguna extraña al derecho penal, y es, por el contrario, una disposición de política criminal en alguna medida frecuente. Empero, no veo yo cómo pueda decirse que, cuando un sujeto obra sin capacidad de comprender y/o determinarse, se hace responsable, si obró en una situación de trastorno mental transitorio sin secuelas.

Es evidente que el sujeto que obra en una situación de inimputabilidad no es responsable, desde el punto de vista de la Escuela Clásica; tampoco lo es, desde el punto de vista de la Escuela Positivista. No hay responsabilidad allá, por faltar la libertad, es decir, la *responsabilidad moral*; no hay responsabilidad aquí, por no existir *peligrosidad*. En estas condiciones no veo yo cómo podía decir el profesor REYES que había responsabilidad, pues a eso equivale su expresión ya transcrita.

Creo que en el caso del trastorno mental transitorio sin secuelas, no surge, no nace la responsabilidad penal. El fenómeno es de médula o tuétano (como diría cualquier campesino nuestro) y no de mera piel, de mera superficie. Por eso me parece más que equivocada, equivocadísima, la posición del profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA cuando dice que se deben distinguir en el art. 33 dos situaciones: una en la cual se evidencia un trastorno mental con secuelas futuras que acarrea medida de seguridad, y otra en la que habiéndose presentado este trastorno transitorio que determinó la condición de inimputable para el sujeto, se prueba que "ha desaparecido y de él no se prevén secuelas futuras", caso en el cual el juez prescinde de imponer la medida de seguridad; luego de decir esto, afirma equivocadamente lo siguiente: "como quiera que la diferencia entre estas dos últimas hipótesis solamente radica en que en la primera el juez impone medida de seguridad y en la segunda se abstiene de hacerlo por mandato legal, siendo imperioso que aquella decisión se tome en la sentencia, resulta ineludible concluir que esta —la del inc. 2° del art. 33— ha de plasmarse también en igual momento procesal"[29].

El origen de su cuestionable tesis está en el punto de partida: "la diferencia entre estas dos últimas hipótesis solamente radica en el hecho de que en una se aplica medida de seguridad y en otra no". De ninguna manera: la diferencia no está en el tallo, sino en la raíz. En el trastorno mental transitorio con secuelas hay *responsabilidad penal*, en el trastorno mental transitorio sin secuelas *no hay responsabilidad penal*. No es correcto decir que "cuando hay demostración plena de que el sindicado, actuando en situación de inimputabilidad, ejecutó comportamiento típico y antijurídico (no le era posible actuar culpablemente), necesario es deducirle una responsabilidad cuya consecuencia se traduce en la imposición de medida asegurativa"[30]. Es cierto que la problemática de la inimputabilidad solo entra en juego cuando se admita que el procesado "ejecutó comportamiento típico y antijurídico". Por esto he sostenido que la inimputabilidad es un fenómeno "residual"[31]. Lo que no es cierto es la continuación en el sentido de que, probado el comportamiento típico y antijurídico, "...necesario es deducirle una responsabilidad al sujeto". Ello es así cuando se trata de cualquier otro evento de inimputabilidad, por caso, el trastorno mental permanente o el transitorio *con secuelas*, no en el caso de trastorno mental *sin secuelas*, en el cual no hay lugar a responsabilidad. Porque entonces el pensamiento de REYES sería el de que *en todo caso de inimputabilidad, hay responsabilidad*. Esto es equivocado. Y ello se demuestra con el estudio de la evolución histórica de la figura, que indica que tal situación era considerada un caso de inculpabilidad o situación que no daba lugar a responsabilidad; se demuestra el error de tal afirmación si se consulta la posición de las Escuelas, la Clásica y la Positiva, tomando de cada una el postulado fundamental sobre el que asientan la responsabilidad penal. En ningún caso, a lo largo de nuestro Código Penal, como en el presente, es tan necesario el estudio de la evolución histórica de la figura.

Ahora bien: si no hay lugar a responsabilidad penal, no veo cómo se sigue un proceso hasta la sentencia a sabiendas de que en ella habrá de decirse que tal responsabilidad no existe y por ende no se aplicará ni pena ni medida de seguridad. En este sentido, me parecen válidas las argumentaciones del Tribunal Superior de Medellín, cuando pregunta: "¿qué objeto tiene seguir un proceso en el que no

27 bis FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. I, Bogotá, Edit. temis, 1978, § 249, pág. 180.

28 ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 225.

29 ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La imputabilidad*, cit., pág. 203.

30 Ibídem.

31 NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 79 y ss.

se puede ni condenar ni absolver, habida cuenta, de que la ley tiene establecido que no hay lugar a imposición de medida de seguridad?" (ponencia del Dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ), o cuando dice: "sería un contrasentido adelantar una causa cuyo fin es el juzgamiento y por tanto el establecimiento de si el sujeto es o no responsable del hecho que se le imputa a sabiendas de que por ministerio de la ley misma tendría que terminar en una sentencia absolutoria" (ponencia del Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA). Asimismo me identifico con la posición del fiscal CÉSAR A. SANDOVAL M.

En cambio, me parece enteramente cuestionable la argumentación del Tribunal Superior de Cali cuando niega el sobreseimiento definitivo fundado en la idea de que al sujeto "inimputable" se le pueda reconocer en el juicio una causal de justificación o de inculpabilidad (lo cual también he sostenido de manera reiterada). ¿Por qué no se ha argumentado de idéntica manera cuando a un sujeto imputable se le va a reconocer una causal de inculpabilidad al momento de calificar el mérito del sumario? Es evidente que una causal de justificación es una medida más radical que una causal de inculpabilidad. Y entonces ¿por qué no se niega el sobreseimiento definitivo so pretexto de que es posible que en la etapa probatoria del juicio o de las pruebas que se practiquen en la audiencia sea posible comprobar una causal de justificación?

El proceso penal es el desarrollo y práctica de una sucesión de actos tendentes a demostrar la inocencia o responsabilidad de un procesado. Y si se sabe que el sujeto no es responsable, ¿qué sentido tiene el proceso? La responsabilidad no existe, ya se haga un análisis "de derecha a izquierda o de izquierda a derecha". Me explico: repárese en el cuadro número 1: el sujeto no es sometido ni a penas ni a medidas de seguridad, *luego* no es responsable (de derecha a izquierda); pero es posible decir también: el sujeto no es responsable, *luego* no es sometido ni a penas ni a medidas de seguridad (de izquierda a derecha).

Las anteriores constituyen, pues, algunas consideraciones en relación con estos dos temas, bien difíciles por cierto, como decía al principio, con el ánimo de aportar algunas ideas que sirvan de base para la discusión. Lástima que el principal oponente de ellas ya no se encuentre entre nosotros para la confrontación. Por mi parte, creo que el mejor homenaje que se le rinde a un hombre es de seguir dialogando en torno a sus ideas como se ha hecho aquí y en otros artículos de esta misma publicación.

* * *

Addenda

La responsabilidad civil del que obra en estado de trastorno mental transitorio sin secuelas

Para terminar, dejo planteado un tema que debe ocupar un lugar importante en esta materia y que, de ser posible, abordaré en el futuro. Me refiero al problema de la responsabilidad civil de los inimputables y, de manera concreta, a la responsabilidad civil del que obró determinado por un trastorno mental transitorio sin secuelas.

Me parece que el juez penal puede, probada tal situación, absolver al no establecer la responsabilidad penal y la no aplicación, en consecuencia, ni de pena ni de medida de seguridad; puede hacer esto, y a la vez, condenar al sujeto a la indemnización. Aquí solo enunciaré lo que yo creo que sea el fundamento.

En efecto: los arts. 2341 y 2356 del Código Civil colombiano son los artículos básicos reguladores de la responsabilidad civil extracontractual. Según ellos, la conducta dañosa genera la obligación de reparar; el art. 33 dice en su última parte que en caso de trastorno mental transitorio del cual no queden perturbaciones mentales no habrá lugar a imposición de medida de seguridad, "sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar". Mi idea es la siguiente: la ley penal no necesitaba hacer el último agregado. Si lo hizo, esto tiene un sentido: el de facultar al juez penal para que haga la declaración de responsabilidad civil y condene. Tal es el fundamento jurídico de mi posición. Pero hay, además, razones de equidad: está bien que no se condene penalmente a medida de seguridad, pero resultaría injusto que esta consecuencia para el autor del hecho típico y antijurídico aparejara la consecuencia de la irresponsabilidad civil de él. En resumen: el juez penal tiene competencia, la que le da el mismo art. 33, para pronunciarse sobre la responsabilidad civil en el proceso penal y más aún cuando hay bienes embargados. Lo otro sería tanto como decir que, en caso de absolución por la causa que tratamos, se permite la efectividad de la parte civil hasta la sentencia, momento en el cual se tendría que decretar el desembargo, lo cual conduciría a la burla de la pretensión del doliente. Esto seria absurdo y el intérprete no debe optar por alternativas absurdas. Repito que este tema merece la atención más detenida, lo cual se tratará de hacer en el futuro.

* * *

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD JURIDICOPENAL

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.*

I. *Introducción*

Parece paradójico, pero el tema que he elegido para contribuir en este, tan merecido homenaje que la *Revista Nuevo Foro Penal* rinde a los mártires del Palacio de Justicia, salvajemente asesinados como en la época de la más cruda inquisición, es el atingente al principio de legalidad juridicopenal, tan venido a menos no solo entre nosotros sino en el mundo contemporáneo. Justamente, en ello radica la razón de mi contribución: en un mundo que ha dado rienda suelta a la arbitrariedad y al irracionalismo, el mejor homenaje que los penalistas colombianos podemos brindar a los inmolados es revivir los postulados por los cuales ellos tanto lucharon y por los que derramaron su sangre.

El fatídico 6 de noviembre nos muestra, una vez más, que no basta con la proclamación de una legalidad formal al estilo de los revolucionarios de 1789, sino que se hace imprescindible el logro de una legalidad real o material que haga posible una sociedad más justa e igualitaria. Las meras consagraciones formales no son suficientes para controlar los brotes desenfrenados en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, ni mucho menos para impedir acciones suicidas que, a nombre de la injusticia y la desigualdad social reinante en una sociedad hundida en la miseria, se han venido realizando.

Aquellos trágicos hechos constituyen, a no dudarlo, el más aleve atentado que contra el derecho de gentes, los derechos humanos y los principios capilares de la sociedad civilizada, se haya propiciado entre nosotros en las últimas décadas.

Lo inconcebible es que cuando más se necesitaba el diálogo, propiciado con anterioridad hasta el cansancio, el discurso oficial en boga se tornó repentinamente en el lenguaje de las ametralladoras y en la acción demoledora de las llamas que lo consumieron todo inclementemente.

II. *Concepto*

Como en su tarea de persecución penal de los hechos punibles el Estado acude a los medios más enérgicos de que dispone el ordenamiento jurídico para tal cometido, interviniendo de manera drástica en los derechos más elementales del hombre, se hace indispensable la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo del Estado y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes ostentan o ejercen ese poder punitivo[1]. Ese postulado es precisamente el de legalidad, que se constituye en una herramienta que controla la intervención del Estado, posibilitando el respeto de las garantías fundamentales y de la seguridad jurídica; sirviendo de freno y control a la arbitrariedad.

Semejante postulado no nació de forma repentina, como podría pensarse, sino que todas las vicisitudes del acontecer histórico lo fueron puliendo y dándole de manera gradual el contenido y la forma como lo hemos recibido actualmente. Son innumerables las batallas que ha tenido que librar el hombre para llegar a establecer este principio cardinal, que se ha convertido en patrimonio común de la humanidad, empeñada hoy en su conquista material, más allá de las innumerables consagraciones formales de que ha sido objeto en los ordenamientos jurídicos y en los tratados internacionales. Con razón ha dicho SOLER que cuando los preceptos jurídicos están "directamente conectados con atributos o bienes fundamentales de la persona humana, esa experiencia histórica es casi siempre una acumulación de sufrimientos"[2].

Al postulado en estudio se le denomina como *de legalidad*, pues establece que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar los hechos punibles como al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley que es expresión de la voluntad general, de conformidad con las directrices de la filosofía liberal que lo inspiran. Se le conoce también como *de reserva*, por cuanto desde el punto de vista técnico formal equivale a una reserva de la ley en materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad. El legislador tiene, en otras palabras, "un verdadero monopolio en la creación de la materia criminal"[3].

Finalmente, se entiende como *de intervención legalizada*, pues toca de lleno con la intervención del poder punitivo estatal, el cual limita y controla con miras a lograr los cometidos del derecho penal mismo[4].

III. *Evolución Histórica*

Presupuesto fundamental para abordar el principio *nulla poena sine lege*, desde la perspectiva histórica, es la evolución del derecho escrito[5].

* Profesor de Derecho Penal General en la Universidad de Medellín. Coordinador de la *Revista Nuevo Foro Penal*.

[1] FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*. Barcelona, Edit. Bosch, 1975, pág. 79.

[2] SEBASTIÁN SOLER, "La formulación actual del principio «no hay delito sin ley»", en *Fe en el Derecho*, Buenos Aires, Edit. Tea, 1956, pág. 278.

[3] ROGER MERLE y ANDRÉ VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Paris, Cuyas, 1981, pág. 218. También: GIUSEPPE BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, 1980, pág. 67; ANTONIO CRISTIANI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1983, pág. 31.

[4] MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 80.

[5] Así VOLKER KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*. Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983, pág. 1. La evolución del postulado en HANS LUDWIG SCHREIBER, *Gesetz und richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, Metzner, 1976, págs. 18 y ss.; LUIS C. CABRAL, *Ubicación histórica del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege'*, Buenos Aires, Librería Jurídica, 1958, págs. 17 y ss.; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, "Legalidad (Principio de) (derecho penal)", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, Edit. Seix, 1971, pág. 882.

En efecto, si nos remitimos al Código de Hammurabi (año 1700 a. C.), encontraremos en su epílogo sorprendentes consagraciones, muy próximas a la actual concepción del derecho, según las cuales se asegura "la protección de los ciudadanos a partir de un derecho escrito y accesible a todos". Con ello aparece el derecho cumpliendo una innegable función protectora de la seguridad jurídica, punto de vista que, que por lo demás, tiene valor a través de los tiempos[6].

Ya en el derecho romano, parece evidente que el principio de legalidad tuvo una historia vaga y accidentada, nublada por la ambigüedad de expresiones esporádicas, prevaleciendo en algunos períodos del derecho penal romano[7]. Así se deduce de las estipulaciones contenidas en las *Doce Tablas* (siglo V a. C.), en el *Digesto* incorporado al *Corpus iuris* de JUSTINIANO (años 527-565 d. C.) e, incluso, en algunos textos de CICERÓN (106-43 a. C.)[8].

Muchos siglos después, encontramos otras manifestaciones del mismo, y concretamente en la Edad Media: la Carta Magna leonesa de Alfonso IX en las Cortes de León (1188), y la Carta Magna inglesa (1215) que, se afirma, es la matriz de las libertades individuales proclamadas después en el mundo civilizado[9]. Igualmente en la *Constitutio Criminalis Carolina* o *Die Peinliche Gerichtsordnung* del Kaiser Carlos V de 1532, con la cual llegó a su punto más alto la recepción del Derecho Romano, se encuentran consagraciones de nuestro postulado, provenientes del cometido manifiesto de combatir la acentuada inseguridad jurídica y la arbitrariedad de la administración de justicia penal, así como la de la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad judicial[10].

Posteriormente, en la época de la Ilustración, encontramos dos ideas constantes en toda la evolución del principio *nullun crimen, nulla poena sine lege*, hasta este momento histórico: la exigencia de una ley escrita y la protección a través de ella de los ciudadanos frente a la arbitrariedad estatal; estas dos directrices aparecían en el Código de Hammurabi, en las Doce Tablas y en la *Constitutio Criminalis Carolina*. Pero es solo en este momento histórico en el cual es posible la configuración del axioma de legalidad, al punto que se puede afirmar: el postulado de reserva es fruto del pensamiento del Iluminismo. Como representantes de esta época debemos mencionar, a más de VOLTAIRE (1694-1778), a MONTESQUIEU (1689-1755) y a BECCARIA (1738-1794), quienes sostuvieron la idea de la codificación, la presentación de la ley como garantía de la libertad ciudadana y como protección contra la arbitrariedad judicial y estatal; y, en particular, en el derecho penal, la idea de que no debe imperar más el poder desbordado del juez, sino la ley.

[6] KREY, ob. cit., pág. 5.

[7] JEROME HALL, "El principio de legalidad", en *Revista La Ley*, núm. 54, abril-junio, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1949, pág. 810. En contra, sin embargo, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, 4ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1964, pág. 383.

[8] KREY, ob. cit., pág. 8; SCHREIBER, ob. cit., pág. 18; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., pág. 882.

[9] JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 385 y RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 883.

[10] Seguimos la edición de GUSTAV RADBRUCH-ARTHUR KAUFMANN, *Die Peinliche Gerichtsordnung Karls Von 1532*. Stuttgart, Philipp Reclam, Universal Bibliothek, 1975. Véase también KREY, ob. cit., pág. 10.

Estos dos últimos pensadores son en realidad "los padres espirituales" del axioma de legalidad juridicopenal[11].

Fruto de las ideas iluministas, aunque dentro de lo que suele denominarse el "absolutismo de la Ilustración", son la Codificación General para los Estados de Prusia (*Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*) de 1794 y la *Josephina Austriaca* de 1787. En esta última, en realidad el Código Penal Austríaco del Kaiser Francisco José II, se dijo en la parte I, § 1, que no toda acción contraria a la ley se consideraba un delito criminal y que solo eran delitos aquellas acciones antijurídicas consagradas en la ley como tales, o que pudieran llegar a serlo de conformidad con ella.

También la Codificación General mencionada hizo consagraciones similares del postulado en el §9, parte II, título 20[12].

Pero fue solo con la Revolución Francesa como los postulados de la Ilustración encontraron su efectiva consagración, tornando en realidad legal las reivindicaciones ya propuestas por BECCARIA y MONTESQUIEU en torno al *predominio de la ley en el derecho penal*, como se desprende de los arts. 7, 8 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) de 1789[13]. En igual sentido se pronunciarían luego la Constitución francesa de 1791 en sus arts. 8 y 10, la Constitución de 1793 en su art. 14 y el Código napoleónico de 1810, en su art. 4°, aún vigente.

Es, en realidad, este el momento histórico en el cual se logra estabilizar el principio *nulla poena sine lege*, marcado por la transición del feudalismo al capitalismo, y por la instauración del Estado de derecho liberal; el pueblo pasa de ser un instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del monarca que lo encarna, a controlar ese poder, exigiendo garantías para llevarlo a cabo[14]. Al extenderse el hálito revolucionario por Europa y el Nuevo Mundo, empieza a generalizarse en las constituciones y en los códigos penales decimonónicos.

Con las transformaciones acaecidas en Francia, coincidieron las sucedidas en Norteamérica, que llevaron a la primera revolución triunfante, aun antes de la francesa de 1789. Fue así como los vientos del pensamiento ilustrado y la reacción contra el absolutismo, aunados al pensamiento de JOHN LOCKE, permitieron el reconocimiento del postulado de reserva en la Petición de Derechos de los Estados Americanos de Filadelfia (1774), Virginia y Maryland (1776), Massachusetts (1780); en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y, finalmente, en la Constitución de 1791.

Dentro de este breve recorrido histórico, debemos hacer hincapié en FEUERBACH, quien, en Alemania, hacia 1801, le dio la formulación latina al postulado tal como la conocemos hoy, mencionando a su vez cuatro subprincipios, trasunto

[11] KREY, pág. 13.

[12] SCHREIBER, ob. cit., págs. 76 y ss. 86 y ss.; KREY, ob. cit., págs. 7 y 16.

[13] SCHREIBER, ob. cit., págs. 67 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 387. El desarrollo histórico en Francia en MERLE-VITU, ob. cit., pág. 215.

[14] MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 82.

de otras tantas prohibiciones emanadas del mismo: prohibición de acudir a la analogía, prohibición del derecho consuetudinario, prohibición de la retroactividad y prohibición de la indeterminación.

En verdad, fueron dos los factores que permitieron a FEUERBACH (1775-1833) acuñar el postulado de legalidad: de un lado la filosofía del Iluminismo, y del otro la filosofía liberal, trasunto de aquella. Políticamente, el axioma de legalidad se presenta como el postulado llamado a proteger a los ciudadanos frente al arbitrio judicial, mientras que en el plano científico pudo el fundador del derecho penal alemán realizar una teoría juridicopenal: la Teoría de la Coacción Psicológica. Tales planteamientos dieron por resultado en el Código Penal bávaro de 1813, redactado por FEUERBACH, se incluyera el axioma de legalidad de manera expresa en el § 1 del mismo[15].

Luego los códigos federales de Bayern (1818), Württemberg (1819), etc., así como la Constitución prusiana de 1850, el Código Penal de 1851 y el de 1871 (Código Imperial), lo consagrarán ampliamente, estos dos últimos en sus respectivos parágrafos segundos. Hasta llegar al art. 116 de la Constitución de Weimar de 1919.

Ya en el siglo XX, justamente cuando se presumía que el desarrollo científico y técnico y el progreso en todos los órdenes posibilitarían la armónica convivencia entre los pueblos, se produce el más desenfrenado desbordamiento del poder estatal, en medio de un clima de guerra generalizado, sembrando la destrucción a lo largo y ancho del planeta, arrasando con el postulado en examen.

Con el triunfo del fascismo en Italia (1924-1943) y del nazismo en Alemania (1933-1945), movimientos políticos nacidos tras la derrota de aquellos dos países en la Primera Guerra Mundial y erigidos como reacción contra la humillación nacional[16], la década de los años treintas señala uno de los más agudos contrastes para el principio de reserva, llegándo a afirmarse en Alemania que tal postulado era un rezago del anticuado pensamiento individualista de la Ilustración que debía erradicarse a toda costa, tal como efectivamente se hizo reformando las disposiciones legales, no así en Italia donde las violaciones se ocultaron tras la careta de la consagración legal[17].

Pese a lo anterior, sin embargo, los primeros ataques que recibió el apotegma *nulla poena sine lege*, provinieron del pensamiento positivista inspirador de la Escuela Positiva del Derecho Penal, en el marco del Estado liberal intervencionista, al postular que las acciones humanas no contaban como tales, sino la peligrosidad del reo[18]. Pero también al amparo de las concepciones totalitarias, esta vez dentro de los moldes propios del Estado socialista emanado de la Revolución leninista de 1917, se llegaría a proscribir el postulado de legalidad de los códigos penales rusos de 1922 y 1927, los cuales, al igual que la reforma alemana de 1933, le permitían al juez hacer uso de la analogía libremente, desvinculado de la ley[19].

[15] SCHREIBER, ob. cit., pág. 118.

[16] JEAN TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, trad. de J. Pradera, Madrid, Edit. Tecnos, 1983, pág. 609.

[17] SCHREIBER, ob. cit., pág. 191.

[18] Cfr. JOSÉ RAMÓN CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, edición dirigida por Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ed. Ariel, 1972, págs. 24 a 27.

[19] RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., pág. 884.

Tras la estruendosa caída del régimen nazi con el hundimiento del Tercer Reich, al que había precedido la caída del régimen de Mussolini, irrumpe nuevamente en la posguerra el postulado de legalidad. En efecto, en Alemania aparece incluído en la Proclamación (*Die Proklamation*) núm. 3 de octubre 20 de 1945 formulada por el Consejo de Control (*Der Kontrollrats*), en su art. 2°, párrafos 1 a 3, creado a instancias de las tropas aliadas. Luego, mediante ley 11 del mismo organismo de 30 de enero de 1946, se restableció nuevamente la vigencia del derogado § 2 del Código Penal, y la Ley Fundamental de 1949 lo vertió en su art. 103.

Al mismo tiempo las Naciones Unidas en su proclamación de 10 de diciembre de 1948 o Declaración Universal de los Derechos Humanos, hizo expreso reconocimiento del apotegma *nulla poena*; incluso la URSS, lo consagró en su codificación penal de 1960, después de haberlo incluído en el art. 6° de los Principios Fundamentales de Derecho Penal de 1958[20].

Pero, paradójicamente, mientras el sentimiento de *mea culpa* obligaba a formular múltiples y reiteradas consagraciones en medio de la Europa sumida en ruinas, a los delincuentes nacionalsocialistas se les juzgaba por el Tribunal de Nürnberg, mediante la aplicación de normas *ex post facto*, con lo cual se patrocinó una de las mayores burlas al tan socorrido postulado.

Asimismo, la historia contemporánea es pródiga en transgresiones al postulado *nulla poena*, como lo enseñan las amargas experiencias vividas en diversos puntos del globo terrestre, donde los golpes de *facto* y el desbordamiento del poder estatal, llegándose hasta el terrorismo de Estado, han hecho tabla rasa con el axioma del cual nos hemos venido ocupando, pese a lo cual nuevamente las Naciones Unidas, al votar el Pacto de Nueva York de 1966, volvieron a hacer profesión de fe garantista y protectora de los derechos humanos incluyéndolo en tal convenio internacional. Argentina y Chile, así como las demás dictaduras del cono sur, son un buen ejemplo de que los hechos rebasan al derecho, que no basta solo con declaraciones formales si unidas a ellas no van las transformaciones efectivas de la realidad circundante.

También Vietnam, Camboya, Checoslovaquia, etc., son otros ejemplos, que permiten afirmar que vivimos en un mundo en el que la tortura, el desaparecimiento forzado de personas, el terrorismo en todos los órdenes, las filosofías represivas, se han enseñoreado convirtiéndose en acaeceres cotidianos. ¡Qué poco ha evolucionado realmente el postulado de legalidad y con él el derecho penal, desde cuando BECCARIA en 1764 proclamó el postulado de legalidad como exigencia capital!

Con BUSTOS RAMÍREZ debe concluirse que "el Estado de Derecho no está constituído solo por declaraciones, sino que es la conformación de una realidad política social concreta"[21].

En lo relacionado al derecho penal colombiano, el postulado *nulla poena* se remonta también a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, traducida

[20] Véase Apéndice en B. V. ZDRAVOSMÍLOV y otros, *Derecho penal soviético*, trad. de Nina Mora y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1970, pág. 552.

[21] JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, Medellín, Ed. Acosta, 1980, pág. 12.

entre nosotros por ANTONIO NARIÑO (1794), convirtiéndose en el ideario político que posibilitó la gesta emancipadora librada contra la tiranía española. Al expedirse las constituciones de Cundinamarca (1811), Tunja (1811), Antioquia (1812) y la Constitución de 1821, que fue nuestra primera Ley Fundamental después de la liberación, el principio de legalidad se consagró repetidamente. Así, por ejemplo, en la Constitución arriba citada se estipuló en sus arts. 158, 166 y 167. Con posterioridad la Constitución del Estado de Nueva Granada de 1832 lo vertió en su art. 191; a su turno el Código Penal de 1837, que fue también nuestro primer cuerpo legal punitivo, lo trajo en sus arts. 4° y 5°, repetidos luego por el Código Penal de Antioquia de 1867, en sus arts. 5° y 6°.

De la misma manera, lo encontramos en la Constitución para la Confederación Granadina de 1858, en su art. 56-1, y en la Constitución para los Estados Unidos de Colombia de 1863 en su art. 15-4[22]. Luego el Código Penal de 1890 lo incluyó en sus arts. 12 y 16, y el de 1936 lo hizo igualmente en su art. 1°. Las consagraciones actuales serán objeto de examen más adelante.

IV. *Fundamentos del principio de legalidad*

Actualmente suele darse al principio de intervención legalizada una doble fundamentación: de una parte, desde el *punto de vista político* como manifestación de la idea de libertad y del Estado de derecho, de donde se deriva la exigencia de una ley formal y de la seguridad jurídica, y, de otra, una fundamentación *juridicopenal*, manifestación de la esencia o función social de la norma penal[23].

1. *Fundamento político*. Desde esta perspectiva, el axioma de legalidad es fruto del pensamiento de la Ilustración, del pensamiento liberal forjador del Estado de derecho; por ello responde al principio político de la separación de poderes[24], erigido como postulado garantizador de la vigencia del contrato social (teoría contractualista). Según esto, solamente el legislador que actúa en representación directa de la comunidad organizada, en representación de la voluntad general de los ciudadanos, puede determinar las limitaciones de la libertad individual, puede prohibir conductas al definir el delito e imponer restricciones a los derechos individuales, mediante la determinación de las penas (supremacía del legislador).

Se parte así, de un lado, de la separación de poderes, y del otro, de la supremacía del legislador[25], lo cual permite concebir originariamente el principio de legalidad juridicopenal como una manifestación de la idea de Estado de derecho, que se

[22] La evolución en el orden constitucional se puede confrontar en MANUEL A. POMBO, y JOSÉ JOAQUÍN GUERRA, *Constituciones de Colombia*, 4 tomos, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura, 1951.

[23] LUIS ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad", ob. cit., pág. 12.

[24] MERLE-VITU, ob. cit., pág. 217.

[25] Nuestra Constitución Política establece que "La Nación colombiana se constituye en forma de República unitaria" (C. N., art. 1°) y que "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece" (art. 2°). Igualmente, dice: "Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional. El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado" (art. 55).

concreta en la exigencia fundamental de la reserva absoluta de la materia penal para el poder legislativo, con exclusión de los demás poderes públicos.

No cabe duda, pues, que el postulado en examen significó en su momento una lucha por la libertad y el derecho, lo cual entrañaba, a su vez, la máxima garantía política para los derechos individuales y que el origen y sentido de la misma fueran fundamentalmente políticos; en tanto, a través de la certeza jurídica propia del Estado de Derecho, se trató de conseguir la seguridad jurídica de los ciudadanos.

2. *Fundamento jurídico*. Desde el punto de vista juridicopenal, su fundamento se lo dio P. J. A. FEUERBACH, como ya indicamos, quien hacia 1801 lo expresó en el siguiente brocardo latino: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*[26]. Esta formulación, como dijimos, estaba asentada en la teoría de la pena como coacción sicológica, esto es, en la prevención general como función básica de la pena; pues solo una amenaza penal establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión; únicamente la previa conminación legal de la pena para una conducta es capaz de actuar en prevención general de la comisión de delitos[27].

Para expresarlo con otros términos, la ley penal debía preceder a la acción delictiva para poder cumplir su función preventiva, inhibidora del impulso delictivo; con ello se extraía una consecuencia fundamental de semejante argumentación: la prohibición de otorgar a la ley penal efectos retroactivos (principio de la prohibición de la retroactividad) y la exigencia de que las prohibiciones penales se consagren de manera clara y precisa (lo cual denominamos hoy como principio de determinación del hecho punible, o principio de certeza o de taxatividad).

Los dos fundamentos anteriores, sin embargo, no se pueden concebir de manera aislada o separada, pues se encuentran íntimamente conectados entre sí, lo cual permite entender de manera coherente todas y cada una de las consecuencias del principio de legalidad, que se traducen en diversos subprincipios, de los cuales no nos ocuparemos aquí.

V. *Formulación actual*

La fundamentación jurídica que le diera FEUERBACH al apotegma de legalidad, se ha visto complementada en la medida que el derecho penal ha ido evolucionando y la lucha por las garantías ciudadanas ha tomado nuevos rumbos. Hoy el postulado cobija no solo las garantías penales, procesales, sino también las penitenciarias[28]; se extiende no solo a los delitos y a las contravenciones penales, sino a las penas y a las medidas de seguridad.

[26] PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH, *Lehrbuch des Gemeinen in deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, pág. 20. Sobre los fundamentos del principio, de manera amplia, FULGENCIO MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983, págs. 8 y ss.

[27] FEUERBACH, ídem, págs. 36 y ss.

[28] En la doctrina española se suele hablar de cuatro garantías: criminal, penal, procesal y ejecutiva. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 403 y a JOSÉ MARÍA ORDEIG FOS, "Principios Penales: legalidad, juridicidad, predeterminación, irretroactividad", en *Revista de Derecho Judicial*, año XIII, núm. 50, abril-junio de 1972, pág. 73.

En torno a estas últimas consecuencias jurídicas, nacidas de una concepción defensista de la sociedad, propia del Estado liberal intervencionista, muy cara a la concepción positivista, debe destacarse cómo se han venido fundamentando desde su aparición, en la supuesta "peligrosidad del agente", basamento completamente indemostrable que pugna abiertamente con un derecho penal humanitario, concebido desde el punto de vista del Estado de derecho social y democrático.

Lo anterior, obviamente impide una extensión cabal del principio de legalidad, entronizando concepciones totalitarias que han cosificado al hombre dejándolo librado, por obra de su carácter indeterminado, a los abusos del leviatán estatal. Es pretender conciliar un postulado que vela por la racionalidad del derecho, por la certeza y la seguridad jurídica, con una institución completamente irracional, apoyada en fundamentos indemostrables.

En el Estado actual, que busca la real operancia de los derechos humanos y por ende la construcción de un derecho penal verdaderamente garantista, las medidas de seguridad no pueden concebirse como antaño. Solo cabe una disyuntiva: o se adaptan a las exigencias de la legalidad, eliminando las medidas predelictuales y las postdelictuales aplicables a los imputables y restringiéndolas solo a los inimputables guiadas por el principio de la necesidad del tratamiento, o se renuncia totalmente a ellas.

En otros términos: si queremos construir un derecho penal garantista, verdaderamente liberal, tenemos que eliminar instituciones hondamente vinculadas con filosofías antiliberales, de corte totalitario. ¡La disyuntiva es política!

¡Asombra, en verdad, que los cultores del derecho penal hayan puesto sus mayores empeños en combatir la culpabilidad como fundamento de la pena, llegando a interesantes conclusiones, para luego, con la mayor tranquilidad del mundo, decirnos que ven muy normal y hasta lógico que las medidas de seguridad se fundamenten en la peligrosidad de la persona! ¡Asombra que en nombre de la filosofía liberal se legitimen filosofías represivas y oscurantistas como las que presiden las medidas de seguridad así concebidas!

Así las cosas podríamos formular, como sigue, el postulado de reserva, de intervención legalizada, o de legalidad.

A. Las garantías penales

Diremos: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*, lo cual significa que NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL, NO HAY PENA, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN LEY ESCRITA, ESTRICTA, CIERTA Y PREVIA. Con este brocardo aludimos al conjunto de garantías que rigen en materia del derecho penal sustantivo o material, así:

1. *No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley escrita*. Ello significa que está prohibido en el derecho penal acudir al derecho consuetudinario para crear delitos o contravenciones penales, penas o medidas de seguridad. La costumbre no es fuente directa, mediata, formal del derecho penal; la única fuente directa, inmediata, formal del derecho penal es el proceso legislativo, producto del cual es la ley.

2. *No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley estricta*. Está también prohibido en el derecho penal acudir a la analogía, sea para fundamentar un delito, una contravención, la pena o una medida de seguridad. El juzgador o el intérprete no pueden llenar los vacíos acudiendo a normas semejantes; la única excepción a esta prohibición es el evento de la favorabilidad, cuando el vacío o laguna legal se llena mediante el procedimiento analógico para favorecer la situación del reo (*analogia in bonam partem*).

3. *No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad, sin ley cierta*. Consecuencia directa del postulado de legalidad es la exigencia de certeza o de determinación, conforme a la cual tanto las conductas punibles como las consecuencias jurídicas derivadas de ellas, deben estar consagradas en forma clara, precisa y determinada en la ley penal, para que no haya dudas sobre su alcance y contenido. Al legislador, a la hora de redactar los diversos extremos de la norma penal, desde el punto de vista de su estructura lógica, le está prohibida la indeterminación de los mismos.

Este mandato de certeza o de determinación es de honda trascendencia en tratándose de las medidas de seguridad, por cuanto la doctrina solo se ha preocupado por legitimar el peligrosismo penal en este campo, demandando medidas indeterminadas, las cuales se imponen mediante el sistema de la sentencia indeterminada; hoy la imposición de la medida debe tener un límite preciso de duración, sin sujetarla a términos mínimos, ordenando su cesación cuando se constate la improcedencia de su aplicación. Esto en tratándose de medidas aplicables a inimputables, pues consideramos ilegítimos desde el punto de vista del Estado de derecho, y por ende violatorios del principio de legalidad, otros tipos de medidas, tal como ya lo hemos planteado.

4. *No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley previa*. Como la ley rige para el futuro, no puede aplicarse a hechos perpetrados con anterioridad a su entrada en vigor; está, en otros términos, prohibido aplicar retroactivamente la ley penal, a no ser que se trate de la aplicación más favorable de la misma o en beneficio del reo.

Las anteriores cuatro consecuencias implican una sujeción del poder estatal a la *lex scripta*, para impedir una justicia arbitraria; asimismo se limita el máximo permitido de la pena en caso de incurrir en una clara violación de la ley escrita[29], y se evita la imposición de medidas de seguridad indeterminadas que desborden los marcos de racionalidad del derecho penal. Como correlato de lo anterior se observan también *principios* como *el del acto* o del hecho, *el de culpabilidad* (situado a veces por encima del postulado de legalidad), *del bien jurídico* y *de igualdad ante la ley*.

[29] Así Claus Roxin, "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 1, Santiago de Chile, 1973, pág. 19; *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Ediciones Universidad, 1981, págs. 105 y ss.

Sobre las garantías penales consúltese: Krey, ob. cit., págs. 35 y ss.; Fritjof Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 1984, pág. 16; Hans Joachim Rudolphi-Horn-Samson, *Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 3ª, ed., Frankfurt, 1984, Vorb. 1., págs. 1 y ss.; Bernd Schünemann, *Nulla poena sin lege?*, Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1978, pág. 3; Albin Eser, *Strafrecht*, I, 3ª ed., München, C. H. Beck, 1980, págs. 105 y ss.

B. Las garantías procesales

Con el doble brocardo *nemo iudex sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium*, aludimos al conjunto de garantías que rigen en materia del derecho procesal, instrumental o adjetivo. De conformidad con ellos tenemos, entonces: LA LEY PENAL SOLO PUEDE APLICARSE POR LOS ÓRGANOS INSTITUÍDOS POR LA LEY PARA ESA FUNCIÓN Y, NADIE PUEDE SER CASTIGADO SINO EN VIRTUD DE UN JUICIO LEGAL.

Estas garantías se concretan en dos postulados básicos: de un lado el *principio del debido proceso legal*, comprensivo de todos los principios que inspiran el moderno derecho procesal penal, cobijados por la denominación usual de "legalidad del proceso"; y, del otro, el *principio del juez natural* o principio del juez legal, en realidad englobado dentro del primero, consagratorio de la garantía jurisdiccional por excelencia, extensiva tanto al procedimiento para la aplicación de las penas y las medidas de seguridad, como a su ejecución[30].

C. Las garantías penitenciarias

Con el apotegma *nulla poena sine regime legale, nulla poena sine humanitae, nulla poena sine resocializatione, nulla mensura sine humanitae*, se quiere expresar el conjunto de garantías que deben rodear toda la fase de la ejecución penal, sea que se trate de penas o de medidas de seguridad. De acuerdo con eso entonces: NO HAY PENA SIN ADECUADO TRATAMIENTO PENITENCIARIO, NO HAY PENA SIN TRATAMIENTO HUMANITARIO, NO HAY PENA SIN RESOCIALIZACIÓN, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN TRATAMIENTO HUMANITARIO. Así las cosas:

1. *No hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario*. Al aplicarse la pena esta debe estar rodeada de las máximas garantías, con miras a que el reo esté asistido en todo momento por el Estado, que no puede dejarlo librado a su suerte, propiciando su despersonalización. Es el llamado *principio del tratamiento penitenciario*.

2. *No hay pena sin tratamiento humanitario*. Al aplicarse la pena, no debe olvidarse la calidad de ser humano que en todo momento ostenta el reo, el cual, dentro de la limitación y restricción de los bienes jurídicos que por su condición de penado le viene impuesta, debe ser tratado atendiendo a su dignidad de persona que disfruta de unos derechos inalienables e irrenunciables. Es el *principio de humanidad de la pena*.

3. *No hay pena sin resocialización*. Todo el tratamiento debe estar encaminado a la rehabilitación del condenado, a su reincorporación a la sociedad. Por ello se habla del *principio de la resocialización*[31].

4. *No hay medida de seguridad sin tratamiento humanitario*. Así la medida de seguridad imponible al inimputable, persiga determinados fines (por ejemplo, en nuestro caso, la curación, tutela y rehabilitación del reo), su aplicación no puede estar desligada, en ninguna circunstancia, de la calidad de ser humano del sometido

[30] La formulación en Jiménez de Asúa, ob. cit., pág. 383.

[31] Antonio Beristain, *Medidas en derecho penal contemporáneo*, Madrid, Edit. Reus, 1974, págs. 83 y ss.

a ella. A la persona deben concedérsele todas las prerrogativas que su calidad de ser humano impone. Las medidas de seguridad deben estar regidas por el *principio de humanidad de la medida de seguridad*.

La tendencia generalizada, sin éxito, de fundamentar las medidas de seguridad en la "peligrosidad del agente" (¡el concepto más irracional que esgrime el actual derecho penal, que no puede ser verdaderamente liberal mientras no renuncie a ese rezago autoritario!) y a su turno en el principio de legalidad, y que se traduce en el aforismo *nulla mensura sine periculositate*[32], ha desembocado en el absurdo: quiere conciliar la filosofía del actual Estado de derecho social y democrático, con la del Estado social intervencionista; el liberalismo en el plano penal con el autoritarismo; quiere reivindicar la legalidad juridicopenal, pero termina haciéndolo a espaldas del principio de humanidad[33]. Esta "conciliación" de lo inconciliable se observa también en la dogmática juridicopenal que, siguiendo las directrices alemanas se escuda en el *principio de proporcionalidad*, en realidad un nuevo rótulo para acuñar la peligrosidad criminal como fundamento de las medidas de seguridad[34].

Como se puede observar, la formulación que proponemos recoge el principio de legalidad de la medida de seguridad aplicable a los inimputables, única legítima desde la perspectiva del Estado de derecho, después que Carl Stooss introdujera el sistema dualista en el anteproyecto de Código Penal suizo de 1893[35].

La importancia del principio *nulla poena* ha llegado a tal grado, que incluso se ha pretendido derivar de él la concepción dogmática del delito, entendida como acción típica, antijurídica y culpable, creyendo ver en cada una de sus notas componentes una consecuencia de este postulado, tal como lo ha pretendido el legislador colombiano y lo empieza a plantear nuestra joven dogmática juridicopenal[36].

VI. *El principio en nuestro derecho penal*

El apotegma *nulla poena sine lege* es, entre nosotros, de rango constitucional, como que aparece vertido en los arts. 23, 26 a 28 de la Constitución Nacional. Asimismo encuentra su expresión legal en las leyes 74 de 1968, art. 15, y en la 16 de 1972, art. 9°, ambas contentivas de pactos internacionales suscritos por el Estado colombiano, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

En el Código Penal vigente aparece en el art. 1°, a la cabeza del título I, consagratorio de las normas rectoras de la ley penal colombiana, o conjunto de postulados que presiden todo el andamiaje de nuestro derecho penal (fundamental y comple-

[32] Idem, pág. 86. Para Beristain "el principio de peligrosidad (*nulla mensura sine periculositate*) puede garantizar que las medidas postdelictuales no violen los derechos elementales del ciudadano, de modo semejante a como el principio de culpabilidad lo hace respecto a las penas" (pág. 88).

[33] En Colombia, Federico Estrada, (*Derecho penal*, parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1986), ufanándose de una pretendida concepción liberal del derecho penal termina, para sorpresa, situándose en el más absoluto pensamiento totalitario, positivista, en este campo. Cfr. págs. 240, 245, 266 y ss.

[34] Es esta la posición dominante. Por todos: Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*, trad. de Santiago Mir y Francisco Muñoz, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, págs. 34 y 1116.

[35] Sobre las características del sistema dualista, véase a Agustín Jorge Barreiro, *Medidas de seguridad en el derecho penal español*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, pág. 132.

[36] Así Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 72.

mentario), en los siguientes términos: "*Legalidad*. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". Otras consagraciones son las que hace el Código Penal Militar, elevado a la categoría de ley por la ley 141 de 1961, en su art. 3°, y en el decreto 409 de 1971 o Código de Procedimiento Penal, en sus arts. 1° y 3°.

El postulado de legalidad, pues, es el postulado básico del derecho penal colombiano, del que dimanan al mismo tiempo todas las normas rectoras, lo cual confirma que "es de un valor superior, ya que se impone no solamente al juez y a la administración de justicia sino al legislador mismo"[37]. A continuación nos proponemos mostrar cómo aparecen desarrolladas en nuestro ordenamiento positivo, las garantías penales, procesales y penitenciarias.

A. Las garantías penales

1. *Prohibición de acudir al derecho consuetudinario*. El art. 1° del C. P., dice que "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal..." (NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN SIN LEY ESCRITA), "...ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella" (NO HAY PENA SIN LEY ESCRITA, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN LEY ESCRITA). O sea, no se pueden fundamentar los delitos, las contravenciones penales, las penas y las medidas de seguridad en el derecho consuetudinario.

2. *Prohibición de la analogía*. Se deriva del mismo art. 1°, cuando dice que para condenar a una persona por un hecho punible este debe estar "...expresamente previsto..." en la ley penal (NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL SIN LEY ESTRICTA). A su turno, existe prohibición general de acudir a la analogía, salvo las excepciones legales expresamente consagradas, según el art. 7° del C. P.: "...queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal". De aquí se desprende, consecuentemente, la prohibición de acudir a normas semejantes para crear por la vía de la asimilación nuevos delitos, nuevas contravenciones penales, penas o medidas de seguridad, que la ley no haya contemplado, dejando una "laguna legal" o un "vacío legal".

3. *Prohibición de la indeterminación*. Emana del mismo art. 1°, cuando exige que el hecho esté "...expresamente previsto como punible en la ley penal..." (NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL SIN LEY CIERTA O DETERMINADA), "...ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella" (NO HAY PENA, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN LEY CIERTA O DETERMINADA). Esta consagración es complementada por el art. 3° del C. P. que ha establecido, de manera por demás notoria, el principio de determinación del hecho punible, que cobija no solo los delitos y las contravenciones penales, sino también las penas y las medidas de seguridad: "*Tipicidad*. La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

4. *Prohibición de la retroactividad*. Se consigna, igualmente, en el art. 1° del C. P., cuando expresa que "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no

[37] Merle-Vitu, ob. cit., pág. 218.

esté expresamente previsto como punible por la ley vigente al tiempo en que se cometió..." (NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL SIN LEY PENAL PREVIA), ni sometido a pena o medida de seguridad "...que no se encuentren establecidas en ella" (en la ley previa, anotamos), por ley "...vigente al tiempo..." (NO HAY PENA, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN LEY PREVIA QUE LA ESTABLEZCA). Esta prohibición se ve complementada por la excepción que ha estipulado el art. 6° del C. P. en tratándose de delito o contravención penal, pena o medida de seguridad más favorable: "la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". En igual sentido la ley 153 de 1887, arts. 40 a 45.

Las anteriores cuatro consecuencias del principio de legalidad, de intervención legalizada o de reserva, se encuentran complementadas con los siguientes principios que, o son consecuencia de él, o están en alguna manera vinculados con él:

Principio del acto o del hecho. El derecho penal solo se puede dirigir a actos, hechos, acciones u omisiones humanos, no al modo de ser, al carácter, a las tendencias, afectos de la persona, como se desprende entre otros de las consagraciones que hacen los arts. 2°, 3°, 5°, 35 a 39 del C. P. y 26 de la Constitución.

Principio del bien jurídico. Las conductas tipificadas en la ley solo tienen relevancia juridicopenal, si entrañan dañosidad social, peligro real o potencial para los bienes jurídicos protegidos, haciendo realidad el postulado liberal que nos legó la Revolución Francesa, máxima expresión de la filosofía iluminista, según el cual "no hay delito sin daño", vertido en el art. 4° del C. P., pues para que una conducta típica sea antijurídica, se requiere que "...lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley"; y, en el art. 16 de la Carta: "Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Principio de culpabilidad. Toda pena supone culpabilidad, o, mejor, no hay pena sin culpabilidad del agente; a su turno, la pena debe graduarse atendiendo al grado de culpabilidad, quedando proscrita la responsabilidad objetiva. Este postulado está consagrado en los arts. 5°, 35 y 61-1, así: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva" (art. 5°) y, para que el hecho sea punible "debe realizarse con dolo, culpa o preterintención"; asimismo: la pena se impondrá atendiendo al "...grado de culpabilidad" y a la "gravedad del hecho" (arts. 35 y 61-1).

Principio de igualdad ante la ley. Se trata, en realidad, de una ficción según la cual todos los ciudadanos están sometidos en igualdad de condiciones a la ley penal; como dice el art. 8° del C. P.: "La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella".

De lo dicho hasta aquí se desprende, indudablemente, que el legislador colombiano ha consagrado en toda su extensión el apotegma *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*, referida a las garantías penales, que también son de rango constitucional (Const. Nal., arts. 26 y 28).

B. Las garantías procesales

Las encontramos reguladas así:

1. *El debido proceso legal*. Se consagra en el art. 11 del C. P., cuando dice: "Nadie podrá ser juzgado... ni con la violación de las formas propias de cada juicio" (NADIE PUEDE SER CASTIGADO POR UN DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL, NI CONDENADO A PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD SINO EN VIRTUD DE UN JUICIO LEGAL). Este es el llamado principio del debido proceso legal o *legalidad del proceso*, que compendia todas las garantías procesales.

2. *El juez natural*. El art. 11 del C. P. ha establecido que "Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especiales constituídos con posterioridad a la comisión del hecho punible" (LA LEY PENAL SOLO PUEDE SER APLICADA POR ÓRGANOS Y JUECES INSTITUÍDOS LEGALMENTE PARA TAL FUNCIÓN), lo cual, referido a la pena y a la medida de seguridad, se traduce en el *principio de judicialidad*, pues ambas consecuencias jurídicas solo pueden ser impuestas por funcionarios adscritos a la rama jurisdiccional del poder público y en ningún caso por funcionarios administrativos, o por el legislador.

Como vemos se consagra en toda su extensión la máxima *nemo iudex sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium*, que es de rango constitucional: arts. 26 y 27 de la Constitución.

C. Las garantías penitenciarias

Se encuentran consagradas básicamente en el art. 12 del C. P. y en las leyes 74 de 1968 (art. 10) y 16 de 1972 (art. 5°), referidas tanto a las penas como a las medidas de seguridad, en virtud de lo estipulado en el art. 1° del C. P.

En cuanto a *las penas*, se ha dicho cumplen "función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora"; aunque tal vez hubiera sido más lógico que la ley hablase de los "fines de la pena, a manera de meros postulados dirigidos al intérprete y encaminados a presidir la ejecución penal en su conjunto. De allí se desprenden los *principios de resocialización*, del *tratamiento penitenciario* y de la *humanidad de la pena*.

En lo atingente a las *medidas de seguridad*, el art. 12 ha dicho que persiguen "fines de curación, tutela y rehabilitación", haciendo énfasis en la prevención especial y por ende en la resocialización del inimputable condenado a medidas de seguridad, pues, como ya advertimos, no existen en nuestro ordenamiento medidas de seguridad predelictuales ni tampoco postdelictuales imponibles a imputables. De la susodicha consagración legal se desprenden los *principios de humanidad de la medida de seguridad*, del *tratamiento penitenciario* y de la *resocialización*, aunque circunscritos a los especiales fines que el legislador ha plasmado para las medidas.

En cuanto al *principio de peligrosidad o de proporcionalidad*, a diferencia de otras legislaciones que lo consagran expresamente, la nuestra no lo menciona como fundamento de la medida de seguridad, por lo cual no se puede derivar del principio de legalidad la máxima *nulla mensura sine periculositate*, amén de que sostener en el actual derecho penal la máxima "no hay medida de seguridad sin peligrosidad", es dejar toda una categoría de sujetos penales (los inimputables) librada a la más absoluta irracionalidad y arbitrariedad por parte del Estado. Quiérase o no, el derecho penal con el cual hemos venido trabajando se enfrenta a la más insólita paradoja: ¡quiere ser un derecho racional, pero parte de supuestos metafísicos irracionales!

D. Otras consagraciones del postulado de legalidad

Las garantías penales, procesales y penitenciarias, tal como las acabamos de exponer son también emanación de otras consagraciones del principio de legalidad:

Así, en el Código de Procedimiento Penal (decr. 409 de 1971), se consagra la legalidad del proceso de manera amplia; en efecto, en el art. 1° se dice: "*Legalidad del proceso*. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; y en el art. 3°: "*Garantía de ciertos derechos individuales*. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes". Esta última norma es reproducción del art. 23 de la Constitución, que a su turno desarrolla todos estos derechos y garantías en el título III.

En el art. 3° del Código Penal Militar, se dice: "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella".

Para complementar los anteriores textos positivos, también encontramos en el art. 15, párr. 1 de la ley 74 de 1968, la siguiente declaración:

"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el derecho nacional e internacional". De manera similar dice la ley 16 de 1972 en su art. 9°:

"Nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el derecho aplicable".

E. Vigencia del principio de legalidad

Si algo se puede comprobar en un Estado de derecho meramente convencional como el colombiano, es la declinación del postulado de legalidad empece las diversas y reiteradas consagraciones formales del mismo. Para la real efectividad del postulado *nulla poena*, se requiere, entre nosotros, de hondas transformaciones en la sociedad, para cuyo logro es de imperiosa necesidad avanzar hacia un Estado de derecho social y democrático que asegure los derechos sociales del individuo y realice la justicia colectiva.

Entre nosotros, lo mismo que en muchas organizaciones estatales actuales, se observa la transgresión del postulado *nulla poena* en diversos ámbitos:

1. *Declinación del principio en materia legislativa*. La misma se concreta en atentados de diverso orden:

a) Atentados contra el monopolio del legislador para la creación de las incriminaciones penales, fundamentalmente en dos planos: la práctica creciente de las

delegaciones de poder en provecho del ejecutivo, y la creciente administrativización de nuestro derecho penal, tornando los delitos menores en contravenciones administrativas o penales, según el caso, de conocimiento de las autoridades administrativas (funcionarios administrativos, policía), como se constata con el decreto 522 de 1971 arts. 12 y ss.; la ley 2ª de 1984, que llegó hasta atribuir el conocimiento de los delitos a órganos administrativos; y de manera más reciente, la ley 30 de 1986, en su art. 68 y ss.

b) La redacción imprecisa de los textos represivos (violación al principio de determinación), dando cabida a fórmulas demasiado vagas y generales, ambivalentes y equívocas, como sucede en diversos tipos de la parte especial del C. P. (por ejemplo en los arts. 111, 187, entre otros). Ya en un pasado muy reciente el llamado "Estatuto de Seguridad", en buena hora declarado parcialmente inexequible, había consagrado penas de arresto hasta por un año aplicables a personas que realizaran conductas como las de "ocupar transitoriamente lugares públicos, o abiertos al público, u oficinas de entidades públicas o privadas, con el fin de presionar una decisión de las autoridades legítimas, o de distribuir en ellas propaganda subversiva o de fijar en tales lugares escritos o dibujos ultrajantes o subversivos o de exhortar a la ciudadanía a la rebelión" (art. 7°); o a quienes "impriman, almacenen, porten, distribuyan o transporten propaganda subversiva" (art. 7f). Esto para no citar sino un par de ejemplos que nos permitan ver hasta qué extremos se ha llegado en nuestro país en materia de indeterminación.

c) Desmoronamiento de la legalidad procesal. Son frecuentes las violaciones al debido proceso y a la institución del juez legal o natural. Baste pensar que es ya cotidiana la adscripción de competencias a la justicia penal militar para juzgar a civiles en épocas de estado de sitio contra expresa prohibición de la Carta (art. 170); que se han generalizado los procedimientos breves y sumarios para juzgar cierto tipo de delincuencia a espaldas de los postulados que inspiran el proceso penal (cfr. decr. 522 de 1971, leyes 2ª de 1984 y 30 de 1986, etc.); y, mediante las delegaciones de poder al legislativo, sustrayendo a los ciudadanos de su juez natural y afianzando una verdadera "jurisdicción penal administrativa".

2. *Declinación del principio en materia judicial.* En este ámbito es frecuente observar cómo en nuestros países se va desmoronando el postulado *nulla poena*, así:

a) Mediante el reconocimiento de amplias libertades al juez en la aplicación de las incriminaciones penales, lo cual se constata básicamente con la recurrencia a la analogía, prohibida en diversas legislaciones, y a la imposición de penas y medidas de seguridad con base en la peligrosidad criminal, tal como lo hemos explicado ya.

b) Mediante las prerrogativas reconocidas al juez y a la Administración en la aplicación de las penas. Ello se advierte, por ejemplo, en el expediente de la sentencia indeterminada —muy común en regímenes de corte totalitario— y del cual tenemos en Colombia un peligroso vestigio en materia de medidas de seguridad, fruto de la herencia positivista del C. P. de 1936, que consagraba tales medidas también para los imputables, las que eran de carácter indeterminado tratándose de inimputables.

c) Incertidumbre en la aplicación judicial de las reglas del procedimiento. Son frecuentes las transgresiones judiciales en la aplicación de las normas que rigen el ritual procesal, en buena medida establecidas como mecanismo para asegurar el respeto de los derechos y las garantías del procesado. Para no citar sino unos pocos ejemplos, baste mencionar las violaciones cometidas contra el ejercicio del derecho de defensa: investigaciones que se surten sin la presencia de apoderado idóneo, diligencias probatorias (careos, indagatorias, testimonios) sin la presencia del juez competente, etc. Contra los principios que inspiran el régimen de pruebas: no contradicción, no publicidad, aducción inidónea de las mismas, etc., así como diversas restricciones legales que ya empiezan a utilizarse: la prohibición de careos en los casos del art. 24 de la ley 2ª de 1984, etc. Asimismo es frecuente la denegación de recursos contra las decisiones judiciales acudiendo a interpretaciones amañadas y facilistas de la ley procesal.

Este tipo de mecanismos suscita, a no dudarlo, incertidumbre sobre el carácter de las formalidades legales y sobre el valor de los procedimientos que deben cumplirse, afortunadamente no muy pronunciados entre nosotros gracias a los reconocimientos formales que se hacen de las garantías procesales, pero si muy acentuados en países donde los regímenes autoritarios se han impuesto[38].

VII. *Conclusión*

La crisis que hoy padece nuestro Estado de derecho convencional, preocupado sólo por establecer limitantes de carácter formal a la actividad punitiva del Estado, nos lleva a plantear como exigencia capital la transformación de la sociedad colombiana, no abandonándonos al autoritarismo sino dando amplia cabida a los clamores de una colectividad urgida de una organización estatal que posibilite la vigencia real de los derechos humanos.

Indudablemente, por lo menos en el momento histórico actual, tenemos que avanzar hacia una sociedad pluralista que permita la participación de todos los ciudadanos en la toma de las decisiones fundamentales y que asegure la autorrealización de los asociados como seres humanos investidos de la dignidad de persona. Guía y norte de los que luchamos por una sociedad mejor, es el respeto de las garantías ciudadanas materialmente entendidas, a lo que estamos obligados ante el concierto de las naciones.

Es dentro de esta perspectiva que tenemos que velar por el afianzamiento de nuestro derecho penal, evitando desembocar en un derecho represivo de corte autoritario, que cercene de tajo la legalidad jurídico-penal, como acaba de suceder con el hecho que hoy es motivo de reflexión y que tanta incidencia ha tenido y seguirá ejerciendo en la vida colombiana.

Medellín, abril 10 de 1986.

[38] Un panorama de la declinación del principio de legalidad en Francia y en Europa, en MERLE-VITU, ob. cit., págs. 226 a 233.

ELEMENTO DISCIPLINARIO EN BECCARIA

(Apuntes para una lectura de Beccaria a la luz de los planteamientos de Foucault)

Dr. JUAN GONZALO ESCOBAR*

I. *Introducción*

La obra de CESARE BECCARIA *De los delitos y de las penas* ha dado lugar a diversos escritos, por muy variadas razones; la mayor parte para resaltar la importancia que ella tiene en el desarrollo del derecho penal[1]; algunos para denunciar la escasa evolución del derecho penal en ciertos países[2]; otros para resaltar el sentimiento humanitario y filantrópico que inspiró lo que hoy se considera el Derecho Penal Moderno[3]; como crítica a esta última posición, se han desarrollado múltiples trabajos tendentes a desvirtuar la creencia, generalizada, de que el derecho penal moderno surge inspirado y basado en un espíritu altruista y filantrópico[4].

El propósito de este trabajo es, simplemente, poner de relieve un tema sobre el cual se pueda desarrollar un debate, tema planteado por MICHEL FOUCAULT y que podría, en parte, influir en la obra de BECCARIA y de otros autores de la época. Este tema es la disciplina.

No se pretende presentar a BECCARIA y su pensamiento como el creador e ideador de los postulados disciplinarios; ni ver en su obra una finalidad exclusivamente disciplinaria.

* El autor realiza actualmente estudios de doctorado en la Universidad Autónoma de Barcelona, bajo la dirección del Prof. Juan Bustos Ramírez. Se ha desempeñado como profesor de Derecho Penal en la Universidad de la Sabana de Bogotá.

1 Así EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1935; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1964; BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Edit. Lerner, 1963.

2 NÓDIER AGUDELO, "Las grandes corrientes del Derecho Penal. Beccaria (primera parte)", en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 29, 1985.

3 Opinión quizá mayoritaria; véase, entre otros, a CATTANEO, "La pena di morte tra morale e politica nel pensiero dell'illuminismo", en *Rivista Sociologia del Diritto*, núm. 1, 1983; y a PIETRO SANCHIS, "La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio", en *Revista Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985.

4 GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, Bogotá, Edit. Temis, 1984; MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 6ª ed., México, Siglo XXI, 1981; PIETRO COSTA, *Il progetto giuridico*, Milano, 1974.

Se trata aquí de exponer cómo el fenómeno real descrito por FOUCAULT alcanza y está presente en el pensamiento de BECCARIA, dejándose entrever en su obra. Por tanto nos limitaremos a indicar los puntos en que, a nuestro parecer, se reflejarían estas "coincidencias".

II. *El planteamiento de Foucault*[5]

A. *El poder-saber*

Para FOUCAULT, el planteamiento iluminista no responde tanto a una reforma a partir de principios más humanos sino más económicos y políticos, que van a permitir una generalización del castigo y una mayor incidencia social con un menor desgaste económico y político[6].

Asevera que, en el Antiguo Régimen, al estar identificado el poder de castigar con el poder del soberano, el castigo se debía presentar en forma muy fuerte, desbordando cualquier límite; dándose así un sobrepoder, un exceso en la función punitiva que implicaba un desequilibrio, un gran desgaste económico-político.

Este desequilibrio del sobrepoder venía acentuado por otro desgaste económico-político; ubicado en el pueblo. Se había generado una serie de conductas ilegales, toleradas en la práctica y que permitían la acumulación de bienes (contrabando, acumulación de mercancías con fines especulativos, etc); ilegalismos estos que actúan en contra del sobrepoder existente[7].

En esta sociedad del siglo XVIII, donde el auge económico, ha permitido la acumulación de capital, presentada como un fin, no es útil mantener estos desgastes ocasionados por los desequilibrios referidos (sobrepoder-ilegalismos). Es preciso que el poder se ejerza de una manera más útil, y esta será aquella forma de poder que, con el menor costo posible, logre aumentar la eficiencia productiva del hombre a la vez que disminuir su fuerza política (maximización de fuerza económica con minimización de fuerza política). Será este un sistema punitivo útil, que permitirá la interrelación de las acumulaciones de capital y de hombres[8].

El sistema punitivo se basará, entonces, en la "economía política del cuerpo". Siendo el cuerpo útil solo en cuanto se convierte en productivo, trabajador y sometido[9].

Manifiesta que este sometimiento debe ser calculado, medido. Y este cálculo solo se puede obtener mediante el conocimiento del cuerpo, conocimiento que FOUCAULT denominara "la tecnología política del cuerpo"[10].

Ahora, para obtener este saber es preciso observarlo, vigilarlo; observación que se hará a través del ejercicio del poder mismo. No es por tanto el poder una propiedad de someter sino del saber; como mecanismo, el poder produce saber.

5 Se analiza principalmente su obra *Vigilar y castigar*.

6 Ob. cit., págs. 84 y ss.

7 FOUCAULT, ob. cit., págs. 87 y ss.

8 Ibídem, págs. 223 y 224.

9 Ibídem, págs. 32 y ss.

10 Ibídem, págs. 33 y ss.

Este saber, como tecnología política del cuerpo, permite medir y calcular el sometimiento de este; o sea, permite desarrollar una economía política del cuerpo que conducirá a la producción de cuerpos útiles, cuerpos productivos y sometidos.

Así, a nuestro parecer, el círculo se cierra; el poder, como mecanismo, produce saber, saber que a su vez implica el poder.

Pero esta tecnología política del cuerpo no se realizará sobre el cuerpo "físico", se desarrollará sobre el "alma" que es considerada como "la prisión del cuerpo"[11] será por tanto una tecnología política del alma (educación, sicología, siquiatría, etc.)[12].

B. *La disciplina*

Para lograr esta dominación del hombre, para poder obtener el dominio útil de esa multiplicidad humana, la disciplina, se revela como mecanismo apropiado.

La disciplina será, pues, para FOUCAULT, "...el método que permite el control minucioso del cuerpo..."[13]. Debe por tanto resolver los problemas de economía del poder; o sea, debe aumentar la fuerza productiva de las multitudes y disminuir sus fuerzas políticas[14].

Así, la sumisión no se buscará más en la fuerza física sobre el cuerpo; sino en una serie minúscula, detallada y permanente de estímulos sobre el alma, que constituirán la disciplina.

Plantea igualmente FOUCAULT la forma como esas disciplinas se van a introducir en el cuerpo social. A este respecto considera que, históricamente, el proceso por el cual la burguesía se impone como clase dominante, se ha explicado a través de la implantación, por esta, de un marco jurídico explícito, codificado y formalmente igualitario; pero que existe otra vertiente, no explicada, que es la generalización y desarrollo de la disciplina[15].

Que si de una manera formal la voluntad del pueblo, mediante el sistema representativo, constituye la soberanía, "...las disciplinas, dan, en la base, garantía de la sumisión de las fuerzas de los cuerpos"[16]. Eran, en la práctica, las disciplinas las que constituían el procedimiento técnico, universalmente difundido, de la coerción.

Son pues las disciplinas los mecanismos que van a permitir la unión, el aumento y el desarrollo del capital y de la población; incorporando al sistema económico naciente una masa de individuos que aportan su trabajo "libre". Presentadas estas disciplinas bajo el aspecto formal de la libertad individual.

[11] Ibídem, pág. 36. Es preciso tener en cuenta, además, que en la época se realiza toda una confrontación teórica sobre la naturaleza del cuerpo, en cuanto a sus componentes cuerpo y alma; debate que va desde el reduccionismo de HOBBES, para quien el hombre estaba en su "todo" integrado por lo corpóreo y por ello sus impulsos no podían ser disciplinados, hasta posiciones contrarias como las de HUTCHESON para el que lo corpóreo es lo execrable, lo externo, y solo el alma es lo realmente humano, siendo por tanto los impulsos dominables. Para mayor detalle véase a P. COSTA, ob. cit.

[12] FOUCAULT, ob. cit., pág. 37.

[13] Ibídem, pág. 141.

[14] Ibídem, págs. 142 y ss.

[15] Ibídem, pág. 224.

[16] Ibídem, pág. 225.

Así, en su aspecto formal, el planteamiento reformista pregonaba la igualdad y los derechos; pero en el fondo la disciplina actuaba como contraderecho, jerarquizaba, repartía, examinaba, graduaba, a través del juicio de "normalidad", a unos individuos respecto de los otros y en su extremo descalificaba e invalidaba[17].

Cabe advertir que FOUCAULT no desconoce la existencia de las disciplinas con anterioridad al siglo XVIII; afirma que estas existían de forma independiente y aislada en ciertas instituciones (colegios, conventos, ejército) y que además su función, en esa época, era negativa se trataba de una ..., de ..."disciplina bloqueo", evitar el mal. En cambio, a partir de los siglos XVII y XVIII se generaliza esta, todas las instituciones nuevas son disciplinarias y las viejas se disciplinan; se expande a través de todo el cuerpo social, es "la formación de lo que podría llamarse en líneas generales la sociedad disciplinaria"[18]. Igualmente, se cambia su función negativa por una positiva "disciplina mecanismo", con la que se hace aumentar la utilidad del individuo; pasando a ser las disciplinas "...cada vez más como técnicas que fabrican individuos útiles"[19].

Por esto afirmará FOUCAULT: "Las luces que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas"[20].

III. *El pensamiento de Beccaria*

A. *El poder-saber*

Consideramos que la relación que FOUCAULT hace de estos conceptos se ve reflejada de algún modo en la obra de BECCARIA.

Sin embargo, no creemos que este pensamiento aparezca en BECCARIA como maquiavélicamente perseguido y tomado[21], sino que puede encontrar su explicación acudiendo a las fuentes de dicho autor y analizando el contexto histórico real que lo acompaña.

Inicialmente, en cuanto a las fuentes del criminalista-filósofo italiano, es preciso referirse a la corriente filosófica, originaria del siglo XVI, cuyo principal exponente es BACON; filosofía esta que establece una relación entre los conceptos de saber y poder.

Es importante tener en cuenta que BECCARIA era conocedor de la obra de FRANCIS BACON, ya que sus primeros trabajos los realiza sobre dicho autor[22].

Para una mayor claridad, expondremos brevemente el pensamiento de BACON, para luego plantear las posibles similitudes con BECCARIA.

[17] FOUCAULT, ob. cit., págs. 225 y 226.

[18] Ibídem, pág. 212.

[19] Ibídem, pág. 214.

[20] Ibídem, pág. 225.

[21] En lo que nos distanciamos un tanto de la apreciación de PAVARINI. Véase "Concentración y difusión de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia del control social en Italia", en *Revista Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7.

[22] Véase el estudio preliminar realizado por Francisco Laplaza que aparece en la obra de BECCARIA, en la edición de Buenos Aires, 1955, págs. 55 y ss.

1. *Bacon*. Para comprender el pensamiento de este autor es preciso situarlo en su medio histórico, el siglo XVI, en el que surge una serie de grandes descubrimientos e inventos.

En esta época del Renacimiento, pretende BACON cambiar el sentido tradicional del saber, considerado como un fin en sí mismo y estudiado, entonces, solo por aquellos que "libremente" y por "amor" quisieran dedicarse a ello; cambiarlo, decimos, por un medio de dominio de la naturaleza. "El saber se pondrá, por tanto, al servicio de la utilidad técnica"[23].

El hombre, que es el ente privilegiado de la naturaleza y que tiene a su servicio todas las demás cosas para su utilidad, necesita dominar a estas, necesita dominar la naturaleza, y para ello es preciso conocerla[24].

De esta forma el conocimiento de la naturaleza me permitirá su dominio, "el saber es poder"; poder que busca un fin útil, "en cuanto embellece la existencia a través de la conquista de la posesión y poder"[25].

En BACON, el conocimiento humano sobre la naturaleza se orienta a obtener su dominación; existe una consciente decisión de controlar la naturaleza, transformarla en beneficio del hombre; un consciente reconocimiento de que el camino adecuado para lograr ese dominio es el conocimiento realista de la naturaleza misma. No enfrentarse abiertamente con ella, sino seguirla, obedecerla; conocerla y dominarla[26].

Para ello, BACON propone como método científico adecuado el inductivo; basado esencialmente en la observación empírica, en la clasificación minuciosa de los datos, conforme a unas "tablas" comparativas, en las que se realiza una "enumeración exhaustiva de los casos positivos en la producción del fenómeno"[27]; se realizan comparaciones, etc.

2. *Bacon y Beccaria*. Creemos que existe una relación entre la obra de BECCARIA y la de BACON; relación que nos limitamos a señalar en sus aspectos principales[28].

Para BECCARIA la premisa de BACON "el saber es poder"[29] no es extraña. Si queremos evitar los delitos —dirá BECCARIA—, si queremos dominar los impulsos que llevan a la delincuencia, debemos hacer que a las libertades las acompañe el saber, "las Luces"[30].

[23] JOHANNES HIRSCHBERGER, *Historia de la filosofía*, t. I, 8ª ed., Barcelona, Ed. Herder, 1976, pág. 496.

[24] JUAN CARLOS GARCÍA BORRÓN, *Filosofía y ciencia*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Teide, 1973, pág. 140.

[25] HIRSCHBERGER, ob. cit., pág. 496.

[26] GARCÍA BORRÓN, ob. cit., pág. 135.

[27] GARCÍA BORRÓN, ob. cit., pág. 137.

[28] Para un estudio más a fondo del asunto, véase a AMATO AMATI, "Di un manoscrito finora ignorato di Cesare Beccaria. Comunicazione del socio corrispondente prof. Amato Amati, letta nell'adunanza del 7 febbraio 1867", en *Rendiconto del Instituto Lombardo di Scienze e Lettere*; y su otra obra *Vita ed Opere di Cesare Beccaria*, en el vol. "Cesare Beccaria e l'abolizione della pena di morte", Milano, 1872.

[29] GARCÍA BORRÓN, ob. cit., pág. 135 y HIRSCHBERGER, ob. cit., pág. 496.

[30] BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., Madrid, Ed. Alianza, 1982, pág. 106.

El bien, lo útil, lo necesario, lo justo, solo se puede obtener mediante el saber; la ignorancia está en relación con el mal.

Solo quien sepa, por medio de premios y castigos, estimular a los hombres, puede llevarlos al punto de máxima felicidad; el castigo justo será aquel apenas necesario para contener el impulso delictivo; solo quien conoce esa medida puede realizarlo[31].

Así, para el autor italiano, aunque el objeto sea diferente, como veremos, el saber es poder; el saber está al servicio del poder, tal como lo planteara el canciller inglés.

Igualmente, el método científico planteado por BACON será recogido, a nuestro parecer, por BECCARIA. La observación, la vigilancia, la comparación, etc., serán los medios adecuados para obtener el conocimiento que permitirá frenar los delitos. Incluso cita BECCARIA los progresos y métodos de este saber científico[32].

También BECCARIA desearía tener una escala universal de penas y delitos, similar a las "tablas" comparativas de BACON; escala que mediante la comparación y la reflexión indicará los grados de tiranía y libertad[33].

No resulta extraña la aceptación de los postulados de BACON, por parte de BECCARIA si tenemos en cuenta que, para dicha época, el éxito de ese método científico se refleja en el gran auge de las ciencias naturales y se convierte en el único sistema científico digno de considerarse[34].

De ahí la conciencia que surge en el siglo XVIII sobre el papel que desempeñaba la educación y la necesidad de tener su dominio[35].

3. *Beccaria y Foucault*. Una vez establecido el "vínculo" entre el pensamiento de BECCARIA y el de BACON, analicemos ahora su posible similitud con el pensamiento de FOUCAULT.

Como se planteó anteriormente, el problema en esta época no es ya el dominio de la naturaleza sino el dominio del hombre, y, en concreto, para BECCARIA se trata de dirigir correctamente, a través de la verdad, el libre ejercicio del poder[36]. Se busca la "utilidad del mayor número"[37].

Los hombres se unen cediendo parte de sus libertades para disfrutar tranquilamente del resto. Pero es preciso evitar que ellos usurpen el depósito común; es necesario dominar los impulsos de los hombres que tienden a ello[38].

[31] BECCARIA, ob. cit., págs. 35 y ss.

[32] "Los progresos en las ciencias, facilitando las comparaciones de los objetos y multiplicando las miras..." (ob. cit., pág. 106).

[33] "Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala comparativa en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura (...), y en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos..." (ob. cit., pág. 36).

[34] Sobre la importancia de este método científico, véase a MASSIMO PAVARINI, *Control y dominación*, México, Ed. Siglo XXI, 1983, págs. 43 y 44; y a HIRSCHBERGER, ob. cit., pág. 497.

[35] Al respecto puede verse, entre otros a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Criminología y evolución de las ideas sociales; en *El Pensamiento Criminológico*, I, ROBERTO BERGALLI, JUAN BUSTOS RAMÍREZ y TERESA MIRALLES, Barcelona, Ed. Península, 1983, pág. 29; a PAVARINI, *Control...*, pág. 31; y a COSTA, ob. cit., págs. 339 y ss.

[36] Ob. cit., pág. 26.

[37] Ibídem, pág. 29.

[38] Ibídem, pág. 27.

Pero el empleo del poder punitivo solo será justo, y por ende útil, en la medida en que sea necesario[39]; solo el suficiente para contener dichos impulsos[40]. No es por tanto útil ni justa la pena que exceda el límite de la necesidad; no debe existir desgaste alguno; el cálculo en la aritmética política no se hará más sobre probabilidades, sino sobre exactitud matemática[41].

El sistema punitivo deberá ser basado en un cálculo minucioso de estímulos sensibles; no habrá derroche de fuerzas, solo se usará la necesaria, que será la justa en cuanto sea útil.

Las pasiones humanas deben por tanto ser frenadas mediante "estorbos políticos" matemáticamente medidos, calculados; siendo el legislador el "hábil arquitecto"[42] que debe controlar las fuerzas existentes.

Este cálculo detallado, este control de fuerzas solo lo podrá realizar quien, conociendo la verdad en sí, pueda conducir a los hombres a través de los premios y castigos necesarios (útiles), a la mayor felicidad o menor infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida"[43].

Solo el filósofo, que goza de dicho conocimiento, puede efectuar esta conducción (dominación) hacia la felicidad de la nación[44].

En definitiva, similar al planteamiento de FOUCAULT, esta tecnología política del cuerpo, este saber al servicio del poder no recaerá sobre el cuerpo, sino sobre el alma, sobre el "ánimo" del individuo; sobre la zona racional del hombre.

Ello es debido a que no son útiles las penas dolorosas sobre el cuerpo, lo son más las durables aunque débiles y permanentes sobre los ánimos[45].

Se trata de insertar ideas morales mediante procesos lentos y permanentes[46].

B. *Beccaria y la disciplina*

Para lograr pues el dominio de las pasiones del hombre, es preciso un estímulo permanente, detallado, lo menos perceptible (doloroso) posible y lento; que logre fijar las ideas morales; que logre dominar los impulsos del hombre que le llevan a delinquir, obteniendo así una dominación económica, en cuanto sea necesaria; justa, en cuanto útil y útil en cuanto proporciona "la felicidad mayor dividida en el mayor número"[47].

BECCARIA, además de plantear a lo largo de la obra la inclusión de estos "estímulos sensibles", incluye como medio adecuado para la prevención del delito la observación y la vigilancia, base fundamental del saber[48].

[39] Ibídem, pág. 28.
[40] Ibídem, pág. 27.
[41] Ibídem, pág. 35.
[42] Ibídem, pág. 35.
[43] Ibídem, pág. 105.
[44] Ibídem, pág. 109.
[45] Ibídem, pág. 46.
[46] "...como por su enseñanza el hombre habla y camina, y provee a sus necesidades, así las ideas morales no se imprimen en la imaginación sin durables y repetidas percusiones". BECCARIA, ob. cit., pág. 75.
[47] BECCARIA, ob. cit., pág. 26.
[48] Ibídem, págs. 44 y 96.

Por consiguiente, las disciplinas que constituyen un fenómeno real en la práctica del siglo XVIII sí pueden verse reflejadas, incluso pudieran deducirse precisamente de un determinado planteamiento teórico.

Cabe resaltar que los planteamientos ilustrados se dan en personas que de alguna manera han pasado por el proceso disciplinario (escuela, ejército, etc.) y que por ello, quizá, hayan ya interiorizado estos procesos.

IV. *Conclusiones*

En primer lugar, podemos considerar que en la obra de BECCARIA se presenta un fundamento económico político. Propone el autor reformar el sistema punitivo sobre la base de la necesidad de la pena; lo que implica una disminución en el rigor de la pena.

La cantidad de la pena estará dada por la exactitud matemática; no hay que derrochar el poder, sino solo aplicarlo al punto exacto en que es suficiente para contener los delitos; o sea, solo el necesario. Esta será la única pena justa y es justa en cuanto es útil.

Sin embargo, para BECCARIA lo útil no es el poder; lo útil es lo que proporciona la mayor felicidad al mayor número. El poder por tanto no será tenido como fin. Ya no interesa el poder por el poder. Ya el ejercicio del poder no se identificará con el soberano. Ahora la soberanía está en la nación; desaparece su identificación individual. El poder, por tanto, solo será un mecanismo del saber; el poder y su ejercicio permitirán el desarrollo de la tecnología política del cuerpo. El poder dará saber.

Ahora bien, para lograr esta economía política del cuerpo, BECCARIA tomará el único método que en la época es considerado "científico": el método indicado por BACON; donde solo a través del saber, solo en la medida en que se conoce, se puede realizar un cálculo punitivo adecuado para obtener, correctamente, la pena necesaria, justa. Será pues necesario conocer al hombre, conocer la verdad; será necesario que las "Luces" acompañen la reforma. Es preciso, pues, una "tecnología política del cuerpo".

Planteará pues BECCARIA una economía política del cuerpo, desarrollada mediante una tecnología política, que no recaerá sobre el cuerpo sino sobre los ánimos del individuo; será una "tecnología política del alma".

Por último, para BECCARIA la forma adecuada para dominar los impulsos delictivos sin necesidad de efectuar un gran despliegue de poder, sin necesidad de producir un gran dolor sobre el cuerpo, será aquel procedimiento lento, detallado, minucioso, lo menos doloroso (imperceptible) posible, que logre introducir las ideas morales adecuadas. Será, pues, un procedimiento disciplinario.

Para BECCARIA, el hombre se mueve entre dos límites: libertad y disciplina. El sujeto que se autocontrole y no ataque el depósito común, será "totalmente libre"; pero al ir perdiendo ese autocontrol, irá perdiendo libertad y pasará a ser controlado por otros; hasta llegar al otro límite en el que se pierde la libertad y se es "totalmente" controlado, disciplinado: mediante "la cárcel".

Dada la gran influencia que BECCARIA y, en general, el pensamiento ilustrado, ejercieron sobre el fenómeno codificador y sobre el desarrollo del derecho penal moderno, es preciso plantearnos si los principios y demás postulados allí recogidos responden solo a un espíritu humanitario o si, por el contrario, incorporan otros aspectos como el disciplinario; que al no estar explicitados, no son fácilmente identificables.

Del mismo modo que solo en el siglo XIX se descubrió lo que era la explotación del hombre, quizá aún hoy, en pleno siglo XX, estén aún por descubrir los mecanismos a través de los cuales es ejercida la disciplina y, por ende, la dominación.

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL LIBRO DEL PROFESOR EMIRO SANDOVAL HUERTAS "SISTEMA PENAL Y CRIMINOLOGÍA CRÍTICA"*

Dr. PASTOR ACEVEDO H.**

"Pero lo que sí es cierto es que esta desazón nuestra es la de toda una época de la que no queremos separarnos. Queremos pensar y vivir en nuestra historia. Creemos que la verdad de este siglo no puede alcanzarse más que llegando hasta el final de su propio drama"[1].

Consumada la obra rusa en Polonia, a mediados del siglo XVIII, en otros tiempos, "en las edades de bárbaras naciones", el general presentó el informe de su acción: "El orden reina en Varsovia" y Polonia entera quedaba destruída y arrasada. La prensa tituló: "Anatomía de una masacre", "cruento asalto al Palacio de Justicia", los pie de foto dieron testimonio de la veracidad de las imágenes y corroboraron la magnitud del acontecimiento: "Tanques militares en la plazoleta del Palacio de Justicia", "Los tanques militares rodean el Capitolio", "El Palacio de Justicia en llamas", "La quema nocturna del Palacio de Justicia", "En los alrededores del Palacio, los gamines juegan a hacer la guerra", "20 horas de terror registrados en el episodio más trágico de la historia del país culminaron con el incendio del Palacio de Justicia y la muerte de 11 magistrados, 14 militares, 35 guerrilleros y 46 civiles entre otros".

Días después, el nuevo presidente de la Corte Suprema de Justicia diría: "No entiendo lo que se ha dicho acerca de que la fuerza pública intentó defender las instituciones, porque los jueces que se inmolaron personifican la institución de la Justicia. Hay un contrasentido, porque no se puede defender la Institución sacrificando a quienes la personifican... El Palacio de Justicia fue el escenario de una revolución parcialmente exitosa en Colombia... Lo digo porque para mí el hecho de que por la violencia desatada haya podido prácticamente desaparecer una Corte Suprema de Justicia, constituye el equivalente a una revolución". En el escenario en el que se vivió este drama, en esas 28 largas horas para quienes las vivimos

* La publicación de esta crítica que formula el Dr. PASTOR ACEVEDO a nuestro homenajeado, el Dr. SANDOVAL HUERTAS, persigue saldar con él la promesa que adquirimos días antes de su muerte, de fomentar el debate en torno a su obra. Lamentablemente no contamos ahora con su presencia y por ende con la réplica. En manos de nuestros lectores queda seguir adelante con el debate que hoy se abre. (Nota del Coordinador).

** Profesor de Criminología en la Fac. de Derecho de la Universidad de Antioquia.

[1] ALBERT CAMUS, en "El pesimismo y el valor", editorial para el periódico "Combat", en septiembre de 1945.

en la más absoluta incertidumbre de su final, en ese segundo de la historia, murió el profesor EMIRO SANDOVAL HUERTAS, joven abogado perteneciente a una generación que intenta aprehender el derecho en su elaboración teórica, positiva y en su ejercicio inscrito en una condiciones históricas atravesadas por los acontecimientos económicos y políticos.

En el mismo año de su muerte, pocos meses antes, la Editorial Temis de Bogotá había publicado del profesor Sandoval Huertas su libro *Sistema penal y criminología crítica*, subtítulado "El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica". Dicho libro es, según su misma presentación, una "versión revisada y ampliada de la ponencia presentada al I Seminario de Criminología Crítica celebrado en la Universidad de Medellín en agosto de 1984; ambos trabajos fueron realizados mientras el autor hace uso de una beca para investigación concedida por la Fundación Alexander von Humboldt. Saarbrücken, 1984".

El homenaje póstumo que la revista *Nuevo Foro Penal* le rinde al autor de este libro, entiendo que solo tendrá una verdadera significación si su obra se proyecta al punto donde su vida no alcanzó a llegar, es decir, a las posibilidades de un trabajo que abra nuevas perspectivas para una cabal comprensión y aprehensión del derecho. En los comentarios que hice a la ponencia que presentó el profesor ROBERTO BERGALLI en el seminario de Criminología Crítica organizado por la Universidad de Medellín en 1984[2] intenté una manera de ver las proposiciones formuladas por la criminología crítica y los distanciamientos que la ponencia del profesor Bergalli iniciaba con la forma de abordar los problemas la criminología crítica; en este mismo orden de ideas he leído el libro del profesor SANDOVAL HUERTAS y me referiré a él.

El profesor EMIRO SANDOVAL HUERTAS estaba feliz, acababa de descubrir el marxismo, de descorrer el velo que ocultaba los intereses de clase a los que sirven el Derecho Penal y la Criminología, y de encontrar que la democracia es el alivio a todos los desequilibrios que por el reparto desigual de la riqueza padecen los países Latinoamericanos. Leyendo este libro con la atención que un discurso ya oído, conocido y repetido exige no he podido apartar de mí el recuerdo de una frase de JEAN PAUL SARTRE, escrita en el prólogo del libro *Adén, Arabia*, de PAUL NIZAN. "... pensabamos que el mundo era nuevo porque nosotros eramos nuevos en el mundo"[3]. Formados en una metodología dogmática, los abogados, indiferentes a los análisis históricos, económicos y políticos que en otras disciplinas se elaboran con rigurosa seriedad sobre la Sociedad, el Estado y el Derecho, a partir de los criminológos críticos creemos estar descubriendo el mundo como los adolescentes de Sartre; y cuando ya estas otras disciplinas en sus cada vez más profundos análisis abandonan las generalizaciones y el tratamiento esquemático y mecanicista de su conceptos, la criminología crítica retoma estas generalizaciones y este mecanicismo y se convierte en un club de amigos en el que solamente el mutuo

[2] PASTOR ALBERTO ACEVEDO, "Reflexiones sobre una ponencia del profesor Roberto Bergalli", en revista *Nuevo Foro Penal*, número 29, 1985.

[3] PAUL NIZAN, *Adén, Arabia*, prólogo de JEAN PAUL SARTRE, Argentina, Ediciones de La Flor, 1967.

reconocimiento se instaura como única fuente bibliográfica para todos los tratamientos teóricos. Es caer en lugares comunes ya desde hace tiempos superados no tener en cuenta, cuando se trata del Estado y del derecho, los trabajos de PAUL SWEEZY, ANTONIO GRAMSCI o NICOS POULANTZAS, entre otros, quienes con sobrada solvencia teórica han abierto todo un campo de rigurosas investigaciones en los problemas que pretende tratar el profesor SANDOVAL HUERTAS.

Una proposición absoluta, contundente, que se encuentra en la primera página del libro muestra desde ese momento toda su cadencia, todo su ritmo posterior: "...la Criminología, antes que en las improcedentes especulaciones sobre el «origen» de la criminalidad o desviación en cuanto supuesta «calidad» de ciertas conductas, ha de concentrarse más bien en el análisis de los procesos de criminalización..." (pág. 11). En las respuestas que JACQUES LACAN diera a unos estudiantes de filosofía en 1966, él afirmaba que una ciencia está definida por su objeto, y con ello se inscribía dentro de un planteamiento totalmente diferente del propuesto por el positivismo para la elaboración científica de un saber[4]. Cuando el profesor SANDOVAL HUERTAS se adhiere a la idea del "cambio de paradigma", como toda la criminología crítica, no hace más que adentrarse en un problema diferente dejando el de la criminología de lado[5].

Los análisis políticos y económicos pueden darnos cuenta del devenir histórico de una sociedad, de las tensiones y los conflictos que se suscitan al interior de ella, de la manera como estos conflictos y tensiones hallan expresión política en un sistema político, pero *nunca* podrán dar una explicación de por qué en particularizadas estructuras síquicas la actividad delincuencial sea precisamente su síntoma. Lo que el profesor SANDOVAL HUERTAS propone como una superación del "paradigma etiológico" o "causal explicativo" de la criminalidad, característico de la criminología positivista es, precisamente, la ocultación, es velar la singularización, la particularización de las expresiones delictuales detrás del discurso político, es una propuesta mecanicista en la que la singularidad, la historia del sujeto se pierde. Sostener esta posición, así sea soportada en un discurso político de izquierda, sin apróximaciones teóricas rigurosas, no precisamente positivistas, es lo que ha permitido que aun en países donde han triunfado los movimientos revolucionarios se siga acudiendo a tratamientos médicos, siquiátricos, avalados por el empirismo para el tratamiento de la delincuencia; también ha permitido el surgimiento de una institución que nada tiene que envidiarle a la peor de nuestras prisiones: el *gulag*[6].

Si se dirigen "...los esfuerzos de identificar y analizar, al margen de las definiciones legales, las conductas socialmente dañinas y negativas..."[7], se trata es de la utilización que se hace de la criminalidad la que se constituye en una forma

[4] JACQUES LACAN, *El objeto del psicoanálisis*, Editorial Cuadernos Anagrama, 1966.

[5] Para una comprensión mucho más amplia de este problema y de sus consiguientes implicaciones teóricas, remito nuevamente a la ponencia del profesor Bergalli presentada en Medellín el año pasado.

[6] MICHEL FOUCAULT, "Poderes y estrategias", en *Sexo, poder y verdad*, Barcelona, Editorial Materiales, 1978.

[7] ALESSANDRO BARATTA, "Enfoque...", en Universidad de Medellín, citado por el Profesor Sandoval Huertas, pág. 4.

de control social, pero, para esas conductas "socialmente dañinas o negativas..." se hace necesario un tratamiento especial que no vacilo en llamar un tratamiento particularizado, y es donde precisamente se constituye el objeto de la criminología. Mas acertadamente para el trabajo del profesor SANDOVAL HUERTAS en particular, como para la criminología crítica en general, pienso que sería importante decir, no que dentro de los criterios de análisis que propone el libro existe una criminología crítica que necesariamente implica una disolución de su objeto, del objeto propio de la criminología, sino una *crítica política a la criminología*, o más concretamente a algunas de sus escuelas, y con ello continuar una denuncia del positivismo y del sistema penal, además de muchas prácticas criminológicas y de los demás saberes que soportan la criminología como disciplina instrumental que conduce hacia la práctica del derecho penal otros saberes (siquiatría, psicología, genética, etc.).

"¿Quién crea las normas penales?", y el profesor SANDOVAL HUERTAS continúa en su descubrimiento del agua tibia. Desde MARX, pasando por LENIN, hasta los teóricos de hoy, los análisis del proceso de creación de normas de derecho por el Estado han sido profundamente realizados, develados y denunciados; sabemos por los libros más elementales de marxismo (pienso en MARTHA HARNECKER, *El Estado y la revolución* de LENIN, "*La función revolucionaria del derecho y del Estado*, de P. I. STUCKA), que en una sociedad de clases el derecho y su ejercicio es de clase. Pero la alternativa no surge en la aplicación mecánica de esquemas, la democracia es evidentemente una garantía de clase. ¿Dónde existe la democracia? ¿En Europa? Hoy el problema trasciende a las clases y se patentiza y politiza en los grupos marginales. Garantizando una participación democrática no se asegura nada para la criminología; se desconoce, por ejemplo, el poder capilar. ¿Qué importa garantizar la participación democrática si la enajenación dentro de esa democracia es total, lograda a través de todo el aparato de la publicidad y de la vida cotidiana mitologizada? Las conductas socialmente dañinas, delictuales, deben tener una explicación criminológica y es ahí, en las diferentes variantes de esa explicación, donde es necesario replantear los saberes que soportan la criminología.

Todo el análisis que propone la obra del profesor SANDOVAL HUERTAS está afectado de una pobreza bibliográfica en los diferentes problemas que plantea, que uno no puede más que quedarse completamente desconcertado; afirmar, por ejemplo, que "...la separación de poderes predicada por el liberalismo clásico entre ramas del poder público, está siendo dejada atrás...", muestra su desconocimiento sobre "El mito de la separación de poderes"[8] que de manera tan interesante tratara ya ALTHUSSER en los años 60; los estudios sobre la violencia en Colombia, para explicar las "condiciones histórico-materiales" son hoy bastante elaborados, con seriedad y rigor histórico, y sin embargo el profesor SANDOVAL HUERTAS solo encuentra los trabajos escritos en los años 60, es decir, hay una absoluta pobreza bibliográfica en el uso que se hizo de esta beca para investigación concedida por la Fundación Alexander von Humboldt, cuyo resultado en ningún momento podría

[8] LUIS ALTHUSSER, "Montesquieu, la historia y la política", *Cuadernos de teoría y práctica*, 1971.

llamarse investigación cuando no agrega ninguna nueva información para el problema que pretendió tratar.

Pero, donde creo encontrar una más grave inconsistencia de análisis, y si se es riguroso una falta de consecuencia política, es en el literal B "Criterios y mecanismos selectivos", númeral 4, cuando trata de la imputabilidad; pretender un análisis cuestionador histórico-político del positivismo y no proponer lo mismo para la Dogmática Jurídica, es una inconsistencia teórica y una inconsecuencia política; identificarse con el profesor MUÑOZ CONDE en su admiración por el derecho penal de culpabilidad es, pura y simplemente, participar de la propuesta dogmática que asume los conceptos del derecho penal únicamente como conceptos jurídicos y no como conceptos históricos[9]; el juicio político a la dogmática, su análisis histórico, es de una inminencia inaplazable; pero para el autor de esta cartilla de elemental marxismo para principiantes estudiantes de derecho, no existe como problema. Y ello nos permite constatar una vez más, y a partir de una problema fundamental, que no hay claridad alguna en los análisis y que sólo se trata de ligeras denuncias políticas; y aunque posteriormente (pág. 84) se reclama un análisis diferente del jurídico-formal de las normas penales, este análisis es el que precisamente predomina en su ausencia en todo el libro, ausencia explicable cuando la mayor preocupación es la de no disminuir el carácter científico del derecho (pág. 113), sin pensar siquiera plantearse como problema el criterio de "cientificidad".

Es claro que la insuficiencia bibliográfica acarrea un retraso teórico, pues no de otra manera pueden explicarse aceptaciones como "...el hombre siempre actúa conforme a una determinada racionalidad... El hombre es siempre capaz de racionalizar, de comprensión y de actuar de acuerdo a ella (pág. 42)", afirmaciones que reniegan de lo avanzado en otras disciplinas sobre el determinismo síquico, que reniegan de un supuesto importante de trabajo actual como lo es "la quiebra del sujeto cartesiano"[10]. Utilizar en este contexto proposiciones de SZASZ, BASAGLIA u otros antisiquiatras constituye un indignante contrasentido porque precisamente este movimiento fue un radical abanderado del replanteamiento de ese sujeto racional de DESCARTES. Pero esto nos explica por qué, entonces, la discusión subsiguiente "Principio de Culpabilidad" solo se hace en términos de personas jurídicas y/o naturales.

Pero el autor sigue descubriendo. Son fascinantes y plenas de interés para un abogado las observaciones de FOUCAULT sobre el origen de la policía y en general de los cuerpos represivos del Estado, escritos desde hace 10 o más años que también son ignorados por el profesor SANDOVAL HUERTAS, quien nos propone, como una novedosa conclusión, que el origen de la policía es algo que corresponde a su estructura y funcionamiento, procediendo de igual manera cuando habla de la "Intervención judicial", tema ya tratado por POULANTZAS en *La movilidad social del capitalismo*.

[9] BERGALLI y otros, *El pensamiento criminológico*, t. I, en el Prefacio, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

[10] FAURE y EDMOND ORTIQUES, "Enfoque de la locura", en *Psicosis infantil*, Ediciones Nueva Visión, 1971.

Para este momento pienso que el tema sobre el libro del profesor SANDOVAL HUERTAS está agotado, que no es ninguna investigación y que solo podría servir como texto guía en un curso introductorio para aspirantes a abogados. Sin embargo no sobra referirse al problema de las relaciones entre Derecho Penal y Criminología en la forma como es tratado[11]. No se puede pensar, sino dentro de ese mecanicismo ingenuo, que fue la naciente fase imperialista del capitalismo la que permitió la introducción de la concepción positivista en el ámbito penal criminológico en Europa, aquí se toca el límite de la vulgarización, se desconocen por completo los problemas de la constitución de una ciencia, sus viscisitudes epistemológicas y todo el movimiento que en el siglo pasado se ocupa de acceder al rigor de las ciencias en los diferentes saberes, ya en el campo de la física o del hombre.

Termino aquí, repitiendo que el mayor homenaje que podemos hacerle a un hombre después de su muerte es tratar de llegar al punto que él intentó y que la vida no le permitió.

[11] Un trabajo de gran seriedad sobre esta relación es el del profesor ENRIQUE BACIGALUPO, "Sobre la Dogmática penal y la Criminología", en la revista *Nuevo Foro Penal*, número 12, 1982.

NOTAS

NOTAS

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE NOMOS IMPRESORES EL DÍA 27 DE OCTUBRE DE 1986.

LABORE ET CONSTANTIA