

# NUEVO FORO PENAL

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA  
NODIER AGUDELO BETANCUR  
Directores

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Coordinador

## EDITORIAL

El Estatuto Nacional de Estupefacientes  
¡Una política criminal inconveniente!  
**Hernando León Londoño B.**

# 33

## DERECHO PENAL

Consideraciones sobre el fundamento de las medidas  
de seguridad en el derecho penal colombiano.  
**Juan Oberto Sotomayor Acosta.**

## CRIMINOLOGÍA

El objeto de la criminología para  
América Latina y para Colombia  
**Jesús Antonio Muñoz**

## FORO HISTÓRICO

Nulidad por juzgamiento de inimputables  
con intervención de jurado de conciencia  
**Alirio Sanguino Madariaga.**

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inexequibilidad  
de los arts. 15, 4 incs., 2 y 3, y 14, nums. 1, 2 y 3,  
del decreto 1853 de 1985.  
**Jairo E. Duque Pérez.**

JUZGADO TERCERO SUPERIOR DE MEDELLÍN,  
Desconocimiento de la cosa juzgada cuando ha  
prescrito la acción penal.  
**Laureano Colmenares Camargo.**



CO/XIV  
F/Z

2345

JULIO ● AGOSTO ● SEPTIEMBRE

**Directores**

NÓDIER AGUDELO BETANCUR  
JUAN E. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

**Coordinador**

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

**Consejo de Dirección**

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ  
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.  
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO  
HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO  
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA  
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA  
MARIO SALAZAR MARÍN  
IVÁN GÓMEZ OSORIO  
HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.

**Auxiliares**

SANDRA CRISTINA MORA S. (U. de Medellín)  
JORGE ENRIQUE VALLEJO (U. de Medellín)  
GUILLERMO ARISMENDY D. (U. de Medellín)  
FRANCISCO VALBUENA C. (U. de Antioquia)  
LINA ADARVE CALLE (U. de Antioquia)

# 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.



Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

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

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

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

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

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

## ÍNDICE GENERAL

### EDITORIAL

- El Estatuto Nacional de Estupefacientes. ¡Una política criminal inconveniente!  
Hernando León Londoño B. .... 289

### DERECHO PENAL

- Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano. Juan Oberto Sotomayor Acosta ..... 297

### CRIMINOLOGÍA

- El objeto de la criminología para América Latina y para Colombia. Jesús Antonio Muñoz ..... 325

### FORO HISTÓRICO

- Nulidad por juzgamiento de inimputables con intervención de jurado de conciencia.  
Alirio Sanguino Madariaga ..... 341

### JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inexequibilidad de los arts. 15, 4 incs. 2 y 3, y 14, nums. 1, 2 y 3 del decreto 1853 de 1985. Ponente: doctor Jairo E. Duque Pérez.  
Comentario de Guillermo Eugenio Arismendy ..... 365
- JUZGADO TERCERO SUPERIOR DE MEDELLÍN. Desconocimiento de la cosa juzgada cuando ha prescrito la acción penal. Cesación de procedimiento. Laureano Colmenares Camargo.  
Comentario del doctor Hernando Londoño Jiménez ..... 374

### BIBLIOGRAFÍA

- YESID RAMÍREZ BASTIDAS: Los estupefacientes. Elda Patricia Correa Garcés ..... 399
- ERLEANS DE J. PEÑA OSSA: Estudio del peculado. Gloria Cecilia Niebles A. 400
- JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER: El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Fernando Velásquez V. .... 401

THE EDITOR

DEAR SIR

I have the pleasure to acknowledge the receipt of your letter of the 15th inst.

and in reply to inform you that

the same has been forwarded to the appropriate authorities for their consideration.

I am, Sir, very respectfully,

Yours faithfully,

J. H. B. [Signature]

Enclosed for you are the original and a copy of the report of the committee.

I am, Sir, very respectfully,

Yours faithfully,

J. H. B. [Signature]

I am, Sir, very respectfully,

Yours faithfully,

J. H. B. [Signature]

I am, Sir, very respectfully,

# EDITORIAL

## EL ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES ¡Una política criminal inconveniente!

La “droga”, como cualquier fenómeno social, se explica a partir de las condiciones concretas de una determinada sociedad, y por ello toda lucha dirigida a evitar su expansión —tanto en el orden de la producción como en el de la comercialización y el consumo— exige una confrontación racional que tome en cuenta la evaluación científica de su causalidad, es decir, los factores sociales, culturales, económicos y políticos que contribuyen a su difusión.

De acuerdo con esto y consultando la realidad de nuestro país, consideramos que solo es posible aceptar como política criminal para el problema de la droga, aquella cuyo norte sea la *justicia social*.

Por ello debemos cuestionar el Estatuto Nacional de Estupefacientes (ley 30 de 1986), que se aparta de este postulado, al hacerse tributario de una política que reclama la exclusividad y radicalización de los instrumentos represivos para confrontar la “droga” en todos sus aspectos.

Al contrario, por comulgar con el pensamiento de la justicia social en lo relativo al cultivo de la “droga”, avalamos las iniciativas surgidas de la comunidad misma, que apuntan a una solución real y eficaz del conflicto social subyacente, como es el caso de los pobladores del Bajo y del Medio Caguán y de Suncillas (Departamento del Caquetá), quienes para la erradicación de los cultivos de coca (y por ende, la conversión de una economía “ilegal” en economía “convencional”) han acudido a la producción de bienes agropecuarios la cual, a la vez que abastezca sus necesidades alimentarias y permita la comercialización, les proporcione ingresos monetarios para atender otras necesidades. Naturalmente, para que un programa de estos fructifique es imprescindible el concurso estatal, y así se ha requerido, con el fin de lograr la titulación de las tierras, asistencia técnica, crédito exento de usura, servicios públicos (educación, salud, agua potable, vías de comunicación, etc.) y desarrollo de formas asociativas para la comercialización de los productos<sup>1</sup>.

Respecto del comercio de la “droga”, el Estatuto Nacional de Estupefacientes (E.N.E.) también ha creído encontrar la solución, acudiendo con exclusividad a una legislación represiva. Un análisis macrosocial del fenómeno evidencia la completa ineficacia de esta política, que nada hace para evitar la vinculación de vastos sectores sociales, en creciente proceso de pauperización, al comercio de la droga.

<sup>1</sup> Cfr. JAIME JARAMILLO, LEONIDAS MORA y FERNANDO CUBIDES, *Colonización, coca y guerrilla*, Bogotá, Universidad Nacional, 1986.

Su triste condición social y su incapacidad económica los han colocado a merced de la manipulación y explotación de un grupo minoritario, directamente beneficiario del narcotráfico.

Es preocupante comprobar que con la acentuación de la represión a este nivel, los sectores débiles y marginados seguirán siendo, como hasta el presente, los “chivos expiatorios” del sistema penal colombiano. Oficialmente se reconoce que, aun con expedientes tan severos como el estado de sitio y la justicia penal militar, solo se llegó a la aprehensión de modestos subordinados dentro de la organización del tráfico de drogas (pequeños intermediarios, venteros callejeros y hasta “adictos”), quedando en la impunidad sus grandes directivos y financistas<sup>2</sup>.

La situación aquí denunciada tiene también vigencia en el campo internacional. La criminóloga venezolana ROSA DEL OLMO, en una investigación sobre “la detención de narcotraficantes extranjeros en la República de Cuba”, entre los años 1970 y 1984, encontró que de los colombianos detenidos y de los cuales fue posible obtener información, el 68% eran desempleados y la mayoría de los restantes con actividades muy mal remuneradas, ocupando en esa empresa criminal cargos menores con retribución mínima, comparada con los ingresos que percibían sus gestores u organizadores. Esta estratificación social de los transportistas de droga en el Caribe, permite a dicha investigadora afirmar que Colombia —al igual que otros países de América Latina—, contribuye a la gran industria transnacional de la droga con creciente “mano de obra barata”, siendo imposible calificarlos como “narcotraficantes”, por corresponder mejor esta denominación a los gestores del tráfico, radicados en su gran mayoría en los Estados Unidos.

Lo anterior desdibuja el planteamiento recurrente de los EE. UU. como *víctima* y Colombia como *victimario*, sobre todo si se tiene presente que a la crisis socioeconómica nuestra, factor causal de la pobreza generalizada, contribuyen con creces el costo social anexo a la deuda externa, la inequidad del comercio mundial dominado por transnacionales —muchas de ellas norteamericanas— y la expoliación en múltiples formas de la inversión extranjera directa, factores que dan configuración al subdesarrollo colombiano.

De lo expuesto puede concluirse que, también en este plano, la única política criminal democrática y eficaz es la que procura hacer realidad para la mayoría de nuestra población, el catálogo de derechos fundamentales contenido en la normatividad vigente (Título III de la Const. Nal. y leyes 74 de 1968 y 16 de 1972).

El adfesio mayor del E.N.E. se encuentra en la regulación de las contravenciones, principalmente en relación con la tenencia de droga en cantidad correspondiente a “dosis de uso personal” (art. 51, lits. A y B) para la cual, aunque no lesiona ningún bien jurídico, consagra pena privativa de libertad, circunstancia agravada con la adscripción de su conocimiento a las autoridades administrativas (art. 68). El principio de “intervención mínima”, garantía democrática, cortapisa al poder punitivo estatal, es desconocido aquí flagrantemente, fuera de que la privación

de libertad nunca podrá generar la “rehabilitación” del usuario o drogadicto, por ser nuestro sistema penitenciario estructuralmente incapaz de ello.

Como si esto fuera poco, para el usuario en “estado de drogadicción”, se ha prescrito un “internamiento forzoso” por el “término necesario para su recuperación” (art. 51, lit. C), en franca contradicción con un postulado esencial en cualquier terapia, como es el del sometimiento voluntario del adicto a la misma (pues sin su colaboración e iniciativa, esta no puede fructificar), violando normas rectoras de la legislación (C. P., arts. 1º y 3º y C. N., arts. 23 y 26), al imponer una sanción privativa de libertad por tiempo indefinido. A lo anterior agréguese que no existen los “establecimientos siquiátricos o similares” de carácter oficial, a los que pomposamente hace alusión la ley.

Respecto a la regulación que hace el E.N.E. sobre drogas como el alcohol y el tabaco, es necesario decir que la política oficial en esta materia, es absurda y contradictoria. Para el libre comercio de ellas solo se exige que las etiquetas que identifican el producto tengan leyendas alusivas a su nocividad para la salud (arts. 16, 17 y 18) y la reglamentación de su publicidad, acorde con una determinada intensidad y horario (art. 19).

El aporte del alcohol en el incremento de los delitos violentos, en los accidentes de tránsito y de trabajo, y en el deterioro de la salud pública, obliga como mínimo a que se prohíba todo tipo de publicidad que propenda a incentivar su consumo, tesis aplicable también al tabaco, habida cuenta de que es el principal causante —acompañado de las condiciones insalubres de trabajo— del medio millón de casos de enfisema pulmonar en el país.

Cuando comprendemos que detrás de estas drogas actúan manifiestos intereses económicos y políticos, nos explicamos por qué, no obstante afectar la salud pública y producir dependencia, el estímulo a su consumo está privilegiado al no quedar comprendido en la descripción típica del art. 35, que establece una sanción privativa de libertad para quien estimule o propague el uso de drogas que “produzcan dependencia”.

Además, es absurdo que empresas estatales como las licoreras, se embarquen en costosísimas campañas publicitarias en abierta pugna por la ampliación de sus mercados. Estos recursos dilapidados en publicidad bien podrían servir para financiar las políticas preventivas, de las que luego hablaremos, y la creación de centros para el tratamiento de los drogadictos, incluyendo los alcohólicos. Una política en este sentido no solo es de lógica elemental sino que, también y prioritariamente, consulta los intereses colectivos.

En cuanto a la *prevención*, el E.N.E. circunscribe su política a campañas contra la droga a través de los medios de comunicación, y a alguna información en los programas educativos sobre los riesgos de la farmacodependencia (cap. II, arts. 10 y 11). Nuestro reparo en este tópico al Estatuto es su completa omisión de políticas institucionales que den solución a los problemas causantes de la frustración e inconformidad, canalizadas infortunadamente hacia la droga para enfrentarlas; entre estos últimos podemos destacar: desempleo; falta de oportunidades educativas, culturales y recreativas; inseguridad social; importación de una falsa cultura de protesta, que avala el mundo “fascinante” de la droga, etc.

<sup>2</sup> Cfr. ENRIQUE PAREJO GONZÁLEZ —exministro de Justicia—: “Balance de la lucha contra el narcotráfico”. *El Espectador*, junio 1º de 1986, pág. 12A.

¡Una auténtica política preventiva debe pretender transformar esta ominosa realidad, si quiere ser eficaz!

Otro análisis obligado es la utilización del *glisofato* para la erradicación de plantaciones de marihuana y coca, debido a presiones del gobierno norteamericano. Inicialmente se prospectó, con autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes, la fumigación de una pequeña área con fines investigativos, pues se haría un monitoreo interdisciplinario con miras a establecer la incidencia del herbicida en el sistema ecológico y en la salud de los habitantes. No obstante estas restricciones, la fumigación fue aérea cubriendo miles de hectáreas y afectando cultivos alimentarios; los estudios de salubridad no pudieron llevarse a cabo, por carencia de recursos por parte de la entidad estatal (Instituto Nacional de Salud) responsable de los mismos.

A su turno, instituciones como el INDERENA han manifestado su oposición a la fumigación, mientras no se haga una evaluación científica de las consecuencias ecológicas, que podrían ser catastróficas por tratarse de zonas de reserva natural del país (Parque Tayrona y Sierra Nevada de Santa Marta); asimismo los indígenas (Aruacos) han denunciado varias muertes como consecuencia de las fumigaciones.

Mientras esto ocurre, el director de la Policía Nacional anuncia la continuación de dicha operación porque “no lo considera nocivo para la fauna ni la vida humana”<sup>3</sup>. Así las cosas, la normatividad que habla de criterios científicos para determinar los “medios más adecuados” que hayan de utilizarse en la destrucción de estos cultivos (art. 91, lit. G), termina por ser especulativa e ideológica.

Sin embargo, para nuestra tranquilidad, un comunicado de prensa de la Embajada norteamericana, “demuestra” que EE.UU. también usa en su territorio “glisofato”, ilustrando su tesis con la fumigación de “16 mil plantas de marihuana en un bosque nacional de Middoutti” y “40 mil plantas de marihuana en Nuevo México”, haciendo la salvedad de que por tratarse de cultivos pequeños, en su gran mayoría, no es “factible que sean rociados en forma aérea”.

Contrasta esta información con el hecho de que los EE.UU. son los mayores productores de marihuana en el mundo, y de la mejor calidad; los ejemplos citados nos llevan a sospechar, no sin razón, que se trata de casos aislados, no integrados a una política institucional, con el exclusivo fin de presionar su uso en Colombia, tal como ocurrió en el pasado con el “Paraquat”, cuando en forma aislada se acudió a la fumigación de una pequeña plantación en la Florida —con amplio despliegue publicitario—, para “demostrarle a Colombia que EE.UU. estaba dispuesto a aplicar el potente herbicida en sus cultivos de marihuana”<sup>4</sup>.

Lo antes expuesto es solo una muestra de cómo se manipula el fenómeno “droga” por parte de los Estados Unidos, hecho también verificable en varias situaciones, presentes ya en el ámbito latinoamericano, que dan testimonio de ello:

En *primer lugar*, el peligro de un incremento de las tensiones sociales que amenacen la estabilidad de regímenes adeptos a su política, es tomado en cuenta en su trato con los gobiernos del hemisferio para, según sea el caso, exigir o no

que se emprendan campañas de erradicación de cultivos y se impida el tráfico de drogas hacia ese país. Es significativo sobre este particular el pronunciamiento (Así SAM BILLBROUGH, supervisor de Investigaciones Criminales de la Administración de Control de Drogas en EE.UU.), previo a la Conferencia Interamericana sobre el narcotráfico, en el sentido de que “tenemos que andar con cuidado. El problema de las drogas es muy grave, pero el de la inestabilidad política y posible surgimiento de gobiernos comunistas, es mucho peor”<sup>5</sup>.

Esto nos permite entender la política discriminatoria en el caso de Jamaica (que ha pasado a convertirse en el segundo abastecedor de marihuana del mercado norteamericano y centro de distribución de cocaína proveniente de América del Sur), cuyos ingresos de divisas por exportaciones legales son inferiores a los que obtiene por el narcotráfico, sin los cuales una convulsión político-social sería indefectible y se pondría en peligro el gobierno constituido, puntal importante de la política norteamericana en el Caribe. Razones entonces no les faltan a JORGE CHILD y a MARIO ARANGO cuando afirman: “La política norteamericana externa frente a la droga, de tolerancia o ataque frontal, ha sido determinada por el mucho o poco interés que para los Estados Unidos tengan países productores o comercializadores de la droga, como puntos de trascendencia económica, geopolítica o militar”<sup>6</sup>.

En *segundo lugar*, hay también manipulación política en la acusación internacional de tráfico de drogas contra gobiernos no afectos a su política, como es el caso de Nicaragua, con lo cual se busca dar “legitimidad” a la financiación de grupos mercenarios y a su política lesiva del derecho de autodeterminación de los pueblos, que lo hicieron merecedor a una condena por la Corte Internacional de La Haya. En esta misma perspectiva se encuentra el manejo dado al tratado de extradición con Colombia, utilizado para presionar a algunos “extraditables” a que públicamente declaren la complicidad de gobiernos como el nicaragüense en el tráfico de drogas, haciéndose acreedores por su “delación” a determinados beneficios: cesación de los trámites de extradición, libertad caucionada, rebaja significativa de la pena, etc.

Y, en *tercer lugar*, en los análisis sobre la “droga”, se omite cualquier referencia al *narcotráfico legal* que corre de Norte a Sur, cuyo principal responsable es la industria farmacéutica transnacional, mayoritariamente norteamericana para el caso colombiano. Estamos hablando, concretamente, de la producción y comercio de psicofármacos, el más claro ejemplo de cómo la industria transnacional pretende consolidar sus intereses (mercado y rentabilidad) y no el bienestar de la comunidad usuaria de los medicamentos.

Esta afirmación tiene sustento en la forma como está concebida la publicidad para el gremio médico, que apunta en realidad a garantizar el incremento de las ventas, y no a la auténtica educación de los profesionales médicos, como ellos mismos pregonan, en virtud de la información parcializada que reciben, al no poner en su conocimiento la totalidad de los efectos secundarios de las drogas que habrán de recetar, las contraindicaciones, la toxicidad y el riesgo de farmacodependencia anexo a su consumo prolongado.

<sup>3</sup> Cfr. *El Colombiano*, septiembre 9 de 1986, pág. 6B.

<sup>4</sup> Cfr. ENRIQUE SANTOS CALDERÓN, “Paraquat: Remedios que matan”, *El Tiempo*, agosto 11 de 1983.

<sup>5</sup> *El Mundo*, abril 22 de 1986.

<sup>6</sup> Cfr. *Narcotráfico imperio de la cocaína*, Medellín, Edit. Percepción, 1984, pág. 226.

Los intereses de la industria transnacional han favorecido en nuestro medio el uso de psicofármacos con criterios comerciales e ideológicos, más que científicos: la publicidad patologiza la inconformidad, la frustración, el desánimo y la angustia de la vida cotidiana, y reivindica como solución única la droga.

La "enfermedad" se concibe como algo "mágico", sin relación con la vida e historia del paciente y de su contexto socio-cultural; al médico se le exige en forma perentoria que, una vez identificado el síntoma, prescriba indefectiblemente el uso de una droga sin ocuparse de averiguar la causa del trastorno del paciente, haciendo de la "terapia" algo ineficaz, que solo oculta el síntoma con el efecto narcótico del medicamento. La "cura" dentro de esta perspectiva ideológica de la medicina, es conseguible con el simple acto del consumo de un fármaco, que da "seguridad", "equilibrio" y "bienestar" al individuo<sup>7</sup>.

Esta manipulación de la formación y práctica médicas ha conseguido que en Colombia el consumo de psicotrópicos alcance dimensiones de epidemia, sin que nadie haya dado una voz de alerta, por tener centrada nuestra atención en las drogas "ilegales"; las consecuencias de su abuso no han sido siquiera objeto de una investigación, y está muy distante la implantación de una política preventiva para eliminarlo. Muestra de ello es el actual Estatuto Nacional de Estupefacientes.

La situación es tan grave, que en la actualidad en los mismos Estados Unidos "la mayoría de los pacientes que son traídos a los hospitales para desintoxicarse no son víctimas de las drogas ilegales tales como la LSD, la heroína, la marihuana, sino de las anfetaminas, los barbitúricos y los tranquilizantes"<sup>8</sup>.

Creemos haber demostrado así, no obstante que hemos analizado solo unos pocos aspectos del Estatuto Nacional de Estupefacientes, que este, por privilegiar una política criminal represiva para la droga, está lejos de constituir una solución eficaz para dar al traste con este flagelo universal, que cada día corroe más los cimientos de nuestra sociedad y compromete su futuro.

La otra alternativa que creemos más acertada, entiende que la justicia social es el mejor instrumento para responder a los problemas que suscita la "droga", y el logro de este cometido corresponde a los sectores mayoritarios de nuestra población, pues iluso sería esperarlos de las élites que ostentan el poder económico y político.

Somos incapaces de poner punto final en este Editorial, sin tributar un sentido homenaje a la memoria del eximio magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, doctor HERNANDO BAQUERO BORDA, baluarte de honestidad, adalid en la lucha por un Estado de Derecho y norte insoslayable de esta y las futuras generaciones.

¡No opaca el abominable crimen la indeclinable lucha por esta noble causa!

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO  
Agosto de 1986

<sup>7</sup> Cfr. MARTA ELENA CASTRO y VICTORIA PATRICIA CASTRO, *La publicidad de productos farmacéuticos*, U.P.B., Facultad de Comunicación, Medellín, 1984.

<sup>8</sup> MILTON SILVERMAN y PHILIP R. LEE, *Píldoras, ganancias y política*, México, Edit. Siglo XXI, 1983, págs. 333 y 334.

## SECCIÓN DE DERECHO PENAL

# CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO\*

Por JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA\*\*

## SUMARIO

I. *Introducción*. II. *Las medidas de seguridad*. A. Origen. B. Dualismo y monismo en derecho penal. 1. El dualismo. 2. El monismo. 3. Nuestra posición. III. *Las medidas de seguridad en Colombia*. A. Planteamiento del problema. B. La doctrina nacional. 1. Doctrina minoritaria. a. Estrada Vélez. b. González Amado. 2. Doctrina mayoritaria. a. Posiciones peligrosistas. b. Posiciones no peligrosistas. C. Nuestra posición. 1. Responsabilidad penal de los inimputables. 2. Responsabilidad subjetiva. a. Imputación subjetiva. b. Responsabilidad por el hecho. c. Exclusión de la responsabilidad objetiva. d. Proporcionalidad de las consecuencias jurídicas. e. Límites de criminalización. 3. Penas y medidas de seguridad. a. Alcances de la expresión "punible". b. Imputabilidad e inimputabilidad. c. Identidad en los fines. d. Identidad en la ejecución real. e. La determinación de las sanciones. IV. *Conclusiones*.

"Todas las personas son iguales ante la ley.  
En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (Ley 16 de 1972, art. 24).

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día nadie podría negar el avance que en el campo de las garantías ha significado el moderno derecho penal. Ciertamente, pese a sus incongruencias

\* Con este trabajo se pretende desarrollar algunas de las inquietudes planteadas por el Dr. PEDRO ENRIQUE AGUILAR LEÓN, Juez 2º Penal Municipal de Bogotá, en interesante providencia que corre publicada en la *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 13, 1985. Tal estudio constituye apenas un *bosquejo* de la investigación que en un futuro nos proponemos realizar, y queremos presentarlo para su discusión.

\*\* Abogado de la Universidad de Medellín. Becario en la Universidad de Salamanca, Salamanca (España).

y defectos innegables, la dogmática penal ha logrado sistematizar y desarrollar una serie de principios tendentes a limitar los alcances del poder absoluto del Estado. Es así como el progreso dogmático, desde VON LISZT hasta hoy, ha logrado la inclusión en el derecho punitivo de conceptos que, como los de bien jurídico, proporcionalidad, necesidad, justicia, dignidad humana, etc., se han erigido como límites materiales y formales del control en un Estado de Derecho.

Pese a lo anterior, al separar como objeto de estudio del derecho penal algunos aspectos dependientes del mismo, la dogmática, y especialmente el "penalista", no han hecho otra cosa que crear zonas oscuras dentro de las cuales el poder estatal se pasea tranquilamente, sin el más mínimo asomo de control, arrasando a su paso todos los principios orientadores del derecho represivo y, muchas veces, al individuo mismo. Tal es el caso, en nuestro medio, del sistema penitenciario y de las medidas de seguridad (Cfr. SANDOVAL, 1984, págs. 295 y ss.; ESCOBAR MEJÍA, 1982, págs. 549 y ss.; ARENAS SALAZAR, 1985, págs. 498 y ss.).

En lo relativo a las medidas de seguridad, el problema se agrava si tenemos en cuenta que la falta de garantías no se circunscribe a la ejecución de las mismas. En verdad, al dividir las reacciones penales en penas y medidas de seguridad y asignarles a estas últimas una finalidad puramente defensiva, la dogmática penal ha patrocinado la violación de sus principios más elementales, comenzando por el de legalidad, al permitir la aplicación de medidas privativas de la libertad con duración indeterminada, tornándose de esta manera más gravosa la situación del sujeto sometido a este tipo de sanciones; cuando, de acuerdo con una sana lógica, debería ser lo contrario, si tenemos presente que en nuestro derecho penal las medidas de seguridad solo se aplican a quienes precisamente la ley considera inimputables por no tener la "capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión"<sup>1</sup>.

Esta situación ha llevado a MUÑOZ CONDE (1983, pág. 21) a preguntarse: "¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y al cambiar el nombre de pena por el de medidas no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal?"

"Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran 'fraude de etiquetas', en el que el derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios

<sup>1</sup> El profesor BUSTOS ha sostenido (1982, pág. 109) que "el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no es un juicio sobre la capacidad de comprensión (del ilícito) y de actuar conforme a ella desde un punto existencial, ya que ello es propio del ser humano, a su dignidad de persona, al negárselo involucra un juicio de invalidación o minusvalor, que lo deja de partida incapacitado, segregado, a merced de los superiores". Tal situación ha sido destacada entre nosotros, por SANDOVAL, quien además nos muestra (1985a, pág. 43) cómo en la definición tradicional de la imputabilidad se efectúa una "selección positiva" destinada a "incluir, mantener o agravar la situación dentro del ámbito de acción del sistema penal de sujetos que actúan conforme a una racionalidad axiológica o de referencias diferente de la hegemónica".

penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos".

El planteamiento del profesor español cobra especial importancia en nuestro medio, donde, precisamente, tan pronto como entró en vigencia el nuevo estatuto penal comenzaron las denuncias sobre el trato discriminatorio y degradante que la nueva legislación da a las personas catalogadas como inimputables, poniéndose al descubierto una total falta de garantías al respecto.

## II. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

### A. Origen

La crisis del Estado liberal clásico, causada por la incapacidad del mismo para resolver sus propias contradicciones, trajo consigo la crisis de la pena retributiva como única forma de lucha contra el delito. Como lo expresa BUSTOS (1983, pág. 16), "este cúmulo de tensiones y contradicciones imposibles de resolver dentro de la racionalidad del mercado, originó una serie de disfunciones en el sistema", que en el derecho penal se manifestaban en la incapacidad del mismo, pues pregonaba la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, para hacer frente a fenómenos como la reincidencia, que se tornaban cada vez más frecuentes. En definitiva, la pena retributiva como sistema único de lucha contra el delito había fracasado, pues no permitía la inclusión de los fines preventivos que exigía el momento. Para ello, la limitación de la responsabilidad moral se convertía en un obstáculo bastante difícil de sortear, que impedía penetrar en la órbita del delincuente reincidente. Igual cosa sucedía con los "enfermos mentales" y los delincuentes juveniles, quienes, por carecer de "libertad" para actuar, quedaban por fuera del derecho penal (cfr. JORGE, 1976, págs. 25 a 28). El Estado, en consecuencia, ante todas estas contradicciones, debe cambiar los derroteros si quiere sobrevivir. Necesita entonces *intervenir* (en el mercado y sobre el delincuente) con el fin de lograr su defensa, para lo cual requiere del soporte de una "ciencia" encargada de legitimar esa intervención: el *positivismo*, con sus pretensiones de objetividad y neutralidad se convierte en la "ideología del Estado intervencionista" (cfr. BUSTOS, 1983, pág. 17).

Un cambio sustancial se produce entonces. Se trata no ya de proteger al delincuente sino de defender a la sociedad (el consenso) del individuo peligroso (el que se aparta del consenso). La finalidad de la pena será así la conservación y defensa del organismo social, para lo cual el Estado debe, entonces, corregir al corregible e inocular al incorregible. Se rompe de esta manera la barrera que la escuela clásica había construido en defensa del individuo, y se abre paso a la intervención "científica" del Estado en la libertad de las personas, para someterlas a los "intereses sociales" y para clasificarlas, de acuerdo con ellos, en normales y anormales, peligrosos y no peligrosos (cfr. BUSTOS, 1983, pág. 18).

Como la pena no podía seguir siendo la retribución por el mal cometido sino que debía convertirse en un mecanismo adecuado para la defensa social, se comenzó

a discutir entonces si ello se hacía desvirtuando el carácter retributivo de la misma, para convertirla en un mecanismo de prevención; o si, por el contrario, se seguía respetando la función tradicional de la pena y se incluía a su vez un nuevo concepto que diera cuenta de las necesidades de tipo preventivo (cfr. JORGE, 1976, pág. 24). Partidaria de la primera solución se mostró la doctrina *correccionalista* de RÖDER y DORADO MONTERO, al igual que FERRI en Italia y VON LISZT en Alemania, con su idea de la "pena-fin". Sin embargo, al final triunfa el criterio de conservar la pena como retribución y más bien buscar un nuevo mecanismo mediante el cual se consiga la prevención de los delitos. Surgen entonces las *medidas de seguridad* como solución, cuya sistematización se debe a STOOSS, quien las incorporó en 1893 a su Anteproyecto de Código Penal suizo (cfr. JORGE, 1976, pág. 35 a 41).

## B. Dualismo y monismo en derecho penal

1. *El dualismo*. Con STOOSS nace el sistema dualista o binario de reacciones, que diferencia claramente las penas de las medidas de seguridad, con base en los siguientes criterios (véase JORGE, 1976, pág. 42): 1) la pena se impone al culpable de un delito, mientras que en la aplicación de las medidas de seguridad se tiene en cuenta únicamente el estado de peligrosidad del sujeto; 2) la pena tiene un fin aflictivo, lo cual no sucede con las medidas, que tienen una finalidad asegurativa; 3) la pena se impone de acuerdo con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, razón por la cual será determinada por el juez, a diferencia de las medidas que, por perseguir fines preventivos, solo podrán cesar cuando se logre la reeducación, enmienda o inocuización del delincuente.

Una nota característica del sistema dualista radica en la posibilidad de acumular penas y medidas, para aplicarlas a un mismo sujeto, culpable y peligroso. Además, las medidas son aplicables también a aquellas personas que no siendo responsables penalmente, demuestren un estado de peligrosidad criminal.

Para el dualismo, entonces, penas y medidas de seguridad tienen un mismo presupuesto, pero distinto fundamento. El *presupuesto*, común a ambas reacciones, no es otro que la realización de un injusto, pues si la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, su intervención solo está autorizada cuando se realiza una conducta que lesione o, por lo menos, ponga en peligro esos bienes jurídicos. Por ello, únicamente las medidas *postdelictuales* forman parte del derecho penal; no así las *predelictuales*, en las cuales todavía no se ha producido la comisión de un injusto, situación que las coloca por fuera del ámbito del derecho penal y las convierte en medidas estrictamente administrativas.

La diferencia entre penas y medidas de seguridad, entonces, se encuentra solo a partir de los *fundamentos*. Así, se dice que la pena se fundamenta en la *culpabilidad* del sujeto (entendida tradicionalmente como el reproche que se le hace al individuo por haber preferido el delito, pudiendo no hacerlo); mientras que las medidas de seguridad, por el contrario, se fundamentan en la *peligrosidad* criminal del sujeto (cfr. WELZEL, 1976, pág. 333; MAURACH, 1962, pág. 58; ROXIN, 1981, pág. 52).

Este dualismo, aunque con diferentes variantes y correctivos que lo convierten a veces en un sistema mixto o *vicarial*<sup>2</sup>, ha sido acogido por la gran mayoría de países europeos y latinoamericanos, y estuvo rigiendo plenamente en nuestro país durante la vigencia del C. P. de 1936<sup>3</sup>.

2. *El monismo*. Al lado del sistema dualista antes mencionado, se ha planteado la estructuración de un sistema unificado de sanciones, según el cual ante la comisión de un delito el Estado debe reaccionar imponiendo penas o medidas de seguridad, pero nunca las dos.

Los fundamentos doctrinales del sistema monista los resume JORGE en los siguientes términos (1976, págs. 176-177): "1. La distinción que establecía el dualismo, entre penas y medidas de seguridad no tiene sentido ya que ambas se identifican en cuanto implican: a. Una disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, como la libertad del individuo, teniendo carácter aflictivo; b. Presuponen una comisión de delito; c. Desempeñan una función de prevención general y tienden a la resocialización del delincuente; d. Poseen carácter jurisdiccional y son medios que tienden a un mismo fin: la defensa social; 2. Se considera que el monismo viene a estar justificado en base a la total identidad existente —en la ejecución— entre la pena y las medidas de seguridad".

Podríamos agregar, además, como razón para sostener el monismo, el peligro que para las garantías y libertad personal del individuo representa una sanción fundamentada en una supuesta peligrosidad, pues se trata de un concepto que no alcanza a limitar la intervención estatal<sup>4</sup>. Por esta misma causa rechazamos las posiciones monistas que pregonan un derecho penal donde las medidas constituyen la única consecuencia de la comisión del delito (al estilo del positivismo ferriano), pues este criterio lleva a la aplicación de sanciones indeterminadas y, en fin, a la total desprotección de la persona.

3. *Nuestra posición*. Hoy por hoy, se dice, insistir en el dualismo implica no solo sostener la culpabilidad como fundamento ontológico (libre albedrío), sino también la peligrosidad. Y bien sabemos que ambos conceptos son indemostrables: el primero por metafísico y el segundo por metaempírico (cfr. BUSTOS, 1984a, pág. 7).

<sup>2</sup> Este sistema vicarial, ha dicho JORGE (1976, pág. 183), "permite aplicar, en primer lugar la medida de seguridad y el tiempo de ejecución de la misma ha de imputarse al del cumplimiento de la pena concurrente. El juez, una vez cumplida la medida de seguridad, podrá decretar —teniendo en cuenta la recuperación experimentada por el sujeto y las necesidades de defensa de la sociedad— la suspensión del resto de la pena. A través del sistema vicarial no solo existe la posibilidad de aplicar primero la medida que la pena sino también hace posible la sustitución de esta por la ejecución de aquella".

<sup>3</sup> Cosa diferente ocurre en el C. P. de 1980, el cual consagra un sistema monista, pues a los imputables solo se les puede aplicar penas, quedando las medidas de seguridad, por tanto, reservadas únicamente para los sujetos que hayan sido declarados inimputables.

<sup>4</sup> Con razón dice MUÑOZ CONDE (1983, pág. 19) que "el sistema dualista se convierte así, en el pretexto científico para un control social ilimitado de los ciudadanos, o en todo caso superior al que permite el penal tradicional; todo ello en aras de unos intereses oscuros cuya irracionalidad hay que poner de relieve".

Ante la crisis del principio de culpabilidad tradicional (cfr. BUSTOS, 1984a, págs. 362 y ss.; GIMBERNAT, 1983, págs. 3 y ss.; HASSEMER, 1983, págs. 479 a 481; FERNÁNDEZ, 1982b, págs. 954 y ss.), la solución no es acabar con él (aunque sí con el reproche) y reemplazarlo por criterios utilitaristas (como el de peligrosidad, necesidad, etc.), como pretenden algunos. Si se trata de limitar los alcances del control penal, debemos mantener el principio de culpabilidad, así sea solo como *garantía*, pues en el momento actual de la ciencia penal no existe otro elemento capaz de reemplazarlo<sup>5</sup>.

Si mantenemos el principio de culpabilidad en su función garantizadora y no como reproche (cfr. ROXIN, 1981, pág. 43), nada impide su aplicación en relación con las medidas de seguridad, en cuyo ámbito también puede cumplir esta función. En verdad, la diferenciación que hace el dualismo al fundamentar una sanción (pena) en la culpabilidad y otra (medida de seguridad) en una hipotética peligrosidad, es artificiosa y por lo tanto inexistente. Tanto es así, que el único resultado evidente del famoso dualismo no ha sido otro que la inclusión dentro del derecho penal de conceptos que, como el de peligrosidad, no son más que pura ideología; es decir, son criterios que se incorporan al derecho penal únicamente con el fin de legitimar, mantener y reproducir las actuales relaciones sociales de dominación (cfr. BARATTA, 1986b, págs. 35 a 43, SANDOVAL, 1985a, pág. 43), lo cual se puede observar desde el origen mismo de tal concepto. Antes de intentar dar un fundamento a algo que no lo tiene, debemos concentrarnos en la búsqueda de nuevos principios y en el desarrollo de los ya existentes, que limiten al máximo el poder punitivo del Estado<sup>6</sup>. Es esta y no otra la función que entre nosotros está llamada a cumplir el "derecho penal liberal", según las tantas veces citada y otras tantas olvidada frase de VON LISZT: constituirse en la "barrera infranqueable de la política criminal".

### III. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN COLOMBIA

#### A. Planteamiento del problema

Nuestro legislador, quizá por la improvisación que últimamente lo ha caracterizado, consagró en materia de medidas de seguridad normas completamente contradictorias, algunas contrarias a nuestra Constitución Nacional. Fue así como se instituyó la "cadena perpetua" al supeditar la cesación de la medida a la recuperación de la "normalidad síquica" del sujeto (arts. 94 y 95), cuando bien conocido es el carácter irreversible de algunas anomalías (cfr. AGUDELO, 1982, pág. 97; MUÑOZ CONDE, 1983, pág. 30). Este punto en concreto movilizó de tal manera un importante sector de la doctrina nacional (véase AGUDELO, 1982, págs. 95 y ss.; 1984 págs. 40 a 42; FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 92; ESCOBAR MEJÍA, 1982, págs. 549 y

<sup>5</sup> Sobre los intentos por sustituir el concepto de culpabilidad, véase a BUSTOS (1984a, págs. 365 a 377).

<sup>6</sup> Desde este punto de vista consideramos como un gran acierto la inclusión en nuestro Código Penal de un título dedicado a las "normas rectoras de la ley penal colombiana", y el desarrollo que de tales principios han iniciado autores como FERNÁNDEZ (1982a, págs. 339 a 386) y VELÁSQUEZ (1983a, págs. 609 a 635; 1985/86, págs. 135 a 152).

ss.; ARENAS SALAZAR, 1985, págs. 498 y ss.; SANDOVAL, 1985b, pág. 157; GONZÁLEZ AMADO, 1985/86, págs. 83 y ss.), que dio pie para que se indagara sobre el tema de los inimputables y de las medidas de seguridad que les son aplicables, y se pusiera al descubierto todo lo que había permanecido oculto bajo el manto de una legalidad no verificada: el tratamiento diferencial de que son víctimas las personas que han sido declaradas inimputables y su mundo de privaciones y miseria en los mal llamados "anexos siquiátricos", lugares en donde la dignidad del ser humano no se conoce<sup>7</sup>.

Al comenzar la búsqueda de una solución al problema planteado, se produjo el desplazamiento de la discusión al plano en el cual debía presentarse: el *político*. Esta situación ha generado una etapa de definiciones de igual naturaleza frente al tema. Así, al entrar a terciar en la agria polémica que sostienen los profesores ESTRADA y FERNÁNDEZ, lo plantea AGUDELO (1984, pág. X):

"Por mi parte, he llegado a convencerme de que en el derecho penal las dificultades no se reducen a los problemas *sistemáticos* y que los puntos de partida y de llegada *políticos*, ocupan lugar decisivo. Pienso que hoy por hoy, frente a los peligros y recortes de la libertad que defiende el derecho penal liberal, el cual profeso, las disputas sistemáticas pasan a segundo plano. Las concepciones políticas adquieren entonces relevancia y se convierten determinantes al momento de optar por las teorías y, a la vez, se constituyen en piedra de toque para sopesar las consecuencias a las que conducen las aceptadas".

Esta problemática, que tantas discusiones ha originado en nuestro medio, la reduciremos a tres aspectos que consideramos los más importantes, los cuales se abordarán a lo largo de este trabajo: 1) la responsabilidad penal de los inimputables; 2) el fundamento de las medidas de seguridad, y 3) el carácter indeterminado de las medidas privativas de la libertad.

#### B. La doctrina nacional

Si los inimputables son penalmente responsables o no y, por consiguiente, si las medidas de seguridad constituyen sanción, y si son de naturaleza jurisdiccional o administrativa, es tema que se debate en nuestro medio. Al respecto podemos dividir la doctrina en dos corrientes: una minoritaria que responde negativamente al interrogante planteado, y otra mayoritaria que, por el contrario, se manifiesta en favor de la responsabilidad penal de los inimputables, a quienes, según este sector doctrinal, se les impone una sanción jurisdiccional, llamada medida de seguridad.

1. *Doctrina minoritaria.* a) El autor más importante de esta corriente es ESTRADA, cuya posición ha sido ratificada y, pese a las críticas, defendida a muerte en la segunda edición de su obra (1986, págs. 261 y ss.). A tal efecto parte del

<sup>7</sup> Sobre este aspecto vale la pena mencionar especialmente las denuncias formuladas por el siquiatra JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, quien en diferentes foros y conferencias le mostró al país lo que realmente ocurre en los "anexos siquiátricos": el hambre que lleva a los reclusos a alimentarse con ratas y otros bichos, o con sus propios excrementos, es solo una muestra patética de ello (cfr. ESCOBAR MEJÍA, 1982, págs. 558; ARENAS SALAZAR, 1985, págs. 498 a 510; VELÁSQUEZ, 1983b, pág. 730).

extremo de negar a los inimputables su condición misma de seres humanos, al afirmar que “el daño causado (por el inimputable) equivale en su materialidad, a cualquier fuerza natural desencadenada, al daño que puede ocasionar un perro rabioso, un toro bravo, un edificio que amenaza ruina, etc.” (1986, pág. 240). Sostiene, en consecuencia, que ellos no son responsables penalmente debido a que no pueden actuar con culpabilidad (ibídem). Por lo tanto —prosigue— una vez comprobado que el sujeto autor del hecho típico y antijurídico es inimputable “procede inmediatamente sin ulteriores trámites procesales, imponer la adecuada medida de seguridad” (1986, págs. 245-246); la cual, según él, no constituye sanción, por ser de carácter administrativo y benéfico<sup>8</sup> (1986, págs. 265 a 267). Siendo así, la medida deberá sostenerse hasta lograr la “curación” del sujeto y si ello es imposible, concluye, la persona deberá resignarse a morir en un “anexo psiquiátrico”: “en los establecimientos psiquiátricos oficiales habitan numerosos enfermos mentales que tendrán que permanecer allí, y es deseable que así suceda, pues deben recibir tratamiento científico hasta la muerte... Los inimputables sujetos a medidas estarán en idénticas condiciones, y si su enfermedad no permite una relativa normalización, está bien que tenga durante toda su vida atención médica y científica” (1986, pág. 268).

Las anteriores citas muestran por sí solas los serios peligros que para la libertad individual y los derechos humanos encierra la inaceptable tesis del profesor ESTRADA. Desconoce que si las medidas se aplican como consecuencia de la comisión de un injusto, pertenecen al derecho penal, lo cual significa, ni más ni menos, que les son aplicables todos los principios y límites inherentes al control penal: necesidad de intervención, protección de bienes jurídicos, dignidad humana, legalidad, proporcionalidad, etc. Además, combina arbitrariamente conceptos pertenecientes al ámbito de las medidas predelictuales con otros que se predicen de las postdelictuales. Por ejemplo, al sostener que “el inimputable que lesiona un bien jurídico es igual al enajenado que no lo ha hecho” (1986, pág. 240), no explica por qué entonces solo los primeros son merecedores de medida. Más cuando, según él, las medidas tienen naturaleza administrativa y benéfica. Es contradictorio que, si la medida de seguridad se aplica “sin sujeción a criterios distintos del de su propio estado mental (del inimputable)” (1986, pág. 267), no gocen del mismo “beneficio” los “enfermos mentales” que no han cometido delito<sup>9</sup>.

b) Una propuesta interesante, que dogmáticamente se acerca a la anterior, pero desde puntos de partida políticos, totalmente opuestos, es la formulada recién-

<sup>8</sup> Que las medidas de seguridad constituyen sanción y no un “beneficio”, lo han demostrado suficientemente entre nosotros FERNÁNDEZ (1982, págs. 322 a 326) y AGUDELO (1984, págs. 47 a 51), quien se pregunta “cómo se puede alguien imaginar que las penurias e inclemencias del cautiverio en un manicomio sean menos dolorosas que las que pueden pasarse en una cárcel” (1984, pág. 49). Inclusive, desde el ámbito psiquiátrico se ha dicho que el internamiento no voluntario no es más que una forma de sancionar al “diferente” (cfr. SZASZ, págs. 315 a 318). De igual manera BASAGLIA ha demostrado la identidad de los fines que realmente cumplen la cárcel y el manicomio: “...la finalidad implícita en los institutos de reeducación y de cura es siempre la supresión de quien debería ser reeducado y curado” (1980, pág. 45).

<sup>9</sup> Una crítica más completa del pensamiento de ESTRADA en esta materia, puede verse en FERNÁNDEZ (1982a, págs. 320 a 329) y en AGUDELO (1984, págs. 47 a 66).

temente por GONZÁLEZ AMADO (1985/86, págs. 83 a 92). Sostiene este autor que “lo opuesto a la culpabilidad no es la inculpabilidad sino la inimputabilidad” (1985/86, pág. 84). Entonces, si el imputable que actúa bajo causal de inculpabilidad no es penalmente responsable, tampoco tiene por qué serlo el inimputable, a quien ni siquiera deberá aplicársele una medida de seguridad, pues también son sanciones (1985/86, pág. 87). Afirma que en relación con la “enfermedad mental” el tratamiento debe ser preventivo y no sancionatorio: “la detección de las enfermedades mentales, como son llamadas frecuentemente, puede ser realizada precozmente y, en consecuencia, sus efectos pueden ser disminuidos con tratamientos adecuados y al alcance de todos, hasta el punto de anular completamente la conducta «divergente»” (1985/86, pág. 92).

Lo más importante de esta tesis reside en su preocupación por el contenido de los conceptos “inimputabilidad” y “enfermedad mental”, poniendo de manifiesto su carácter social y su utilización como mecanismo de segregación, y el peligro de su utilización como forma de control contra los opositores políticos. Pese a que compartimos los presupuestos políticos de los cuales parte el autor, precisamente por ello nos alejamos de la solución que da al problema, pues, ciertamente, el “enfermo mental” no debería ser sancionado; mas de *lege data* encontramos el art. 33 que dice expresamente: “a los inimputables se les aplicarán (sic) las medidas de seguridad establecidas en este Código”, lo cual implica que al tratar la inimputabilidad como causal de inculpabilidad (1985/86, pág. 92), estemos sacando las medidas de seguridad del ámbito del derecho penal y abriéndole las puertas a un control ejercido directamente por la administración, con los innegables riesgos políticos que ello acarrea y que precisamente GONZÁLEZ AMADO quiere evitar<sup>10</sup>.

2. *Doctrina mayoritaria.* Al contrario de lo que piensan los mencionados doctrinantes, un amplio sector doctrinal se muestra partidario de la responsabilidad penal de los inimputables: FERNÁNDEZ (1982a, pág. 321), AGUDELO (1984, págs. 34-35), REYES (1986, pág. 254) y SANDOVAL (1985b, págs. 153 a 158). Sin embargo, este sector doctrinal no se pone de acuerdo sobre el aspecto esencial de todo el problema: el fundamento teórico de las medidas de seguridad. Sobre este punto los autores se dividen en dos corrientes: los partidarios de la peligrosidad (AGUDELO y FERNÁNDEZ) y los que rechazan tal criterio (REYES, PÉREZ y SANDOVAL).

#### a. *Posiciones peligrosistas*

1) Dice el profesor FERNÁNDEZ: “Dado que, al injusto típico del imputable, le imputa dicho Código una pena y al inimputable una medida de seguridad, es

<sup>10</sup> La tesis de GONZÁLEZ AMADO constituye un planteamiento político-criminal importante que, como crítica de la ley penal, compartimos en su totalidad; sin embargo, ella solo sería aplicable a partir de una reforma del Código Penal. El que solo una política social seria, que abarque factores como la salud, vivienda y educación, etc., pueda solucionar los conflictos causados por los actos de los inimputables, es válido también para la delincuencia en general, mas no por ello puede decirse que, entonces, no se debe aplicar el Código Penal, pues su abolición en nuestro medio le abriría las puertas al autoritarismo. No otra puede ser la conclusión en un país como Colombia, donde, para citar solo un ejemplo, abundan los “escuadrones de la muerte”.

inferencia de Perogullo que ambos han de soportar aunque de distinta manera, en atención a su diversa condición personal al momento del hecho las consecuencias jurídico penales de su comportamiento, es decir, ambos son penalmente *responsables*" (1982a, pág. 321). Dicha responsabilidad, en todo caso, es subjetiva, tanto para imputables como para inimputables: Si "responsabilidad subjetiva y culpabilidad son exactamente lo mismo" (1982a, pág. 315), no hay otro remedio sino admitir que los inimputables actúan con culpabilidad, pues de lo contrario se violaría el principio rector consagrado en el art. 5º del C. P. (1982a, pág. 314). Lo anterior lleva a FERNÁNDEZ a sostener que la imputabilidad no es capacidad de culpabilidad sino "capacidad jurídica de pena, esto es, de reproche" (1982a, pág. 315). Ante esta situación el autor se ve obligado a postular que los inimputables pueden obrar culpablemente, distinguiendo un grado superior de culpabilidad, que llama "plena, completa o integral", propia de los imputables, y otro grado inferior que denomina culpabilidad "deficitaria, incompleta o semiplena", propia de los inimputables (1982a, págs. 317, 318 y 427). "Este grado inferior —dice— es suficiente para fundar la responsabilidad penal por las medidas de seguridad, inspiradas, ya no en la retribución del abuso de la libertad (plena culpabilidad) sino en la necesidad de la tutela social contra sujetos peligrosos que, no obstante, no responden objetiva sino subjetivamente" (1982a, pág. 318); por tanto, la medida de seguridad debe durar hasta cuando el sujeto deje de ser peligroso, con lo cual, según él, se evita la "cadena perpetua" a que conduce la aplicación literal de los arts. 94 y 95 del C. P.

2) AGUDELO, por su parte, a diferencia del anterior autor, propone una estructura del delito para los imputables (tipicidad + antijuridicidad + culpabilidad = pena) y otra diferente para los inimputables (tipicidad + antijuridicidad + peligrosidad = medida de seguridad) (cfr. 1984, pág. 83). Según dice, su tesis presenta divergencias políticas y coincidencias sistemáticas con la de ESTRADA, mientras que coincide con FERNÁNDEZ en lo político y se aleja de él en lo sistemático (1984, pág. 81). Está de acuerdo con ESTRADA en el sentido de sostener que los inimputables no pueden actuar con culpabilidad, mas, a diferencia de este, manifiesta que no obstante son responsables penalmente, pues el C. P. ha consagrado el principio de la *responsabilidad legal*: "la ley penal colombiana se ocupa, pues, de los sujetos imputables y de los inimputables atribuyendo consecuencias a sus comportamientos típicos y dañosos, aplicándoles sanciones que pueden ser penas o medidas de seguridad" (1984, pág. 35). Sostiene, pues, que el C. P. sigue considerando importante la peligrosidad del sujeto, lo cual intenta demostrar, en relación con los imputables, equiparando caprichosamente el término "personalidad" utilizado por los arts. 61, 68 y 72 del C. P., con el de "peligrosidad" (1984, págs. 37-38)<sup>11</sup>. En relación

<sup>11</sup> Sobre este punto ha dicho el profesor L. C. PÉREZ, con razón: "lo que debiera estudiarse tratando de entender el criterio dosimétrico principal del art. 61 es la resultante de todos los aportes nacionales, sociales, de ubicación geográfica y económica, de educación y trabajo, junto con la valoración que el sujeto haga de su propia vida y de las relaciones con los demás. Cuando se dice que el concepto de personalidad se restringe al de una categoría de sujetos capaces de delinquir, de un lado, se introduce una tendencia abolida por completo en el sistema vigente, como es el de peligrosidad, y de otro, se expone una idea que en el texto legal no tiene ese sentido exclusivista. El artículo habla de 'personalidad del agente', y en ninguna parte de 'capacidad para cometer hechos punibles'" (1982, págs. 207-208).

con los inimputables, dice, la peligrosidad juega papel importante, puesto que solo ella puede fundamentar las medidas. Además, este autor, al igual que FERNÁNDEZ, pretende solucionar el problema de la "cadena perpetua" consagrada en los arts. 94 y 95 del C. P., a través del concepto de peligrosidad (1984, págs. 40 a 42).

3) En síntesis, tanto FERNÁNDEZ como AGUDELO pretenden encontrar en la peligrosidad un criterio garantizador que proscriba la aplicación de medidas perpetuas<sup>12</sup>. Se declaran entonces furibundos "oposidores políticos" de ESTRADA por considerar, no sin razón, que la tesis de este encierra serios peligros para la seguridad ciudadana, situación no compatible con el Estado Demoliberal que nos rige. A pesar de sus buenas intenciones, ambos se quedan a mitad de camino en su afán garantista y al fin de cuentas terminan apoyando, si no la totalitarista tesis de ESTRADA, sí la peligrosidad, que todo puede representar menos una garantía para el ciudadano.

La mayor contradicción se presenta en FERNÁNDEZ, quien habla de una culpabilidad "semiplena" de los inimputables, mas, curiosamente, no saca de ello ninguna derivación diferente de la aplicación de las causales de inculpabilidad (1982a, pág. 75)<sup>13</sup>. Si los inimputables pueden actuar culpablemente, como sostiene, la medida no puede aplicarse con base en la peligrosidad, o por lo menos debería estar limitada por la culpabilidad. Complica así su esquema en este punto, porque sigue entendiendo la culpabilidad como reproche, basada en el libre albedrío. De ahí que para poder aplicar el principio de culpabilidad a los sujetos catalogados como inimputables, tenga que dividirla en plena y semiplena. Lo extraño, entonces, es que el juicio de reproche formulado al sujeto por haber actuado culpablemente, esté referido únicamente a la plena, pues, si la culpabilidad es graduable (plena y semiplena) (1982a, págs. 423-424), también debería serlo el reproche (¿pleno y semipleno?). En este punto el autor da un salto lógico impresionante, pues pasa de la culpabilidad a la peligrosidad del inimputable, cuando se ha demostrado que son conceptos antagónicos.

Si es criticable que la medida de seguridad tenga como fundamento la peligrosidad, más lo es que se "presuma de derecho" (1982, pág. 518), pues sería tanto como presumir la responsabilidad. En este sentido, si se siguen sus tesis, no habría que hacer un juicio de peligrosidad (se presume), pero de todas maneras la medida se impondría con base en esa peligrosidad y debería perdurar hasta cuando cese la misma. Si así fuera, la medida no cesaría nunca, porque hasta donde tenemos

<sup>12</sup> Estos autores sin embargo, solo ven dicha "cadena perpetua" en los arts. 94 y 95 del C. P.; mas, lo mismo podría decirse del art. 96, pues condiciona la suspensión de la medida a "cuando se establezca que la persona ha adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida". ¿Cuándo se entiende adquirida tal adaptabilidad? ¿Cuál es la adaptabilidad "suficiente"?

<sup>13</sup> Lo cual también hacen REYES (1986, pág. 265) y AGUDELO (1982, págs. 79-80), aunque sin necesidad de recurrir al concepto de "culpabilidad semiplena". Inclusive, pese a que —como el mismo FERNÁNDEZ lo reconoce— tal concepto se asemeja bastante al de "atribuibilidad" utilizado por MAURACH (1962, págs. 33 a 35) y BACIGALUPO (1986, págs. 138 a 147), al no establecerse la "culpabilidad semiplena" como una categoría del delito diferente de la culpabilidad, se pierde la coherencia lógica y la garantía de la atribuibilidad como elemento previo a la culpabilidad.

entendido lo que se presume de derecho no admite prueba en contrario (la no peligrosidad), a no ser que tal presunción se refiera únicamente al momento de imponer la sanción y de ahí en adelante se pueda desvirtuar, lo cual constituiría otro salto lógico evidente. FERNÁNDEZ, pues, es consecuente con el prejuicio burgués de considerar (presumir) como peligrosa toda conducta divergente.

Si sostenemos un esquema unitario del delito, como lo hace este autor, mal haríamos en agregarle un *nuevo* elemento a su estructura, desconociendo el art. 2º del C. P. y el principio de legalidad, que tanto se empeña en defender a través de toda su obra. Tal tesis, como se observa, queriendo ser un progreso corre el riesgo de tornarse reaccionaria. Por ejemplo, si la estructura del delito es la misma para imputables e inimputables (tipicidad + antijuridicidad + culpabilidad) y se incluye además la peligrosidad, ¿cuál sería el inconveniente para no comenzar a hablar nuevamente del imputable "culpable y peligroso"? Y, siendo de esta manera, ¿por qué no referirnos simplemente al sujeto peligroso? Ello constituiría, sin más, un retorno al positivismo ferriano o al dualismo puro.

Contrariamente a lo que piensan tan respetados autores la peligrosidad, en buena hora, ha sido desterrada por completo de nuestro Código Penal, trátese de imputables o inimputables. Y decimos esto porque sabemos cuál es el origen de tal principio: el *positivismo* y la concepción social intervencionista, con su teoría del *statu quo* (la defensa social) que, "apoyada en puros argumentos de utilidad, está fatalmente llamada a servir de instrumento idóneo para concepciones totalitarias, donde los valores de la persona individual quedan íntegramente ahogados" (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1974, pág. 368). El mismo AGUDELO acepta que el concepto de peligrosidad fue *suprimido* del Código Penal, aunque en lo atinente a las medidas de seguridad, dice, se hizo "sin haberse dado motivación alguna, de manera alegre e irresponsable" (1984, pág. 41); situación que, aun siendo criticable, no convierte al intérprete en legislador, como certeramente lo señala SANDOVAL (1985b, pág. 155). Si lo que el profesor AGUDELO quiere evitar es el tratamiento diferencial que haga más gravosa la situación de los inimputables, ello no se lograría mediante la peligrosidad que, precisamente, es uno de sus generadores. Además, hablar de peligrosidad nos lleva a enfrentar la defensa del orden existente con la del individuo; lucha en la cual, como la reciente historia de nuestro país lo ha demostrado, el individuo concreto resulta siempre aplastado, "debiendo" renunciar resignadamente a sus derechos esenciales y a su propia vida si es "necesario", en aras de la defensa de una "sociedad" o de unas "instituciones" concebidas invariablemente como algo abstracto e imperceptible, con el fin de ocultar la verdadera pretensión de todo el discurso positivista (peligrosista): la defensa del grupo dominante.

A pesar de haber cumplido los planteamientos de los profesores AGUDELO y FERNÁNDEZ una importante labor de denuncia y correctivo, pues en principio el criterio de la peligrosidad como fundamento y límite de las medidas de seguridad puede impedir la aplicación de medidas perpetuas, es necesario superar tal posición, pues, como se pregunta AGUILAR (1985, pág. 513), "¿sería igualmente válida la tesis, ante la situación de enfermo mental permanente (en reclusión), por ende,

sin posibilidad de curación y sin que pueda afirmarse fundamentalmente el restablecimiento de su capacidad para convivir más o menos ordenadamente?"

De todas maneras FERNÁNDEZ se acerca mucho a la solución dogmática del asunto que tratamos, al hablar de la responsabilidad subjetiva de los inimputables; pero, tal vez previendo las consecuencias de este planteamiento, evita llegar a donde necesariamente debió haber llegado, de ser consecuente con su posición: injusto y culpabilidad como límites de la pena y de las medidas de seguridad. Tanto es así que en escrito posterior (1982b, pág. 970) abandona la idea del reproche y sostiene la determinación de las medidas: "así como, por razones de garantía, la pena debe concluir en un tiempo determinado aunque no haya logrado sus fines en el caso concreto, el tratamiento de seguridad tiene que ser sometido al mismo criterio, por la misma razón". Sin embargo, en 1983, como magistrado del Tribunal Superior de Medellín, habla nuevamente de la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad (cfr. 1984, págs. 425-426), razón por la cual presumimos regresó a su tesis original.

#### b. Posiciones no peligrosistas<sup>14</sup>

1) El profesor REYES sostuvo durante la vigencia del C. P. anterior, hasta 1976, no solo la responsabilidad penal de los inimputables, sino también que podían actuar con culpabilidad (dolo o culpa) (cfr. AGUDELO, 1982, págs. 14-15). Por consiguiente, analizaba la imputabilidad por fuera de la teoría del delito, entendida como una condición personal para saber si al procesado debía aplicársele pena o medida de seguridad (cfr. AGUDELO, 1982, pág. 16). Sin embargo, a partir de la cuarta edición de su obra, cambia de parecer en lo relacionado con la culpabilidad de los inimputables, pues comienza a tratar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (cfr. AGUDELO, 1982, pág. 16). Dice entonces que la responsabilidad penal de los inimputables "se deriva únicamente de la realización de conducta típica y antijurídica, sin que exista ninguna causal de inculpabilidad" (citado por AGUDELO, 1982, pág. 16). Esta posición la siguió sosteniendo en relación con el C. P. de 1980. Así, en la edición póstuma de su obra, puede leerse (1986, pág. 265): "para que un inimputable pueda responder penalmente..., han de cumplirse los siguientes requisitos: a) que su conducta sea *típica*...; b) que sea *antijurídica*... y c) que no haya actuado dentro de una causal de inculpabilidad ajena a su condición de inimputable". Sostiene a continuación que "a la luz de nuestro sistema penal los inimputables responden penalmente y que la suya es una responsabilidad *sin culpabilidad*" (1986, pág. 265). Según él, ello no contradice el mandato del art. 5º del C. P. ("para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad"), pues considera que tal principio (de culpabilidad) "está edificado sobre el supuesto de la imputabilidad" (1986, pág. 265).

<sup>14</sup> En este punto no tenemos en cuenta los conceptos de L. C. PÉREZ, pues este autor simplemente se limita a rechazar la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad (1982, pág. 342), sin ofrecer ninguna alternativa al respecto.

EL desfase lógico de la tesis de REYES es evidente, pues si el inimputable no puede obrar culpablemente, tampoco puede hacerlo de manera inculpable (cfr. AGUDELO, 1982, pág. 69). De otro lado, si la responsabilidad del inimputable se deriva de la realización de un injusto, lógico es suponer que la sanción (medida de seguridad) debería ser proporcionada al daño causado, pues al no basarse en la peligrosidad la medida deja de ser indeterminada, situación que no tiene en cuenta el profesor REYES<sup>15</sup>.

2) Aunque basándose en los mismos contradictorios conceptos de REYES, es decir, que los inimputables no pueden actuar con culpabilidad pero sí pueden ser inculpables, SANDOVAL da una solución práctica bastante acertada al problema de la indeterminación de las medidas. Dice al respecto (1985b, pág. 157):

“...del hecho de que dichas medidas se impongan por la realización de comportamientos típicos y antijurídicos, derivase necesariamente que su duración en ningún caso puede exceder la de la pena que a la misma persona le habría correspondido por esa conducta si hubiese sido considerada imputable. Si la medida de seguridad sobrepasara esta última duración, el exceso será una sanción impuesta *exclusivamente* por el ‘trastorno mental’ o la ‘inmadurez psicológica’, lo cual viola todos los principios rectores de nuestro sistema penal, empezando por el de ‘legalidad’... De modo, pues, que así como la pretensión de ‘resocializar’ a los imputables no puede conducir a penas mayores que las derivadas de su grado de culpabilidad, la pretensión de ‘curar’ a los inimputables tampoco puede llevar a medidas de seguridad mayores que las derivadas de su conducta típica y antijurídica, con lo cual en *su respecto* queda descartada la posibilidad de ‘cadena perpetua’ ” (cfr. en igual sentido, AGUILAR, 1985, págs. 512 y ss.).

Nos identificamos totalmente con las anteriores consideraciones, pues es la solución más acertada y justa. Sin embargo, debido a su prematura y absurda muerte, este autor no logró fundamentar suficientemente esta posición, pues la contradictoria tesis del profesor REYES, que él acoge, no nos permite, precisamente por contradictoria, llegar a tan importante conclusión. Por eso, desde ahora debe quedar claro que nuestra posición no es original, pues lo único que intentaremos será fundamentar y desarrollar la propuesta formulada por SANDOVAL.

### c. Nuestra posición

1. *Responsabilidad penal de los inimputables.* Que los inimputables son en Colombia penalmente responsables, es indiscutible. La sola consulta del art. 1º del C. P. basta para comprobarlo: “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

<sup>15</sup> Acertado es, en cambio, el pensamiento del profesor REYES en relación con la duración mínima de la medida, pues, “si antes de su vencimiento se demuestra pericialmente que el internado se recuperó completamente de tal manera que puede reintegrarse sin riesgo a la colectividad, el juez debe disponer la suspensión de la medida, pues ya se ha logrado la básica finalidad curativa que respecto de ella predica el principio rector consagrado en el art. 12 del C. P.” (1986, pág. 340).

establecidas en ella”. Como se puede apreciar, esta norma se refiere a las medidas de seguridad, al tiempo que habla de *condenado*, sin diferenciar entre imputables e inimputables. Asimismo, el art. 33, en concordancia con el art. 31, establece que las medidas se aplican a los inimputables que han cometido un hecho legalmente descrito (y la ley penal solo puede “describir” hechos punibles, según lo establece el art. 2º del C. P.), lo cual significa que el sujeto queda siempre sometido a las consecuencias jurídico-penales de su acto (cfr. en igual sentido, REYES, 1986, pág. 254; FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 321, y AGUDELO, 1984, págs. 34-35), es decir, si es imputable se le aplica una pena, y si no lo es, se le impone una medida de seguridad.

2. *Responsabilidad subjetiva.* Si afirmamos que los inimputables son responsables penalmente, debemos preguntarnos por el fundamento de dicha responsabilidad. En este orden de ideas, de acuerdo con FERNÁNDEZ, sin duda la culpabilidad o es subjetiva o es objetiva, pero no admite términos medios; y como el art. 5º del C. P. proscribire toda forma de responsabilidad objetiva, “no queda más alternativa que admitir la culpabilidad de los inimputables...” (FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 314). No compartimos, pues, el criterio de AGUDELO, quien pretende salvar la cuestión con base en el principio de la “responsabilidad legal”, el cual, según él, no puede confundirse con el de la “responsabilidad objetiva” (1984, págs. 22-23). Sin embargo, el principio de la responsabilidad legal no soluciona el problema, pues no es más que un término genérico que puede incluir cualquier forma de responsabilidad, así los positivistas hayan querido no identificarlo con la responsabilidad objetiva<sup>16</sup>.

Además, el art. 2º del C. P. es muy claro al establecer: “para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable”; asimismo, el art. 5º identifica la responsabilidad subjetiva con la culpabilidad, al expresar: “para que una conducta típica y antijurídica sea punible, debe realizarse con culpabilidad. Queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva”. Como se aprecia, la norma contrapone la culpabilidad a la responsabilidad objetiva, proscribiendo esta última, exigiendo así la culpabilidad en todos los casos. Ahora, quienes piensan que cuando el Código habla de culpabilidad, se refiere únicamente a los imputables (cfr. REYES, 1986, pág. 265; AGUDELO, 1984, págs. 78-79), deben tener en cuenta que la expresión *punible* incluye también las medidas de seguridad. Así, por ejemplo, el art. 1º del C. P. habla de que “nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como *punible* por la ley penal...” (subrayas fuera de texto). Si esta expresión se refiriera solo a las penas, deberíamos aceptar que al inimputable se le sancionara por un hecho no previsto en la ley, con lo cual seguramente no está de acuerdo ninguno de los doctrinantes citados.

Pues bien, si concluimos que tanto imputables como inimputables deben actuar con culpabilidad, debemos conocer qué entiende entonces el Código por culpabilidad.

<sup>16</sup> Tal principio podría cumplir una función importante solo si se afirma la irresponsabilidad penal de los inimputables, pues mediante el mismo se puede evitar la aplicación de medidas indeterminadas, al mantener su carácter de sanción. Pero si decimos que los inimputables son penalmente responsables, entonces afirmamos su responsabilidad (legal), por lo cual este criterio no aporta mayor claridad al respecto.

Tradicionalmente se ha entendido la culpabilidad como un “juicio de reproche que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal” (CÓRDOBA RODA, 1977, pág. 23. Cfr. además, WELZEL, 1976, pág. 197; ZAFFARONI, 1982, pág. 26; MAURACH, 1962, pág. 77), lo cual, no sobra advertirlo, nos conduce a la pena como retribución, desviando de paso la responsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo, es decir, el derecho penal no se preocupa entonces por los factores de diverso orden que influyen en el delito (desempleo, miseria, marginalidad social o política, etc.), sino que traslada esa “culpa” al sujeto, a quien le reprocha que siendo “libre”, hubiera preferido el mal del delito (cfr. HASSEMER, 1983, págs. 480-481).

En verdad, una culpabilidad entendida como reproche es una culpabilidad basada en el libre albedrío y por ende un concepto indemostrable. No queremos insistir nuevamente en ello, pues ya se ha escrito suficiente sobre la imposibilidad de sostener tal concepto de culpabilidad (cfr. GIMBERNAT, 1983, págs. 3 y ss.; CÓRDOBA RODA, 1977, págs. 24 y ss.; HASSEMER, 1983, págs. 473 a 475; ROXIN, 1981, págs. 41 y ss.; FERNÁNDEZ, 1982b, págs. 954 y ss.; VELÁSQUEZ, 1983, pág. 718).

Concluimos, entonces, que si para la ley colombiana el inimputable debe actuar culpablemente pero al mismo tiempo preceptúa que es inimputable quien no tiene “capacidad de comprensión o de autodeterminación”, ello significa que el Código no acoge el principio de culpabilidad como reproche, sino que le da otra significación, exclusivamente de garantía, aplicable por tanto a imputables e inimputables, y que, en consecuencia, el fenómeno de la imputabilidad, tal como lo entiende la ley, no forma parte de la estructura del delito, constituyendo más bien un presupuesto de la pena. Esta función de garantía, dentro del esquema que proponemos, abarcaría los siguientes aspectos:

a. *Imputación subjetiva.* El principio de culpabilidad garantiza la imputación de un acto a una persona actuante, lo cual no impide que se tengan en cuenta los factores criminógenos que influyen y muchas veces determinan la comisión del delito, pues, de todas maneras, la garantía consiste en que determinado resultado solo se puede imputar al comportamiento voluntario de una persona física (cfr. HASSEMER, 1983, pág. 475; BARATTA, 1985, pág. 14).

b. *Responsabilidad por el hecho.* Del anterior principio se desprende que el hombre solo puede responder por sus actos y no por circunstancias ajenas a su comportamiento (derecho penal de acto). De ahí que el presupuesto de cualquier reacción penal no puede ser otro que la realización de un acto ilícito, lo cual significa, desde ese momento, que ellas deben ser proporcionadas a la gravedad del hecho. Debe rechazarse, por tanto, en nuestro país, todo discurso que pretenda hacer depender la sanción penal de circunstancias diferentes (como la peligrosidad), por cuanto ello conduce necesariamente a un “derecho penal de autor”. En este punto, pues, no se admiten transacciones: el derecho penal, es de acto, o es de autor (cfr. ZAFFARONI, 1982, pág. 52), y no hay dudas de que el Código Penal colombiano se afilia al primero de ellos.

c. *Exclusión de la responsabilidad objetiva.* La ley colombiana ha proscrito cualquier forma de responsabilidad por el resultado. De ahí que hayan desaparecido de nuestro ordenamiento penal, figuras como las del delito aberrante y los delitos calificados por el resultado (cfr. FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 314). Pues bien, la responsabilidad por el resultado solo puede evitarse (o por lo menos es la vía más expedita para hacerlo) manteniendo el principio de culpabilidad, pues, como dice HASSEMER (1983, pág. 476), este garantiza que “culpable de una lesión solo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo”. El principio de culpabilidad informa del por qué a una persona se le impone una pena o una medida de seguridad, interrogante que necesariamente debe estar referido al hecho del autor y no a los hechos producto del azar o a las imposiciones legales (peligrosidad).

d. *Proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.* Una de las funciones político-criminales más importantes del principio de culpabilidad consiste en impedir que por razones de prevención (general o especial) se abuse de las sanciones penales. Como lo expresa ROXIN (1981, pág. 47), “el principio de culpabilidad obliga a limitar la duración del tratamiento, independientemente de su resultado, conforme a la escasa importancia del delito, preservando la autonomía individual de los excesos de la intervención estatal”. Este criterio de proporcionalidad, como se dijo, es complementado con otros de igual naturaleza, provenientes del injusto. De ahí que el art. 61 del C. P. tenga en cuenta para la graduación de la pena tanto la “modalidad y gravedad del hecho” como el “grado de culpabilidad”, lo cual, como veremos, también es aplicable a las medidas de seguridad. Entonces, en ningún caso la pretensión de “resocializar” o “curar” al sujeto (C. P., art. 12) puede conducir a la aplicación de penas o medidas indeterminadas (cfr. en igual sentido, SANDOVAL, 1985b, pág. 157), pues ambas están limitadas en su duración por el principio de legalidad, el injusto y el principio de culpabilidad.

e. *Límites de criminalización.* Ahora bien, además de los principios antes mencionados, el legislador ha consagrado unos límites *materiales* de criminalización, que él llama “causales de inculpabilidad” (C. P., art. 40), en los cuales reconoce una serie de situaciones que por razones de justicia, propias del derecho penal de un Estado de Derecho, y por ende respetuoso de la dignidad humana, excluyen la responsabilidad del sujeto. De ahí que en el análisis de estas “causas de inculpabilidad” se parta precisamente del hombre en sociedad (cfr. sobre el tema, BUSTOS, 1984a, pág. 373), es decir, teniendo en cuenta los conflictos sociales e individuales del hombre concreto y sus vivencias, conforme a las cuales solo puede responder frente a las normas que le señala su propia cultura, pues solo ellas forman parte de su conciencia (cfr. BUSTOS, 1982, págs. 90 a 95; 1984b, pág. 173). Respetar esos valores propios del individuo y tener en cuenta sus conflictos, es un límite que no puede sobrepasar el Estado en su afán por proteger las relaciones sociales, y que en nuestro ordenamiento penal han de tratarse como casos de no exigibilidad de otra conducta<sup>17</sup>, la cual es ubicable dentro de la expresión “insuperable coacción ajena” que emplea el numeral 3 del art. 40 del C. P.

<sup>17</sup> Al respecto expresa BARATTA (1985, pág. 17): “El principio de exigibilidad social de comportamiento alternativo indica la exigencia de una redefinición del concepto de culpabilidad y la construcción

En definitiva, pues, en estos casos no se trata de hacer ningún juicio sobre el sujeto, sino de entender, como dice BUSTOS (1984b, pág. 173), “*que hay un sujeto con una determinada capacidad de respuesta, conforme a su conciencia social, (que sufre de la historia social de su pueblo, de sus luchas, de sus conflictos)*”. Se debe, entonces, mirar al hombre concreto en su relación social concreta y, de acuerdo con ello, concluir si al individuo le sería exigible un comportamiento social diferente<sup>18</sup>, atendiendo siempre a los distintos roles que el sujeto cumple en su ámbito social y teniendo en cuenta, además, el *status social* de la persona, pues, como dice BARATTA (1985, pág. 18), “son los pobres y no los ricos los que disponen, en general, de un espacio de alternativas más estrecho”<sup>19</sup>.

3. *Penas y medidas de seguridad*. Ya hemos visto cuál es el concepto de culpabilidad que a nuestro juicio utiliza el Código Penal. Se hace necesario ahora plantear algunas inquietudes en relación con las penas y medidas de seguridad.

Como hemos visto, en el sistema de sanciones vigente en Colombia, penas y medidas se basan en el mismo presupuesto (la conducta típica y antijurídica de un autor culpable) y ambas, como lo veremos a continuación, están orientadas hacia el tratamiento resocializador. Para ello se tiene en cuenta el sujeto a quien se le aplicará la sanción: si ha sido declarado imputable se le aplica una pena, y si es inimputable, una medida de seguridad. Para llegar a esta propuesta nos basamos en los siguientes argumentos:

a. *Los alcances de la expresión “punible”*. La expresión “punible” se refiere a la posibilidad de aplicar penas o medidas de seguridad, como se desprende de la lectura de los arts. 1º y 21 del C. P., que emplean la palabra “condenado” para referirse a la persona que debe ser sometida a pena o a medida de seguridad<sup>20</sup>.

---

de dos series de criterios para su establecimiento judicial: a) criterios para la evaluación del espacio de alternativas de conducta a disposición del sujeto; b) criterios para la evaluación de los casos de no exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley (estado de necesidad y otros eximentes) que tengan en cuenta los distintos roles que el sujeto incorpore en el contexto institucional y social”.

<sup>18</sup> Entender así la culpabilidad implica aceptar la libertad del hombre, pero no de manera absoluta y metafísica, como lo hacen los defensores del libre albedrío, sino más bien referida a lo que BUSTOS llama *capacidad de respuesta*: “su capacidad de responder no es de carácter abstracto ni metafísico, sino en razón de la conciencia concreta dentro de una relación social concreta” (1984a, pág. 376). Entendido de esta manera, el actuar del sujeto no puede dar lugar a ningún reproche, pues no se trata de probar si el individuo pudo actuar de otro modo, sino de establecer, atendiendo las circunstancias personales y sociales concretas del sujeto, si *socialmente* le era exigible un comportamiento diferente; por esta razón, en el proceso penal podrán demostrarse las limitaciones o impedimentos de esa posibilidad.

<sup>19</sup> Para abrir todo este campo de posibilidades en materia de culpabilidad es necesario, en nuestro medio, no solo comenzar a darles un alcance más amplio a las “causales de inculpabilidad”, sino también, especialmente, procurar que las causales de atenuación del art. 64 realmente atenúen, es decir, que con base en ellas se pueda rebajar una pena inclusive por debajo del mínimo, atendiendo el grado de exigibilidad social o capacidad de respuesta del individuo.

<sup>20</sup> A su vez, el Código de Procedimiento Penal vigente (decreto 409 de 1971), se refiere en el título 1, libro cuarto, a la “ejecución de las sanciones”. Cosa parecida establecía el fallido Código

Además, lo que realmente determina un concepto es su contenido real y no la simple finalidad que quiera asignársele, ni la ubicación que se le haya dado dentro del sistema, y mucho menos la denominación legal que se le dé. “De otro modo, como advirtió H. Mayer, podría un Estado totalitario considerar suprimidos los campos de concentración con solo cambiarles el nombre y llamarles sanatorios” (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1974, pág. 371). Por esta razón rechazamos las interpretaciones literales que refieren la expresión “punible” exclusivamente a las penas, solo porque el Código Penal trata en títulos diferentes las penas y las medidas de seguridad (así, AGUDELO, 1984, pág. 77; A. V. ARENAS, 1983, pág. 370; ESTRADA, 1986, pág. 363), cuando bien sabemos que los nombres dados por el legislador a los títulos, capítulos y artículos no poseen valor vinculante para el intérprete, pues su función es meramente supletoria, no normativa.

b. *Imputabilidad e inimputabilidad*. Afirmar que los inimputables también actúan con culpabilidad (en el sentido ya visto), significa aceptar que el fenómeno de la imputabilidad no forma parte de la estructura del delito, sino que está por fuera de ella, pues se tiene en cuenta solo para determinar el tipo de sanción que le corresponde al sujeto, atendiendo su carácter de imputable o inimputable. Vale decir, solo en este momento se tiene en cuenta el grado de libertad del sujeto (en el sentido de libertad de voluntad), lo cual es teóricamente correcto dentro de la lógica del Código Penal, pues si la sanción está orientada hacia un tratamiento resocializador (arts. 12, 68 y 94, entre otros) que intente la remoción de los obstáculos que se oponen al desarrollo de la persona, se deben tener en cuenta las circunstancias personales de cada individuo en concreto<sup>21</sup>.

c. *Identidad en los fines*. Aparentemente la ley asigna a las penas y a las medidas de seguridad finalidades diferentes. Así, el art. 12 del Código Penal dice que “la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. Tal definición

---

de Procedimiento Penal de 1981, que en el título 1, libro cuarto, trataba la “Ejecución de penas y medidas de seguridad”. Sin embargo, es el actual *Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1986* el que definitivamente aclara todo el panorama, al establecer en su art. 535 (cap. 1 título 1 sobre “Ejecución de penas y medidas de seguridad”, libro cuarto), lo siguiente:

“Art. 535. Lugar donde debe cumplirse la *sanción*. Recibidas las copias de la sentencia, el gobierno, por medio del director general de prisiones, señalará el establecimiento donde el *condenado* debe cumplir la *sanción*...” (las subrayas no son del texto).

<sup>21</sup> Lo que se debe criticar, entonces, es que la ley quiera “resocializar” mediante el derecho penal. Como lo ha expresado MUÑOZ CONDE (1985, pág. 333), “si se acepta y se da por buena la frase de DURKHEIM de que «la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana» y se considera que es esa misma sociedad la que produce y define la criminalidad, ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma la delincuencia? ¿No habría antes que cambiar la sociedad? Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos. Cuando no es este el caso ¿qué sentido tiene hablar de resocialización? ¿No habría que empezar por resocializar a la sociedad?”.

requiere una interpretación integral, de acuerdo con las normas que regulan dichas sanciones, pues su simple lectura nada dice precisamente por tratar conjuntamente conceptos que se contradicen.

Descartado el reproche de culpabilidad como fundamento de la pena, debe desaparecer por tanto cualquier concepción absoluta de la misma. Si la retribución se basa en el reproche y este supone la libertad e igualdad de todos los hombres, y dichas libertad e igualdad naturales no existen, tampoco podrá existir la retribución. Por esta razón se ha dicho que la teoría de la retribución es científicamente insostenible y político-criminalmente resulta perjudicial (ROXIN, 1976, págs. 12 a 15; 1981, págs. 43 a 46). Por tanto, ni penas ni medidas de seguridad tienen una función retributiva. Tal expresión, en consecuencia, deberá entenderse únicamente como garantía de que la pena o medida no sobrepasará el grado de exigibilidad (C. P., art. 61).

Tanto la pena como las medidas son mecanismos empleados por el Estado para proteger los bienes jurídicos tutelados por él, y en este sentido ambas cumplen una función preventiva. Por ello, cuando el art. 12 del C. P. habla de las funciones de "protección" y "tutela", entendemos que se refiere a la prevención general, pues el derecho penal solo puede proteger o tutelar bienes jurídicos.

La finalidad de la imposición de la sanción no es otra que la resocialización o rehabilitación del sujeto. Así lo expresan normas superiores, tales como el num. 3 del art. 10 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de la O.N.U. aprobado mediante la ley 74 de 1968: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados", y el num. 6 del art. 5º de la ley 16 de 1972 (aprobatoria de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos"): "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"<sup>22</sup>. Ahora, ¿qué hacer con la finalidad de "curación" que la ley les asigna a las medidas de seguridad? Pues bien, si con la imposición de una medida se persigue la rehabilitación del sujeto y en este se presenta una "anomalía síquica" que lo impide, lógico es suponer que con el "tratamiento terapéutico" del caso se intente remover

<sup>22</sup> Si la simple idea de resocialización es por sí misma "sospechosa" (véase la nota anterior), mucho más lo es que ella se pretenda mediante el "tratamiento penitenciario" o la internación en "establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada", pues, como dice MUÑOZ CONDE (1985, págs. 335-336), "es, desde luego, muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad. Y ello por varias razones. En primer lugar, por las condiciones de vida existentes en una prisión. En segundo lugar, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición más o menos encubierta, de un tratamiento. Y en tercer lugar por la falta de los medios e instalaciones adecuadas y del personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz". BASAGLIA, por su parte, se ha encargado de poner las cosas en su sitio (1980, págs. 49-50), al aclarar que "quien atraviesa la puerta de la cárcel, de la penitenciaría, del manicomio criminal, entra en un mundo donde todo *actúa prácticamente* para destruirlo, también si ha sido formalmente creado para salvarlo". Las palabras de este autor cobran especial vigencia en nuestro medio, si tenemos en cuenta que los "anexos psiquiátricos y cárceles colombianas son lugares en los que ni siquiera se tiene el más mínimo respeto por los derechos y dignidad del hombre" (cfr. al respecto, ESCOBAR MEJÍA, 1982, págs. 549 y ss.; LONDOÑO BERRÍO-ESCOBAR MEJÍA, 1985, págs. 81 y ss.; ARENAS SALAZAR, 1985, págs. 498 y ss.; SANDOVAL, 1984, págs. 295 y ss.).

o "curar" dicha anomalía, más cuando en Colombia las medidas solo se aplican a las personas cuya incapacidad de comprensión o de determinación tiene origen en un "trastorno mental" o en una "inmadurez psicológica"<sup>23</sup>.

d. *Identidad en la ejecución real.* Un último aspecto que demuestra la identidad total de las reacciones penales, lo constituye la ejecución real de estas. En verdad, pese a que teóricamente pueden deslindarse las penas de las medidas como formas de tratamiento orientadas a la resocialización del delincuente, en la práctica su ejecución se hace con exclusivo afán retributivo y, más que eso, muchas veces se presentan como pena-venganza y medida-venganza o pura expiación, no solo en relación con el individuo que la sufre directamente sino también respecto de su grupo social más cercano, lo cual no es más que una manera burda de expresar las relaciones de dominación existentes en nuestra sociedad, y que la cárcel y el manicomio ayudan en gran medida a reproducir (cfr. SANDOVAL, 1982, págs. 55 y ss.; BASAGLIA, 1981, págs. 43 y ss.; BARATTA, 1986b, págs. 184 y ss., 193 y ss.).

e. *La determinación de las sanciones.* Como conclusión de todo lo anterior, tanto las penas como las medidas están delimitadas en el tiempo pues, como vimos, el Código se acomoda a la teoría de ROXIN en el sentido de conservar el principio de culpabilidad únicamente como garantía que impida que los intereses preventivos (generales o especiales) conduzcan a la aplicación de penas y medidas desproporcionadas o indeterminadas; por ello mismo la ley no consagra otra norma especial para determinar las medidas. Por tanto, también en relación con ellas se tendrá en cuenta "la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente" (C. P., art. 61)<sup>24</sup>.

Entonces, la medida de seguridad no puede sobrepasar en su duración la pena que le habría correspondido al sujeto ni hubiera sido declarado imputable, como

<sup>23</sup> Si alguna duda existiera sobre la identidad entre los fines de la pena y los de las medidas de seguridad, repárese en los siguientes arts. del C. P.:

"Art. 56.—*Suspensión de pena por enfermedad mental.* Si pronunciada la sentencia, sobreviniere al condenado enfermedad mental, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le enviará a establecimiento especial, anexo psiquiátrico o clínica adecuada.

"Cuando el condenado recobrar la salud, continuará cumpliendo la pena en el lugar respectivo, debiéndose descontar el tiempo que hubiere permanecido en cualquiera de los establecimientos a que se refiere el inciso anterior, como parte cumplida de la pena" (subrayas nuestras).

Por su parte, el art. 102 dispone: "*Cómputo de la detención preventiva.* El tiempo de la detención preventiva se computará como parte cumplida del mínimo previsto en estas disposiciones, si la persona ha estado sometida al tratamiento o régimen especial que le corresponda".

Este último artículo ha comenzado a ser interpretado de manera amplia por nuestros tribunales, en el sentido de considerar la detención preventiva del inimputable como parte cumplida del mínimo de internamiento exigido por la ley, así ella no se hubiera efectuado en el lugar adecuado (cfr. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, 1985, pág. 569).

<sup>24</sup> En este sentido, el término "personalidad", deberá entenderse referido no solo al respeto a la dignidad humana al momento de imponer la sanción, es decir, como límite de la misma que impide la utilización del sujeto para fines diferentes a los del ser humano, sino también a la clase de sanción correspondiente, atendiendo si el sujeto es imputable o inimputable.

dicen SANDOVAL (1985b, pág. 157) y AGUILAR (1985, pág. 515), pues ella se mide con base en los mismos criterios de medición de la pena, aunque deberá tenerse en cuenta que el mínimo de la medida —por criticables razones preventivas que el legislador tuvo en cuenta— no podrá ser inferior a dos años si se trata de una persona con “trastorno mental permanente”; un año si el “trastorno” fue transitorio y ha dejado secuelas, y seis meses si se trata de un “inmaduro psicológico”.

Al dictar sentencia importa también tener en cuenta el criterio de necesidad de la pena o la medida de seguridad (sobre el mismo, cfr. GIMBERNAT, 1983, págs. 18 y ss.), pues si bien la ley presume que quien comete un delito necesita tratamiento<sup>25</sup>, en el análisis de algún caso concreto se puede llegar a la conclusión de que dicha medida o pena no se requiere, bien porque la conducta no merezca ser reprimida, o bien porque el sujeto esté “curado” o “rehabilitado”. En casos como este se debe prescindir de la aplicación de la pena o medida, o aplicar ampliamente los subrogados penales y la libertad vigilada; esta última inclusive sin necesidad de esperar a que transcurra el tiempo mínimo exigido por la ley, cuando ello sea lo adecuado como “tratamiento resocializador”.

#### IV. CONCLUSIONES

A. Como se ha podido apreciar, todas nuestras objeciones a los autores citados (con la excepción de SANDOVAL) conducen solo a una: la falta de garantías y la desprotección en la que históricamente han enmarcado el tema de las medidas de seguridad y el de los inimputables en general. Los inimputables, de esta forma, han sido doblemente reprimidos: de una parte, por una sociedad que tiene como base la injusticia, una de cuyas formas consiste en no aceptar la diversidad social, cultural o política; de otra, por el derecho penal o, mejor dicho, por el “penalista”, que los ha marginado, pues la mayor garantía que les ha ofrecido ha sido la de etiquetarlos como “peligrosos”. Por ello, la alternativa real es un *no* a la existencia de medidas de seguridad, pero mientras subsistan, estamos en el deber de luchar por limitar al máximo su aplicación.

B. La peligrosidad social o criminal no encuentra cabida en el derecho penal de un Estado de Derecho. Ella encontró su justificación con el nacimiento del Estado intervencionista (véase *infra*, II-A), pero no puede legitimarse en un Estado de Derecho que tienda hacia su democratización (cfr. DÍAZ, 1983, págs. 111 y ss.), si como tal, es respetuoso de la dignidad humana. Un Estado que reconoce la vida como bien supremo y al hombre como elemento principal<sup>26</sup>, no puede ta-

<sup>25</sup> De todas maneras el criterio de necesidad es importante, en cuanto a la *no-necesidad* de medida o tratamiento como correctivo imprescindible en relación con el mínimo de internamiento que exige la ley (cfr. MEJÍA ESCOBAR, 1984, pág. 428). Pero no puede sostenerse que sea la *necesidad* la que fundamenta las medidas de seguridad, pues es un criterio abstracto e inmanejable que no limita la duración de la medida, tornándose inclusive más peligroso que la peligrosidad, pues habrá casos en los cuales la medida podrá seguir siendo considerada necesaria, así el sujeto haya dejado de ser peligroso.

<sup>26</sup> Así lo establecen además las leyes 74 de 1968 (aprobatoria del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 1966) y 16 de 1972 (aprobatoria de la Convención

char a una persona de peligrosa, pues debe primero reconocer sus contradicciones, aceptar que en su seno existen intereses y valores contrapuestos que debe respetar.

C. La peligrosidad solo puede sostenerse mediante un acto de fe: “solo esta peligrosidad criminal puede justificar la imposición de una medida...” (MUÑOZ CONDE, 1983, pág. 29, subrayas fuera de texto); “...no creemos posible la renuncia a la idea de peligrosidad como co-fundamento y objetivo terapéutico estricto de las medidas de seguridad” (FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 381, subrayas fuera de texto); “Descartada la finalidad retributiva de las medidas de seguridad *no* veo qué otro fundamento puedan tener ellas distinto de la necesidad de protección de la sociedad frente a la peligrosidad del sujeto” (AGUDELO, 1984, pág. 40, subrayas fuera de texto). Sin embargo, esa peligrosidad nunca podrá demostrarse, pues el pronóstico en el sentido de que una persona realizará un delito en el futuro no puede tener ninguna base real. En última instancia lo que se tiene en cuenta es el *status social* del sujeto, pues como lo ha puesto de presente la nueva criminología, “la criminalidad es un ‘bien negativo’ distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses establecidos por el sistema socioeconómico y según las diferencias sociales entre los hombres” (BARATTA, 1979, pág. 46). Así, un “loco” miserable, de esos que vemos diariamente deambulando por nuestras ciudades, sucio y harapiento, durmiendo debajo de los puentes y alimentándose con basuras, tendrá mayores posibilidades de cometer “delitos” que un “loco” adinerado que vive con todas las comodidades del caso.

Si los autores no le encuentran un fundamento diferente a la peligrosidad para justificar la existencia de las medidas de seguridad, ello nos demuestra precisamente que no tienen justificación o fundamento alguno. Por eso, al basarlas en un concepto indemostrable e ideológico (en el sentido de falsa realidad), se pueden sostener únicamente mediante simples *actos de fe*.

D. En el Código Penal colombiano se ha adoptado un sistema *sui generis* de reacciones penales, diferente del de los sistemas tradicionales vigentes en Europa y en nuestro continente. Así, en Colombia las medidas de seguridad *solo* son aplicables a las personas que han sido declaradas inimputables, nunca a los imputables, a quienes solo se les puede aplicar penas. Esto hace que el sistema colombiano se diferencie notablemente del sistema tradicional, en el cual, a un imputable considerado como peligroso se le puede *adicionalmente* aplicar medida de seguridad. Por esta razón los autores no encuentran ningún otro fundamento diferente al de la peligrosidad para justificar las medidas de seguridad. Igual cosa sucede en relación con los inimputables, quienes, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, general-

Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969), normas a las cuales debemos recurrir siempre, pues, como lo ha señalado FERNÁNDEZ (1986, pág. 271), “la verdad jurídico-penal solo puede alcanzarse integrándola a la lógica material de las valoraciones político-criminales que están en juego en 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”.

mente no son considerados penalmente responsables. En Colombia, insistimos, la cuestión se presenta totalmente diferente por cuanto los inimputables son penalmente responsables, y las sanciones en ningún caso son acumulables. No podemos por ello, acoger ciegamente la doctrina extranjera en esta materia, pues obedece a una realidad sociopolítica y normativa diferente. Así las cosas, no se ve ningún impedimento para sostener que en Colombia los inimputables también deben actuar con culpabilidad y, por tanto, que las medidas no pueden ser indeterminadas en cuanto a su duración.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCUR, Nódier (1982): *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Temis.
- (1984): *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Temis.
- AGUILAR LEÓN, Pedro Enrique (1985): “Suspensión de la medida de seguridad de internamiento en manicomio criminal, a pesar de subsistir la enfermedad”, providencia del Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 13, Medellín, Lealón.
- ARENAS, Antonio Vicente (1985): *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. 1, Bogotá, Temis.
- ARENAS SALAZAR, Jorge (1985): “El anexo psiquiátrico de la Picota: ¿una vergüenza nacional!”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 30, Bogotá, Temis, págs. 498 a 518.
- BACIGALUPO, Enrique (1984): *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis-Ilanud.
- BARATTA, Alessandro (1979): “Criminología crítica y política criminal alternativa”, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 41 a 56.
- (1985): “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, Mecanografiado, Ponencia en Congreso de criminología crítica. Managua.
- (1986b): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- BASAGLIA, Franco (1980): “Violencia en la marginalidad: el hombre en la picota”, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 43 a 66.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1982): “La imputabilidad en un Estado de Derecho”, en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, págs. 87 a 114.
- (1983): “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, en *El pensamiento criminológico*, t. II, Bogotá, Temis, págs. 11 a 35.
- (1984a): *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Ariel.
- (1984b): “Criminología crítica y derecho penal latinoamericano”, en *Criminología Crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, págs. 163 a 176.
- CÓRDOBA RODA, Juan (1977): *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch.
- DÍAZ, Elías (1983): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus.

- ESCOBAR MEJÍA, J. Guillermo (1982): “Súplica por los locos”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Temis, págs. 549 a 565.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico (1986): *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1982a): *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis.
- (1982b): “Hacia una dogmática penal sin culpabilidad”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Bogotá, Temis, págs. 954 a 970.
- (1984): “Medidas de seguridad para enfermo mental permanente”, providencia del Tribunal Superior de Medellín, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Temis, págs. 425 y 426.
- (1986): “¿Es la justicia extraña a la lógica del derecho penal?”, en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, págs. 267 a 288.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1983): *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, Bogotá, Temis, págs. 1 a 45.
- GONZÁLEZ AMADO, Iván (1985/86): Algunas inquietudes sobre el fenómeno de la imputabilidad, en *Derecho Penal y Criminología*, núms. 27/28, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 83 a 92.
- HASSEMER, Winfried (1983): “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, Madrid Edersa, págs. 473 a 482.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto (1985). “Medidas de seguridad, duración mínima”, providencia del Tribunal Superior de Bogotá, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 267 a 270.
- JORGE BARREIRO, Agustín (1976): *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, Civitas.
- LONDOÑO BERRÍO, Hernando León y ESCOBAR MEJÍA, J. Guillermo (1985): “El tratamiento penitenciario (C. P., art. 68) desde la perspectiva criminológica y político criminal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 27, Bogotá, Temis, págs. 81 a 93.
- MAURACH, Reinhardt (1962): *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ariel.
- MEJÍA ESCOBAR, Carlos (1984): “El criterio de necesidad como base para aplicar la medida de seguridad”, providencia del Juzgado Sexto Superior de Medellín, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Temis, págs. 427 a 429.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1983): “Monismo y dualismo en el derecho penal español y colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, Bogotá, Librería del Profesional págs. 15 a 32.
- (1985): “La prisión como problema: resocialización versus disocialización”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 13, Medellín, Lealón, págs. 329 a 346.
- PÉREZ, Luis Carlos (1982): *Derecho penal. Partes general y especial*, t. II, Bogotá, Temis.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso (1986): *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1974): “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, Universidad de Valencia, págs. 344 a 372.

- ROXIN, Claus (1973): "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, págs. 11 a 36.
- (1981): "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Madrid, Reus, págs. 41 a 56.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro (1982): "Las funciones no declaradas de la privación de la libertad", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4 Cali.
- (1984): "La región más oscura y transparente del poder estatal: a propósito de la regulación disciplinaria para las cárceles colombianas", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Temis, págs. 295 a 311.
- (1985a): *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis.
- (1985b): "Comentario bibliográfico" ("Inimputabilidad y Responsabilidad Penal"), en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 25; Bogotá, Librería del Profesional, págs. 153 a 158.
- SZASZ, Thomas (1977): "¿A quién sirve la psiquiatría?", en *Los crímenes de la paz*, México, Siglo XXI, págs. 308 a 320.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1983a): "Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 21, Bogotá, Temis, págs. 609 a 635.
- (1983b): "La imputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 22, Bogotá, Temis, págs. 711 a 731.
- (1985/86): "El principio de determinación del hecho punible", *Derecho Penal y Criminología*, núms. 27/28, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 135 a 152.
- WELZEL, Hans (1976): *Derecho penal alemán*, Santiago, Jurídica de Chile.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1982): *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Ediar.

## SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA

# EL OBJETO DE LA CRIMINOLOGÍA PARA AMÉRICA LATINA Y PARA COLOMBIA

Dr. JESÚS ANTONIO MUÑOZ

## I. EL OBJETO DE LA CRIMINOLOGÍA

Tradicionalmente, para explicar el objeto de estudio de la Criminología, los autores se han limitado a reproducir diversos enunciados y conceptos de otros estudiosos de la materia. Así, por ejemplo, en la última edición de la *Criminología* del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA esta posición es muy clara. Después de transcribir la opinión de algunos autores —EXNER, NICÉFORO, HURWITZ, QUIRÓS CUARÓN, SESSO ROCCO y LOLA ANIYAR—, el desaparecido jurista expresa la suya en los siguientes términos: “En nuestra opinión la Criminología tiene por objeto el estudio de la criminalidad de las personas a ella vinculadas y de la reacción social que puede suscitar”<sup>1</sup>.

En la misma forma otros autores tales como: ABELARDO RIVERA LLANO, LUIS GABRIEL ACOSTA ÁLVAREZ, LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, ULISES CASAS, JORGE ELIÉCER GAITÁN y ALFONSO MELUK<sup>2</sup>.

Escritos más recientes sobre criminología, como el de ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, expresan lo siguiente: “No discutimos que su objeto sea el crimen, el criminal y la criminalidad pero se debate sí el alcance de cada uno de estos vocablos...”<sup>3</sup>. Y sintetiza las diversas corrientes en la siguiente forma:

- a) Criminalidad desde el punto de vista jurídico.
- b) Criminalidad como equivalente a peligrosidad.
- c) Criminalidad como desviación.
- d) Los derechos humanos.
- e) El sentido común.
- f) Los comportamientos socialmente negativos.

<sup>1</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 45 y 46.

<sup>2</sup> Citados por ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, en “Problemas generales de la criminología. Su objeto y sus finalidades”. Documento de trabajo presentado para debatir en el *VIII encuentro de profesores de Criminología* (1987), sin publicar, págs. 11 y 12.

<sup>3</sup> ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, *Curso de criminología*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1983, pág. 17.

g) El control social

h) Las situaciones problemas o problemáticas<sup>4</sup>.

Este último estudio nos muestra en forma clara los cambios que se han presentado en el objeto de estudio de nuestra ciencia, pero definitivamente no explican, ni permiten comprender el por qué de esos cambios, puesto que se trata de enfoques meramente descriptivos. Pero si lo que deseamos es encontrar el objeto de estudio para una criminología latinoamericana, y más concretamente para la colombiana, definitivamente debemos abandonar esta postura y asumir otra que nos permita relacionar el objeto del conocimiento criminológico con la realidad económica, social y política dentro de la cual se desarrolla ese pensamiento criminológico. Una posición que no haga caso omiso de las realidades materiales que inducen a los hombres a plantearse soluciones de tipo técnico. A hacer ciencia, en otras palabras.

Si adoptamos la actitud inicialmente descrita para buscar el objeto de estudio de la criminología latinoamericana, tendríamos que limitarnos a seleccionar una de las diferentes corrientes enumeradas después de confrontarlas, y a evaluar sus alcances y defectos desde el punto de vista teórico. Si hacemos esto, estamos desconociendo dos aspectos fundamentales: las realidades sociales que generaron esas teorías que se desarrollaron en otros ámbitos geográficos e históricos, y también nuestra propia realidad. Esto es lo que ha sucedido con nuestros criminólogos, incluso con los críticos, excepto algunos meritorios casos: no han hecho otra cosa que trasladar teorías nacidas en otras sociedades y que solo cumplen como función desviar la atención sobre los problemas reales. Por supuesto, tal situación implica hacer ideología en su significado de falsa conciencia.

ROSA DEL OLMO, en su obra *América Latina y su criminología* nos ofrece un claro ejemplo de cómo abordar el estudio del saber criminológico, vinculándolo con la situación sociopolítica de cada formación social latinoamericana. Dice la autora citada: "El origen de la Criminología como ciencia no fue solo producto del desarrollo del pensamiento del momento, aun cuando ese desarrollo fuese reflejo de la época. Ninguna ciencia nace espontáneamente; cualquier innovación técnica es manifestación de un cambio necesario ya logrado en la praxis social y viceversa... Hemos visto cómo el camino que tomó la ciencia, especialmente cuando su objeto de estudio era el hombre, llevaba implícito un objetivo político. De allí que no sea suficiente examinar aisladamente la historia del pensamiento cuando se quiere saber el origen de una ciencia: hay que determinar por qué esa ciencia y no otra"<sup>5</sup>. Su estudio es un intento muy fructífero de mostrar cómo la criminología responde a las necesidades de expansión acorde con la ley económica de la obtención del plusvalor, y a la ley moral de la disciplina, como condición necesaria de la anterior, en la medida que bajo el ropaje científico, se determinó como objeto de estudio del saber criminológico al hombre delincuente, ocultando de esta forma el conflicto real, pues ni siquiera se mencionan la lucha de clases ni la explotación. Esta perspecti-

<sup>4</sup> ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, "Problemas centrales de la criminología"... ob. cit., págs. 2 y ss.  
<sup>5</sup> ROSA DEL OLMO, *América Latina y su criminología*, 1ª ed., México, ed. Siglo XXI, 1981, pág. 27.

va se impuso en América Latina especialmente por obra de instituciones internacionales y por la labor de destacados personajes comprometidos con las clases dominantes, quienes constituían la vanguardia de la ciencia en sus respectivos países. "Así la Criminología es producto e instrumento de la dependencia externa y por lo tanto se encuentra engranada cada vez más en estructuras políticas que carecen de legitimidad"<sup>6</sup>.

MASSIMO PAVARINI por su parte, nos ofrece una línea de análisis muy similar a la anterior. Para él "La Criminología es una ciencia burguesa nacida con la aparición del sistema capitalista de producción"<sup>7</sup>. Su metodología consiste en mostrar cómo, a través de su desarrollo, la sociedad del capital requiere diversas reglas de disciplina y orden social. La heterogeneidad del discurso criminológico, esa gran cantidad de desarrollos excluyentes, confluyen en un problema común: "cómo garantizar el orden social"<sup>8</sup>.

En sociedades diversas, son también diferentes las necesidades del orden. Así como también en sociedades muy dinámicas, como las capitalistas, las distintas exigencias de política criminal varían de una época a otra.

Veamos ahora rápidamente cómo nos explica este autor, desde esta perspectiva, la evolución del pensamiento criminológico.

Las primeras formas del saber criminológico —entendido este como control social— se presentan en el momento en que la burguesía se toma el poder político. Este conocimiento se desarrolla fundamentalmente como teoría política, como discurso acerca del buen gobierno; sobre los modos de preservar el orden, la riqueza de las naciones, la reforma penal —que constituye el aspecto más destacado pero no el único—, etc. El contrato social es el pilar de esta teoría política.

Pero para que se desarrollara el orden social que contiene la teoría política del Iluminismo, era necesario que las clases desposeídas aceptaran las reglas del juego como naturales; que aceptaran su futura condición como clase obrera. Surge para el sistema la necesidad de educar, de disciplinar una muchedumbre de campesinos expulsados de los feudos para que acepten la disciplina de la fábrica, la lógica del trabajo asalariado.

Durante los siglos XV y XVI, caracterizados por la abundancia de mano de obra expulsada del campo, que la naciente manufactura no podía absorber, la política criminal seguida fue de tipo sanguinario y terrorista —la eliminación fue la medida más común—. Pero cuando se presenta, ya en el siglo XVII, una modificación en el mercado de la mano de obra —escasez—, la política frente a las clases marginales varía. Surge la posibilidad de convertirlas en proletarias por medio del internamiento institucional —casa de corrección—, que les enseñaría la disciplina y la ética de la manufactura.

A partir de la revolución industrial, que va a implicar gran acumulación de riqueza y a su vez de miseria, los postulados políticos anteriores de los hombres

<sup>6</sup> ROSA DEL OLMO, *América Latina...*, cit., pág. 254.

<sup>7</sup> MASSIMO PAVARINI, *Control y dominación*, 1ª ed. en España, México, Ed. Siglo XXI, 1983, pág. 19.

<sup>8</sup> MASSIMO PAVARINI, *Control...*, cit., pág. 18.

libres e iguales —Iluminismo— se desbaratan. La miseria tendrá que ser aceptada como un hecho social. El pensamiento positivista se empeñará en mostrar científicamente estas desigualdades sociales, como desigualdades naturales. El malestar social va a ser explicado en un área neutral, no política, en donde la acción criminal va a ser ininteligible y por consiguiente tildada como peligrosa. Se produce así, dice PAVARINI, la primera forma de criminalización del adversario de clase<sup>9</sup>.

Este pensamiento positivista que se encargará de explicar la criminalidad en un terreno neutral, no político, tiene dos características fundamentales que orientarán el desarrollo criminológico, especialmente el europeo, hasta prácticamente la década del 60 del presente siglo:

1) La primera de ellas reside en tomar el modelo de las ciencias matemáticas, según el cual los fenómenos —la criminalidad entre ellos— se pueden explicar por relaciones de causa a efecto. Desde esta perspectiva el objeto de la criminología sería buscar las causas que generan la delincuencia.

2) La segunda en concebir al delincuente, quien ha violado el pacto social, como un ser diferente de los demás. Por consiguiente, las causas de la delincuencia tendrían que ser buscadas en el individuo.

La inicial relación entre conocimiento criminológico y cárcel, que sería el laboratorio de estudio y observación de los delincuentes, determinó que la criminología terminaría por aceptar, sin ninguna crítica, las definiciones de delito suministradas por el Derecho Penal.

Los cambios en el capitalismo presentados a finales del siglo XIX en Europa, donde los avances de la ciencia posibilitan una mayor tecnología y por consiguiente una mayor producción, traen a su vez un aspecto negativo, cual es la concentración industrial y la expulsión del mercado de las pequeñas y medianas industrias. Es la época de los monopolios de los grandes carteles financieros.

Esta situación implica un aumento de la conflictividad obrera por el crecimiento de los índices de desocupación; la renovación tecnológica encierra también una mayor división social del trabajo. Con ello el viejo tejido social unitario se rompe, se resquebraja el consenso y surge, entonces, un nuevo orden social: ¿cómo garantizar el control en una sociedad industrializada, con una alta división social del trabajo? Los estudios de DURKHEIM en Francia, los de la Escuela de Chicago y el estructural funcionalismo en EE.UU. serán los intentos de respuesta a esta nueva necesidad de orden.

Pero es en EE.UU., a partir de la década de los treinta, donde la criminología adquiere una perspectiva exclusivamente sociológica, la cual en su desarrollo va a utilizar el término “desviación”, desechando los de “delincuente” y “loco”. Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué este cambio? La respuesta la encontramos en las características mismas del desarrollo capitalista en los EE.UU.

En las primeras décadas del presente siglo la sociedad norteamericana sufre un violento proceso de industrialización acompañado de una carencia de fuerza de trabajo. Tal situación hizo posible el proceso migratorio tanto interno como

<sup>9</sup> MASSIMO PAVARINI, *Control...*, cit., pág. 42.

externo hacia las ciudades que constituían polos de desarrollo industrial, creando cinturones de miseria; la ciudad será entonces el sitio donde se reflejan con dramatismo los efectos sociales de esa transformación económica, con las secuelas de miseria, prostitución, delincuencia organizada, locura, drogadicción, alcoholismo, no integración de los inmigrantes, bandas juveniles, neurosis, intolerancia racial, marginación de los ancianos pobres, corrupción administrativa, desintegración familiar, etc. La ciudad será el nuevo escenario problemático y se convertirá en nuevo objeto de investigación. Todos estos fenómenos de malestar social, de no integración, no pueden ser comprendidos dentro del concepto de delito, ni en el de enfermedad mental. Se imponía entonces la necesidad de buscar una expresión más elástica, más maleable que permitiera cobijar los fenómenos que se presentan en una sociedad de gran dinamismo. Esa expresión fue lógicamente la de *desviación*.

Las interpretaciones dadas por los estudios que utilizan el concepto de desviación, tienen como finalidad el mantenimiento del equilibrio del sistema. No se encuentra en ellos formas institucionalizadas de oposición, no se habla de conflictos estructurales que expresen el disenso.

La desviación es tan solo una situación producto de una mala integración. En el fondo el compromiso político de esos estudios es el mismo de la criminología positivista con la sociedad anterior. La diferencia radica en que los enfoques sociológicos norteamericanos son más aptos para explicar una sociedad de mucho dinamismo, que cambia a pasos gigantescos.

La forma como la crisis del capitalismo de finales de los años veinte es superada, implicará modificaciones en la política del control social.

La esfera de circulación de mercancías va a ser intervenida por las exigencias del proceso productivo: la fábrica invade y penetra toda la sociedad, “es la sociedad haciéndose fábrica”<sup>10</sup>. El capital originará entonces el mercado del consumo por intermedio de la publicidad. La fábrica debe disciplinar todo lo social<sup>11</sup>.

Las nuevas necesidades del orden se clasificarán como de capilaridad y extensión, es el control difuso, presente a lo largo y ancho del tejido social. El obrero debe ser controlado no sólo en la fábrica, sino en el lugar donde vive; es el control total. Las exigencias de control total llevan implícitas las necesidades de una gestión tecnocrática de la sociedad. Por un lado, es indispensable controlar al capitalista individual que no quiere someterse a las nuevas leyes monopólicas de la acumulación y, por otro, debe obtenerse un control total sobre la clase obrera. Estas dos exigencias darán lugar respectivamente al estudio de la criminalidad de cuello blanco y a los estudios sobre la desviación de las clases subalternas del funcionalismo estructural.

El proceso de concentración monopolística que privilegia el capital sobre el trabajo llevará consigo la exclusión de un mayor número de personas del proceso productivo. Para que esa creciente masa de marginados no asuma una oposición política, se hace necesaria una estrategia de asistencia social —Estado de bienestar—. Así, la nueva forma de control social estará determinada por la asistencia social,

<sup>10</sup> MASSIMO PAVARINI, *Control...*, cit., pág. 72.

<sup>11</sup> Ídem.

y los mecanismos de control social primario, familia, escuela, tiempo libre, adquieren más importancia que los de tipo secundario —cárcel y manicomio—; por eso, asistimos al desarrollo de una política de apertura de estas instituciones, en busca de alternativas a la detención.

Consolidada la sociedad de consumo, sin posibilidades reales de oposición política, y donde las ventajas sociales no responden a los méritos sino a la capacidad de aparecer ante los otros, surge asimismo un método de estudio que se corresponde con esta realidad: el interaccionista. Así como el valor de cambio determina el precio de la mercancía en el mercado, que se rige por los principios de la publicidad, la estratificación social también será determinada por la capacidad de saber vender la imagen en el mercado de las relaciones e interacciones sociales. PAVARINI la llama "la estrategia de la astucia y el engaño". Se promociona igualmente un artículo de consumo como un candidato a la presidencia de la República.

En los años 60 el Estado de bienestar hace crisis. La mayor marginación que cada vez produce el sistema, el crecimiento de la burocracia estatal, llevan a una crisis fiscal cuya consecuencia inmediata es el desmonte del Estado asistencial; con ello los conflictos sociales emergen nuevamente. Sin embargo, sigue la "fuga de la práctica segregativa" —el movimiento antiinstitucional sigue vigente—.

En el ámbito psiquiátrico el manicomio tradicional es desmontado y reemplazado por asistencia privada y fármacos; en el ámbito de la prisión, cada vez menos sujetos terminan en ella. Ante la crisis fiscal el internamiento institucional resulta demasiado costoso; se impone entonces un control social en comunidad, que nada tiene que ver con exigencias resocializadoras y que, por el contrario, cada vez más justifica un control policivo. PAVARINI designa esta práctica como "una forma atípica de segregación territorial"<sup>12</sup>. Son los guetos de los marginados en las grandes ciudades, custodiados por la policía.

Con el desmonte de la segregación y la introducción del control por medio de la asistencia, la cárcel pierde su función disciplinaria, porque ahora ella se ejerce a través de lo social. Pero las cárceles subsisten con una función exclusivamente terrorista, es la cárcel de máxima seguridad destinada a los opositores políticos, para quienes no es posible un control no institucional. Esta sería para el autor la cárcel del futuro.

Los conflictos generados a causa de la crisis del Estado asistencial, se reflejan en las protestas de minorías oprimidas, como los negros, las mujeres, los jóvenes, los estudiantes, los "hippies"; en la violencia carcelaria, y en la policiva, etc., también es la época de la intervención armada en Vietnam.

Esta problemática de los años sesentas lleva a algunos criminólogos, no comprometidos con el sistema, a formular como objeto de estudio de su ciencia todas estas manifestaciones de racismo, sexismo, machismo, violencia carcelaria, imperalismo, etc., bajo la común denominación de violaciones a los derechos humanos.

<sup>12</sup> MASSIMO PAVARINI, *Control...*, cit., pág. 85.

Es el origen de los movimientos radicales, que marca el nacimiento de la Criminología Crítica<sup>13</sup>.

Hemos realizado esta rápida descripción del análisis de PAVARINI sobre el pensamiento criminológico, para mostrar cómo la ciencia —criminología— está en íntima relación con los problemas que se viven en una sociedad en un determinado momento de su desarrollo.

Si vamos a mirar el desarrollo de los países latinoamericanos constataremos una cosa: que las coyunturas económicas, políticas y sociales que dieron lugar a las diversas formas de pensamiento criminológico no se presentan en ellas.

Veamos algunos ejemplos:

1) Una teoría política semejante a la propuesta por el Iluminismo nunca la hemos tenido. Ni siquiera una reforma penal al estilo de los clásicos.

2) En Colombia, y en general en toda América Latina, no se presentó la coyuntura histórica que hizo posible la aparición de casas correccionales, que constituyeron el antecedente más inmediato de la prisión; tampoco hemos tenido nunca un trabajo penitenciario. Por ello no podemos predicar que las prisiones en nuestras sociedades contribuyeron al proceso de acumulación de capital, ni al aprendizaje de la disciplina del taller, tal como pudo ocurrir en el contexto europeo.

Cabe entonces preguntar: ¿cuál fue la función de la cárcel en las economías de capitalismo dependiente? O mejor, ¿cuál es el nexo estructural que unió a las prisiones con la organización económica y que al desarrollarse el capitalismo permitió la creación de las condiciones necesarias para que aquellas pudieran funcionar?<sup>14</sup>.

El desarrollo económico de nuestras sociedades, que no hacen su ingreso en el sistema capitalista sino ya entrado el siglo XX —y eso en algunos sectores como el comercio, pues en el de la industria solo entran en la tercera década— no exigió que estas disciplinaran una masa de campesinos para transformarla en clase obrera.

Nuestro sistema de control no fue el disciplinamiento en los términos de la racionalidad capitalista, esto es, en la adopción de la lógica del trabajo asalariado. El nuestro fue un sistema de obediencia absoluta, ciega, sustentado no por cárceles y fábricas, sino por instituciones como la encomienda, la esclavitud, y posteriormente el peonaje. Estas instituciones tienen, a nuestro modo de ver, dos características comunes:

1) Casi toda su actividad se cumple bajo la influencia de la institución religiosa.

2) Sus mecanismos de poder son tan extensos que rayan en el absolutismo, sin mayores controles, que permiten disponer casi hasta de la vida de los sectores sociales dominados.

La primera característica nos ha llevado a afirmar que desde la época de la conquista hasta el surgimiento del capitalismo, el sistema normativo más importante

<sup>13</sup> HERNÁN SCHWENDINGER y JULIA SCHWENDINGER, "¿Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?", en IAN TAYLOR, PAUL WALTON, JOCK YOUNG, *Criminología crítica*, México, ed. Siglo XXI, 1977, págs. 149 y ss.

<sup>14</sup> JESÚS ANTONIO MUÑOZ GÓMEZ, *Apuntes para un enfoque histórico de los sistemas punitivos en Colombia*, sin publicar págs. 21 y 22.

del control social era el religioso; los españoles utilizaron en forma muy acentuada la catequización. En el sistema de las haciendas subsiste todavía ese gran poder religioso en apoyo del poder del terrateniente. Las haciendas tenían su propia capilla y el cura figuraba dentro de la nómina del hacendado<sup>15</sup>.

En cuanto a la segunda característica, la posibilidad de castigar es inherente a un poder que linda con los terrenos de lo absoluto. Podríamos afirmar, en términos modernos, que existió algo así como un sistema sancionatorio *de facto* primero en poder de encomenderos y esclavistas, y luego de los terratenientes. Las preocupaciones de la Corona española en el sentido de prohibir el castigo de los aborígenes, cuando ya su exterminio era un hecho, nos confirman esta situación.

El terrateniente tenía la facultad de castigar a los arrendatarios discolos por medio de azotes y por el cepo existente en la gran mayoría de las haciendas<sup>16</sup>.

¿Cómo desconocer estos fenómenos si aún hoy en día se proyectan en nuestras instituciones y nos siguen de alguna manera condicionando? ¿Acaso esas formas de poder absoluto que empezaron cuando los españoles —para aliviar sus sentimientos de culpa ante el aniquilamiento del indígena, se preguntaron si este tenía o no alma— no se continúan con el poder del esclavista y luego con el del terrateniente? Ese mismo poder absoluto se proyecta en el autoritarismo del padre en las relaciones familiares; en el gamonal en las relaciones políticas.

Todas ellas son formas de poder, cuya contraprestación por parte de los dominados es la lealtad plena, la obediencia ciega. ¿No son estos los criterios actuales en las relaciones políticas para proveer los cargos en el sistema burocrático? ¿No son nuestras burocracias ineficaces, pero sumisas y obedientes? ¿No son también estos los criterios más importantes para seleccionar los puestos en la empresa privada? ¿No son estos, al fin y al cabo, los criterios para valorar a los buenos hijos y a los buenos estudiantes? ¿No tendrá todo esto que ver con la falta de un proceso de disciplinamiento, como ocurrió en el plano europeo bajo la lógica del trabajo asalariado, en donde se disciplina para producir? ¿No son todas estas formas de poder excluyentes de cualquier otra forma paralela de dominación? ¿No tendrá todo esto que ver con la intolerancia política, religiosa, etc., que nos ha caracterizado y que ha impregnado hasta los grupos alzados en armas que se oponen al sistema, pero que tampoco admiten disidencias? No queremos con ello afirmar que las relaciones de poder inherentes a las diferentes instituciones sean iguales, pues entre ellas también existen diferencias. Lo que queremos destacar es cómo esas relaciones de poder tienen una notoria tendencia hacia el autoritarismo.

3) El violento proceso de industrialización experimentado por la sociedad norteamericana en las primeras décadas del presente siglo, que hizo posible ese gran flujo migratorio tanto interno como externo con su secuela de conflictos sociales, tampoco se ha presentado en América Latina ni en nuestro país. Nosotros tuvimos hacia los años 30 un fallido proceso de industrialización que sacó al país de un

<sup>15</sup> SALOMÓN KALMANOVITZ, *Economía y nación*, (Una breve historia de Colombia), Medellín, Siglo XXI, 1985, pág. 142.

<sup>16</sup> SALOMÓN KALMANOVITZ, *Economía...*, cit., pág. 143.

cierto estatismo, que lo modernizó, pero que a su vez generó un conflicto político de proporciones gigantescas: La violencia. Este proceso social, tan decisivo en la vida del país, ha sido sin embargo ignorado por los criminólogos. En este período, como en otros de agudas crisis, el derecho penal no funcionó: fue sustituido por las medidas de hecho —ejecuciones sin fórmula de juicio principalmente—.

4) Nunca hemos tenido un Estado de bienestar, o algo parecido, que hiciera posible como en los Estados Unidos un control social basado fundamentalmente en la asistencia social y no en las medidas de internamiento institucional —cárceles y manicomios—. El nuestro ha sido un Estado de pobreza, de carencia que ha dado lugar a una política represiva, de terror, ante los conflictos sociales.

Esas políticas de terror las más de las veces ni siquiera se rigieron por el derecho penal. Las guerras del siglo pasado, la de los Mil Días, las luchas por la tierra, los conflictos laborales —recuérdese la matanza de las bananeras—, la violencia, y en la actualidad los conflictos con los grupos alzados en armas, nos ha demostrado hasta la saciedad que el sistema penal no es un instrumento apto para resolver los grandes conflictos sociales.

5) Tampoco hemos tenido una sociedad de consumo basada en las técnicas de promoción y publicidad que hagan posible enfoques como los del interaccionismo. Por eso tales estudios resultan para nosotros algo más que extraños.

6) El problema de los llamados “cinturones de miseria” en las grandes ciudades colombianas —guetización— se ha presentado desde los años sesentas, con particular intensidad cuando la violencia política obligó a los campesinos a abandonar sus tierras y arrimarse a la urbe rodeándola de tugurios y barrios de invasión. En las sociedades industrializadas este proceso data de los años setentas, es decir, es actual y obedece a razones diferentes: crisis fiscal del Estado que no permite prestar asistencia social, alto costo del internamiento institucional y deficiencia de la vigilancia policiva. Al paso que nuestros tugurios obedecen a la ruptura de la economía campesina y a la frustración del proceso de industrialización.

Como si lo anterior no fuera suficiente, los procesos sociales que motivaron los cambios en el objeto del estudio de la criminología no se han presentado en América Latina. Por tanto en Colombia tenemos otros problemas propios:

1) *La dependencia económica, política y cultural*. Con el signo de la dependencia estamos marcados desde la conquista española. “Es América Latina la región de las venas abiertas. Desde el descubrimiento hasta nuestros días, todo se ha trasmutado siempre en capital europeo, o más tarde, norteamericano, y como tal se ha acumulado y se acumula en los lejanos centros del poder. Todo: La tierra, sus frutos, sus profundidades ricas en minerales, los hombre y sus capacidades de trabajo y de consumo, los recursos naturales y los recursos humanos. El modo de producción y la estructura de clases de cada lugar han sido sucesivamente determinados, desde fuera, por su incorporación al engranaje universal del capitalismo. A cada cual se le ha asignado una función, siempre en beneficio del desarrollo de la metrópoli extranjera de turno, y se ha hecho infinita la cadena de las dependencias sucesivas, que tiene mucho más de dos eslabones, y que por cierto también comprende, dentro de América Latina, la opresión de los países pequeños por sus vecinos mayores

y, fronteras dentro de cada país, la explotación que las grandes ciudades y los puertos ejercen sobre sus fuentes internas de viveres y mano de obra<sup>17</sup>.

Es indudable que los problemas de la dependencia condicionan el tratamiento que los países latinoamericanos le dan a la política estatal y por supuesto a la política criminal en beneficio de los intereses de la metrópoli. Veamos algunos ejemplos:

a) En el conflicto de las bananeras, el gobierno se apresuró a enviar el Ejército en apoyo de los intereses de la compañía extranjera, y no contento con esto, por medio de un decreto declaró a los huelguistas "cuadrilla de malhechores".

b) A partir de los años sesentas la metrópoli ha desarrollado como política general la doctrina de la seguridad nacional "bajo el lema de la defensa de la civilización cristiano-occidental y, por tanto la división hacia el interior del país de enemigos y amigos y consecuentemente la aplicación de las leyes de la guerra al enemigo y su total exterminio. Desde esta perspectiva el delincuente por naturaleza o nato pasa a ser el disidente político y social"<sup>18</sup>.

c) Frente a problemas actuales como el narcotráfico, la situación se hace notoria. La metrópoli nos ha vendido la imagen del problema moral que presenta una juventud adicta, como justificación de la lucha contra la droga. Nunca se ha dicho nada acerca de la gran cantidad de dólares que salen de la metrópoli hacia la periferia y que podrían mejorar nuestras maltrechas economías. Recuérdese que varios narcotraficantes prometieron pagar la deuda externa de sus respectivos países si se les dejaba comercializar libremente la droga. No es difícil imaginar el grado de independencia que le da a cualquier país el no tener que depender del crédito de la banca internacional.

So pretexto de la lucha contra el narcotráfico se ejerce un control sobre la conflictiva área del Caribe —Cuba, Nicaragua, El Salvador, Guatemala—. La firma de un tratado de extradición lesivo de la soberanía nacional e inconveniente para los colombianos, quienes no tienen garantía de ser juzgados imparcialmente en EE.UU., es otra faceta del problema.

d) Desprotección de bienes jurídicos importantes que resultan afectados por la acción de las empresas transnacionales, como daños al medio ambiente y atentados contra la salud e integridad colectivas. Este último bien jurídico es lesionado por la comercialización de medicamentos prohibidos en los Estados Unidos debido a sus consecuencias secundarias, y que no obstante ello se venden en nuestro país sin ninguna restricción ni control<sup>19</sup>.

Estos son solo algunos ejemplos relacionados con la cuestión criminal. No olvidemos que las imposiciones de mayor trascendencia se encuentran en lo económico y político.

<sup>17</sup> EDUARDO GALEANO, *Las venas abiertas de América Latina*, 32ª ed., Bogotá, Siglo XXI, 1981, págs. 2 y 3.

<sup>18</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Criminología crítica y derecho penal latinoamericano", en *Criminología crítica I Seminario*, Medellín, 1984, pág. 168.

<sup>19</sup> Véase a EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "El dumping de productos farmacéuticos", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. V, núm. 18, págs. 257 y ss.

2) *El segundo gran problema común de los países latinoamericanos es el subdesarrollo, no solo económico, sino también político y social*<sup>20</sup>. El subdesarrollo les da a los problemas sociales una característica especial que bien podemos considerar de negatividad. Es decir, los agrava. Por ejemplo, en los países industrializados podemos plantear el problema de las cárceles en términos de que no resocializa. En nuestros países habría que decir que las cárceles aniquilan tanto moral como físicamente a los internos.

Algo similar ocurre en otras instituciones como la Policía, la Judicatura, la Asistencia Social, etc. En síntesis, el subdesarrollo lo deforma todo<sup>21</sup>.

Nos parece que no es posible entender la cuestión criminal en América Latina si no se tienen en cuenta la dependencia y el subdesarrollo<sup>22</sup>. Podríamos entonces hablar de un paradigma de la dependencia y el subdesarrollo para comprender el control social en los países de América Latina, puesto que se trata tal vez de los únicos rasgos comunes entre ellos. Lo anterior sin desconocer las características propias de cada formación social.

## II. NUESTRO PLANTEAMIENTO

Consideramos que ni siquiera un análisis que muestre en detalle las estrechas relaciones entre el pensamiento criminológico y las necesidades de orden de una sociedad, sería suficiente para hacer comprender íntegramente el porqué del desarrollo de unos estudios y otros no. Es decir, ellas serían condiciones necesarias más no suficientes para explicar el fenómeno. El surgimiento de una ciencia no es el simple reflejo mecánico de las situaciones económicas, sociales y políticas que se viven.

Veamos algunos aspectos que nos pueden ejemplificar esta afirmación:

a) ¿Cómo explicar la adopción del paradigma etiológico, según el cual la criminología buscaría las causas de la delincuencia? Limitarnos a decir que simplemente adoptó el modelo de las ciencias naturales entonces dominantes, no hace más que trasladar el problema a otra área: En la filosofía, la causalidad ya había sido sometida a crítica; y en las ciencias naturales, desde principios de siglo, los avances de la física cuántica llegaron a negar la validez de la ley causal<sup>23</sup>.

b) ¿Cómo explicar también, desde el exclusivo punto de vista de los condicionantes materiales, la superación del paradigma causalista a partir del enfoque interaccionista, según el cual "lo desviado no es una cualidad ontológica de ciertos comportamientos, sino apenas un calificativo?"<sup>24</sup>; esto es el producto de una defi-

<sup>20</sup> Véase a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Criminología y derecho"..., ob. cit., pág. 168.

<sup>21</sup> ROSA DEL OLMO, *América Latina*..., cit., pág. 152.

<sup>22</sup> Véase ROSA DEL OLMO, *América Latina*..., cit., pág. 123; y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Criminología y derecho"..., ob. cit., pág. 167.

<sup>23</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 44.

<sup>24</sup> EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 2.

nición, hasta llegar a la siguiente afirmación de BARATTA: "La pretensión de la Criminología tradicional, de efectuar una teoría de las condiciones (o causas) de la criminalidad no está justificada desde el punto de vista epistemológico. Una investigación de las causas no es procedente con respecto a objetos definidos por normas, convenciones o evaluaciones sociales e institucionales. Aplicar a objetos de este tipo un conocimiento causal naturalista, produce una reificación (sic) de los resultados de esas definiciones normativas, considerándolas como 'cosas' existentes independientes de estos. La 'criminalidad', los 'criminales' son sin duda alguna objetos de este tipo: resultan impensables sin la intervención de procesos institucionales y sociales de definición, sin la aplicación de la ley penal por parte de las instancias oficiales y por último sin las definiciones y reacciones no institucionales"<sup>25</sup>.

c) Por último, ¿cómo explicar los compromisos de los criminólogos positivistas con el sistema, al atribuir la criminalidad a causas que se encontraban dentro del sujeto y esconder de esta forma los conflictos sociales? ¿O el de los funcionalistas, cuyos análisis jamás terminan en un cuestionamiento político del sistema que permita su superación, sino que las soluciones planteadas son ajustes al sistema? ¿O el compromiso de los criminólogos críticos de superar definitivamente el sistema y crear una nueva sociedad más justa?

Llegados a este punto, debemos reconocer que el conocimiento criminológico no es solamente el producto de los condicionantes materiales, sino que en él influyen las concepciones particulares del científico acerca de la sociedad, el Estado, la ley e, incluso, de lo que es la propia ciencia, etc. Es decir, influye la ideología.

PAVARINI utiliza la ideología que está sobre la base de la producción "científica" para sistematizar y exponer en algún orden la heterogeneidad de los discursos criminológicos. Nosotros queremos utilizar la ideología como uno de los dos requisitos que se deben observar para buscar un contenido propio a nuestra Criminología.

Para interpretar el mundo, hacerlo inteligible y darle alguna coherencia, el hombre establece una jerarquía de significados organizados más o menos sistemáticamente, que van a influir también en el conocimiento científico<sup>26</sup>. "En el corazón de cada teoría científica permanece para siempre un conjunto de principios organizadores que influirán en las conclusiones, en los descubrimientos, porque estos principios sugerirán ellos mismos los problemas a afrontar, así como el tipo de soluciones a buscar"<sup>26</sup>. No tener en cuenta estos principios implica creer que ella es objetiva, neutral, cuando en realidad el investigador tiñe de subjetividad el objeto investigado. Y no puede ser de otra manera, porque le resulta imposible desprenderse de sus valores, de sus preconcepciones, de sus prejuicios.

En otros términos, debemos asumir una posición crítica que nos permita:

a) Una definición política, tal cual lo reclaman los criminólogos críticos. Así, ROSA DEL OLMO en su última publicación expresa: "El problema de la Criminolo-

<sup>25</sup> ALESSANDRO BARATTA, "Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa", en *Criminología crítica I Seminario*, Medellín, 1984, págs. 3 y 4.

<sup>26</sup> MASSIMO PAVARINI, *Control...*, cit., págs. 20 y 21.

gía Crítica Latinoamericana y por ende de los criminólogos críticos latinoamericanos es el plantearse la necesidad de la definición política, concretizada en la necesidad de la alternativa revolucionaria (y no solo de una política criminal alternativa)"<sup>28</sup>.

No albergamos duda de que la finalidad para los criminólogos críticos ha de ser un nuevo orden social más justo. Pero para el caso latinoamericano, la lucha por la superación del sistema debe estar acompañada de un modelo de sociedad que nos oriente, nacido de sus propias entrañas. En este punto la criminología crítica latinoamericana flaquea. No ha construido ese modelo. No ha elaborado su propia utopía, porque ha olvidado, o mejor, desconoce su propia historia.

b) La superación del paradigma etiológico y la concentración de sus estudios en el contrato social, partiendo de los procesos de criminalización, pero que no se quede en ellos, sino que vaya más allá, para no perder la noción de totalidad. Pensamos que no basta lo afirmado por EMIRO SANDOVAL, en el sentido de mirar los procesos de criminalización como formando parte de un fenómeno más general, el control social. Es necesario que la criminología estudie otros procesos paralelos a los de criminalización, que también contribuyen a la reproducción de una sociedad estratificada verticalmente, que producen marginación, desigualdad, que en veces se relacionan estrechamente y que por último utilizan un similar mecanismo de funcionamiento.

Hablar aquí de control social no obedece, de un lado, a la existencia de un control difuso, presente a todo lo largo del cuerpo social, como ocurrió en los países industrializados, sino a las exigencias de una postura que no quiere perder la noción de totalidad, y, de otro, a la valoración negativa de nuestros sistemas de control social. Es decir, no pretendemos estudiar porque sí el control social, pues ellos son inherentes a cualquier tipo de sociedad.

c) Un enfoque histórico del control social, porque es la única forma de comprender quiénes somos, de dónde venimos y para dónde vamos. Para formular una alternativa realista de cambio es necesario conocer la historia de los conflictos y de las "soluciones" que se les ha dado. Para nosotros resulta totalmente imposible comprender un fenómeno social, si no se le ubica en su justo medio histórico.

d) Adoptar una postura y elegir con base en ella y con base en los problemas reales de la población un objeto de estudio, implica de por sí adoptar un método específico de investigación. Pero este, además de no ser el tema del presente trabajo, requiere un detenido estudio dada su complejidad.

### III. CONCLUSIONES

De lo anterior podemos concluir que la criminología latinoamericana tiene como objetos de estudio prioritarios los siguientes:

<sup>27</sup> MASSIMO PAVARINI, *Control...*, cit., pág. 21.

<sup>28</sup> ROSA DEL OLMO, y ARGENIS RIERA ENCINOZA, *Hacia una criminología de las contradicciones*, Caracas, Ed. Italgráfica S.R.L., 1985, pág. 70.

*Primero:* Rescatar la historia de nuestros sistemas de control social, desde la perspectiva crítica, de tal manera que nos permita superar el atraso cultural en que nos encontramos.

*Segundo:* El control externo, estatal o por medio de empresas multinacionales hacia el Estado dependiente. Esto es, desentrañar los mecanismos de explotación de nuestros recursos naturales y humanos y la imposición velada o por la fuerza de determinadas formas de gobierno. Estudiar, en fin, el crimen del imperio que expropia nuestros recursos y nos deja el subdesarrollo con su secuela de hambre y miseria. Y además nos impone gobiernos dictatoriales en algunos casos.

*Tercero.* La problemática actual del control social interno, que *comprende:*

a) *Los procesos de creación de la ley:* Institución que la elabora y extracción social de sus miembros. Criterios para seleccionar qué va a la ley penal y qué a otras ramas del derecho. Intereses jurídicos que se protegen y grado de tutela que se les da. Conductas que deben ir al derecho penal por ser socialmente negativas.

b) *El proceso de aplicación de la ley* que incluye:

1. Control policivo y penal para la delincuencia ordinaria con sus mecanismos selectivos.

2. Control militar especialmente para la disidencia política. Justicia penal militar y militarización de la sociedad colombiana.

3. Terrorismo de Estado: ley de fuga, torturas, allanamiento, desapariciones, justicia *de facto*.

4. Formación de grupos paramilitares.

5. Violencia carcelaria y funciones reales de la prisión.

c) Otros sistemas normativos en su función reproductora del orden social, especialmente el sistema educativo, el sistema siquiátrico y los medios de comunicación social y sus relaciones con el sistema penal.

*Cuarto:* Construir, conforme los postulados de la teoría crítica, un modelo de sociedad posible para los países latinoamericanos y que permita orientar las luchas por la liberación y la autodeterminación.

Como reflexión final queremos expresar que, de acuerdo con lo expuesto, no existe un único e inmutable objeto de estudio de la Criminología; él ha variado de acuerdo con las necesidades de orden de la sociedad capitalista, mirado con los ojos del poder. Ahora queremos que su objeto esté determinado por las necesidades reales de la población, la primera de las cuales es la liberación del imperio, como requisito indispensable para construir un orden social más justo. Mañana, quizás, tendremos que asumir otros problemas como objeto de reflexión criminológica.

## SECCIÓN DE FORO HISTÓRICO

## NULIDAD POR JUZGAMIENTO DE INIMPUTABLES CON INTERVENCIÓN DE JURADO DE CONCIENCIA\*

DR. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA\*\*

“Uno de los presupuestos insustituibles para que se pueda juzgar la conducta de una persona con la intervención de jurados de conciencia y sea factible aplicarle una pena, en lugar de una medida de seguridad, radica en la comprobación, en forma que no deje duda atendible, de su condición de imputable, esto es, que, al momento de cometer el hecho que se le atribuye, tenía capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión”. C. S. de J. casación de 10 de julio de 1984 (M. P. dr. DARIO VELÁSQUEZ GAVIRIA. En *Jurisprudencia Penal 1984*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1985, pág. 207)

### 1. INTRODUCCIÓN

El 10 de julio de 1984, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del dr. DARIO VELÁSQUEZ GAVIRIA, casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín del 25 de agosto de 1981, por la cual esta corporación, al reformar la dictada el 6 de abril de ese mismo año por el Juzgado 2° Superior, condenó a J. G. S. a la pena principal de 16 años de prisión, como responsable del delito de homicidio agravado, cuando el *a quo* lo había condenado a la medida de *internación* en establecimiento psiquiátrico, acogiendo el veredicto del jurado que había afirmado la responsabilidad “en estado de intoxicación crónica”.

El fallo del *Tribunal desestimó la peritación psiquiátrica* efectuada en la audiencia pública, que dictaminó la comisión del ilícito en estado de inimputabilidad, alegando que no fue verificada dentro de los momentos procesales indicados, como eran la etapa del sumario y el período probatorio de la causa, durante los cuales pudo haberse realizado con todos los requerimientos que su propia naturaleza demanda. La Corte declaró la *nulidad* de la actuación a partir del auto que señaló fecha para la celebración de la audiencia pública con intervención de jurados de conciencia, inclusive.

\* El expediente sobre el cual se ha realizado el presente trabajo se encuentra radicado bajo el núm. 8.767 en el Juzgado 2° Superior de Medellín. El proceso concluyó con sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, el 22 de marzo de 1985, imponiéndosele al condenado un mínimo de seis meses de medida de seguridad al tenor del art. 95 del C. P. En la actualidad goza de libertad vigilada de conformidad con el art. 97 del C. P.

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

Conscientes del interés jurídico que encierra la casación mencionada, resaltaremos los hechos más importantes acaecidos durante el trámite de las instancias y en la Corte Suprema.

## 2. PRIMERA INSTANCIA

El proceso se tramitó en primera instancia ante el Juzgado 2° Superior de Medellín. Los hechos de mayor relevancia producidos en esta instancia fueron:

2.1. *Hechos.* J.G.S. se encontraba recluso en la Cárcel Distrital de Bellavista, ubicada en el municipio de Bello, descontando una pena de 34 meses de prisión. El día que sucedieron los hechos, es decir, el 9 de agosto de 1976, S. empuñó un radio y con el producto adquirió un frasco de "Baygón" y unas pastillas de "apacil" con el propósito de suicidarse esa noche. Escribió una nota para sus familiares y hacia las dos de la mañana, cuando todos sus compañeros estaban dormidos, inclusive el occiso, quien compartía con él su colchón; llamó al interno J. H. T. D., le comunicó lo que iba a hacer, agregándole que iba a dar muerte a su compañero de cama porque le había robado ciento sesenta pesos y le solicitó que hiciera llegar a su familia esa nota, otros escritos y unos objetos de su propiedad que le entregó.

Como T. trató de disuadirlo de su nefasto propósito y se encaminó hasta la puerta del dormitorio común para llamar al cabo que vigilaba esa noche, S. bebió el "Baygón", fue al baño y quebró una botella y con la parte que quedó en su mano se avalanzó sobre J. V., su compañero, quien se encontraba dormido, le propinó tres heridas, una de ellas en el cuello, que le causó pocos minutos después la muerte.

2.2. *Primer dictamen médico.* El primer concepto médico-legal proferido en este proceso, estuvo a cargo del médico general del Centro de Salud del Municipio de Bello, quien dictaminó:

"Por el estudio efectuado por mi persona de dicho sumario se desprende que el sindicado es una persona drogadicta desde hace bastante tiempo, pero en el momento del crimen la intoxicación no era en extremo (coma) ya que los fármacos ingeridos por dicha persona como es el apacil: que es un hipnótico, sedante y relajante muscular, su acción comienza a los 15 o 20 minutos de ingerida la droga y se prolonga de 6 a 8 horas, la dosis hipnótica va seguida de un despertar lúcido y eufórico sin producir somnolencia ni obnubilación, la dosis para un insomnio rebelde es de 1-2 comprimidos.

"En la intoxicación aguda se presenta: en las leves excitación muy parecida a la embriaguez pero no está enteramente inconsciente, en la intoxicación crónica se parece al alcoholismo crónico y presenta marcha de ebrio, disartria, hay trastornos del juicio y de la afectividad, irritabilidad.

"El fósforo rojo no es tóxico de por sí, pero se transforma en los tejidos en fósforo blanco que sí es tóxico.

"La intoxicación con insecticidas organofosforados produce cefalea, náuseas, cólico abdominal con diarrea, astenia, sialorrea, convulsiones, trastornos visuales y pérdida

de la consciencia, lo cual era (sic) los síntomas que presentaba en el momento de trasladarlo a la Policlínica.

"En cuanto a su comportamiento siquiátrico que viene desde tiempo atrás sugiero que sea visto por médico especialista en siquiatría para un buen informe ya que dicho diagnóstico se escapa de mi profesión de médico general".

Terminada la etapa instructiva, el juzgado de conocimiento profirió en contra del sindicado auto de enjuiciamiento por el delito de homicidio con las circunstancias de agravación derivadas de la premeditación y el aprovechamiento de las condiciones de indefensión en que se encontraba la víctima al momento de ser lesionada y con tramitación ante jurado de conciencia (abril 12 de 1978).

2.3. *Se surte recurso de apelación.* En virtud del recurso de apelación interpuesto por el sindicado contra el auto de enjuiciamiento, el proceso fue remitido al Tribunal Superior de Medellín.

El Fiscal 4° de la corporación (dr. Mauro Trujillo Trujillo) solicitó la confirmación del auto recurrido, pero advirtió que no estaba debidamente acreditado que el procesado hubiese premeditado la muerte de su compañero de reclusión y agregó lo siguiente, en cuanto a las condiciones síquicas en que presumiblemente actuó:

"Un aspecto que puede suscitar controversia es el estado de intoxicación que pudo haber sufrido el acusado al momento de cometer el hecho. A este respecto existe un informe médico que transfiere para horas después de apurar la toma de 'Baygón' los efectos del alucinógeno, descartando, de este modo, que lleve al caso del artículo 29 del Código Penal.

"Sin embargo, sería conveniente que en la etapa del juicio, médicos legistas dictaminaran sobre aquello".

El Tribunal, con ponencia del Dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ, confirmó el proveído impugnado, con modificación en cuanto a una de las circunstancias de agravación atribuidas en la providencia apelada, pues estimó que se trataba de la alevosía (num. 5° del art. 363 del C. P. anterior) y no del simple aprovechamiento de la indefensión existente (num. 6° ibídem).

En cuanto a los aspectos síquicos, a los cuales aludió el fiscal, dijo la corporación:

"No se puede arribar a conclusión distinta de que el acusado S., consciente y voluntariamente, degolló a J. L. V. a raíz de que creía que este le había sustraído ciento sesenta pesos. Lo de la ingestión del Baygón, lo tomó para disimular o para desfogar sus instintos. Estaba acostumbrado a doparse sin que esto equivalga a afirmar que no gozaba de la plenitud de sus facultades mentales en el mismo instante en que le abrió la yugular con un vidrio a quien dormía profundamente en su propio 'cambuche'. Y esperó que la víctima durmiera para matarla; él mismo confiesa que se quedó levantado escribiendo boletas y arreglando cosas para enviar a sus familiares dizque porque iba a quitarse la vida esa noche, cuando en realidad hacía el plan y preparaba el homicidio del inerte recluso amigo suyo. De bastante significado aparece el hecho de que lo tuviera por la noche a su lado en el cambuche. Es que hay que examinar la vida pasada del procesado que es un abismo de iniquidades; de asombrosa capacidad moral para delinquir. Así,

pues, demostrada en la anterior forma la responsabilidad penal, no queda otro camino que el de confirmar el vocatorio a juicio apelado... No hay solicitudes formuladas a la Sala fuera de la que hizo el señor Fiscal colaborador, pero está claro que el procesado obró con pleno goce de sus facultades mentales y por tanto no hay lugar a que se le considere inmerso dentro del artículo 29 del Código Penal. Por tanto, el llamamiento a juicio es con jurado de conciencia como lo dijo el Juzgado de instancia".

2.4. *Segundo dictamen médico producido en la audiencia pública. Veredicto y sentencia.* Durante el periodo probatorio de la causa no fue solicitada ni decretada prueba alguna.

Sorteados los jurados y señalada fecha para la audiencia pública, el defensor de oficio, con las premisas de haber encontrado "un tremendo vacío probatorio en lo atinente a las circunstancias sicofísicas en que se hallaba el autor del hecho cuando este se cometió", solicitó la práctica de un examen siquiátrico del procesado para establecer, sin lugar a dudas, su inimputabilidad o imputabilidad al momento de cometer el hecho.

El juzgado al encontrar conducente la prueba pedida, la ordenó para que se produjera dentro de la audiencia pública, acto al cual debía concurrir el siquiatra y en cuyo desarrollo debía rendir el dictamen.

El perito, siquiatra forense al servicio de la seccional del Instituto de Medicina Legal de Medellín, rindió dictamen y lo remitió al juzgado de conocimiento, mas no concurrió a la audiencia pública, inasistencia que explicaron debidamente los directivos del Instituto.

En su peritazgo, dijo el siquiatra:

"El perito se ha enterado del concepto emitido... por el médico general, en el cual describe los efectos tóxicos de organofosforados y quisiera el perito añadir como detalle útil, el hecho de que en ello, debido al aumento de secreciones pulmonares hay merma en la ventilación y por lo tanto se produce una baja en la oxigenación sanguínea que impide en la capacidad de raciocinio a nivel cerebral, por que la neurona no recibe un suficiente aporte de oxígeno.

"...

"El perito, de acuerdo con los informes que ha extractado de los hechos sumariales, debe llegar a la conclusión conceptual de que en el momento de la comisión de los hechos S. se encontraba en estado de intoxicación crónica por el uso de metacualonas y marihuana, y que en el momento mismo de los hechos se encontraba en un estado de intoxicación aguda producida por la ingestión de Baygón y que fue previa a la consumación del hecho motivo del sumario.

"...

"Para efectos entonces de la pregunta formulada por el Despacho, el perito conceptúa que en el momento de comisión de los hechos S. se encontraba en estado de intoxicación crónica inducida por el consumo de marihuana y de metacualonas, circunstancia esa contemplada en el artículo 29 del Código Penal. Su tratamiento debe ser hecho en medio hospitalario, alejándolo completamente del tóxico (que aún sigue consumiendo) bajo supervisión médica y con medicación adecuada".

Con fundamento en la anterior peritación, solicitó el defensor la *anulación* de lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive, a fin de que se dispusiera el enjuiciamiento de S. sin intervención de jurado de conciencia, dada su condición de *inimputable* al momento de cometer el hecho.

El juez no decretó la nulidad impetrada estimando que el examen pericial que había sido practicado en la etapa sumarial permitía afirmar no solamente la normalidad síquica del procesado, sino el preordenamiento del plan que había trazado para eliminar a V.

Además, el nuevo peritazgo carecía aún de la plenitud de su validez, pues fue ordenado para producirse y controvertirse dentro de la audiencia pública (C. de P. P., art. 513), por lo cual estaba todavía pendiente al menos su ratificación en aquella oportunidad procesal.

En la vista pública, tanto el fiscal como el defensor apoyaron sus intervenciones fundamentalmente en el dictamen rendido por el siquiatra forense y solicitaron a los jurados una respuesta afirmativa al cuestionario, pero con la especificación de que S. había actuado dentro de las circunstancias del art. 29 del anterior Código Penal.

Los jueces de conciencia accedieron a lo pedido y respondieron de la siguiente manera:

"Si es responsable, pero en estado de intoxicación crónica, circunstancia contemplada en el artículo 29 del Código Penal".

El juzgado acogió la veredicción, y en sentencia de abril 6 de 1981 impuso al procesado la medida de *internación* en establecimiento siquiátrico o clínica adecuada por un mínimo de dos años, la cual habría de suspenderse posteriormente y en forma condicional, cuando se estableciera la recuperación de la normalidad síquica del sentenciado.

### 3. SEGUNDA INSTANCIA

Por vía de consulta conoció el Tribunal Superior de Medellín (con ponencia del dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ) de la sentencia, y apartándose del concepto de su colaborador fiscal (dr. JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ L.), quien solicitó su confirmación, la modificó para tener al procesado como persona imputable e imponerle pena de dieciséis años de prisión en lugar de la medida de seguridad. Esta decisión fue adoptada por mayoría (dres. TABORDA PEREÁÑEZ y JOSÉ AGUILAR PARDO), pues uno de los integrantes de la Sala, el dr. ÉDGAR TOBÓN URIBE, salvó el voto.

Expuso el ponente, en fallo del 25 de agosto de 1981, refiriéndose a la peritación siquiátrica conocida en la audiencia pública:

"En relación con la procedencia de esta prueba, decretada para ser practicada durante la audiencia, importa significar lo siguiente: durante la audiencia o debate se pueden practicar dos clases de pruebas: a) las decretadas durante el periodo probatorio, pero

que no se realizaron, y b) las pedidas expresamente para que se practiquen en la audiencia. Del primer caso trata el art. 502 del C. de P. P., y del segundo el 513 *ibidem*. El primer evento se refiere a toda clase de pruebas idóneas, y el segundo se restringe a los peritos y testigos. Y si bien es verdad que la jurisprudencia y la doctrina han entendido que durante el debate oral las personas intervinientes en el proceso pueden presentar las pruebas que consideren convenientes, no lo es menos que una pericia siquiátrica como la solicitada en este proceso no podía cumplirse durante la audiencia por la elemental razón de que ella, dada la naturaleza de la prueba, requiere para buscar la relación entre el estado mental y el delito mismo la reconstrucción cabal de la dinámica del comportamiento, que exige no solo la narración histórica del hecho delictuoso, sino el examen y análisis de la vida del sindicado y la conducta realizada por él antes, durante y después del delito; exámenes de medicina general, clínica y, desde luego, exámenes desde el punto de vista psicológico y siquiátrico que permitan sacar conclusiones entre la eventual enfermedad y la relación o nexa con la conducta delictuosa. Este dictamen tiene que presentarlo el perito, por escrito, y debe ser puesto en conocimiento de las partes por cinco días para que el experto lo explique, amplíe o rinda con mayor claridad; derecho de petición que también tiene el juez de conocimiento (C. de P. P., arts. 275 y 276).

“La audiencia pública es por naturaleza un debate oral en donde las personas intervinientes controvierten la prueba de responsabilidad aportada al proceso, por modo que un perito siquiatra puede ser citado a la audiencia —como regla general— para que haga relación a una pericia de tal índole ya realizada en el curso de la investigación o en el plenario, o para que conteste objeciones a la misma (art. 277 *ibidem*).

“Excepcionalmente el experto siquiatra puede ser requerido al debate oral para que dictamine sobre la sanidad mental del imputado al momento de celebrarse la audiencia, pero no para determinar si a la época de la comisión del hecho estaba el procesado en capacidad de entender y de querer un determinado comportamiento. Ese elemento de convicción tiene para su práctica una etapa procesal distinta, con la importante secuela de que, según el resultado, determina el trámite a seguir en la audiencia. Ahora bien, si de un examen médico o de una pericia siquiátrica resulta que el procesado padece enfermedad que lo imposibilita para actuar en ese acto de juzgamiento, el juez aplaza la audiencia por un término prudencial. Pero obsérvese que la pericia en este caso dice relación al momento de la audiencia y no de la comisión del hecho. Para este último evento —época de la realización de la conducta punible— existen oportunidades procesales claramente determinadas en el sumario y en el juicio, con la advertencia de que, en este último evento (pruebas en la causa), es preciso determinar la conducencia de ellas.

“La prueba siquiátrica solicitada con antelación a la audiencia no era conducente. Y no lo era, porque ya se sabía, por las constancias procesales, que el sindicado lo que procuró con la ingestión del Baygón y del Apacil fue darse valor o ánimo para vencer sus escasos frenos inhibitorios a fin de cometer el delito. En otras palabras, él quería, buscaba colocarse en un estado mental que le facilitara la conducta que con plena conciencia pensó y manifestó realizar”.

Se fundamenta la conclusión anterior en el testimonio de H. T., al afirmar este que cuando trató de aconsejarlo (al procesado), “me contó que se había tomado un frasco de Baygón y que iba a agredir al señor V. por la falta que le había cometido; yo le dije, que no estaba seguro que el había sido el que le

había robado, pero él me contó que todo estaba decidido y que él ya había tomado la determinación...”.

Prosigue la sentencia:

“Solo en vísperas de la audiencia pública, cuando ya la prueba siquiátrica resultaba extemporánea e inconducente a demostrar el proceso causal de la conducta punible, vino a solicitarla, sin dar oportunidad a controvertirla y como para que el jurado la apreciara en conciencia. Infortunadamente el juez la decretó y fue entonces cuando el nuevo perito conceptuó que «en el momento de comisión de los hechos S. R. se encontraba en estado de intoxicación crónica...». Esa prueba, además de no haber sido legalmente producida, pugna con el otro concepto pericial que afirma que la intoxicación no era extrema; que la acción del Apacil comienza a los 15 o 20 minutos de ingerida la droga, y, contra la prueba testimonial que plenamente establece que la conducta homicida fue inmediata a la ingestión del Baygón, vale decir, que aún ni siquiera había empezado el proceso de intoxicación.

“Pero, sobre todo, y aceptando de barato que el homicidio se hubiera cometido dentro de un estado de intoxicación, en nada favorecería la responsabilidad penal del sindicado, pues ese sería un estado provocado voluntariamente por él a fin de darse fuerza o valor para realizar la conducta conscientemente querida. Sería, como lo denomina el nuevo Código, un «trastorno mental preordenado», en el cual se responde por el dolo o la culpa en que se hallare el agente respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación...”.

“La sintomatología de la intoxicación se hizo patente transcurrida más de media hora cuando el sindicado fue conducido a la policlínica. Y además, aceptando en gracia de discusión que hubiera obrado dentro de un estado de intoxicación, se estaría en la situación denominada en la doctrina «acciones libres en su causa», en las cuales el delito es realizado en un estado transitorio de inconsciencia que ha sido provocado voluntariamente por el agente a fin de darse fuerzas para cometerlo...”.

Finalmente anota la sentencia, citando jurisprudencias de la Corte Suprema, que al jurado de conciencia no le es dado, por no tener atribuciones para ello, pronunciarse en sus veredictos sobre la condición de inimputable de una persona sometida a juicio con su intervención<sup>1</sup>.

Hemos dedicado especial atención a los aportes de la sentencia del Tribunal Superior, por la sustentación jurídico-procesal que se hizo para desestimar la peritación siquiátrica, y por la reiterada referencia que en la misma se hace de la providencia de la Corte Suprema, cuyos aspectos más importantes resaltaremos más adelante.

El dr. ÉDGAR TOBÓN URIBE, al apartarse de la decisión mayoritaria puso de manifiesto, en su salvamento de voto, los antecedentes que vinculaban a S. al consumo de marihuana, las reiteradas entradas a la cárcel, lo cual vino a constituir para él un estado psicológico de “permanente reclusión”, con la secuela de desespero y de amargura o resentimiento que ello implica.

<sup>1</sup> T. S. de M., sentencia del 25 de agosto de 1981. Magistrado ponente, dr. JAIME TABORDA PEREAÑEZ, en *Crónica Judicial*, núm. 312, años 1983-1985, págs. 345 a 349.

Sostiene que el caso tratado en la sentencia de la corporación, al cual alude el fallo de la mayoría (sentencia de octubre de 1980), difiere del que ahora se juzga, pues en aquel los dictámenes descartaron siempre la anormalidad siquica del enjuiciado al momento de realizar los hechos.

No comparte tampoco la opinión de sus compañeros de Sala en cuanto al trastorno mental preordenado, pues la forma como actuó S. no responde a los ejemplos clásicos de esa figura de contenido jurídico y siquiátrico.

Sobre los anteriores aspectos expone:

“Con esta óptica, de minimizar lo de la ingestión de Baygón, se aplicó la tesis mayoritaria de la *actio liberae in causa*, estipulada en el art. 32 del C. P. (‘trastorno mental preordenado’) que desarrolla como un «estado transitorio de inconsciencia que ha sido provocado voluntariamente por el agente a fin de darse fuerza para cometerlo», apreciación sensiblemente equivocada, a mi modo de ver, como que desperdicia dos factores: el uno, que el ejemplo clásico de la figura lo es el de la persona que planea embriagarse para de esta manera —única que le permite su constitución irresoluta— proceder a ejecutar lo que con plena lucidez no alcanza a efectuar, o de quien se hace hipnotizar previamente para cometer un crimen. No hay comparación con la ingestión del Baygón: tóxico letal, mortal, de efectos desastrosos, solo que S. apenas alcanzó a ingerir breve cuota del líquido, siendo su propósito central —lo otro— quitarse la vida, envenenarse, y de paso segar la de su adversario.

“Hay prueba rotunda de la seriedad de los planes suicidas. En ese estado febricitante, ¿cómo acomodarle lucidez mental? Sufrió tremendo desequilibrio mental al tomar la determinación de intoxicarse, por la depresión y desolación que los documentos ya enumerados denuncian. El acto tremendo del degollamiento del infortunado compañero de pabellón y ‘cambuche’, traduce sumo desespero y completo desequilibrio: en su historia de recluso es excepcional el atentado contra la integridad personal. La forma macabra de ejecución de V., es signo además de la anomalía siquica en que se hallaba la noche del crimen. Bajo el cuadro de la intoxicación crónica, lo situó la pericia siquiátrica rendida a inmediaciones de la audiencia pública.

“...  
“La sociedad tiene la obligación de esperar la recuperación del anónimo paciente. Y este a su turno pleno derecho a un juzgamiento conforme a su factible dolencia y trastorno mental, o, al menos, a que se replantee su situación, retrotrayéndose la actuación, por una nulidad de corte constitucional, a la etapa probatoria de la causa, y a efecto de que la pericia siquiátrica sufra más ponderado y dilatado debate, y se corrija, si es el caso, la vía ordinaria de juzgamiento por juez togado, superándose así la posición de la sentencia de casación citada”.

Pregona, por último, la declaratoria de contraevidencia del veredicto, a fin de que con los elementos de juicio que la colegiatura bosqueja, un nuevo jurado decida en definitiva la suerte de S.

#### 4. RECURSO DE CASACIÓN

Dos demandas sustentatorias del recurso, fueron formuladas por el Fiscal 4º del Tribunal Superior de Medellín y por el dr. Gustavo Peláez Vargas, defensor del procesado.

4.1. *Libelo presentado por el Fiscal 4º del Tribunal.* Dos cargos formuló el recurrente a la sentencia impugnada. El primero con fundamento en la causal segunda de casación y el otro con apoyo en la cuarta.

Hacemos especial hincapié en el segundo cargo, invalidez de la sentencia por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, por haber sido este el acogido por la Corte. Se aduce para el caso de que el primero no prospere, es decir, desacuerdo entre la sentencia y el veredicto.

Sustenta este cargo exponiendo:

“El art. 26 de la Carta fundamental impone como requisito de ineludible cumplimiento la realización del juzgamiento con la observancia de «la plenitud de las formas propias de cada juicio». Dentro de las disposiciones que desarrollan aquel mandato está el art. 334 del C. de P. P., que ordena al funcionario de instrucción practicar todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad, especialmente acerca de objetivos que a continuación enumera. Dentro de ellos tienen especial importancia para el asunto aquí planteado, los consagrados bajo el numeral 3º: «Los motivos determinantes y los demás factores que influyeron en la violación de la ley penal» y los del numeral 5º: «Las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales y de policía y sus condiciones de vida»”.

Trae a colación también el art. 335 del mismo estatuto procesal, que ordena al juez ser tan celoso en la recopilación de las pruebas que constituyan o agraven la responsabilidad del procesado, como respecto de las que la extingan o la atenúen.

Recuerda que el art. 411 del mismo Código ordena que, aun desde el mismo momento de la captura, debe ordenarse el examen del sindicado, por peritos médicos, tan pronto se observen en él indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del art. 29 del C. P., o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación crónica o de inconsciencia. (Hoy art. 31 del C. P.).

Para recalcar que debió haberse verificado el estado síquico del sindicado en la etapa instructiva, señala algunos indicios que muestran el profundo trastorno en el cual se encontraba al momento de realizar el ilícito.

No comparte el fiscal las apreciaciones del Tribunal, cuando afirma que la ingestión del tóxico “fue una forma de darse valor para el crimen” y que al tomar la última droga estaba realizando una acción libre en su causa. Tampoco debe presuponerse la premeditación, puesto que el arma homicida no fue preparada con antelación. “Se improvisó rompiendo un frasco que estaba por allí cerca. Pero la preparación o preordenación de armas o instrumentos tampoco descartaría la intoxicación crónica. Por esto último es gratuito calificar la última ingestión de tóxico (Baygón) como elemento de una «acción libre en su causa»”.

Valora la desestimación que el Tribunal hizo del dictamen, como un menoscabo del derecho de defensa.

Para el caso de que prospere este segundo cargo, solicita que se invalide todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación, “para que así se dé la oportunidad de la prueba que se echara de menos”.

4.2. *Demanda del apoderado judicial.* Dos cargos formula a la sentencia, ambos con invocación de la causal 4ª de casación, por haber sido proferida dentro de un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional.

Para el primer cargo, la causal invocada tiene claro fundamento en el hecho de que en el curso de la investigación se omitió el cumplimiento de los arts. 335 y 411 del C. de P. P.

El segundo cargo lo sustenta alegando que la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal viola en forma flagrante el art. 26 de la Constitución Nacional.

“En efecto: el no haberse practicado debidamente las diligencias tendentes a conocer la personalidad del procesado y la omisión del examen por médicos peritos en la materia, cuando era clara la advertencia de la insanidad mental, constituyen grave informalidad procesal. Y es grave, por cuanto en virtud de esa deficiencia y omisión, ha sido juzgado por los jueces que no le correspondían, y con la tan grave y desfavorable consecuencia, cual es la de que, en razón de esa forma de juzgamiento ha sido condenado a pena y no a medida de seguridad”.

Respalda su crítica al fallo en la sentencia de la Corte de 11 de agosto de 1981, de la cual fue ponente el dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en la cual se sostuvo que se incurriría en nulidad constitucional al sustraer al procesado de sus jueces naturales; tal era el caso de los inimputables que por omisión de examen psiquiátrico eran juzgados con participación de jurados de conciencia.

Solicita que se case la sentencia por implicar violación del art. 26 de la Constitución y se decrete la invalidación de lo actuado desde el auto que declaró cerrada la investigación, inclusive.

## 5. CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA

Manifiesta al respecto la Corte:

“Uno de los presupuestos insustituibles para que se pueda juzgar la conducta de una persona con la intervención de jurados de conciencia y sea factible aplicarle una pena, en lugar de una medida de seguridad, radica en la comprobación, en forma que no deje duda atendible, de su condición de imputable, esto es, que, al momento de cometer el hecho que se le atribuye, tenía la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

“Por eso ordena la ley procesal penal que se indague acerca de la personalidad del agente del delito, de los móviles que lo indujeron a cometerlo y de las circunstancias en que lo hizo (C. de P. P., art. 334), y en desarrollo de esos objetivos prescribe el art. 411 del mismo estatuto que, tan pronto observe el funcionario indicios de que el procesado pudo haber actuado en alguna de las circunstancias que lo situarían en el campo de la inimputabilidad, debe ordenar su examen por peritos médicos.

“La pretermisión de ese mandato, con la secuela de sometimiento de procesado inimputable a juicio con intervención de jurado, como ocurre en los casos de homicidio, conculca aspectos fundamentales del debido proceso, pues desconoce las finalidades

que se persiguen al instituir un juzgamiento en derecho, desprovisto de publicidad inconveniente para aquel a quien la ley considera un enfermo, no un delincuente, al que ha de aplicarse medida de seguridad y no una pena, juzgamiento encomendado a quien, en virtud de su formación profesional, está en mejores condiciones que los jueces de conciencia para valorar aspectos relacionados con el comportamiento síquico del procesado, y analizar, para aceptarlos o desecharlos, los fundamentos de los estudios psiquiátricos que sobre su conducta realizan expertos en la materia. El juez propio para esos casos es el Juez de derecho y estos no pueden serle sustraídos de su conocimiento.

“Lo que acaba de decirse adquiere mayor énfasis en el caso presente, por cuanto obra en el expediente, solicitado por una de las partes y decretado por el juez de conocimiento, un dictamen razonado, rendido por perito oficial experto en la materia, y con claro asidero en constancias procesales acerca del comportamiento anómalo del sindicado antes de la comisión del hecho y al momento de perpetrarlo. La conclusión de ese experticio ubica en forma nítida la actuación de S. dentro del ámbito del art. 29 del Código Penal anterior, por haberse encontrado, al momento de haberle dado muerte a V., «En estado de intoxicación crónica inducida por el consumo de marihuana y metacualonas». La norma aludida era la vigente cuando ocurrió el caso que aquí se juzga (las subrayas no pertenecen al texto).

“El valor de esa peritación no puede desconocerse por la simple circunstancia de no haberse rendido dentro del marco procesal propio, en esta caso dentro de la audiencia pública, pues de todas formas fue realizada por el experto e incorporada por el juez al expediente, donde estuvo disponible para las partes en orden a su valoración y crítica. No se trata, por tanto, de un elemento de juicio espurio ni clandestino” (subrayas nuestras).

Refiriéndose a la relación de este segundo dictamen con el rendido en la etapa instructiva por el médico general en el municipio de Bello, anotó:

“... este nuevo peritazgo tiene que ser tenido como un complemento del que se produjo en el sumario, pues, como ha de recordarse, en aquel quedó pendiente por hacer nada menos que el análisis psiquiátrico del comportamiento del sindicado. Con honestidad profesional advirtió el entonces perito que ese aspecto escapaba a su formación de médico general y sugirió que le fuera encomendado a un especialista en psiquiatría.

“Su advertencia no fue gratuita, sino que obedeció, como él mismo lo anota, a la noticia que surge del expediente en cuanto a que el examinado «es una persona drogadicta desde hace bastante tiempo»”.

Manifiesta la Corte que el nuevo peritaje no surgió a la vida procesal por generación espontánea; ni sin causa que hiciera imperiosa su realización. Recuerda que el juez de conocimiento consideró, en un momento determinado, que la conducta del procesado podría ser explicada no solamente analizando la intoxicación derivada de la ingestión del tóxico, sino que podía estar causalmente entroncada con problemas de drogadicción anteriores; por ello, sin conocer aún los términos en los cuales se había rendido el dictamen, ordenó que se precisara si la intoxicación que presentó Sánchez al momento del homicidio tenía como única causa la ingestión de Baygón o si obedeció a causas diferentes. Igual inquietud tuvo el fiscal del Tribunal cuando

solicitó la confirmación del enjuiciamiento, advirtiendo que debía insistirse en la averiguación de las condiciones sicosomáticas que registró el procesado al privar de la vida a su compañero de reclusión.

"Por manera que se trataba no solamente de una prueba ya anunciada y esperada dentro del proceso, sino además indispensable y de obvio ordenamiento dentro del marco del art. 411 del C. de P. P., pues aún no habían quedado satisfactoriamente despejadas, con el anterior dictamen, las dudas en cuanto a la sanidad mental del procesado.

"Esa indagación acerca de las condiciones síquicas de quien presumiblemente actuó sin el dominio de sus facultades superiores no se cumple y agota con la disposición y práctica de un dictamen médico, sean o no completas sus conclusiones, sino con el razonable convencimiento que, sobre la normalidad o anormalidad del sindicado al momento de los hechos, se desprende de él o de los demás que hubiere necesidad de efectuar.

"Por eso, bien hizo el juez en decretar el experticio en orden a obtener la claridad suficiente sobre el aspecto de la imputabilidad de S., pues no se trataba de una prueba más, sino, nada menos, que de un presupuesto indispensable para poder realizar un juicio con intervención de jurados.

"Producido el dictamen y en los términos en que lo fue, porque no solamente llega a la conclusión que ya se anotó, sino que respecto del anterior peritazgo hace la importantísima adición de que una tal sintomatología como la que el experto analizó en aquella ocasión, originaba, como resultado final, una incidencia «en la capacidad de raciocinio a nivel cerebral», y habiendo estado en disponibilidad de conocimiento por las partes, pues se agregó al expediente, *no podía el juez celebrar audiencia con intervención de jueces de conciencia, ya que el juzgamiento de los inimputables debe hacerse sin esa ritualidad, como lo dispone el art. 34 del C. de P. P.*

"Al hacerlo, violó garantías fundamentales del sindicado relacionadas con el debido proceso y el llamado juez natural, lo que implica, a no dudar, una nulidad de orden constitucional.

"Surgida la situación de inimputabilidad, lo indicado era proseguir la actuación y realizar la audiencia; pero sin intervención de los jueces de conciencia"<sup>2</sup>.

Del estudio de la presente providencia pueden resaltarse dos aspectos sustanciales:

a) La naturaleza jurídica de la nulidad derivada del hecho de someter *inimputables* a juicios con intervención de jurados de conciencia, y

b) El momento procesal a partir del cual debe decretarse la señalada nulidad.

5.1 *Naturaleza jurídica de la nulidad por sometimiento de inimputables a juicios con jurados de conciencia.* El juzgamiento de inimputables con intervención de jurado de conciencia, dijo la Corte en esta providencia, conculca garantías fundamentales relacionadas con el debido proceso y el llamado juez natural, lo que implica una nulidad de orden constitucional.

Esta doctrina viene siendo sustentada por esta corporación desde el 11 de agosto de 1981 (con ponencia del dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA) y reiterada en casación del 13 de octubre de 1982, con ponencia del mismo magistrado.

<sup>2</sup> C. S. de J., casación del 10 de julio de 1984. Magistrado ponente, dr. DARIO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Jurisprudencia Penal*, año 1984, Medellín, Editora Jurídica Colombiana, 1985, págs. 206-207.

En la primera de ellas, dijo:

"Cuando a un sujeto inimputable por trastorno mental no se le practica examen siquiátrico y se adelanta en su respecto proceso ordinario —con intervención de jurado en caso de homicidio o de cualquier otro delito que lo requiera— *incurre en nulidad constitucional* porque se sustrae al procesado de sus jueces naturales y se le juzga con pretermisión de las formas procesales legalmente preestablecidas, independientemente de que el juicio culmine con sentencia absolutoria o condenatoria"<sup>3</sup>.

En la segunda oportunidad (13 de octubre de 1982), expuso:

"Como quiera que los jueces que intervinieron en este proceso no cumplieron con tan ineludible obligación (la del art. 411 del C. de P. P.) y así pretermitieron una forma esencial de proceso en detrimento de la situación jurídica del condenado, deberá corregirse esta anomalía por el camino de la *nulidad supralegal*".

En esta oportunidad la Corte señaló algunos indicios que hacían presumir la comisión del ilícito en estado de anormalidad síquica, los cuales obligaban al peritaje siquiátrico:

"a) la inexistencia de aparente motivación en la comisión del delito; b) la abundante ingestión de bebidas embriagantes durante el día de los hechos; c) el haberse hallado tres horas después del homicidio no muy lejos del escenario del crimen y aún con el arma utilizada en la mano; d) el testimonio del agente de policía que intervino en su captura y conforme al cual parecía como «enmarihuano o empepado»; e) la desorientación temporo-espacial que evidencia en su indagatoria y en la diligencia de careo, y f) su reiterada afirmación de no recordar el homicidio que se le imputa"<sup>4</sup>.

Se recurrió también a esta medida de saneamiento, en providencia de 13 de julio de 1982, y con ponencia del dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, afirmó la Corte:

"... en el juzgamiento de M.A.M.P. no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, bien porque habiéndosele debido juzgar sin la intervención del jurado, con su mediación se le juzgó, con las trascendentales consecuencias de rigor; bien porque, habiendo insistido el defensor en la práctica de determinadas pruebas tendentes a resolver el aspecto relacionado con la salud mental del procesado si era que aún se dudaba de su estado de grave alienado mental, no se satisficieron en su integridad sus justas y legales pretensiones. En consecuencia, se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional (art. 26),..."<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> C. S. de J., casación del 11 de agosto de 1981. Magistrado ponente, dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en JAIRO LÓPEZ MORALES, *Jurisprudencia Penal de la Corte*, 1981, Bogotá, Ed. Lex Ltda, 1982, pág. 125.

<sup>4</sup> C. S. de J., casación del 13 de octubre de 1982. Magistrado ponente, dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Derecho Penal y Criminología* (revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia), núm. 18, septiembre-diciembre, Bogotá, 1982, pág. 313.

<sup>5</sup> C. S. de J., casación del 13 de julio de 1982. Magistrado ponente, dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, en JAIRO LÓPEZ MORALES, *Jurisprudencia Penal de la Corte*, 1982, Bogotá, Ed. Lex Ltda, 1983, pág. 33.

De las notas jurisprudenciales transcritas se deduce que no es indispensable que exista un peritazgo siquiátrico o médico que confirme indubitadamente el estado de inimputabilidad del procesado, para dar cabida a la *nulidad constitucional*, si este sujeto ha sido juzgado con intervención de jurados de conciencia. Basta que de las probanzas se desprendan indicios que induzcan a pensar en la anormalidad síquica del procesado en el momento de cometer el ilícito.

Lo anterior permite concluir, con la Corte Suprema, que el juzgamiento con participación de jueces de conciencia, *solamente* es permitido cuando se ha acreditado, "en forma que no deje duda atendible", de la condición de *imputable* del sindicado o procesado, es decir, cuando se prueba fehacientemente que él cometió el hecho que se le atribuye, con capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

¿Qué sucede entonces cuando existen *dudas* sobre el estado síquico del procesado en el momento de cometer el hecho que se le imputa?

Primero que todo, esas *dudas* deben despejarse aplicando correctamente el art. 411 del C. de P. P., que ordena al instructor (o al funcionario de policía judicial), decretar el examen del procesado por los peritos médicos tan pronto se observen indicios de que se encuentra en cualquiera de las circunstancias del art. 31 del Código Penal. Pero si por algún motivo tales *dudas* persisten, no es posible su convocatoria a juicio con participación de jurados de conciencia, evento en el cual "debe aplazarse la calificación del sumario mientras se define el estado mental del sindicado... ya que ello implica un desconocimiento absoluto de lo reglado por el art. 411 del Código de Procedimiento Penal, que debe ser de aplicación inmediata, lo cual implica *nulidad de orden constitucional*, por violación de las formas propias del juicio"<sup>6</sup>.

En casación del 31 de julio de 1973, la Corte, con ponencia del dr. LUIS EDUARDO MEZA VELÁSQUEZ, en estudio de un proceso donde se vertieron varios dictámenes médico-siquiátricos, sin que hubiese sido posible afirmar con certeza la intensidad de la anomalía síquica observada en el sindicado, *anuló* parte del mismo, por haberse tramitado con participación de jurados de conciencia, "cuando ha debido decidirse exclusivamente por el juez superior". Allí se apuntó:

"Los elementos de juicio que se dejan relacionados no permitían el juzgamiento del procesado por la vía del jurado, pues motivan verdadera perplejidad acerca del estado mental del sindicado, al punto de que no le es posible al fallador afirmar, con razonable fundamento, que aquel no es una de las personas comprendidas en el art. 29 del C. P. P., y si los peritos médicos no despejaron la incertidumbre, como que no se atrevieron a calificar la intensidad de la anomalía síquica permanente que observaron en el acusado, no le era dable al juez eliminar la duda catalogando como 'leve' aquella enfermedad mental, pues no solo en equidad y justicia sino por orden de la ley (C. de P. P., art. 216). *Ha debido resolver la perplejidad en favor del inculcado, dándole a este el tratamiento legal previsto para los llamados, con alguna impropiedad, «delincuentes anormales».*

<sup>6</sup> *Ibidem*, pág. 34.

"La imputación a título de dolo, elemento este típico de la culpabilidad, únicamente puede hacerse a quien voluntaria y conscientemente haya ejecutado el hecho descrito en la ley como infracción. *Sin certeza de la condición normal del procesado, al tiempo de cometer el hecho reprimido por la ley penal, no es permitido abrir causa criminal con formulación de un cargo investido de dolo*, por cuanto este factor subjetivo solamente es predicable respecto de personas no comprendidas en la disposición del art. 29 del C. P., tal como lo advierte el art. 12 *ibidem*.

"Por las razones anotadas, el proceso adolece ciertamente de nulidad, desde el auto de llamamiento a juicio, inclusive, por cuanto en él intervino el jurado, cuando ha debido decidirse exclusivamente por el juez superior, de acuerdo con lo previsto en el art. 34, num. 5° del C. de P. P., siguiendo el procedimiento indicado por la ley para el juzgamiento de las personas a que se refiere el art. 29 del C. P. El motivo de nulidad radica en la inobservancia de las formas propias del juicio, impuestas por la Constitución Política (art. 26) y sin las cuales no puede existir el debido proceso, necesario para la aplicación de la ley sustancial"<sup>7</sup> (subrayas nuestras).

Apoyándonos en la anterior cita jurisprudencial, creemos que si a pesar de la diligencia en el trámite propio del proceso, no fue posible deducir *razonablemente* el estado síquico del imputado al momento de cometer el hecho punible, porque aún persistieren *dudas e indicios* que no descarten ni afirmen *plenamente* su imputabilidad o inimputabilidad, en aras de la aplicación legal del principio de la favorabilidad, debe tramitarse el juicio *sin* intervención de jurados de conciencia. La jurisprudencia exige *plena certeza* de la *imputabilidad* del inculcado, para el juzgamiento con jurados, mas no pide la misma certeza sobre la *inimputabilidad*, para no convocarlos.

El Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, estudiando una sentencia condenatoria proferida en un juicio tramitado con intervención de jurados de conciencia, cuyo veredicto rezó: "*Dentro de una perturbación mental transitoria, si es responsable*", la reformó para condenar, "en lugar de las penas impuestas por el *a quo*, a la medida de seguridad de libertad vigilada por un mínimo de dos años", después de puntualizar:

"Para la Sala esa veredicción no es contraria a la evidencia de los hechos, porque, aunque falte el examen sicosomático del encartado, en el proceso es evidente que no fueron normales las condiciones síquicas del autor en el momento de la realización del hecho. *Si el Estado no pudo acreditar la plena culpabilidad del acusado, procede la aplicación del in dubio pro reo, y no la presunción de aquella...* Si el juez de derecho requiere una experticia siquiátrica para declarar, cuando le corresponde, el estado de inimputabilidad del agente, el jurado no está sometido a esta tarifa probatoria, pudiendo perfectamente fundarse en indicios y pruebas indirectas, pues para él se trata sobre todo de decidir si el encausado es o no culpable del hecho que se le imputa, según el sistema del íntimo y moral convencimiento..."<sup>8</sup> (subrayas nuestras).

<sup>7</sup> C. S. de J., casación del 31 de julio de 1973. Magistrado ponente, dr. EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, en *Derecho Colombiano*, núm. 141, septiembre, Bogotá, 1973, pág. 271.

<sup>8</sup> T. S. de M., providencia del 14 de noviembre de 1983. Magistrado ponente, dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (integraron, además, la Sala los dres. JOSÉ LUIS GÓMEZ y FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ,

La defensa que el pensamiento democrático ha hecho del principio de la *presunción de inocencia* como garantía de orden constitucional, nos aparta de la posición del Tribunal Superior de Medellín, al afirmar, con ponencia del dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, que el juzgamiento *sin* intervención de jurado solo es autorizado "cuando no hay duda acerca de que al tiempo de la conducta típica y antijurídica, el acusado se encontraba en una cualquiera de las hipótesis previstas en el art. 31 del Código Penal..."<sup>9</sup> (subrayas nuestras).

5.2. *Momento procesal a partir del cual debe decretarse la nulidad.* A la posición de la jurisprudencia en torno al momento a partir del cual debe decretarse la nulidad, se han formulado tres soluciones:

a) *Nulidad a partir del auto que dispone el cierre de la investigación.* Ha sido el criterio tradicionalmente aceptado por la Corte Suprema, que implica la invalidación del auto de proceder, de modo que las diligencias vuelvan a la etapa del sumario para que allí se practique el peritazgo echado de menos.

Así, por ejemplo, en casación del 31 de julio de 1973, se dijo:

"... el proceso adolece ciertamente de nulidad, desde el auto de llamamiento a juicio, inclusive... declara que el proceso queda en estado de sumario, y ordena su reposición desde el auto calificador de su mérito, inclusive..."<sup>10</sup>.

También el 26 de julio de 1982, la Corte consideró prudente decretar la nulidad constitucional "a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación, previa casación de la sentencia impugnada, a fin de que por los peritos médicos siquiátricos se defina el estado mental del procesado para el momento de la ejecución del hecho materia de esta investigación..."<sup>11</sup>.

Sin embargo, la Corte, en esta oportunidad, hizo la siguiente distinción:

"1ª) Que en la *etapa probatoria del plenario* se establezca que el procesado para la fecha o época de la ejecución del hecho, se encontraba en alguno de los estados contemplados en el artículo 29 (hoy 31) del Código Penal; o,

"2ª) Que con *anterioridad al auto de proceder*, aun cuando se haya cerrado la investigación, se presentan manifestaciones de aquellas que al cristalizar, podrían colocar el sumariado dentro de las circunstancias fijadas por esa norma.

quien salvó el voto), en *Autos y Sentencias* (Extractos, Tribunal de Medellín), núm. 1, Medellín, Ed. Lealón, 1985, págs. 44 y 45. Sobre la controversia jurisprudencial y doctrinaria en torno a la competencia del jurado de conciencia para pronunciarse sobre la inimputabilidad del culpado, cfr. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA, "Hasta donde se extiende la 'soberanía' del jurado de conciencia", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 29, Bogotá, Ed. Temis, 1985, págs. 377 a 403.

<sup>9</sup> T. S. de M., providencia del 24 de septiembre de 1985. Magistrado ponente, dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, en *Autos y Sentencias* (Extractos, Tribunal Superior de Medellín), núm. 2, Medellín, Ed. Quirama, 1985, pág. 133.

<sup>10</sup> C. S. de J., casación del 31 de julio de 1973, citada.

<sup>11</sup> C. S. de J., casación del 26 de julio de 1982, citada.

"En el primer caso, sería posible proferir un auto mediante el cual, teniendo en cuenta esa nueva situación, se modificara el de llamamiento a juicio, en el sentido de continuar el procedimiento sin intervención de jurado.

"En tal caso no sería necesario decretar ninguna nulidad puesto que las garantías procesales en nada vienen a afectarse respecto de los intereses del procesado, como ya lo ha reconocido esta Sala.

"En el segundo, debe aplazarse la calificación del sumario mientras se define el estado mental del sindicado en atención a las razones que se han expuesto en el curso de esta providencia, ya que ello implica un desconocimiento absoluto de lo reglado por el artículo 411 del C. de P. P., que debe ser de aplicación inmediata, lo cual implica nulidad de orden constitucional, por violación de las formas propias del juicio..."<sup>12</sup> (subrayas nuestras).

b) *Nulidad a partir del auto de apertura a pruebas.* En casación de 13 de octubre de 1982, la Corte consideró que si al proferirse el auto de llamamiento a juicio, no se había demostrado que el procesado hubiese cometido el hecho delictuoso en estado de inimputabilidad, podía ser válidamente realizado en la etapa del juicio, "pues aunque el art. 411 del C. de P. P. enfatiza que lo haga la policía judicial o el instructor, no prohíbe que lo disponga el juez del conocimiento cuando de ello se percate en una fase ulterior". Dispuso igualmente:

"Dispuesta la nulidad a partir del auto de apertura a pruebas no se vulnera la esencia del debido proceso, ya que correctamente calificado el hecho punible que se le imputa al procesado, sucederá una de dos cosas: de la peritación siquiátrica ahora practicada se desprende que el procesado actuó como sujeto imputable y entonces continuará la tramitación como venía desde el auto de proceder, con intervención de jurado, cuyos miembros deberán sortearse oportunamente; o de tal peritación se concluye que el procesado cometió el hecho en situación de inimputabilidad y entonces avanzará el plenario sin la participación del jurado... En ambas hipótesis, se corrigió la irregularidad que dió origen a la nulidad decretada; se respetó la esencia del trámite procesal porque se juzgó con intervención de jurado a persona declaradamente imputable, o sin él a quien se demostró que era inimputable; no se desconoció el derecho de defensa del procesado porque no habiendo variado los cargos tuvo oportunidad de responder de ellos en el plenario, pudo pronunciarse sobre la peritación emitida, tuvo ocasión de alegar en su provecho como imputable o inimputable durante los debates de la audiencia pública y finalmente estuvo en condiciones de apelar de la sentencia y fundamentar ante el superior su criterio disidente; no siendo, pues, indispensable para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa en esta nueva oportunidad de decretar la nulidad desde el auto de proceder o desde el que cierra la investigación, y pudiendo una y otra garantías mantenerse incólumes si se toma aquella determinación a partir del auto que abre el juicio a prueba, bien está que se opte por esta segunda solución que implica, además notable economía de tiempo en el desarrollo ulterior del proceso"<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> C. S. de J., casación del 13 de octubre de 1982, citada.

Agrega que las "nulidades han de declararse con el criterio de corregir protuberantes yerros judiciales pero procurando ocasionar los menores traumatismos posibles al decurso normal de la actuación procesal".

c) *Nulidad a partir del auto que señaló fecha para la celebración de audiencia pública con jurado de conciencia.* Fue la solución aprobada por la Corte en casación de 10 de julio de 1984, a la cual nos hemos referido ampliamente en este trabajo. Por haberse rendido el dictamen siquiátrico dentro de la audiencia pública, se consideró que la nulidad no debía decretarse a partir del auto de apertura a pruebas "por cuanto el dictamen ya se practicó". Además:

"Como el hecho punible que se imputa al procesado estuvo correctamente calificado en el auto enjuiciatorio, y de él tuvo oportunidad de defenderse en el plenario, pues no varió en su esencia jurídica; y como además se produjo el dictamen médico-siquiátrico que indicó su anormalidad síquica al momento de sucederse los hechos, y este figuró dentro del expediente en evidente disponibilidad de conocimiento por parte suya y de las demás personas que intervienen en el proceso, *la nulidad puede y debe ser decretada solo a partir del auto que señaló fecha para la celebración de la audiencia pública con intervención de jurado*, pues la exclusión de esa intervención, como lo dispone la ley, es, en el presente evento, la única consecuencia que incide sobre el auto enjuiciatorio.

"Se trata, entonces, de retrotraer la actuación al momento procesal en que el juez, en presencia del comentado dictamen médico-siquiátrico, debió haber entrado a celebrar audiencia pública sin intervención de jurados de conciencia y a proferir la correspondiente sentencia. En otros términos, se le restablecerá esa situación procesal para que actúe de conformidad"<sup>14</sup>.

El dr. DANTE L. FIORILLO PORRAS aclaró el voto, otorgado a la anterior providencia, en los siguientes términos:

"Todo el régimen de las nulidades en materia penal, en efecto, está basado en el principio de que aquellas deben ser declaradas, de oficio o a petición de parte, desde el instante mismo en que el vicio se presenta y no desde cuando se les reconoce judicialmente; luego, si llegare a demostrarse que al tiempo de cometer el hecho el procesado no se encontraba «en condiciones de conocer y comprender (la) antijudicialidad (de su conducta)», la declaración procesal de esa trascendental circunstancia, después de ejecutoriado el auto de proceder, debe producir, necesariamente, la nulidad de esa providencia, cuyas exigencias probatorias y requisitos formales son diferentes según que el procesado sea persona normal o enfermo mental y cuyo juzgamiento, según sea uno u otro el caso, debe motivarse y ordenarse allí mismo, bien de conformidad con el capítulo II, ya de acuerdo con el capítulo III del título II del libro tercero del Código de Procedimiento Penal.

"Sigo estimando, además, que debidamente ejecutoriado el auto de proceder, pieza fundamental del juicio, de la que se ha dicho que es «ley del proceso», las consideraciones y determinaciones que en él se adopten no pueden ser modificadas, adicionadas o revocadas por ninguna otra providencia posterior, salvo la que decreta su nulidad".

<sup>14</sup> C. S. de J., casación del 10 de julio de 1984, citada.

Termina anotando el dr. FIORILLO PORRAS que "el error consistente en haberse hecho la imputación a una persona probablemente inimputable lo que inexcusablemente debe producir *la nulidad del auto que cierra la investigación y la del de proceder que la califica viciadamente...*"<sup>15</sup>.

## 6. PLANTEAMIENTO DEL DR. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

Desde el año de 1980 (octubre 14), fecha en la cual la Corte Suprema de Justicia sostuvo mayoritariamente la incompetencia del jurado de conciencia "para adicionar su veredicto con aspectos atinentes a la inimputabilidad del procesado", el dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ se ha venido apartando de tal decisión<sup>16</sup>.

En el presente trabajo se ha hecho especial referencia a la casación de 10 de julio de 1984, en la cual esta corporación tuvo la oportunidad de estudiar la providencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a un procesado después de desestimar el peritaje siquiátrico, conocido en el trámite de la audiencia pública, que dictaminó la comisión del ilícito en estado de inimputabilidad. También se hizo mención a otras casaciones, en las cuales puede observarse una constante: declaración de la nulidad constitucional, cuando no ha habido diligencia en la aplicación del art. 411 del C. de P. P., que ordena exámenes médicos cuando existieren indicios sobre el estado de anomalía síquica en el cual pudo haber actuado el inculpado al momento de cometer el ilícito; sin embargo, se tramitaron los juicios con intervención de jurados de conciencia.

Otro punto que ha sido objeto de dilatada controversia, es el relacionado con la competencia del jurado para adicionar su veredicto con aspectos atinentes a la inimputabilidad del procesado, cuando no existe el debido fundamento probatorio que lo ubique en dicho estado.

La solución para estos casos, según la reiterada jurisprudencia mayoritaria de la Corte, consiste en "*omitir tal agregado cuando ello ocurre*"<sup>17</sup>. "Cualquier agregado tendente a invadir, por parte del jurado, una órbita funcional que no le corresponde *puede ser desestimado por el juzgador*"<sup>18</sup>. "... *el jurado de conciencia no tiene atribuciones para referirse a las condiciones síquicas del agente activo de la infracción resultando inocua, intrascendente e inacogible*, la valoración que al respecto se haga en un veredicto. Cuando se afirma o niega la responsabilidad y se la relaciona con un estado de enfermedad mental que pueda refluir en las calidades síquicas del procesado, *esto último se desechará para acogerse únicamente la primera parte de esa contestación*"<sup>19</sup> (subrayas nuestras).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Véase salvamento de voto a la providencia de la Corte del 14 de octubre de 1980, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, Medellín, Ed. Acosta, 1981, págs. 122 a 127.

<sup>17</sup> C. S. de J., casación del 14 de octubre de 1980. Magistrado ponente, dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, Medellín, Ed. Acosta, 1981, págs. 121-122.

<sup>18</sup> C. S. de J., casación del 28 de febrero de 1984. Magistrado ponente, dr. PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA, en *Excertas penales*, año 1984, Bogotá, Ed. Colección Pequeño Foro, pág. 59.

<sup>19</sup> C. S. de J., casación del 8 de agosto de 1984. Magistrado ponente, dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal*, año 1984, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1982, pág. 227.

Refiriéndose a esta solución, el dr. GÓMEZ VELÁSQUEZ ha propuesto algunas que, según su sentir, "morigerarían" aquella:

"Reitero que la doctrina de la mayoría podría morigerarse para atender variaciones sustanciales en el tema debatido. Es posible presentar y considerar algunas alternativas para advertir que algunas de ellas aconsejan un tratamiento distinto al que se le ha dispuesto. Así:

"a) Cuando no existe dictamen médico-legal que apoye la posibilidad de una enfermedad mental, el jurado no puede reconocerla;

"b) Cuando existe un dictamen de esta naturaleza, producido durante la etapa sumaria, el jurado puede admitir la inimputabilidad;

"c) Cuando en el término probatorio de la causa ha surgido una pericia en este sentido, el juez de derecho puede prescindir de convocar el jurado de conciencia, valorando en este sentido el experticio rendido;

"d) Cuando el dictamen médico-siquiátrico auspicia un reconocimiento de enfermedad mental, el jurado puede, así el juez de derecho le haya negado este mérito, reconocer este trastorno mental; y,

"e) Igual posibilidad se da cuando el dictamen se produce en audiencia, caso en el cual es mejor dejar su estimación al jurado que decidir, por parte del juez, la finalización anticipada de la audiencia, para excluir la actividad del jurado. En todos los casos en que este tenga ocasión de intervenir en el comentado sentido, queda todavía el correctivo de la declaratoria de contraevidencia"<sup>20</sup>.

#### CONCLUSIONES

Mucho se ha debatido en torno a la competencia del jurado de conciencia, para reconocer en su veredicción aspectos relacionados con la *inimputabilidad* del procesado. Consideramos que no deben adoptarse posturas dogmáticas en las soluciones, al negar o afirmar tal facultad.

Conciliando las posiciones de la Corte y los reiterados salvamentos de voto del dr. GÓMEZ VELÁSQUEZ, creemos posible plantear algunas conclusiones:

Tomando como premisa la posición de la Corte, aludida en este trabajo, que exige como "presupuesto insustituible para que se pueda juzgar la conducta de una persona con intervención de jurado de conciencia", "la comprobación que no deje duda atendible, de su condición de imputable", es posible considerar:

*Primero.* Se hace necesario el juzgamiento con intervención de jurados de conciencia, si está plenamente acreditado que el inculcado actuó, al momento de la comisión de ilícito, con plena "capacidad de comprender su ilicitud", vale decir, como sujeto *imputable*. Esa *imputabilidad* es acreditable mediante el peritaje médico ordenado por el art. 411 del C. de P. P., o con el mismo proceso, cuando en ningún momento se puso en duda la normalidad síquica del procesado.

<sup>20</sup> Salvamento de voto del Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ a la providencia del 10 de julio de 1984, citada, págs. 211 y 212.

Si a pesar de lo anterior el jurado reconoce aspectos atinentes a la inimputabilidad, tal agregado "resulta inocuo, intrascendente e inacogible", como lo ha pregonado la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia.

*Segundo.* Como consecuencia derivada del anterior planteamiento, tiénese que si en la etapa del sumario o en el período probatorio de la causa o en la audiencia pública, se arriman al proceso los exámenes médico-siquiátricos que dictaminan la comisión del ilícito en estado de inimputabilidad; o si, de conformidad con lo estipulado por el art. 411 del C. de P. P., se vierten al proceso dictámenes médicos disímiles en sus conclusiones, que no permiten obtener un concepto claro e indubitable del verdadero estado mental del procesado ("si los peritos médicos no despejaron la incertidumbre, como que no se atrevieron a calificar la intensidad de la anomalía síquica permanente que observaron en el acusado, no le era dable al juez eliminar la duda catalogando como 'leve' aquella enfermedad mental, pues... ha debido resolverse la perplejidad en favor del inculcado, dándole a este el tratamiento legal previsto para los llamados, con alguna impropiedad, 'delincuentes anormales'... sin certeza de la condición normal del procesado, al tiempo de cometer el hecho reprimido por la ley penal, no es permitido abrir causa criminal con formulación de un cargo investido de dolo"), (casación de 31 de julio de 1973, citada); y, por último si de las probanzas recogidas en las distintas etapas del proceso (sumario y juicio), afloran indicios suficientes que permiten creer, con algún fundamento procesal, que el inculcado actuó en estado de anormalidad síquica que le hubiere impedido tener capacidad de comprender la ilicitud de su acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental, sin que hubiese un dictamen que lo confirme. "Cuando a un sujeto inimputable por trastorno mental no se le practica examen siquiátrico y se adelanta en su respecto proceso ordinario con intervención de jurado, incurrese en nulidad constitucional" (casación de 11 de agosto de 1981 citada), la competencia para el juzgamiento la tienen los jueces superiores, sin intervención del jurado de conciencia.

La transgresión a este procedimiento implica la declaratoria de la  *nulidad constitucional*, como lo ha consagrado la Corte, por el desconocimiento de garantías fundamentales relacionadas con el debido proceso y el llamado juez natural; y por la violación al principio de la presunción de inocencia ("Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla" [C. de P. P., art. 217]), agregamos nosotros.

En el *Código de Procedimiento Penal*, anotado y concordado por los dres. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN (Colección Pequeño Foro), al pie del art. 535, puede leerse la siguiente nota:

"Si como consecuencia del término probatorio de la causa surge la demostración de inimputabilidad, se debe dictar auto mediante el cual se prescinda del jurado; y otro tanto si la prueba aparece en la audiencia; y si así lo reconoce el jurado, se prescinda de esa parte de la respuesta del jurado, y se dicta la correspondiente sentencia de condena, en lo cual se imponga la respectiva pena"<sup>21</sup>

<sup>21</sup> *Código de Procedimiento Penal colombiano*, comentado y concordado por los dres. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, Bogotá, Colección Pequeño Foro, pág. 343 (s. f.).

Creemos que la nota transcrita exige una aclaración:

Si surge durante el proceso (sumario o juicio) "demostración de inimputabilidad", debe prescindirse del jurado; pero si a pesar de ello se realiza el juzgamiento con su intervención, se incurre en una nulidad de rango constitucional, "independientemente de que el juicio culmine con sentencia absolutoria o condenatoria". Se recurre a la solución de desechar el agregado del veredicto, sobre inimputabilidad, cuando no exista "duda atendible" sobre la condición de imputable del procesado.

## SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

# Corte Suprema de Justicia

(SALA PLENA)

## Inexequibilidad de los arts. 15, 4 incs. 2 y 3, y 14, núms. 1, 2 y 3 del decreto 1853 de 1985\*

El presidente de la república excedió las facultades concedidas por la ley 52 de 1984, transgrediendo así el art. 76, ordinal 12 de la Constitución Nacional al derogar normas preexistentes, "con el pretexto de que ellas se acomodan a las materias detalladas...". Es procedente la inaplicabilidad de los decretos 1853 de 1985 y 56 de 1986 por la vía de la excepción de inconstitucionalidad.

Magistrado ponente: Dr. JAIRO E. DUQUÉ PÉREZ  
Mayo 22 de 1986.

### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La disposición acusada forma parte de un decreto extraordinario dictado por el gobierno con base en las atribuciones que le confirió el Congreso por la ley 52 de 1984, en desarrollo de lo dispuesto por el ord. 12 del art. 76 de la Constitución Nacional; por lo tanto compete a la Corte conocerlo y decidir sobre las acciones de inexequibilidad que intenten contra él los ciudadanos, según lo ordena el inc. 2° del art. 214 de la codificación constitucional.

Al examinar la fecha del decreto 1853 de 1985 contentivo de la norma acusada, se encuentra que este fue expedido dentro del término fijado en la ley de facultades.

Como fácilmente se advierte de los argumentos del demandante, el único cargo de inconstitucionalidad que plantea proviene de considerar que la norma acusada modificó el art. 68 del Código Penal sin que el ejecutivo hubiera recibido facultades

\* Los apartes del fallo aquí transcritos corresponden a la decisión de mayo 22 de 1986, aprobada por acta 40, expediente núm. 1399, mediante la cual se decretó la inexequibilidad del art. 15 del citado decreto; insertamos, además, el salvamento de voto correspondiente. El mismo Tribunal, mediante fallo de junio 25 de 1986, aprobado por acta núm. 45 y con ponencia del magistrado Dr. HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA, declaró la inexequibilidad de las otras disposiciones arriba enunciadas, fundamentando su decisión en las consideraciones de la sentencia anterior; los magistrados disidentes reiteraron su salvamento de voto. Finalmente, mediante decisión de octubre 9/86 con ponencia del mag. Gómez Otálora, la Corte declaró la inexequibilidad de todo el decr. 1853, salvando el voto siete de los 24 magistrados de la Corporación. Revive así la ley 2ª de 1984 (Nota del coordinador).

precisas y específicas para tal efecto, tal como se desprende de la comparación *prima facie* que se haga de ella con la ley de autorizaciones precedentemente transcrita.

Esta ley fue declarada exequible por la Corte en sentencia de septiembre 19 de 1985, en lo concerniente a las facultades para expedir el Código de Procedimiento Penal y el Estatuto Penal Aduanero.

El presidente de la república recibió, pues, del legislador atribuciones suficientes y precisas para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal y regular entre otras materias las atinentes a la captura, detención y libertad provisionales.

Ahora bien, no encuentra la Corte que las disposiciones que en el Código Penal consagran el subrogado de la condena de ejecución condicional hayan sido modificadas por el artículo del decreto acusado, aun cuando aparentemente pueda considerarse así. En efecto, las exigencias o requisitos para la concesión de dicho subrogado permanecen invariables y plenamente vigentes para que en el fallo correspondiente el juez determine si el condenado tiene o no derecho a él; pero para el solo efecto de otorgar concesión de la excarcelación al sindicado se dispone que este beneficio es procedente aunque el imputado pueda necesitar "tratamiento penitenciario".

Así las cosas, no resulta inexecutable por el motivo señalado el precepto que se demanda, pues no aparece que por medio de él el presidente haya excedido las facultades que le otorgó la ley de investidura, pues la sola incidencia de lo dispuesto en una norma del Código Penal que había sido tomada como punto de referencia para fijar una de las causales de excarcelación del sindicado, no es suficiente para determinar su inconstitucionalidad.

La Corte se ha pronunciado sobre este particular al considerar que:

"Supuesta la relación anterior entre las medidas tomadas y las facultades otorgadas, el hecho de que aquellas *incidan* eventualmente sobre otras codificaciones o normas legales, en ningún caso puede generar vicios de inconstitucionalidad, toda vez que no se da contraposición con norma alguna de la Carta.

"Dicha situación por el contrario es una clara expresión de las relaciones existentes entre las diversas partes del orden jurídico nacional, el cual no se rompe por el hecho de que se hayan ido formando progresivamente los diversos códigos que la integran. Por otra parte, por muchas que sean las diferencias que se puedan evidenciar en tal orden jurídico, este es uno solo y conforma un ente armónico unitario que, de acuerdo con el viejo *simil kelseniano*, se integra piramidalmente en una mera estructura y no en una serie de ellas. A tal grado puede llegar dicha unidad, que no son pocos los teóricos del derecho constitucional que hacen precisamente del derecho uno de los elementos del Estado. Por lo demás, si tal orden jurídico tiene una base común, un punto de referencia unitario que es la propia Carta Política, es obvio deducir que todo en él se encuentra imbricado y relacionado. También la propia génesis de los códigos encuentra troncos comunes, mayormente en materia procesal, en que el Código de Procedimiento Civil ha sido y en parte sigue siendo, una especie de código matriz de todos los demás, lo cual se advierte claramente incluso del propio estudio de la materia respectiva". (Sentencia de agosto 23 de 1984, proceso 1155).

Empero, al analizar el artículo demandado por aspectos o motivos distintos de los invocados por el demandante como debe hacerlo la Corte por ser integral

el control de constitucionalidad a ella confiado, se encuentra que dicha disposición hace parte del decreto extraordinario 1853 de 1985, pero no pertenece propiamente a un código procedimental penal que el gobierno haya adoptado en cumplimiento de las atribuciones de que fue investido por la ley 52 de 1984, ya que el decreto en referencia carece de esa connotación como es fácil inferirlo por la variedad de temas o materias reguladas por él. No resulta infundado sostener por la heterogeneidad temática apuntada, que por medio del decreto de marras del que forma parte la norma materia de este proceso, el gobierno, lejos de haberse adecuado a las específicas materias de la ley de autorizaciones, hizo uso, sin fundamento constitucional, de la facultad de *derogar* normas preexistentes con el pretexto de que ellas se acomodan a las materias detalladas por la ley de facultades.

A pesar de que el presidente puede derogar las leyes preexistentes que se opongan a las materias de las facultades extraordinarias, en el presente caso dicha derogatoria no puede ser previa a la adopción del Código de Procedimiento Penal que el gobierno adopte en ejercicio de las especiales atribuciones que se le confirieron, sino coetánea o subsiguiente a la expedición de este, como ineludible consecuencia del adecuado ejercicio de las facultades extraordinarias.

Desde este punto de vista la disposición acusada y el decreto a que pertenece, desarticulan el complejo catálogo normativo del actual Código de Procedimiento Penal haciendo difícil su interpretación aun para juristas expertos, frustrándose de esta manera las finalidades que impulsaron al legislador a conceder las atribuciones de que da cuenta la ley multicitada.

Se repite, pues, que el legislador ordinario pretendió al investir al ejecutivo de precisas y temporales facultades extraordinarias, que se ordenara sistemáticamente el procedimiento penal en un estatuto dentro del cual quedara regulado entre otros asuntos, el de la libertad provisional. A su turno el gobierno al expedir el art. 15 solamente de manera parcial o fragmentaria se refirió a esta materia y lo hizo dentro de una normatividad que no tiene las características ya apuntadas de un código.

Y no puede considerarse constitucional la norma impugnada por estar aún pendiente el término dentro del cual el presidente puede agotar el ejercicio de las facultades extraordinarias, toda vez que los decretos leyes que se dicten con miras al cumplimiento de esas atribuciones tienen que ser sistemáticos, es decir, seguir un orden metódico y ajustado a un sistema regular que guarde armonía con las materias propias del Código de Procedimiento Penal, características que no pueden predicarse del texto legal acusado ni del decreto en que se origina.

En sentencias de 14 de abril de 1977 y 6 de diciembre de 1983, la Corte definió lo que debe entenderse por código. Es pertinente reiterar ahora ese criterio. Dice la primera:

"En términos generales, un código es un conjunto sistemático, lógico y completo de las disposiciones que regulan determinada actividad, y debe comprender todas aquellas reglas que sean propias de ellas o que le son necesariamente anexas o complementarias".

Se trata pues de una *técnica legislativa*, de “una cierta forma de legislar en tanto se pretenda una regulación sistemática de una materia en un estatuto único” como esta corporación lo reiteró en fallo de su Sala Plena del 9 de abril de 1980 (“G. J.”, t. CLXII, núm. 2403).

Es corolario obligado de lo anterior que el presidente al expedir la disposición acusada no dio fiel cumplimiento a la ley de facultades, pues las utilizó sin adecuar su acto a la específica finalidad de esta, causando agravio a los cánones 118-8 en relación con el 76-12 de la Constitución Política.

### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, con base en el estudio de la Sala Constitucional,

### RESUELVE:

Es *inexequible* el art. 15 del decreto-ley 1853 de 1985 por ser contrario a la Constitución Nacional, según el cual “La excarcelación prevista en el numeral 3° del artículo 44 de la ley 2ª de 1984 no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario”.

Cópiese, comúníquese, publíquese, insértese en la “Gaceta Judicial” y archívese el expediente.

## SALVAMENTO DE VOTO

*Sala Plena-Proceso núm. 1399*

Respetuosamente consignamos las razones que nos llevan a suscribir la anterior sentencia con salvamento de voto:

1º) La única razón que se invoca para declarar la inconstitucionalidad del art. 15 del decreto 1853 de 1985, radica en la afirmación de que este decreto representa una regulación parcial de determinadas materias del procedimiento penal colombiano, con desconocimiento de la ley 52 de 1984, que revistió al ejecutivo de precisas y temporales facultades extraordinarias para expedir un nuevo Código de Procedimiento Penal.

Punto de partida para la solución del tema planteado ha debido ser la determinación de la naturaleza jurídica de las facultades extraordinarias, pues esta corporación en diversas decisiones (mayo 8 de 1969 y abril 27 de 1970), ha dejado establecido que dichas facultades no constituyen una mera delegación legal ordinaria, sino una excepcional atribución emanada de la Carta, para cuyo ejercicio se requiere la previa autorización del Congreso.

En la sentencia del 27 de abril de 1970 dijo la Corte: “No se trata de una delegación de la rama legislativa a la ejecutiva, sino de una atribución de competencia excepcional al ejecutivo por ministerio de la Constitución y condicionada para su ejercicio por la ley de facultades”. Si este ha sido el criterio de la Corte, es obvio que la facultad de la cual se inviste al presidente puede ser ejercida en la misma forma como podría ejercerla el Congreso, con las únicas limitantes de que debe ser cumplida con sujeción a la precisión relacionada con las materias sobre las cuales puede legislarse y dentro del marco temporal previamente determinado por el Congreso.

En este orden de ideas no hay razón alguna de índole constitucional que impida que un código se conforme por la suma de diversas leyes y decretos, ya que si bien es verdad que “código es un conjunto sistemático, lógico y completo de las disposiciones que regulan determinada actividad”, la unidad temática no implica que necesariamente el código deba estar conformado por una sola ley, pues diversas leyes o decretos pueden expedirse para integrar dicha unidad, que es justamente lo que de ordinario ocurre.

De manera que si el Congreso puede expedir sucesivas regulaciones para integrar un código, no hay razón alguna para afirmar que el ejecutivo no pueda hacerlo del mismo modo, si se tiene en cuenta que no está ejerciendo una facultad delegada, sino en cumplimiento de atribución que le es propia por ministerio de la Constitución, una vez que se ha dado la previa autorización del Congreso.

2º) No se viola la ley de facultades por el hecho de que ellas sean ejercidas en actos sucesivos, siempre y cuando se cumpla con las únicas exigencias que demanda la Constitución. En efecto, como las facultades deben ser precisas, su ejercicio por parte del ejecutivo debe estar limitado a dictar decretos con fuerza de ley sobre los temas consignados en la ley, pues la precisión en manera alguna se refiere a la forma como se hace uso de la atribución, sino a la necesidad de que las materias sobre las cuales se expide la regulación sea desarrollo de aquellas a las cuales genéricamente se refiere el acto del Congreso.

Tampoco, como es apenas obvio, se menoscaba la exigencia de la temporalidad por expedir sucesivos decretos-leyes en desarrollo de una ley de facultades, pues cuando la Constitución señala que el presidente de la República puede ser revestido *pro tempore* de precisas facultades, solo está indicando que ellas deben ejercerse a partir de la vigencia de la ley y hasta el vencimiento del plazo concedido, pero en manera alguna se prohíbe que su ejercicio se haga en forma escalonada, siempre y cuando los decretos se expidan dentro de las previsiones temporales de la ley. Si fuera exigencia constitucional la necesidad de expedir formalmente un solo decreto, resultarían también contrarios a la Constitución los decretos que se expiden con posterioridad, pero dentro del término legal, que modifican, aclaran o corrigen la legislación expedida con apoyo en la ley de facultades, afirmación que ciertamente no parece acertada.

3º) La tesis adoptada por la mayoría, parte de una premisa lógicamente inconsistente, pues se asevera que como la norma demandada no es un código, o no lo es el decreto del cual forma parte, se desconoció la facultad concedida que revistió al presidente de la aptitud para expedir un código. De conformidad con esta forma de análisis, la inconstitucionalidad no es predicable del artículo demandado, sino de

las disposiciones expedidas que junto con las promulgadas integran el código, esto es, que en el fondo la inexecutable radicaría en la ausencia de las normas que hasta ahora han sido expedidas.

Ocorre, sin embargo, que el ejecutivo dispone todavía de más de medio año para el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 52 de 1984, de modo que aún puede expedir en su integridad el Código de Procedimiento Penal. Además, la promulgación de un código no supone la abolición o sustitución de todas las materias tratadas por el anterior, las cuales bien pueden ser adoptadas, total o parcialmente, por la nueva reglamentación. En ese orden de ideas el ejecutivo bien podría mantener buena parte de la regulación anterior, sin que por este motivo pueda afirmarse que violó la autorización que le imponía la facultad-deber de expedir un código en su totalidad.

4º) Se insinúa, asimismo, en la sentencia de la cual respetuosamente discrepamos, que el ejecutivo no expidió un nuevo código, sino que se limitó a derogar parcialmente el que se halla en vigencia. Este argumento es sugestivo en apariencia porque toda nueva reglamentación supone que con su expedición se deroga la totalidad o parte de la precedente. Es que toda expresa facultad para expedir un nuevo ordenamiento, lleva implícita la atribución de derogar la legislación preexistente.

5º) Finalmente obsérvese que en el fondo lo que se critica es la técnica legislativa empleada, pero la forma como el ejecutivo hace uso de las facultades conferidas no es razón para aseverar que las disposiciones promulgadas desconozcan ni el querer del Congreso ni los mandatos de la Constitución. El viejo aforismo según el cual "el que puede lo más, puede lo menos", que representa la aplicación de un principio lógico con alcances jurídicos, pone en evidencia que ninguna razón de inexecutable aqueja a la disposición demandada.

En esta forma dejamos consignados de manera sucinta las razones que nos permiten separarnos de la opinión mayoritaria.

## COMENTARIO

El corte presidencialista de nuestra forma de gobierno ha favorecido que funciones por naturaleza propias del órgano legislativo, deban ser "entregadas" al ejecutivo. Razones que explican el fenómeno son muchas y de muy diversas naturalezas, pero razón que justifique estos procedimientos no existe ni una sola. Ahora bien, con esta práctica consuetudinaria, hemos visto con asombro y preocupación cómo el órgano legislativo se ha convertido en nodriza de un sistema monárquico, donde al monarca se le hace la corte, y el monarca realiza los recortes.

Una preocupante inestabilidad en materia de legislación penal, se advierte. En relación con la génesis del Código de Procedimiento Penal, esta práctica se ha observado.

Mediante la ley 2ª de 1982, el Congreso derogó el Código de Procedimiento Penal vigente (decreto 181 de 1981), y restableció la vigencia del decreto 409 de 1971. No es todo: este estatuto ha sido objeto de reformas en uno y otro sentido,

haciendo de la legislación procesal penal un verdadero laberinto de no fácil comprensión aun para quienes tienen la delicada misión de administrar justicia.

La ley 2ª de 1984, lejos de ayudar a mitigar el problema, contribuyó a agravarlo, sencillamente porque en muchas de sus normas desarticula la legislación existente, por cuanto al limitarse a reformar en forma casi incongruente la actual legislación, dio pie a tantas interpretaciones como jueces tiene el país. A ella le siguen leyes y decretos, terminando por hacer de nuestro estatuto procesal penal una verdadera "colcha de retazos" casi impenetrable.

Todo porque, en primer lugar, el órgano al que la Constitución le ha encomendado la expedición de las leyes, ocupado en agotadores viajes de representación y en la distribución equitativa del clientelismo, difícilmente hace quórum para aprobar, y a pupitrazo limpio, leyes de facultades para el presidente, otorgándole con ello la potestad legislativa que solo para eventos excepcionales se debería conceder. Y en segundo lugar, porque en uno y otro caso se carece de la imprescindible técnica legislativa que impediría la desarticulación de la legislación existente e iría integrando en forma coherente y eficaz las nuevas necesidades del país, a la luz de la evolución social y de la irrupción de teorías nuevas y oxigenantes en el campo de las disciplinas penales.

Pero es tal la maraña legislativa actual, que las normas anteriores existentes se convierten en las yugulares de las nuevas. Razones de orden político impiden la armonía legislativa y la legislación penal ha terminado por convertirse en un gigante multicéfalo que a sí mismo se devora. No escapa a las razones arriba enunciadas, el controvertido decreto 1853 de 1985. He aquí su génesis: mediante ley 52 de 1984, el Congreso de la República, amparado en el art. 76, numeral 16 de la Constitución Política, otorgó facultades extraordinarias al presidente de la república por un término de dos años para que elaborara y pusiera en vigencia un *nuevo Código de Procedimiento Penal*.

Las precisas y específicas bases sobre las cuales el presidente debería expedir el estatuto requerido, están determinadas en la misma ley. No obstante lo anterior, se ha desatado un verdadero vendaval de todo orden sobre las normas puestas en vigencia en virtud de aquel decreto. Múltiples demandas ante la Corte, casi todas fallidas, han sido propuestas por "ciudadanos de bien", contra el decreto 1853. Una de ellas solicitaba a la Corte la declaratoria de inexecutable del art. 15 del mentado decreto, por razones que no soportan el más mínimo análisis, "pero por ser integral el control de constitucionalidad a ella confiado", la Corte ha decidido escudriñar otros ámbitos de posible inconstitucionalidad en la norma demandada. Y, según ella, las encontró; pero si nos atuviéramos a la denominación que de *Código* nos ofrece la Real Academia, el artículo objeto del debate no podría declararse inconstitucional, porque si código es "un cuerpo de leyes que forma un sistema completo de legislación sobre alguna materia", el art. 15 hace parte de una mayor que a su vez pertenece a un código aún no expedido en su totalidad, pero que nada obsta para que aquellas se vayan incorporando dentro del término previsto en la ley de facultades.

En realidad el cuerpo íntegro de un nuevo estatuto procesal penal no ha sido expedido, razón por la cual solo puede afirmarse que tal estatuto ha comenzado a expedirse, sin que ello sea obstáculo para que se siga integrando dentro del término que la ley concedió al ejecutivo. Pero aun en el evento de no expedirse más normas en relación con la facultad-deber prevista en la ley 52 de 1984, puede decirse que este decreto incorporado al estatuto hoy vigente, constituye el "nuevo Código de Procedimiento Penal", por cuanto tal facultad también la tiene el presidente<sup>1</sup>. Ello repugna a la técnica legislativa, pero no viola la ley, y solo sobre este tópico puede pronunciarse la Corte.

De otro lado y respetando la definición que da la Corte, un código "es un conjunto sistemático, lógico y completo de las disposiciones que regulan determinada actividad, y debe comprender todas aquellas reglas que sean propias de ellas o que le son necesariamente anexas o complementarias". Pero no dice la Corte, no dicen los diccionarios, ni lo admiten la lógica o la lengua, que para poder ser entendido por tal, aquel debe haber sido expedido al mismo tiempo o en una misma disposición. Luego, al declarar la Corte que ha sido transgredida la ley, la ley ha sido transgredida y también la lengua, convención universal. Y la misma lógica, porque así como: siendo el ente, *ser*, no con ello se afirma que el ente es el *ser*<sup>2</sup>. De igual manera una norma (la parte) hace parte de un Código (el todo) pero no es el todo, luego no es el Código como tal, y nada impide que se pueda acabar de integrar.

Pero la Suprema Corte, cuya función es ante todo velar por la constitucionalidad de las normas, no comparte ella misma (por lo menos unánimemente) su decisión. Ello lo indica el salvamento de voto formulado por seis de sus magistrados, quienes entre otras razones esgrimen la de que "no hay razón alguna de índole constitucional que impida que un código se conforme por la suma de diversas leyes y decretos", y agregan otra razón según la cual "la precisión en manera alguna se refiere a la forma como se hace uso de la atribución, sino a la necesidad de que las materias sobre las cuales se expide la regulación, sea desarrollo de aquellas a las cuales genéricamente se refiere el acto del Congreso"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Mediante providencia de diciembre 6 de 1983 emanada de la Corte, con ponencia del Dr. CARLOS MEDELLÍN, se deslinda, aunque más con sentido semántico que jurídico, el alcance y ámbito del verbo codificar, y cuya acepción diferente a la de compilar apunta al fenómeno que nos ocupa.

<sup>2</sup> La génesis del pensamiento y la lógica occidental está claramente esbozada en el "Poema de Parménides"; allí, pues, las trabas metafísicas que hacen de las formas del lenguaje simples imágenes de sus propios cuerpos, reflejadas en el mismo espejo, y según el cual solo a través de la A-pariencia, puede saberse de la pat-encia, es decir que las cosas todas pueden ser y no ser participando ellas de ambas naturalezas, porque en ellas llevan el germen de aquello que las contradice o niega.

<sup>3</sup> Con base en el art. 55 de la Corte, según el cual las ramas del poder público se prestan "colaboración armónica", el ejecutivo ha modificado mediante una norma otra vigente sin que ello implique violación de la Constitución, así se haya hecho por la vía de las facultades extraordinarias porque, además, la autorización expresa contenida en la ley 52 de 1984, tácitamente contiene la autorización para la expedición de normas como las contenidas en el decreto en mención.

Ahora bien: los argumentos aducidos por la Corte Suprema para declarar inexecutable el art. 15 del decreto 1853 de 1984<sup>4</sup> tienen validez para ser aplicados al resto del articulado del mismo decreto, razón por lo demás también advertida por la Corte, con lo cual queda abierta la puerta para que por la vía de la excepción de inconstitucionalidad se inaplique el resto del decreto. En efecto, en tal sentido ya se ha pronunciado el Tribunal Superior de Medellín, entre otras, mediante providencia de junio 13 de 1986, con ponencia del Dr. MARIO SALAZAR MARÍN, en la cual se afirma "...que por esa misma razón deben considerarse resentidas de inconstitucionalidad las restantes disposiciones de ese decreto, así como las contenidas en el decreto 56 del 9 de enero de este año, reformatorio del primero"<sup>5</sup>.

En todo caso, la lectura de la ley es, en cuanto a su interpretación, lo que el pentagrama musical es respecto a su intérprete. Y así como la música no simplemente se lee, evento en el cual se la desconocería, la ley también es preciso interpretarla, porque ella tiene sus propias tonalidades. Quien no interpreta la ley, la viola. Quien la interpreta con yerro, la desconoce...

GUILLERMO EUGENIO ARISMENDY D.

<sup>4</sup> A juicio nuestro el salvamento de voto a ambas providencias, presentado por seis de los magistrados, se compecece con el engranaje jurídico del país.

<sup>5</sup> También la misma corporación mediante decisión de junio 24 de 1986, con ponencia del Dr. LEONEL CALDERÓN, hizo pronunciamiento similar. Dichas decisiones constituyen hoy jurisprudencia unánime que empieza a ser recogida por otros tribunales del país.

## Juzgado Tercero Superior de Medellín

### DESCONOCIMIENTO DE LA COSA JUZGADA CUANDO HA PRESCRITO LA ACCIÓN PENAL. CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Tradicionalmente se ha justificado la institución de la cosa juzgada penal acudiendo a criterios como la seguridad jurídica, la estabilidad del ordenamiento, la certeza en la regulación de las relaciones jurídicas y la utilidad social; pero también es cierto que ninguna autoridad puede desconocer un derecho adquirido como es el instituto de la prescripción de la acción penal. La sentencia que así lo haga estará viciada de inexistencia\*

Doctor LAUREANO COLMENARES CAMARGO  
Abril 23 de 1985.

COMENTARIO: Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ

#### I) VISTOS:

No obstante haberse producido los fallos de primera y segunda instancia por los que se condenó a A. M. A. por el hecho punible de *homicidio en su forma tentativa a cuatro años de prisión* y a las accesorias de ley correspondientes, se corrió traslado del proceso, de manera oficiosa, al señor fiscal tercero superior para concepto por prescripción de la acción penal.

Descorrido el traslado, el señor agente del ministerio público se muestra partidario de que se declare extinguida la acción penal por la causal señalada y, no obstante el reconocimiento de la existencia de la sentencia de segundo grado, en atención a que "...en forma alguna ninguna autoridad puede desconocer un derecho que ya adquirió un procesado, y que le es ampliamente favorable como lo es el de prescripción".

#### II) ACTUACIÓN PROCESAL:

La investigación se inició por el Juzgado 29 Penal Municipal de Medellín, tendente a la averiguación del hecho consistente en el lesionamiento con arma blanca

\* Intitulación y notas a cargo de Jorge Enrique Vallejo J.

(peinilla) causado a L. E. A. por R. A., instigado y determinado por A. M. A. A., y cometido en la noche del 10 de diciembre del año 77.

Los dos acusados fueron aprehendidos, indagados y resuelta su situación jurídica, mediante auto de detención sin beneficio excarcelatorio.

Clausurada la investigación se profirió llamamiento a juicio por este juzgado, según auto del 15 de junio de 1979. La providencia fue recurrida en apelación y el H. Tribunal Superior de Medellín, en auto del 6 de septiembre del mismo año la confirmó, calificándose el hecho punible de homicidio intencional o de propósito, en su modalidad de tentativa (C. P., arts. 362 y 16 de 1936), y sin más circunstancias específicas de agravación o atenuación punitivas.

El auto de proceder causó ejecutoria el 14 de septiembre de 1979, o sea luego de surtirse en el Tribunal las notificaciones personales al señor fiscal de la corporación, a los dos sindicados-detenidos, y por estados a los defensores.

En el trámite de la causa tras su ritualidad en legal forma se intentó la celebración de la audiencia pública, pero la misma no pudo llevarse a cabo, por lo que, en su momento, hubo de excarcelarse a los procesados, acorde a los alcances del art. 4° de la ley 22 de 1980, según auto del 10 de noviembre del mismo año.

Más tarde, por auto del 10 de noviembre de 1983 se declaró extinguida la acción penal para R. de J. A y por muerte de este procesado.

Luego, habiéndose celebrado la audiencia pública para el cosindicado A. M. A. A., acorde con la veredicción se profirió la sentencia de primera instancia el 25 de mayo de 1984, y al consultarse la decisión condenatoria por la que se impuso cuatro años de prisión, el resarcimiento de daños y perjuicios causados con el delito y la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la principal, emitió su concepto el señor fiscal del Tribunal Superior el 10 de diciembre del mismo año, demandando la confirmación. Y por la Sala de Decisión Penal de la corporación, se confirmó mediante sentencia del 20 de febrero de este año.

En este fallo, en la motivación, se consideró perfectamente admisible el veredicto del jurado de conciencia, debiendo por tanto respetarse y acorde con el mismo, dado que guardaba armonía con el cuestionario y este a su turno con el auto de proceder, proferirse la sentencia de culpabilidad. Igualmente, en torno a la sanción, la providencia puntualizó:

"El señor juez del conocimiento impuso a A. M. A. la pena principal y privativa de la libertad de *cuatro años de prisión* que resulta del cómputo de los arts. 362 y 16 del Código Penal anterior, aplicable en este caso por ser más favorable a los intereses del acusado y vigente al momento de los hechos. El *a quo* anduvo por los mínimos, teniendo en cuenta la buena conducta anterior, su embriaguez y la personalidad del agente, dosificación que se considera justa. Las demás resoluciones del fallo, cuales son la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y la condenación al pago de los perjuicios causados con la infracción, resultan de aceptación.

"M. A. no tiene derecho al subrogado de condena de ejecución condicional (el factor tiempo se lo impide) y aún le falta tiempo para una posible libertad condicional; así que debe terminar de purgar la pena, pues la libertad provisional cesará una vez quede ejecutoriada esta sentencia. El señor juez de primera instancia, a quien compete la ejecución de la sentencia (C. de P. P., art. 665), dictará la correspondiente orden de captura".

Además, en dicha providencia se incurrió en una petición de principio, como que se volvió a confirmar la extinción de la acción penal por muerte del procesado R. de J. A. El auto que así lo había declarado fue confirmado, primeramente, en mayo 11 del 84.

En cambio, la sentencia del H. Tribunal no contiene ninguna motivación relativa a la causal extintiva de la acción penal por prescripción, y no obstante que desde el 29 de enero de 1981 había entrado en vigencia el nuevo Código Penal o decreto 100 de 1980, contentivo, entre otros, del instituto de la prescripción, con un alcance y unas previsiones diversas del correspondiente del Código derogado, la ley 95 de 1936. Los dos estatutos previenen que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la respectiva disposición penal cuando se trate de pena privativa de la libertad, pero en el derogado se aumentaba a treinta años cuando la sanción sobrepasaba los veinte (20). El mínimo sí se determina en uno y otro códigos, en cinco años. Al mismo tiempo los dos estatutos establecen que la acción se interrumpe por el auto de proceder en firme, pero en tanto que, en el derogado, en su art. 107, el nuevo término prescriptivo es el equivalente al mismo que señalaba el art. 105, en el nuevo estatuto se rebaja ese lapso a la mitad. Además, este no será inferior en ningún caso a cinco años (art. 84).

Frente a esa situación legal, por el fenómeno de sucesión de dos estatutos sustantivos, el que regía a la comisión del hecho punible y el que entró en vigencia cuando aún no se había juzgado la conducta, era perentorio el examen y aplicación de la ley más favorable a los intereses del reo, tal como lo disponen el art. 26 de la Constitución Nacional, la ley 153 de 1887 y el art. 6° del decreto 100 de 1980, en presencia de la causal extintiva de la acción penal por prescripción.

### III) LA COSA JUZGADA:

Nuestra ley positiva, siguiendo patrones de valor universal y como un gran avance del derecho moderno, consagra, tanto en el Código procesal penal (art. 215) como en el sustantivo (art. 9°), en este nada menos que como norma rectora, el principio de la intangibilidad de la sentencia ejecutoriada. Este su alcance en la norma del Código Penal: "Cosa juzgada. El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta".

La cosa juzgada respecto de la sentencia se debe entender en un doble sentido, el formal y el sustantivo o material. Se da el primero "cuando la sentencia no pueda ya ser impugnada, porque no sea posible utilizar ningún recurso o se han pasado los términos para interponerlos...". (FLORIAN). Y por el otro aspecto, enseña el mismo autor, la cosa juzgada en sentido material "se dice de la sentencia que se ha hecho irrevocable y que impide otros procesos sobre la misma cosa (*non bis in idem*), de donde nace la *exceptio rei iudicatae*, que constituye un impedimento absoluto contra el ejercicio de la acción penal y produce efectos en cualquier estado y grado de procedimiento".

El tratadista GIUSEPPE BETTIOL, refiriéndose al instituto de la irrefragabilidad de la *cosa juzgada* en materia penal, da las razones para fundamentarlo lo mismo que para cuestionarlo; por los eventuales problemas que pueden surgir a raíz de sentencias injustas, con toda propiedad reflexiona y se plantea:

"A tal respecto surge un problema político muy delicado: puesto que es verdad que la sentencia es siempre obra de un hombre y puesto que es verdad que el hombre puede también equivocarse, la sentencia puede también estar equivocada, lo que —en términos jurídicos— quiere decir que la sentencia puede ser injusta. Ahora bien, si de un lado la exigencia que en un determinado momento la norma se concrete en la sentencia para resolver un conflicto de intereses y para garantizar la paz social lleva a reputar la decisión del juez intocable, inmutable, definitiva, de otro lado la posibilidad de errores judiciales conaturales al juicio del hombre llevaría a negar la posibilidad que la sentencia pueda lograr las características recordadas: con la consecuencia de poder —si fuese el caso— reiniciar siempre una nueva discusión sobre los hechos y sobre las responsabilidades «provisionalmente» establecidas. Existen tendencias tanto para una solución como para otra. Se ha dicho que la regla de la intocabilidad o irrefragabilidad de la cosa juzgada solo porque se reputa inmutable es una expresión de fetichismo y de ficción, en el sentido que no corresponde a la verdad, el que *res iudicata pro veritate habetur*. Y toda ficción es insostenible, especialmente allí donde están en juego la verdad y la justicia de una sentencia que no pueden estar subordinadas a un mito insostenible cual ha devenido el de la irrefragabilidad de la cosa juzgada penal. CARNELUTTI y otros han formulado la urgente necesidad de sustraerse al nocivo mito de la cosa juzgada, al fin de dar respiro a una exigencia de vida y de libertad. Sin embargo, por otra parte, LEONE ha sostenido que «por cuanto concierne a la cosa juzgada penal, conviene observar cómo en el ámbito de la certeza del derecho se manifiesta un aspecto particular que está representado por la tendencia del proceso penal al fin del mantenimiento de la paz social (...) y colocada en este plano de autoridad de la cosa juzgada reposa sobre una solidísima base, que justifica —y en manera indudablemente más vinculante que su reconducción a la autoridad del Estado— aquellas afirmaciones según las cuales la injusticia de la sentencia irrevocable vendría compensada por la utilidad pública». (*Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., págs. 273 y ss.).

El mismo autor destaca el gran dilema que surge entre la presunción de verdad y la ficción, sin que pueda resolverse de manera distinta si no es manteniendo incólume, intocable, la sentencia, a no ser la excepción para casos igualmente excepcionales a través del recurso de *revisión*. Y ello en aras de la seguridad jurídica, de la estabilidad del ordenamiento, de la certeza en la regulación de relaciones jurídicas, para utilidad social, y así tenga que sacrificarse la justicia: "por el bien de todos es necesario que uno (incluso inocente) tenga que morir".

El autor, sin embargo, propugna una solución de compromiso, apartándose no solo de ese principio autoritario, que también absolutista, para sugerir:

"Una exigencia democrática que tienda a la salvación del individuo en el marco de la verdad y de la justicia, postularía otra solución, mientras que también el Estado que se autodefine democrático, en un determinado momento recurre a un principio autoritario para enraizar sobre bases utilitaristas una solución que debería estar siempre inspirada por precisos criterios de verdad y de justicia sustancial. De otra forma, aunque ligado a la justicia, en una de sus estructuras fundamentales, el proceso penal se basa en una exigencia de fin, de utilidad".

Ahora bien, frente a esos enunciados doctrinarios y principalmente a las previsiones de nuestro ordenamiento legal en torno a la cuestión debatida, para el caso dado, *de entenderse como lo reconoce el concepto del colaborador fiscal que la sentencia del H. Tribunal Superior tiene existencia jurídica, no habría más remedio que estarse a ello por tratarse de una situación pasada en el principio y la autoridad de cosa juzgada.*

*Pero como no lo consideramos así, pues habiéndose incurrido en el fallo de segunda instancia en diversas irregularidades ostensibles que vician la decisión, como ha de destacarse, afectándola de tal manera que debe tenerse como acto procesal inexistente, con todas las secuelas que de ello se derivan.*

#### IV) TEORÍA DEL ACTO PROCESAL Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

*Por el mismo se entiende toda intervención de los distintos sujetos, así no tengan el carácter de parte, en desarrollo del proceso penal. O como mejor lo enseña LEONE: "Acto procesal (en estricto sentido) es el comportamiento voluntario de una persona (aun cuando no sujeto procesal), que tiene influencia sobre la constitución, sobre la modificación o sobre la extinción de la relación procesal".*

Y en un sentido más amplio, explica el mismo autor que el acto procesal "es la expresión del movimiento de la relación procesal, del comportamiento de los sujetos. Puesto que estos sujetos se mueven, obran, colaboran al dinamismo procesal, surge la necesidad de regular, de limitar y empalmar tales actividades. Cada uno de los sujetos procesales (juez, sus órganos auxiliares, partes, sujetos secundarios) toma de la ley derechos, facultades, poderes, obligaciones, en relación con el proceso: es natural que para el ejercicio de tales derechos, facultades, potestades y para la observancia de tales obligaciones y deberes deba tenerse un cierto comportamiento, realizar una cierta actividad, la cual se llama actividad o acto procesal".

A su turno, la jurisprudencia colombiana y expresamente por la Corte Suprema de Justicia, acogiendo la Doctrina en todos sus alcances, entre ellos las irregularidades y vicios que se desprenden de la práctica del acto procesal defectuoso, puntualiza:

"El Código de Procedimiento Penal, entonces, recoge, reglamenta e indica la forma y los caminos como debe actuarse y realizarse la función punitiva del Estado. De esa manera, el legislador elabora unos esquemas o modelos de comportamiento a los cuales deben uniformarse todos los intervinientes en el proceso, para que obren del modo como allí se les indica, y según sus derechos, sus poderes o sus obligaciones, de ahí la clasificación que de los actos procesales ha hecho la doctrina en relación con la diversa función que el acto debe cumplir en el desarrollo del proceso penal.

"El acto procesal provisto de los requisitos prescritos en la ley —continúa LEONE— puede llamarse acto perfecto, es decir, inmune de todo vicio: como tal es plenamente productivo de efectos jurídicos. Puede establecerse por tanto, la correspondencia entre perfección y eficacia. Cuando en cambio, se abandona el campo de la perfección, de la observancia integral de las reglas de ley, de la inmunidad absoluta de los vicios, se delinea una gama progresiva de situaciones: el vicio que comienza donde cesa la perfección. Puede asumir

una relevancia mínima (que llamaremos mera irregularidad) y una relevancia máxima (que llamaremos inexistencia, la cual va más allá de la *res judicata*) entre los dos extremos se colocan aquellos vicios que dan lugar a la nulidad, la cual a su vez, como veremos se divide en nulidad absoluta y relativa" (LEONE, ob. cit., pág. 682). (Sentencia de casación del 20 de abril de 1980). (Magistrado ponente, doctor JESÚS BERNAL PINZÓN).

Al ocuparse la misma providencia de los vicios que puede engendrar la actuación irregular, acorde con el Código procesal colombiano, se refiere a las nulidades que, de manera expresa, consagran los arts. 210 y 211, de las cuales "unas pueden llegar a invalidar la totalidad del proceso, como sería el caso de ilegalidad de la personería del querellante en los asuntos en que no puede procederse de oficio, o en el caso de *incompetencia de jurisdicción* en ciertos eventos: otras, afectan apenas parcialmente la actuación cumplida en el proceso, y puede el vicio eventualmente extenderse a otras zonas de la actuación".

También examina la decisión otras hipótesis de nulidad por inobservancia de requisitos formales que la ley exige para el perfeccionamiento de los actos que prevé; como las situaciones a que aluden los arts. 155, 224, 247, 270, y 431 relativos a la sanción de invalidez cuando los actos no se sujetan a los requisitos formales; a la inexistencia del acta por carencia de fecha, lugar y nombre de las personas que han intervenido; a la invalidez de la inspección judicial cuando esta no se ha ordenado previamente en auto que indique lugar, fecha y hora de cumplimiento de la misma; a la inexistencia por la inobservancia de las normas relativas a la amonestación previa al juramento y posesión de los peritos que deban intervenir en una determinada diligencia; a la invalidez del testimonio que no se ha recibido personalmente por el juez en presencia de su secretario, y a la inexistencia de reconocimiento en fila de personas o la confesión del sindicado cuando no haya estado presente su apoderado.

Igualmente se examinan las nulidades que se desprenden de la violación de las garantías consagradas en el art. 26 de la Carta Fundamental que por ello se las denomina como "nulidades constitucionales".

Finalmente, observa la sentencia:

"Al lado de estas nulidades, generales y específicas, la ley ha previsto también como sanción de invalidez de los actos procesales, la inexistencia. El art. 214 del Código de Procedimiento Penal se refiere concretamente a la «inexistencia del acto procesal», expresando que tal fenómeno se presenta todas las veces que exigiendo la ley expresamente para la validez de un determinado acto, el lleno de ciertas formalidades, y estas no se observen, se considerará, sin más, que el acto no se ha verificado. La inexistencia del acto implica, pues, la suma imperfección que se producirá todas las veces que el acto ha sido emanado con omisión de elementos estructurales insustituibles, y por tanto, insubsanables en forma absoluta, para su validez. La inexistencia del acto procesal puede manifestarse en forma material, que sería la omisión pura del acto, su no emanación, o ya también aunque existiendo materialmente, *originar un juicio de valoración negativa como en las hipótesis en que la ley se refiere a que el acto «no tendrá valor alguno».*

"La inexistencia, lo expresa la disposición, a diferencia de la nulidad, no precisa de resolución para su reconocimiento, y desde luego, dada su extrema gravedad, no es posible subsanarla, en ninguna forma que quede subsistente el acto viciado". (Subrayas fuera de texto).

Ya antes la misma corporación, aplicando la doctrina con criterio semejante pero en torno a la *preclusión de términos* o de inobservancia de *requisitos formales invalidantes de actos procesales*, estudiado bajo la forma de la llamada caducidad, había concluido en igual forma. En sentencia de casación penal del 22 de noviembre de 1948, el eximio tribunal anotó:

“*Caducidad*.—El acto realizado extemporáneamente es inexistente por cuanto se realizó cuando ya había caducado el derecho a ejecutar por causa del vencimiento del término que condicionaba ese derecho. Esta doctrina, ya no controvertible, es la que sustenta normas como las de los arts. 178 y 202 del C. de P. P. y 597 del C. de P. C. (Tales disposiciones del procedimiento penal son las equivalentes del actual Código a los arts. 188 y 214, sobre obligatoriedad de términos en la actuación con un alcance más genérico y un tanto vago, y la inexistencia de los actos por defectos graves de forma en su creación).

“La Caducidad, continúa la sentencia —según la expresión de FLORIAN—, produce dos efectos: la preclusión o pérdida de la facultad procesal de ejercitar una actividad también procesal, y la invalidez jurídica del acto que a pesar de la pérdida de la facultad procesal se realizó”. (*Gaceta Judicial*, t. LXV, núms. 2066 y 2067, pág. 174).

De su parte, los tratadistas colombianos JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE, al ocuparse de los vicios que afectan la actuación procesal, distinguen con toda precisión *las nulidades* de las *inexistencias*, haciendo ver que en las segundas “el acto considerado como tal no constituye presupuesto procesal de la actuación subsiguiente; la razón por la cual el acto es inexistente, por regla general no constituye fundamento de los periodos subsiguientes, es la de que se castiga con inexistencia la violación de los principios que regulan la aducción de la prueba al proceso (legalidad, publicidad, intermediación), y no las actuaciones que afecten en su totalidad la relación jurídico-procesal”. (*Temas de derecho procesal penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, págs. 302 y 303).

Estos autores insisten y amplían el concepto en torno a las diferencias de las dos clases de vicios procesales, reconociendo las siguientes: la *inexistencia no comunica la irregularidad al resto de la actuación procesal*, salvo excepciones, en cambio *la nulidad sí, por afectar la relación jurídico-procesal*; la primera no está taxativamente enumerada, en cambio la nulidad incluso las hipótesis de las supralegales, se señalan expresamente en la ley; la *inexistencia* no requiere de pronunciamiento expreso, lo que sí exige *la nulidad*, pues la decisión jurisdiccional debe señalar la parte de la actuación que está cobijada con el vicio: *la primera no se consagra expresamente como causal de casación por tratarse de una relación de acto-prueba que al dar origen a un vicio puede alegarse a través de la causal primera cuerpo segundo del art. 580 del Código de Procedimiento por violación indirecta de la ley*, en cambio la nulidad sí lo está; *en cuanto a la culminación del proceso si el acto procesal es inexistente por regla general el proceso podrá culminar normalmente, haciendo caso omiso el juez del acto que se dice afectado*, y en cambio la nulidad impide la terminación del asunto hasta tanto no se convalide la actuación.

Sin embargo, los mismos autores al comentar las distintas disposiciones sobre inexistencia de actos procesales, no solo destacan el acto-prueba, sino también “el

acto relación, o constitutivo o de desarrollo de la relación procesal”, como pueden serlo por vía de ejemplo, las providencias judiciales. Por ello expresan:

“El art. 214 del C. de P. P. da a entender que las inexistencias están taxativamente enumeradas en el ordenamiento, porque la disposición habla de que la ley «exija expresamente» para la validez de un acto determinadas formalidades. Nos parece que una interpretación literal del texto no conviene, porque se quedarían sin sanción innumerables actos en los cuales se han violado en *forma grave los requisitos esenciales* que regulan la aducción de la prueba al proceso; por ello creemos que así expresamente la ley no exija para la validez de un determinado acto el cumplimiento de ciertos requisitos, si al allegar el medio probatorio al proceso, se han violado los principios generales de la prueba, debe tenerse como inexistente. Piénsese, por ejemplo, en versiones obtenidas bajo coacción; en ninguna parte se consagró expresamente que la validez de dicho acto estaba condicionada a la espontaneidad del declarante, pero por ello no puede dársele validez a ese medio probatorio. Al haber violado en forma grave los principios generales de la prueba, carece de toda eficacia, y por consiguiente el juez sin necesidad de declaración alguna, debe abstenerse de valorarla al proferir decisión de fondo.

“El art. 162 del C. de P. P. indica que es inexistente el acta en que falte la indicación de la fecha y el lugar donde se llevó a cabo la diligencia y la designación de las personas que intervinieron en ella. Si bien con este precepto se trata de salvaguardar la aducción de la prueba al proceso, más exactamente su autenticidad, la inexistencia puede predicarse de providencias judiciales que no llenen el «esquema formal» de que habla el art. citado”. (Obra citada, pág. 304).

Los doctrinantes, al hablar de los momentos en que las nulidades pueden alegarse, hallan como hipótesis factible el intentar el pedimento a pesar de estar en firme la sentencia “por vicio que se presenta durante el trámite de liquidación de perjuicios, donde en la mayoría de los casos deben invocarse las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil”.

Pero también: “Cuando se viola el art. 26 de la Carta, estando ejecutoriada la sentencia, por no dar aplicación al principio de favorabilidad, no cabe nulidad de la decisión, sino revocatoria de la misma, conforme quedó explicado al tratar el tema de la ejecutoria formal y material”. (Obra citada pág. 302).

El recurso en cuestión, como solución en presencia de una nulidad supralegal en proceso con sentencia condenatoria en firme, se explica en el siguiente aparte:

“En el proceso penal se prevé expresamente la revocatoria directa de las resoluciones que atañen con la libertad de la persona. El funcionario, v. gr., puede revocar en cualquier momento el auto de detención; o la resolución de excarcelación mal concedida, o en aquellos eventos en que se ha violado las prohibiciones consagradas por el ordenamiento jurídico, etc. Es cierto que nuestro ordenamiento solo consagró expresamente esa modalidad de revocatoria directa; sin embargo, ello no es óbice para predicar la revocatoria de otra clase de decisiones. Obsérvese cómo la *ratio legis* de la revocatoria de las decisiones que tocan con la libertad es la de que con tal decisión no se causa traumatismos a etapas ya superadas, porque no constituyen su presupuesto procesal. Con auto de detención o sin él, se puede calificar el mérito del sumario; esté privada o no efectivamente de la libertad una persona,

se puede dictar en su contra sentencia condenatoria; pues bien, en el proceso penal existen otras decisiones similares, para las cuales no se ha previsto expresamente la posibilidad de revocación directa, pero al no constituir presupuesto de las actuaciones realizadas con posterioridad, debe afirmarse que también la admiten". (Obra citada, pág. 234).

Sin dejar de reconocer lo novedoso y sugestivo de la tesis de los doctrinantes colombianos, como que ella pudiera aplicarse en ciertas situaciones, sin embargo por la vía del recurso de revocación directa, dado que el mismo se consagra de manera expresa en tratándose de asuntos administrativos, como el que reglamenta el derecho de petición, su alcance en el procedimiento penal resulta muy restrictivo y limitado.

En cambio, en atención a la doctrina del acto procesal, que como se ha visto es perfectamente compatible con la orientación de nuestra ley positiva, acogida en veces en toda amplitud por la jurisprudencia de la Corte Suprema, nada impide su aplicación respecto de actos que omitan o no llenen las formalidades legales, no solo el "acto-prueba" sino también el "acto-relación", comprendiendo en ellos los contentivos de juicios de *valoración negativos* contrarios a la ley u *omisivos* por no estimación de la misma, que por su gravedad devienen en situaciones de *inexistencia*.

Y de entre las providencias judiciales, la principal de ellas, la sentencia, no podría constituir una excepción. Solo que en relación con ella la jurisprudencia colombiana se muestra un tanto recelosa, aplica criterios restrictivos y hasta contradictorios. Por ejemplo en una de las últimas sentencias sobre la inobservancia de requisitos formales del fallo penal, la H. Corte Suprema de Justicia acepta la posibilidad de la *inexistencia* de tal providencia en estas situaciones:

"Cabe anotar que esta Sala de manera reiterada ha sostenido que una sentencia es inexistente cuando se observan en ella contradicción lógica entre los mismos presupuestos jurídicos sentados en los considerandos y la conclusión a que se llega en la parte resolutive de la misma, o cuando la norma sanciona con invalidez el acto cuya realización no haya estado revestida de ciertas formalidades como, por ejemplo, la inspección judicial no decretada por auto previo como lo manda el art. 224 del Código de Procedimiento Penal; el testimonio, art. 247 *ibidem*; el dictamen pericial, art. 270 *ibidem*, ya que en los citados preceptos se dice: «...la inspección judicial *no tendrá valor alguno*...», «...se considera inexistente la peritación...», respectivamente".

Sin embargo, a renglón seguido la providencia da a entender que un fallo penal no puede devenir en inexistencia, acorde al alcance del art. 214 del C. de P. P. En efecto, anota:

"Lo anterior está predicando con meridiana claridad que la sanción de inexistencia de un acto solo procede cuando la ley exige expresamente para su validez que se llenen ciertas formalidades, como lo señala el art. 214 del mismo estatuto". (Sentencia de casación del 14 de febrero de 1984. *Excertas penales* del mismo año, pág. 225).

## V) LA SENTENCIA INEXISTENTE

*No vemos el por qué siguiendo la doctrina del acto procesal, que como bien se ha visto es aplicable en nuestro derecho positivo, dado que en general ha sido copiado y traspuesto de legislaciones donde ha sido consagrada previamente, la misma no puede comprender un "acto-relación" como la sentencia y las consecuencias que se derivan por graves defectos de forma, a su turno, constitutivos de vicios sustanciales, que finalmente impidan su validez. Y si no repárese en aquel aspecto de la preclusión de términos en actos procesales, que al decir del maestro FLORIAN, cuyo criterio hace suyo la Corte, deviene en la pérdida de la facultad procesal para ejercitar también la actividad procesal y la invalidez jurídica del acto relizado, a pesar de la carencia de tal facultad.*

En el caso *sub iudice* se advierten tres aspectos que son constitutivos de vicios invalidantes de la sentencia de segundo grado, a saber:

a) *La incompetencia de jurisdicción* porque, *no obstante que el H. Tribunal Superior tenía en principio facultad para revisar la sentencia, la perdió desde el mismo momento en que la acción prescribió*, el 14 de septiembre de 1984, luego de transcurridos cinco años de interrumpida por el auto de proceder, debidamente ejecutoriado.

A este respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido terminante e invariable. En uno de los numerosos pronunciamientos puntualizó:

"Por consiguiente, si el derecho del *Estado*, de hacer valer su pretensión de aplicar la ley, caduca por extinción de la acción, debido al fenómeno de la prescripción, es notorio que la incompetencia de jurisdicción se traduzca en la incapacidad subjetiva y objetiva del fallador para proseguir una acción penal ya fenecida por producirse el hecho de la prescripción". (*Gaceta Judicial*. Casación penal del 14 de septiembre de 1951, t. LXX, núms. 2105-2106, págs. 543 y 544).

Y en jurisprudencia reciente, en relación con un caso semejante al que nos ocupa, el mismo alto tribunal de justicia, además de sostener invariablemente que las únicas formas de interrupción de la acción penal son las del auto de proceder debidamente ejecutoriado y la sentencia definitiva, agrega a manera de conclusión:

"Como puede apreciarse, según la interpretación tradicional de las normas sobre prescripción de la acción, cuando el Tribunal Superior de Valledupar confirmó la sentencia de primer grado, la acción penal se hallaba prescrita, careciendo dicha corporación de competencia para proferirla". (*Excertas penales*, segundo semestre 1983, pág. 183).

b) Al proferirse la sentencia de segundo grado esta dejó de observar un requisito de forma de los que previene el art. 171 del C. de P. P., para la *redacción de las sentencias, cual es el de la motivación respecto de la pena*, en su aspecto negativo por la presencia de la causal extintiva de la acción penal por prescripción. En efecto, el ordinal f, del artículo en cuestión, previene que *el fallo debe contener los fundamentos jurídicos para imponer una pena*, lo cual quiere decir que esos fundamentos deben examinarse por los distintos aspectos que le son debidos.

En el caso el H. Tribunal, muy seguramente a instancias del concepto fiscal que demandaba la confirmación de la sentencia de primer grado, inadvirtió la presencia de la *causal extintiva de la punibilidad*, como técnicamente se destaca, y por eso omitió toda motivación al respecto. A su vez, esa inobservancia formal revierte en otra de carácter sustantivo, la del art. 215 *ibídem*, que exige para la procedencia de la *sentencia condenatoria* la plena prueba de que el hecho punible se realizó y la de que el procesado es responsable del mismo. Recuérdese además que, esta disposición como aquella, son desarrollo de la norma constitucional, según la cual las decisiones serán motivadas (art. 163), por lo que su inobservancia en el aspecto que se examina, traduce grave irregularidad tanto desde el punto de vista formal como material, por cuanto el caso estaba amparado por *causal de impunidad*.

c) Siguiendo el esquema laborado en relación con las  *nulidades supralegales* originadas en el auto de proceder, algunas de las caules se hacen extensivas al juicio, se destaca aquella de la inobservancia del *principio de favorabilidad* en presencia del tránsito de legislación, y por quebrantamiento del art. 26 de la Constitución Nacional. “También —observan BERNAL y MONTEALEGRE— se incurre en nulidad por no dar aplicación al principio de favorabilidad cuando hay tránsito de legislación”.

Ese principio debió de observarse en la sentencia, una vez más, frente al fenómeno prescriptivo. Pero la decisión, por inadvertencia de la causal de impunidad, omitió cualquier pronunciamiento al respecto.

El mismo principio en su aplicación ha sufrido grandes cambios por la interpretación de las normas que deben tenerse en cuenta, si como conjunto estructurado y regulador de todo un sistema penal, como presume serlo un Código, o como conjunto de disposiciones que gobiernan un *determinado instituto*.

Si lo primero, por la Honorable Corte, al estudiar el fenómeno respectivo del tránsito de legislación con la codificación de 1936, puntualizó en un fallo:

Aplicación de uno solo de los dos códigos, el de 1890 o el de 1936, “Porque es injurídico el injerto o la mezcla o combinación de ambas legislaciones en un caso determinado”. (*Gaceta Judicial*. Casación de febrero de 1941, t. L, núms. 1964, 1965, pág. 570).

En otro pronunciamiento el mismo tribunal dijo:

“La Corte ha sentado doctrina en el sentido de que «El juez puede elegir entre la ley antigua y la nueva la más favorable al acusado; pero no aplicar las dos a la vez, tomando de cada una lo que parezca más conforme con el criterio de favorabilidad»”. (*Gaceta Judicial*. Febrero 5 de 1941, t. L, núms. 1964 y 1965).

Tal enfoque sufrió una variación ostensible en auto del 28 de abril de 1944, cuando la corporación, con mejores razones, puntualizó:

“II.—Cuando se va a imponer la sanción y hay que determinar cuál de dos leyes penales —la antigua o la nueva— es más benigna o favorable al procesado, debe compararse la totalidad de la una con la totalidad de la otra. Pero en el presente caso no se trata de aplicar la ley penal como sancionadora sino cabalmente de lo contrario: de que por haber prescrito la acción penal no se aplique la pena.

“Si a pesar de lo dicho subsistiere duda sobre el particular, habría que resolverla en favor del procesado en virtud de principios consagrados en los arts. 3° del Código Penal, 5° del Código de Procedimiento Penal y 22 de la Constitución. Ha sido tal la decisión del legislador colombiano en pro de la tesis de que entre dos leyes penales se aplique siempre la más favorable al procesado, que llega hasta el extremo de pasar aún sobre la cosa juzgada a fin de que hasta los que se hallan cumpliendo condena puedan beneficiarse con la ley más benigna aunque se haya expedido con posterioridad a la sentencia condenatoria.

“III.—Una ley normativa, la ley 153 de 1887, al desarrollar tales principios en lo relativo a examen comparativo de penas, y como si no bastara la norma general que abarca toda la materia penal sobre resolución de la duda en favor del procesado, la ley 153, en su art. 45, inciso final, da otra norma que, por eso mismo, reviste carácter de especialidad en estos problemas: «Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna»”. (*Gaceta Judicial*. Auto t. LVII, núms. 2006 a 2009, págs. 209 y ss.).

El cambio definitivo se operó en años recientes a raíz de la vigencia del nuevo Código Penal, pues aunque, en principio, un sector de la jurisprudencia insistía en escoger uno u otro Código en su integridad en aplicación del principio de la ley permisiva o favorable, quizás a instancias de doctrinantes o comentaristas, la Corte Suprema sentó el criterio acogido de manera unánime, en el sentido de que *la ley favorable es aquella contentiva del conjunto de disposiciones de una u otra codificación, reguladoras de una misma materia o un determinado instituto*. Por ello creemos no sea necesario sino invocar uno de los pronunciamientos más sobresalientes del alto tribunal, que por su claridad y alcance permite dilucidar el problema. La corporación, en relación con un caso de prescripción, en providencia del 10 de diciembre de 1981, en los siguientes apartes dijo:

“La favorabilidad de una ley penal sobre otra anterior puede depender de varios factores, entre ellos, de la eliminación del modelo legal que describía la conducta punible de la exigencia de nuevos requisitos sustanciales predicables de uno cualquiera de los elementos del tipo anterior; de la supresión de una entre varias penas acumulativas; de una atenuación punitiva de carácter cualitativo o cuantitativo respecto del mismo hecho punible; de la presencia de un requisito de procedibilidad no reclamado antes; de la creación de una nueva causal de extinción de la punibilidad; de la transformación de un tipo delictivo en contravencional; en fin, de cualquier determinación legislativa que implique beneficio para el individuo respecto de la ley anterior.

“Es obvio que la favorabilidad ha de predicarse de una ley respecto de otra; pero, ¿qué ha de entenderse por ley para tales efectos? He aquí un problema interesante y delicado. Para llegar a solución correcta parece conveniente distinguir entre las varias leyes en conflicto según que consten de un solo artículo o de una pluralidad de ellos; en el primer caso, bastará cotejar las dos o tres normas enfrentadas para determinar cuál de ellas es más favorable; en el segundo evento, será necesario distinguir su contenido y clasificarlas en monotemáticas o simples y pluritemáticas o complejas, según que se ocupen de una misma materia jurídica o de una variedad de ellas; entonces se examinará en conjunto la regulación legal de tal materia, entendida como concreta institución jurídica (tentativa, coparticipación, concurso, prescripción), o como tipo penal genérico (homicidio, peculado, secuestro).

“Si se trata de leyes monotemáticas, el cotejo es bien simple porque basta estudiar el tratamiento que dan al fenómeno de que se ocupan y decidir cuál de ellas ofrece la respuesta más favorable; cuando, en cambio, las leyes son pluritemáticas —ejemplo clásico de ellas

son, precisamente los códigos penales— debe examinarse la materia jurídica referida al hecho cuya solución se busca, en las diversas normas que a aquella se refieren. Quiere esto significar que la ley cuya favorable aplicación demandan la Constitución y los principios rectores del derecho es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulan normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto”.

Como quien dice, tratándose del instituto de la prescripción de la acción penal y cobijado el caso por los códigos de 1936 y 1980, se aplicará de estos el conjunto de disposiciones que regulen de manera más favorable la situación jurídica del acusado. En el evento de autos, lo era y lo es el Código vigente, porque habiéndose interrumpido la prescripción con el auto de proceder en firme, el nuevo término prescriptivo era el equivalente a la mitad del señalado en la respectiva disposición transgredida, o sea de cinco (5) años, porque aunque aquel sea inferior, el mínimo del lapso prescriptivo es este.

En esta forma las irregularidades y omisiones se estima afectan de tal manera la sentencia del H. Tribunal, que no podemos menos de considerarla inválida y más exactamente *inexistente*. Por ello no podrá *ejecutarse*, ordenando, entre otras, el cumplimiento de la pena privativa de la libertad y demás sanciones impuestas.

De tal suerte que nuestra conclusión resulta ceñida a la lógica, a la equidad y a la justicia, y respaldada en el criterio del gran doctrinante, cuando recuerda:

“Es claro que al hablar de cosa juzgada se entiende que se dice de una sentencia, que, aunque sea imperfecta, exista. No pueden adquirir la fuerza de cosa juzgada las sentencias consideradas jurídicamente inexistentes, de las que pueden servir como ejemplo la sentencia instructoria que condena, la del juez que no tenga jurisdicción penal y que condena a una pena. La dictada por una persona que no sea juez (recuérdese la estrategia de Perzia en *El Mercader de Venecia*), la sentencia no escrita y no publicada. Tales pseudo-sentencias, tales sentencias aparentes, no podrán ejecutarse y naturalmente sería legítima la resistencia contra ellas”. (Las subrayas son nuestras) (EUGENIO FLORIAN, *Derecho procesal penal*, Barcelona, Librería Bosch, 1934, pág. 416).

#### VI) LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

El caso *sub judice*, en tratándose del fenómeno prescriptivo de la acción penal, una vez más, exige la aplicación de la ley permisiva o favorable a los intereses del acusado, acorde al mandato del art. 26 de la Constitución Nacional, las disposiciones pertinentes de la ley 153 de 1887 y el art. 6° del decreto 100 de 1980. Razón de ello que el asunto aparece cobijado por el Código Penal de 1936, bajo cuya vigencia se cometió el hecho punible, y por el Código de 1980, que rige para el juzgamiento.

En efecto, la susodicha acción se inició el 10 de diciembre de 1977, por lo que, al proferirse el auto de proceder, se calificó la conducta por *homicidio* y en su dispositivo amplificador de la *tentativa*, conforme a los arts. 382 y 16 del Código del 36, los mismos que se aplicaron en la sentencia de primer grado, por comportar favorabilidad frente a las normas correspondientes del actual Código Sustantivo.

Mas la prescripción de la acción en dicho caso debía operar en el “máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal” y además observando “las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”, en nueve (9) años y ocho (8) meses. Pero como la misma acción fue interrumpida, y el auto de proceder se ejecutorió el 14 de septiembre de 1979, debía transcurrir un nuevo lapso de cinco (5) años antes de la sentencia definitiva, como realmente ocurrió, el 13 de septiembre de 1984. La prescripción se cumplió acorde con las disposiciones del Código de 1980 dada su permisibilidad respecto de las correspondientes del mismo instituto del Código derogado, y porque el término, luego de la interrupción, es mucho más corto en el primer estatuto al reducirse a la mitad, cuando en el segundo se señala uno igual al inicialmente previsto.

Luego habiéndose producido la prescripción de la acción penal se hace imperativo su reconocimiento mediante la correspondiente determinación. Al mismo tiempo, deberá *consultarse* la providencia y porque el hecho punible porque se procede, tiene señalada sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo excede de cinco años.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Superior de Medellín, obrando de acuerdo con el parecer fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### VII) RESUELVE:

*Declarar prescrita la acción penal adelantada por el cargo de homicidio tentado contra A. M. A. En consecuencia se ordena cesar procedimiento para el mismo inculpado.*

Cópiese, notifíquese, cúmplase y consúltese

LAUREANO COLMENARES CAMARGO  
Juez Tercero Superior

JORGE A. GONZÁLEZ G.  
Secretario

# Tribunal Superior de Medellín

## (SALA PENAL)

Una vez ejecutoriada la sentencia, lo que fue objeto de controversia dentro del debate procesal ya no puede ser cuestionado ni discutido, y menos aún incumplido o declarado inexistente. Por algo los procesalistas dijeron que la cosa juzgada hace de lo negro blanco y de lo blanco negro.

Doctores EUCARIO PALACIO P.\*  
HUMBERTO RENDÓN A.

Diciembre 6 de 1985.

Para resolver este grado jurisdiccional son pertinentes las siguientes

### CONSIDERACIONES:

El señor fiscal *tercero* del Tribunal, en su concepto de fs. 301 y ss., después de hacer cuentas de tiempo o términos necesarios para la prescripción y de concluir que dentro de su tasación todavía faltaba algún lapso para que teóricamente se diera el presupuesto para aquella, optó por solicitar que se declare la inexistencia del acto que se ha pedido revisar, porque ya el juez había perdido toda jurisdicción, puesto que el proceso ya había entrado al campo de la cosa juzgada, ya que nunca se interpuso el recurso de casación dentro del plazo estipulado por la ley.

Es necesario dejar en claro una primera premisa, afirmando que *proceso* existe desde el momento en que se dicta el respectivo auto cabeza de proceso, de conformidad con el art. 319 del Código de Procedimiento Penal, hasta cuando existe la cosa juzgada, vale decir, hasta cuando hay una sentencia ejecutoriada en firme. Ahora bien: la ejecutoria de sentencia de condena se opera "cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno y no debe ser consultada". (C. de P., art. 209).

Al respecto escribe el dr. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ:

"El proceso de juzgamiento perdura mientras la acción que origina la infracción a la ley penal y que constituye —como dice FLORIAN— la energía del proceso, la que lo domina

\* El Dr. Julián Muñoz S. ponente inicial, salvó su voto, el cual se incluye a continuación.

y le da carácter, no se haya extinguido por agotamiento de su ejercicio u otro cualquiera de los medios extintivos señalados por la ley. Y agotamiento del ejercicio de la acción represiva solo puede afirmarse cuando exista cosa juzgada, esto es, cuando haya sentencia ejecutoriada en firme, como que solo en ese momento se puede aplicar la pena, si la sentencia ha sido de condena, y exigir el pago de los perjuicios que hubiere causado el delito.

"El art. 103 del Código de Procedimiento Penal, al consagrar la cosa juzgada, establece que «El procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta». De esta norma se colige que el proceso penal termina con la sentencia «ejecutoriada», fenómeno este que, como antes se anotó, únicamente se produce cuando el fallo no sea susceptible de recurso alguno.

"El resultado del proceso penal es la cosa juzgada (*res judicata*), o sea la resolución definitiva del objeto procesal, y su finalidad práctica de sometimiento del delincuente a la pena solo se obtiene con la decisión jurisdiccional que ponga fin al juicio y cause los efectos denominados de la preclusión y ejecución, que no pueden producirse mientras sea posible o se haya interpuesto un recurso contra el fallo". (*Temas de derecho penal colombiano*, núm. 5).

Lo anterior implica, pues, que el proceso de cognición se agota cuando la sentencia definitiva empieza a ser cosa juzgada. Hasta este momento puede decirse que existe proceso. En ese momento justo, la acción penal que nace del delito ha quedado consumada. Porque de allí en adelante se inicia propiamente el *trámite de la ejecución de la pena*, bien diferente a lo que procesalmente constituye el ejercicio de la acción, cuyo presupuesto es la existencia de una sentencia en firme, ejecutoriada, que constituye *res judicata* y que por lo tanto es intangible. Su filosofía se fundamenta en el hecho de que solo puede ejecutarse aquello que es inmodificable y que se ha asumido como una verdad dicha por la ley, que no puede ser desconocida por nadie y que tiene que ser acatada por todos. En esta etapa lo que fue materia de controversia dentro del debate procesal, ya no puede ser cuestionado ni discutido y menos aún incumplido o declarado inexistente. Por algo los procesalistas dijeron que la cosa juzgada hace de lo negro blanco y de lo blanco negro.

Ahora debe hacerse énfasis en el hecho de que la providencia que se consulta si resulta ostensiblemente equivocada, no es inexistente, porque es un acto incorporado a un proceso, emitido por un funcionario investido con la potestad jurisdiccional y con competencia para tomar las pertinentes decisiones en el proceso que le ha sido asignado. De allí, pues, que ese acto no pueda ser considerado como la nada judicial. Él tiene una entidad con significación procesal. Si a lo anterior se agrega que para los actos inexistentes no hay declaratoria de tales, porque simplemente no tienen entidad y por lo tanto no son acatables, habrá necesidad de concluir que la petición que ha formulado el señor fiscal de esta instancia no es acatable.

De otra parte, debe decirse que al tenor del art. 163 del Código de Procedimiento Penal, en virtud del cual y al presentarse alguna de las causales consagradas en él, se reconoce una de estas y se ordena cesar todo procedimiento, debe dictarse "en cualquier estado del proceso". Asimismo y de conformidad con el art. 212 del C. de P., las nulidades también deben decretarse "en cualquier estado del proceso". Como puede verse del literal y claro texto de las normas precitadas,

el presupuesto para hacer un pronunciamiento en cualquiera de los sentidos anteriores, es la existencia del proceso, porque si ya este ha culminado, si ya la acción penal se agotó, si ya se entra al imperio de la cosa juzgada, es procesalmente inadecuado y equivocado retrotraer la etapa de la ejecución de la pena a la etapa procesal de juzgamiento.

Significa lo anterior que en este caso no resulta procedente una declaratoria de nulidad, mucho menos decretar una cesación de procedimiento, reconociendo la prescripción como una causal del art. 163 del Código de Procedimiento Penal. Y por ello es el error de la determinación tomada por el señor Juez Tercero Superior el que ahora debe predicar la corporación, con una revocación de su auto.

Y se dice que este acto fue errado, porque pese al esfuerzo dialéctico que el señor juez tuvo que hacer para llegar a su conclusión, sustentada en múltiples citas, unas de carácter nacional, pero otras de carácter extranjero, ignoró que donde no hay proceso no puede haber aplicación del art. 163 del C. de P. P., no se puede decretar una prescripción para declarar extinguida la acción. Todo lo que a él competía —y le sigue obligando— es la ejecución rigurosa de la sentencia en firme.

Con mucha propiedad anotó el señor magistrado MUÑOZ SÁNCHEZ en su ponencia inicial lo siguiente que comparte la mayoría de la Sala:

“Entonces, ya, ni GIUSEPPE BETTIOL ni CARNELUTTI ni LEONE ni EUGENIO FLORIAN, autores extranjeros que mal interpretados son perniciosos en la aplicación de nuestra justicia, podrán librar al procesado, quíeralo o no, de los efectos legales del proceso penal.

“La única codificación que da las pautas a la formación y terminación de un proceso penal es el estatuto de procedimiento penal, y en él no se contemplan exóticas actuaciones como la que viene de asumir el *a quo*, y quien por demás evoca pensamientos de la Corte nacidos exactamente con ocasión del recurso de casación y *no por fuera de él*, o que podrían surgir, como tribunal de control a los desafueros jurisdiccionales, con ocasión del recurso de revisión.

“Es lo anterior el mejor homenaje que podría hacerse al principio constitucional de que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio», que mal interpretó la primera instancia y que en manera alguna corrompe el otro principio de que «La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable» (art. 26), porque si la estructura del proceso no estuviera encajada dentro de esas dimensiones, nada valdría contra la dictadura de la anarquía, enarbolada cada que a alguien le diera por desquiciar el aparato jurisdiccional.

“Y así, no sería extraño, como lo es ahora, que los papeles se invirtieran y fuera el juez de la primera instancia quien revocara o confirmara o tuviera por inexistente un acto o invalidara por cualesquiera medios las decisiones del superior jerárquico, so pretexto de defender la teoría del acto procesal que en modo alguno se ha sabido evaluar.

“Mientras tanto, es al Código de Procedimiento Penal colombiano al que se debe su observancia sobre la actuación procesal, y sus sencillas pautas relevan a la Sala de inoficiosas elucubraciones”.

No se detiene la Sala a hacer los cálculos sobre prescripción porque esa premisa resultaría ajena e innecesaria al afirmar la tesis de que dentro del proceso de ejecución de la sanción no es admisible cuestionar este punto y reconocer el fenómeno. Y

ello no obstante que el señor fiscal en esta instancia demuestra cómo las cuentas hechas por el *a quo*, que apenas se acomodaron a su pensamiento, no son adecuadas. De otra parte, también la mayoría de la Sala ha llegado a la conclusión de que la providencia que se revisa tiene que ser revocada para insistir en la orden de ejecutar el fallo, porque abstenerse de tomar esta determinación significaría dejar en el limbo una decisión tan sustancial, máxime cuando el tribunal tiene competencia para conocer tal resolución por razones de orden funcional, y no es propiamente lo acertado de la decisión del *a quo* lo que faculta al *ad quem* para hacer su pronunciamiento, puesto que también y principalmente la segunda instancia se ha establecido para corregir los errores de la primera.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín —Sala de Decisión Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Se revoca la providencia de fecha, origen y contenido indicados y en virtud de la cual se declara prescrita la acción penal adelantada en contra de A. M. A. por el cargo de *homicidio* tentado y ordena cesar todo procedimiento en contra del mismo. En consecuencia, vuelva el proceso a la oficina de origen para que se dé inmediato y cabal cumplimiento a la respectiva sentencia.

Cópiese y notifíquese.

JULIÁN MUÑOZ SÁNCHEZ  
Magistrado  
Salva el voto.

EUCARIO PALACIO PALACIO  
Magistrado

HUMBERTO RENDÓN ARANGO  
Magistrado

ALBERTO GARCÍA QUINTERO  
Secretario

## SALVO EL VOTO

La Sala debió abstenerse de conocer de la providencia consultada para que el *a quo* se atuviera a la sentencia ejecutoriada

Dr. JULIÁN MUÑOZ SÁNCHEZ  
Diciembre 5 de 1985.

Disiento de la mayoría, porque el entuerto jurídico venido en consulta debió despacharse como lo precisaba el texto inicial de la ponencia que adjunto, y no revocándolo.

Es que el *a quo* no podía ya legalmente consultar ningún acto jurisdiccional, que solo por excepción se dan después de la ejecutoria de la sentencia, como por ejemplo los referentes a la libertad condicional o a la extinción o a la prescripción de la pena, previstas expresamente en el Código de Procedimiento Penal. La Sala

carecía de competencia funcional para revisar, como de la potestad de investigar o de juzgar, que lleva implícito el principio de contradicción; mal podía, por lo tanto, dictar un acto jurisdiccional como el de revocar; el principio de preclusión jurisdiccional también lo prohíbe, y entonces, lo lógico hubiera sido abstenerse de conocer “para que el *a quo* se atuviera a la sentencia ejecutoriada”, como se hace, para dar otro ejemplo, cuando un proceso sube al tribunal en consulta de una providencia, sin tenerla. La de abstenerse es otra decisión que bien responde a la del *a quo*, para que cumpla el deber de obedecer la ley, fruto del debido proceso, que de no, lo haría incurso en delito contra la Administración Pública por prevaricato (C. P., art. 149). No había, pues, competencia para continuar decidiendo y revocar extra proceso. Lo resuelto por la ponencia inicial simbolizaba un acto de acatamiento a la cosa juzgada.

Y pregunto: Si la decisión del *a quo* no es consultable, como en efecto no lo es, porque las declaratorias del art. 163 del Código de Procedimiento Penal proceden dentro del proceso y no por fuera de él, ¿al tenor de qué norma entonces adquirió el tribunal competencia funcional para decidir? ¿O por qué otros medios diferentes de la consulta o de los recursos podía la segunda instancia “corregir” (que es la expresión de la mayoría) los errores de la primera? ¿O podría caprichosa o indefinidamente la segunda instancia trabarse con la primera en una rebatiña de criterios cuando, como en el presente caso, buen lapso hace que la sentencia viene ejecutándose? O, en otras palabras, ¿qué haría la mayoría si al *a quo* le diera por producir repetidas decisiones porque nada le gusta de su superior jerárquico? No sería extraño, así, que algún día resolviera la mayoría con su tesis confirmar esa clase de actos como los del *a quo*, y no sabríamos a dónde iríamos a parar. ¿O cuándo es que los procesos terminan definitivamente?

## COMENTARIO

### LA COSA JUZGADA

La irrefragabilidad de la cosa juzgada, la inmutabilidad de la sentencia condenatoria en firme, no puede ser principio absoluto e inmodificable dentro de un ordenamiento jurídico que quiera trascender el postulado de la justicia. Esa intangibilidad pierde su fuerza coactiva cuando se presentan situaciones legales de favorabilidad de una norma posterior al hecho por el cual hubo un juzgamiento penal, lo mismo que en las hipótesis de revisión del proceso. Pero ocurre que por fuera de estas previsiones normativas pueden surgir otros fenómenos jurídicos no reconocidos en las respectivas instancias y que tampoco pudieron ser invocados a través de los recursos extraordinarios de casación y de revisión. Es el caso de la sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, proferida cuando ya hacía un tiempo considerable que estaba prescrita la acción penal.

El no haberse amparado al procesado con una declaratoria de prescripción, como fenómeno extintivo de la punibilidad, es una circunstancia que por lo extraor-

dinariamente grave contra los intereses del reo, ya que en ello estaba en juego su libertad por varios años, es algo que por lo excepcional merece algunas reflexiones a nivel de doctrina. De entrada podríamos decir que se debió haber buscado un camino procesal que condujera a rectificar con humildad el error cometido. Hubo la más propicia oportunidad para ello cuando se conoció del proceso por la vía de la consulta de la providencia por medio de la cual el juez de primera instancia, no obstante la sentencia condenatoria en firme y que se le ordenó ejecutar, declaró prescrita la acción penal, fenómeno que había pasado inadvertido por el *ad quem*.

Se le advirtió al *a quo* que se había salido del camino que le trazaba la ley, que había desbordado las atribuciones que le daban los códigos, ya que lo único que podía haber hecho era darle inmediato y cabal cumplimiento a lo decidido y ordenado por el superior. Le recordó además que la filosofía de la *res iudicata* es intangible, que es inmodificable, por lo cual se ha acogido como una “verdad dicha por la ley, que no puede ser desconocida por nadie y que tiene que ser acatada por todos”. Es decir, el implacable aforismo latino: *Roma locuta, causa finita*. De esa manera el principio de la *res iudicata pro veritate habetur* se eleva a canon sagrado, a filosofía rectora, a definitivo postulado preclusivo. No importa que por rendirle absoluta pleitesía se consumen las más grandes injusticias. Lo que interesa es el reverente respeto a la ley. ¿Cuando lo que más importa en la misión juzgadora es hacer justicia! Esa es la función primordial que tiene el juez. Llegar a ella, desde luego, mediante la aplicación del derecho, pero preferir aquella cuando surja una contradicción entre los dos. Ya lo había dicho COUTURE en pensamiento lapidario: “Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, lucha por la justicia”.

La justicia no puede sucumbir a los dictados de un ordenamiento jurídico, porque se rebela el espíritu. Por ello muchas veces no caminan juntos el derecho y la justicia. Pero cuando están en pugna, hay que saber tomar partido por lo subjetivo que sería la justicia y no por lo objetivo que sería el derecho. ¿Qué importa que no sea de pronto muy ortodoxa la interpretación de una norma, darle un alcance más extensivo a un principio, si con ello se puede evitar un error judicial, una condena injusta, la imposición de una pena que la misma ley prohíbe imponer! Una ágil imaginación judicial sabría encontrar con la *analogia in bonam partem* la solución a un problema jurídico que, resuelto dentro del frío texto de una norma, consagraría una injusticia irreversible. Por eso decía don ÁNGEL GANIVET en su *Idearium Español* que el criterio que debe primar en el ideal jurídico del hombre cristiano es regirse por la justicia y no por la ley.

Mantener por lo tanto los rígidos efectos de una sentencia condenatoria, cuando estaba vedado dictarla, ya que cuando se produjo hacía mucho tiempo que se había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, es de entrada una venia obsecuente a la letra de las leyes, sin consultar su espíritu; es presumir, contra toda evidencia, que la cosa juzgada ha de considerarse como verdadera; es rendirle un equivocado servilismo al “cumplimiento de la ley”. Es que si una de las razones de la *res iudicata* es para conservar la “seguridad jurídica”, la “paz social”, como dicen los doctrinantes, no vemos cómo no puedan apuntar a esas mismas situaciones

cuando para ejercer un acto de justicia el juez se aparta de la ficción del principio, del mito de la santidad de la cosa juzgada, cuando quebranta la firmeza de una sentencia ejecutoriada. Esas presunciones, casi de derecho, solo conducen a la consagración de un pernicioso fetichismo legal. La sacralidad de la cosa juzgada no puede ser jamás la ruta inmodificable de un código, mucho menos cuando por reverenciarla se le niega abruptamente un derecho inconculcable a un procesado. Por eso dijo con toda propiedad BETTIOL que "toda ficción es insostenible, especialmente allí donde están en juego la *verdad* y la *justicia* de una sentencia que no pueden estar subordinadas a un mito insostenible cual ha devenido el de la irrefragabilidad de la cosa juzgada penal". Y el mismo CARNELUTTI, el más grande jurista de este siglo, ha formulado la urgente necesidad de sustraerse al nocivo mito de la cosa juzgada, a fin de dar respiro a una exigencia de vida y de libertad.

Retomando entonces el tema de análisis, resulta de Perogrullo que una vez prescrita la acción penal precluye todo derecho para poder dictar una sentencia condenatoria. Y si por una inadvertencia judicial sobre la existencia de ese fenómeno procesal llegare a producirse dicha providencia y causar ejecutoria, algún camino tiene que encontrarse para enmendar esa injusticia. De alguna manera tiene que reintegrarse al procesado esa garantía, por cuanto él tenía el derecho contrario, el derecho a que no se le condenara. Proceder de otra manera sería incurrir en la sentencia de TERENCEO: *Summun ius, summa iniuria* [el derecho positivo elevado a suprema ley es la suprema injusticia]. Por lo cual, en contravía de esta máxima, debe buscarse el camino procesal para dejar sin efectos jurídicos el error judicial que se hubiere podido cometer. No puede ser tan pobre la legislación de un país, que carezca de una vía adecuada para solucionar el problema. Pero si por una restrictiva y exegética interpretación de las normas procesales no se acudiere a una solución favorable al derecho del procesado, a nuestro juicio quedarían plenamente abiertos y con inmensas posibilidades de éxito, los recursos legales para una indemnización por parte del Estado, por fallas en la justicia. Es que si había un impedimento legal para proferir sentencia condenatoria, porque estaba ya prescrita la acción penal, ese fallo fue proferido de una manera extemporánea, cuando habían caducado los términos para ello. Pero advertido el error después de la providencia ejecutoriada, ante la injusticia consumada, solo quedaba un acto de humildad judicial para rectificarlo, una elegante confesión de haberse incurrido en una ligereza procesal. Por eso para casos similares aconsejaba sabiamente EBERHARD SCHMIDT en su profundo ensayo sobre "La ley y los jueces": "Una ley que atenta contra los fundamentos de lo justo no es Derecho y carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan solo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que obliga al juez a establecer un Derecho auténtico y no una negación del mismo, le prohíbe aplicar ese tipo de leyes".

No se puede entonces olvidar que la primordial misión del juez no es tanto la de aplicar impasiblemente la ley, sino la de hacer justicia. Para hacerlo tiene en su ayuda inclusive principios universales que no se encuentran codificados, pero que el juez debe mantenerlos presentes en sus decisiones, ya que son el acervo doctrinario que ha venido decantándose a través de los siglos, en un edificante

esfuerzo de la humanidad por encontrarle claros y expeditos caminos a las decisiones de la justicia. El derecho, como felizmente lo dijera LEGAZ Y LACAMBRA, tiene que estar transido de justicia. Para realizarlo a plenitud, no podemos entonces considerar que el principio de la seguridad jurídica con que se defienden las sentencias ejecutoriadas sea el único valor que debe cumplir el derecho. Esa seguridad jurídica debe ceder el paso al imperio del derecho, tal como con juiciosos razonamientos lo hizo el juez de primera instancia en el caso que analizamos. El mismo RADBRUCH, tan defensor del acatamiento al derecho positivo de una manera estricta, hizo la excepción a su obligatoriedad y validez cuando "la oposición a la justicia alcanza un grado tan intolerable, que la ley, en cuanto Derecho defectuoso, deba ceder ante la justicia".

Por estas razones, si el reo tenía el pleno derecho a no ser condenado, la sentencia que en dicho sentido se dictara en su contra, además de arbitraria, era injusta. Y el hombre que así es obligado a pagar una pena, resulta ser víctima de un atropello judicial a nombre de la santidad de la cosa juzgada, con invocación del sacrosanto principio de la *res iudicata pro veritate habetur*, el cual consagra el absurdo, según los tratadistas, de convertir lo blanco en negro y lo negro en blanco. Por eso en otra oportunidad, cuando hacíamos un estudio sobre esta materia (*Derecho procesal penal*, Edit. Temis, 1982) y al referirnos a este tema, sostuvimos que "cuando se tiene la evidencia de que se ha cometido un error en materia penal, ningún principio, ninguna razón, ninguna conveniencia, ningún argumento puede elevarse para sostener la utilidad de maneter ese *statu quo* de la sentencia. Una situación de esa naturaleza exige una reparación a la justicia, a la sociedad, al procesado. Sería un vejamen a ellos si, por preservar el buen nombre de la justicia, de los jueces y magistrados, del Estado mismo y de sus instituciones, se mantuviera intangible, irrefragable la providencia errónea o equivocada... La justicia, como un permanente quehacer del hombre, es falible, está en constante riesgo de los errores, propicia y es susceptible a las equivocaciones. Y la ley, por drástica que sea, no puede cerrar los caminos legales para una enmienda del error cometido por los falladores, porque ello entrañaría una gravísima e intolerable injuria a los derechos inconculcables que protegen la libertad humana".

**SECCIÓN  
DE  
BIBLIOGRAFÍA**

YESID RAMÍREZ BASTIDAS: *Los estupefacientes*. 2ª ed., Neiva, Edit. Empresa de Publicaciones del Huila, 1985, 443 págs.

Recientemente el dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS, actual magistrado del Tribunal Superior de Neiva, ha puesto a disposición de los estudiosos del Derecho esta nueva edición de su obra.

A no dudarlo, la economía subterránea generada por los dineros del narcotráfico, y la tragedia de cientos de familias afectadas en diversas formas por este fenómeno, son algunos de los más sensibles problemas que golpean nuestra sociedad. En la ingente lucha por erradicar el narcotráfico, la obra en comento proporciona importantes elementos para darle un tratamiento jurídico adecuado; aporta, asimismo, valiosos datos técnicos sobre las formas de producción de diferentes sustancias causantes de dependencia física o química, necesarios para una eficaz represión de las conductas sancionadas por el E.N.E. (ley 30 de 1986), que posibilitan a los funcionarios instructores y a la Policía Judicial un mejor conocimiento de los diversos procesos químicos utilizados en la fabricación de estupefacientes y de los instrumentos para su procesamiento, trátese de sofisticados o de rústicos e improvisados laboratorios.

El trabajo está compuesto de cuatro partes, cada una de ellas conformada por un todo armónico y completo de elementos necesarios para una mejor comprensión de los fenómenos de expendio y producción de estupefacientes. En la *primera parte*, denominada "Generalidades", se hace una amena e ilustrativa reseña histórica sobre el uso de sustancias alucinógenas, su significado y los efectos atribuidos desde la prehistoria hasta nuestros días. En el capítulo segundo de esta parte define locuciones tales como: adicción, dependencia, dosis personal y dosis efectiva, entre otras; asimismo

clasifica las sustancias que alteran la conducta y estudia las plantas de interés médico-legal, sus características y efectos farmacológicos.

En la *segunda parte* encontramos un buen desarrollo sobre la regulación de las conductas en el E.N.E., que atentan contra la salubridad pública. Después de un recuento histórico, en acápite dedicado a la "normatividad positiva", analiza ampliamente el viejo decreto 1188 de 1974 y los proyectos de ley núms. 1/81 y 2E/85, con lo cual la obra aparece actualizada en materia legislativa; encontramos, además, una completa exposición de la estructura del delito, que ofrece a abogados litigantes y jueces el estudio de las conductas delictivas y la debida comprensión de cada uno de sus elementos. Al referirse al objeto del delito, apartándose del común de las opiniones, dice: "Objeto: es el bien jurídico que se protege. Es lugar común decir que con el E.N.E. se resguarda la «salubridad pública», finalidad que se queda a medio camino al permitir el legislador el uso de sustancias tan tóxicas como el alcohol y el tabaco. Encontramos que de manera indirecta y simultánea también se protegen, porque el narcotráfico ataca, los intereses de: la economía nacional, la existencia y la seguridad del Estado, el orden político, el orden público económico, el patrimonio económico, la vida y la integridad personal" (pág. 89). Más adelante hace nuevas aseveraciones sobre el carácter múltiple de los bienes tutelados por el E.N.E., destacando luego en el capítulo de "Legislación comparada", los más importantes aspectos normativos en Francia, E.U., Países Bajos, Reino Unido, España, Perú y Puerto Rico.

En la *tercera parte* denominada "Temas conexos", se ocupa de diversas problemáticas en el campo criminológico, criminalístico y victimológico. Sobre la Criminología, hace importantes planteamientos en torno a la crea-

ción en nuestro país de una subcultura de las drogas, de fenómenos de opinión y adaptación social que permiten o facilitan el florecimiento de esta delincuencia. "La delincuencia como subcultura —afirma— consiste en el resultado sociológico del prestigio del delincuente. Es un golpe moral que sufre la sociedad porque a su mampara surgen una serie de costumbres que protegen y favorecen el delito, al extremo que gentes honestas se familiarizan con el delincuente, llegando un renglón importante a vivir de la ilicitud sin que pueda decirse que ostenta las características sociales del delincuente tradicional" (pág. 282).

De destacar asimismo las consideraciones que formula el autor en torno a la conexión de los narcotraficantes con antiguos ladrones de automóviles, sicarios, altos mandos militares y las fuerzas armadas, citando específicamente los casos de Hugo Banzer en Bolivia y Lynden Pindling en las Bahamas.

En la cuarta y última parte aborda el estudio del alcohol, sus efectos para el organismo humano, los trastornos mentales ocasionados y su clasificación. También realiza una presentación ilustrada de diferentes laboratorios para el procesamiento de alcaloides.

Por ser completo el análisis presentado y actual la problemática planteada, recomendamos la lectura y atento estudio de este trabajo a profesionales del Derecho vinculados con tal problemática, bien actúen como abogados litigantes, catedráticos o jueces. Lo consideramos, además, de vital importancia como obra de consulta para los cuerpos técnicos de investigación de nuestro país.

ELDA PATRICIA CORREA GARCÉS  
Abogada de la U. de M.  
Junio de 1986.

ERLEANS DE J. PEÑA OSSA: *Estudio del peculado*. Bogotá, Edit. Jurídicas Wilches, 1986. 179 págs.

De gran interés resulta la obra de ERLEANS DE J. PEÑA OSSA, de reciente edición y que consta de tres capítulos, en los cuales hace un minucioso estudio de las figuras delictivas comprendidas en el capítulo I, título III, libro

II del Código Penal. A continuación reseñaremos los aspectos más sobresalientes, deteniéndonos en cada uno de los capítulos:

En el primero, dedicado a los aspectos históricos del peculado, realiza un breve análisis del origen de dicha figura en el derecho romano. Seguidamente presenta el desarrollo en la legislación colombiana de la precitada figura, a lo largo de nuestra historia republicana.

En el segundo hace un pormenorizado estudio de los aspectos generales del delito en mención, empezando por el objeto jurídico protegido, cual es la administración pública, entendiéndose que dicha protección no se limita únicamente al ámbito de la actividad administrativa en sentido estricto y técnico, sino también al legislativo y jurisdiccional, planteamiento que el autor comparte con los tratadistas RICCIO y ARTURO ROCCO. En cuanto a la clasificación de los delitos comprendidos en el mencionado capítulo, distingue, siguiendo a BERNAL PINZÓN, "dos formas de infracciones: los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la administración pública, y los delitos cometidos por los particulares contra la misma administración pública" (pág. 35). En cuanto a los sujetos activos del primer comportamiento descrito, señala que "para los efectos de la ley penal colombiana, son empleados oficiales... los que desarrollen funciones públicas a cualquier título, así sean ellas transitorias" (pág. 43).

En este orden de ideas plantea lo concerniente al objeto material de la infracción, circunscribiéndolo a los "bienes, cuya administración o custodia se le confían al empleado oficial por razón de sus funciones" (pág. 45).

En lo atinente a la relación funcional entre el funcionario y el objeto material, diferentes posiciones se plantean en la obra, tomando partido el autor y argumentando con gran solidez jurídica, así: "Hay que insistir en que una posición amplia al respecto —pues el asunto no admite una tesis intermedia— contraría ostensiblemente el claro mandato contenido en el art. 63 de la Constitución Nacional..." (pág. 88).

Integra también esta sección un examen sobre los siguientes contenidos dogmáticos: tentativa y atipicidad; causales de justificación en el peculado, indicando que la causal de mayor ocurrencia en el peculado es el estado de necesidad (pág. 88); también alude a las causales de inculpabilidad, al concurso de hechos punibles, y, finalmente, al delito continuado, sosteniendo la tesis de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien considera "...el llamado delito continuado como hecho punible unitario" (pág. 132).

Continúa el autor con un breve examen de las diferencias entre peculado y abuso de confianza, para terminar el capítulo en comentario con las circunstancias de atenuación punitiva y la interdicción de derechos y funciones públicas, señalando que "...en los casos en que el hecho punible tenga, además de la respectiva pena principal, la de interdicción de derechos y funciones públicas, como sucede en las distintas modalidades de peculado, no tiene aplicación el art. 52 del Código Penal, pues si la duración fuere la misma de la principal, no se justificaría la escala punitiva entre un mínimo y un máximo" (pág. 137).

Sentadas las anteriores bases pasa el autor al tercer capítulo, referido al estudio del peculado en concreto, partiendo en primer lugar de la ubicación del verbo rector en cada hecho punible y de los demás elementos que conforman en concreto cada tipo penal.

Terminamos esta breve reseña invitando al lector a que medite sobre los planteamientos expuestos por el autor, dada la gran importancia que reviste para nuestro Derecho penal la discusión abierta y la polémica constructiva. La obra de PEÑA OSSA es un ejemplo del impulso que las nuevas generaciones vienen dando a estas materias, y es un orgullo para *Nuevo Foro Penal* llamar la atención sobre el silencio pero productivo trabajo que realizan muchos de nuestros administradores de justicia, entre los cuales se cuenta el autor de este estudio.

Gloria Cecilia Niebles A.  
Egresada de la Facultad de Derecho de la U.  
de M.  
Junio de 1986.

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona, Edit. Bosch, 1985, 628 págs.

Quiénes conocemos a JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER y hemos tenido el privilegio de gozar de su amistad, nos sentimos gratamente sorprendidos al poder apreciar hoy los frutos de cuatro años de desvelada labor, que han culminado con la publicación de esta obra, cuya gestación compartí en alguna medida en los gélidos climas alemanes, en una estancia común en el Instituto Max Planck de Friburgo de Brisgovia.

El trabajo que tiene al frente el lector es verdaderamente colosal, gracias a la audacia investigativa desplegada y a la férrea disciplina del autor; este libro nos muestra a un académico maduro, versátil, que se ha dado a la difícil tarea de cultivar una rama del Derecho tan desconocida como la procesal penal, mostrando al lector de lengua española los logros que durante más de cien años ha obtenido la ciencia procesal penal alemana.

A mi modo de ver, lo más destacable es la juventud del autor (apenas supera los treinta años de edad), de quien la ciencia jurídica hispanoamericana puede esperar muchos aportes. La carrera académica de GÓMEZ COLOMER, hoy becario de la Fundación Alexander von Humboldt, no puede ser calificada de otra manera que de exitosa.

La obra ha sido prologada por el insigne profesor HANS HEINRICH JESCHECK, Director Emérito del Instituto de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo de Brisgovia en la R.F.A., quien, con toda razón, ha dicho que ha sido elaborada "con gran erudición, elevado patrimonio lingüístico e inmensa laboriosidad" (pág. 8); destacando, además, que "es un paso a saludar ampliamente, en el camino correcto de extender el Derecho comparado entre Alemania y España, en toda su amplitud, al proceso penal" (pág. 10).

Desde el punto de vista sistemático la investigación consta de cinco partes:

La primera es una "Introducción al proceso penal alemán", que en 20 párrafos nos expone los principios fundamentales del pro-

ceso penal alemán, con brillantez y claridad. Aunque el autor afirme que se trata apenas de una "guía" para el lector de lengua española, la sensación que deja la lectura de sus casi 230 páginas, es la de encontrarse ante un depurado *manual*, escrito sustentándose en bibliografía fundamentalmente alemana, aunque desde la perspectiva del lector hispano, de su cultura y de su formación jurídica. Con ello se logra un efecto extraordinario, pues nos ahorra la difícil consulta de los textos alemanes aún no traducidos.

Para decirlo en otros términos, el profesor de la Universidad de Valencia se ha dado a la tarea de recrear en nuestra lengua los fundamentos del derecho procesal penal alemán en un lenguaje sencillo, didáctico, asequible a todos, y que mucho aporta a las futuras investigaciones en este campo. Solo el correr de los años y el avance de esta disciplina, muy estancada entre nosotros, mostrará la importancia de tan encomiable labor.

Y, para referirme a Colombia quisiera resaltar aquí la importancia que este estudio reviste frente a la reforma procesal penal en curso, que mucho podría lucrarse de este tipo de investigaciones, entre las que cabe citar la del sacrificado HERNANDO BAQUERO BORDA, quien publicara un trabajo de alcances distintos, intitulado *Panorama actual del proceso penal de la República Federal Alemana* (1981), hasta ahora desaprovechado, pero de gran importancia, como lo fue su amplia formación científica y su vida segada por oscuros criminales.

La *segunda*, está dedicada a la traducción de la "Ley procesal penal alemana", en versión íntegra con notas de pie de página, empleadas para explicar las voces alemanas más difíciles de traducir o sencillamente inexistentes en lengua española. Allí se muestra GÓMEZ COLOMER como un traductor exquisito que, respetando al máximo el texto de la ley alemana, lo vierte a nuestra lengua de manera comprensible y ágil; es aquí donde, una vez más, podemos calibrar sus excepcionales dotes de investigador.

La *tercera*, incluye las "Leyes complementarias de la ley procesal penal", no traducidas

hasta ahora (piénsese, por ejemplo, en la brillante traducción de Julio B. Maier, incompleta y desactualizada por el transcurso del tiempo), complementadas con abundantes notas y concordancias.

Encontrará el lector, asimismo, un elaborado índice analítico que se debe al esfuerzo personal del autor, con base en los textos legales traducidos, debidamente enumerado según los párrafos. En esta la parte *cuarta* de la obra.

El diccionario jurídico procesal penal alemán (Alemán-Español) utilizado en la traducción, es la *quinta parte* del estudio, único en su serie y que, en verdad, es una muestra de la honradez científica del autor, quien se decidió a publicarlo "por la prohibición moral de que un investigador se guarde para sí lo que ha alcanzado a saber, conocer o comprender", y por "la ausencia de un diccionario tan especializado en el mercado" (pág. 18). Este glosario de cerca de 3.500 voces permitirá, a no dudarlo, que los estudiosos atentos a la invitación del autor formulen sus sugerencias y rectificaciones que servirán para perpetuar, a través de los años, tan monumental obra.

Finalmente, aparece un bien concebido índice sistemático.

A lo anterior agréguese una edición muy bien realizada y de presentación impecable, empezando por el agradable formato y la pasta de lujo utilizada. Ojalá las editoriales hispano-latinoamericanas sigan estimulando este tipo de esfuerzos que, si bien aparentemente no son muy rentables, contribuyen al enriquecimiento científico y al progreso de la cultura jurídico-penal.

Sean las palabras finales para, tanto a nombre de la Revista que se ha honrado en tenerle como colaborador como en el mío propio, felicitar calurosamente al profesor GÓMEZ COLOMER. Ojalá su brillante y promisorio carrera académica continúe por estos rumbos y nos siga deparando trabajos que, como el presente, por su carácter excepcional y altura académica, hacen grata esta difícil tarea de la reseña.

Fernando Velásquez V.

Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Medellín.

*Revista Nuevo Veredicto. Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales.* núm. 8, Universidad del Cauca, Facultad de Derecho. Julio-Diciembre de 1985, Popayán, 1985, 200 págs.

Innecesario resulta señalar la importancia de la realización del Primer Seminario Nacional de Derecho Penal, Criminología y Política Criminal celebrado en Popayán durante los días 7, 8, 9, 10 y 11 de octubre de 1985. El evento contó con la participación de juristas como EMIRO SANDOVAL HUERTAS (sacrificado en la toma del Palacio de Justicia, a escasos treinta días después de haber dictado su conferencia), ÉDGAR SAAVEDRA R., YESID RAMÍREZ B., VÍCTOR ACOSTA D., GERMÁN PABÓN G., JORGE RESTREPO F., JESÚS IGNACIO GARCÍA V., ALFONSO GÓMEZ M., ENRIQUE PAREJO G., y DENIS SZABÓ.

Diez de las catorce ponencias presentadas en este Seminario, además de la traducción de un trabajo sobre Criminología, enviado por DENIS SZABÓ de la Universidad de Montreal, constituyen el material de esta publicación. Nos limitaremos a reseñar solo aquellas ponencias cuyo contenido consideramos, ilustra con mayor claridad la por todos conocida crisis del sistema judicial colombiano y en general del derecho penal en todo el mundo.

Merece especial mención el trabajo presentado por EMIRO SANDOVAL, intitulado "Aplicación de normas penales en el sistema penal colombiano"; en este se explica el modo como la función de aplicación de las normas así como sus ejecutores (unos en mayor grado que otros dependiendo de su ámbito legal de competencia: jueces, policías militares y funcionarios carcelarios; y de su respectiva ubicación en la escala social, entre otros factores), están directamente influidos por fenómenos propios de la sociedad latina, tales como un alto grado de estratificación social con su correlativa inmovilidad vertical y una masiva excitación al consumo, haciendo de los sujetos, y de la función misma, uno de los mecanismos más apropiados para el mantenimiento de un *statu quo* cada vez más injusto.

Por otro lado, VÍCTOR ACOSTA, de la Universidad del Cauca, en su artículo "El delito

economicosocial en el nuevo Código Penal" hace un análisis jurídico pormenorizado del título VII del Código Penal a la luz de criterios políticos, sociales y económicos, del que pueden extraerse valiosas conclusiones.

En el mismo sentido, pero más radical, GERMÁN PABÓN nos presenta una confrontación rigurosa de las categorías del materialismo histórico aplicadas a lo "universal y particular" en la Teoría del Delito, inscribiendo así el análisis en el paradigma de la filosofía crítica; indica con argumentos serios y harto documentados, cómo no es posible desligar el Derecho de la realidad económica y política-social que lo circunda.

Cobra indiscutible validez el texto escrito por JORGE RESTREPO F. intitulado "Normalidad-Desviación en Criminología", donde sostiene que "coexisten todavía tres grandes criterios para fijar los límites entre lo normal y lo desviado... esos tres criterios, para darles nombre, los llamaremos: criterio estadístico, criterio ético o moral y criterio humanístico". En qué consisten y cómo han sido recogidos por nuestra legislación penal, también lo expone el autor.

Por último queremos reseñar aquí el trabajo presentado por ÉDGAR SAAVEDRA R., en el cual, como conocedor de la problemática latinoamericana y de la crisis del sistema judicial colombiano, hace profundas reflexiones en torno a la alternativa de la política criminal que propone la Nueva Criminología: "Criminalización, descriminalización o abolicionismo". ¿Cuál de estas es la opción que debe tomar el legislador colombiano? ¿Está la delincuencia de cuello blanco lo suficientemente tipificada en nuestro ordenamiento? ¿Es realmente innovador el Código Penal de 1980? ¿Debemos seguir en la línea de prohijar medidas foráneas de política criminal desconociendo la realidad económico-política y sociocultural de nuestro país? Estas y otras son las inquietudes que formula el joven magistrado de la Corte Suprema.

Insistimos en la importancia documental de esta reseña. La Revista *Nuevo Foro Penal* saluda con beneplácito el ingente esfuerzo por

parte de los estudiantes de la Universidad del Cauca, empresa cuyos frutos hoy germinan.

Francisco Valbuena  
Estudiante de la Fac. de Derecho de la U. de A.  
Junio de 1986.

*Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questioni criminale*, núm. 3. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1985.

Esta publicación, ya tradicional dentro del panorama jurídico penal y criminológico europeo, nos ofrece en esta oportunidad un amplio estudio sobre "El Derecho Penal Mínimo", cuya presentación corre a cargo del profesor ALESSANDRO BARATTA en la *Sección Editorial*.

En su tabla de contenido encontramos los siguientes trabajos, correspondiendo a la primera sección, llamada *Estudios*, investigaciones dedicadas a "Los principios del Derecho Penal mínimo. Por una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal" (ALESSANDRO BARATTA); "El desbordamiento del sistema penal" (ELIGIO RESTA); "El Derecho Penal mínimo" (LUIGI FERRAJOLI, debidamente ilustrado con fotografías).

En la *Sección de Debates*, aparecen los siguientes artículos: "El Sistema de la Justicia Penal entre reduccionismo y el abolicionismo" (MASSIMO PAVARINI); "La dimensión política del abolicionismo. Un punto de vista periférico" (EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, quien a su turno publica una recopilación de bibliografía acerca del tema); "El modelo de la sociedad en el movimiento abolicionista" (GERLINDA SMAUS).

Al final de la publicación se insertan los resúmenes de los textos en inglés. Recomendamos a los lectores el estudio de esta publicación.

Sandra Cristina Mora Soto  
Fac. de Derecho U. de M.  
Junio de 1986.

*Revista Poder y Control*, núm. 0. *Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre*

*el control social*. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1986.

Nos ha llegado para su reseña el primer número de esta interesante publicación que aborda el candente tema de la prevención y teoría de la pena: presentes y alternativas, que corresponde al Seminario realizado en la ciudad de Barcelona del 6 al 8 de junio de 1985, oportunamente registrado en el núm. 29 de nuestra Revista.

Su *tabla de contenido* es la siguiente

#### PRESENTACIÓN

#### ESTUDIOS

##### 1. ASPECTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS

Juan Bustos Ramírez, *Introducción*  
Luigi Ferrajoli, *El derecho penal mínimo*  
Santiago Mir Puig, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*  
Wolf Paul, *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*

##### 2. ASPECTOS SOCIOLÓGICO-JURÍDICOS

Roberto Bergalli, *Introducción*  
Alessandro Baratta, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*  
Winfried Hassemmer, *Prevención en el derecho penal*  
Louk C. Hulsman, *La criminología crítica y el concepto del delito*  
Eligio Resta, *La desmesura de los sistemas penales*

##### 3. ASPECTOS EJECUTIVO-PENALES

Hernán Hormazábal Malarée, *Introducción*  
Massimo Pavarini, *Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional*  
Borja Mapelli Caffarena, *Criminología crítica y ejecución penal*  
Carlos García Valdés, *Alternativas legales a la privación de libertad clásica*  
Esther Giménez-Salinas i Colomer, *Justicia de menores y ejecución penal*  
Generalidad de Cataluña, *Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores*

#### SUCESOS

Comité de Dirección, *6-7 de noviembre de 1985, Palacio de Justicia, Bogotá. Homenaje Alfonso Reyes Echandía, Legislación y seguridad nacional en América Latina*  
Emiro Sandoval Huertas, *Sistema penal y criminología crítica*  
Juan Fernández Carrasquilla, *¿Es la justicia extraña a la lógica del derecho penal?*

#### DEBATES

*Comentarios a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Nota preliminar*  
*Ley Orgánica 2/1986*  
Amadeu Recasens i Brunet, *¿Continuidad o frustración histórica?*

#### SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Saludamos con beneplácito este valioso esfuerzo encaminado a agitar ideas, sobre esta y otras materias referentes al control social. Hacemos votos porque tanto su Consejo de Dirección (integrado por los profesores JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ROBERTO BERGALLI, HERNÁN HORMAZÁBAL, VICTORIA CAMPS y ANTONIO DONATE) como sus colaboradores alcancen sus objetivos. Nuevo Foro Penal abre sus puertas a esa publicación.

Sandra Cristina Mora Soto  
Fac. de Derecho U. de M.  
Junio de 1986.

*Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, II semestre 1985, vol. VII, núm. 13.

Esta publicación en homenaje póstumo a los magistrados inmolados en el Palacio de Justicia, que nos ha llegado en canje, contiene diversas secciones: *Documentos, Criminología, Derecho Penal, General y Especial, Criminológica, Derecho Procesal Penal, Bibliografía y Jurisprudencia*. Pretendemos, dado su voluminoso contenido, presentar una breve reseña de cada uno de los escritos publicados.

ALFONSO REYES ECHANDÍA, en su artículo *Legislación y seguridad nacional en América Latina*, analiza el estado de sitio y específicamente el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a los militares para el juzgamiento de civiles, como consecuencia de la tesis implantada en América Latina de la "Seguridad Nacional", y su clara inconstitucionalidad, no solo por la violación directa de los arts. 170 y 61 de la Constitución Nacional, sino porque además menoscaba en forma evidente el derecho de defensa y el debido proceso.

A continuación, GERMÁN ROBLEDO analiza el *Concepto sociológico de ideología*, haciendo énfasis en el aporte de la sociología moderna, que sustrae la ideología de la filosofía y la presenta como construcción social. Con este fin desarrolla la historia del concepto "ideología", contraponiéndolo a un concepto "moderno", donde prima el interés sobre la verdad objetiva; la mentalidad, el valor, el desarrollo, las funciones y el fin de la ideología, son temas analizados en este artículo.

*Reflexiones sobre la tutela penal del medio ambiente en Italia*, es el trabajo presentado por LUIS MARCÓ DEL PONT, quien profundiza sobre la legislación protectora y sancionadora relacionada con el medio ambiente, haciendo ver que existe una dualidad de sanciones en el campo administrativo y penal, donde prima todavía el factor económico y que en cierto momento, por ser una legislación difusa, contribuye negativamente a la eficacia legislativa. Plantea la imperiosa necesidad de establecer mecanismos para asegurar la indemnización a las víctimas de este tipo de delincuencia, y destaca la importancia de criminalizar en forma efectiva, dicha conducta, que además debe ser preferencial en relación con las sanciones de tipo administrativo de carácter económico.

En la sección de Criminología, LOLA ANIYAR DE CASTRO en su trabajo *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo*, expresa que "el garantismo o respeto, vigilancia y garantía

de los derechos humanos", si bien no es una respuesta a un modelo integratorio de la ciencia penal, por lo menos sí constituye una zona de coincidencia entre el Derecho penal y la Criminología. Por ello, la discusión interdisciplinaria acerca de las posibilidades de integrar la nueva criminología con una ciencia penal alternativa, juega un papel preponderante en el éxito del proyecto, colaborando asimismo con el desmonte "de la ideología del discurso jurídico encapsulado en la tarea normativa y dogmática" y la participación activa de la masa, en la búsqueda de la garantía efectiva de los derechos.

*Ejecución penal y terapia social en América Latina* se intitula la colaboración de CARLOS ELBERT; en esta (previo el análisis del marco institucional de la cárcel latinoamericana, el control social de las sociedades de bienestar y sus alternativas reales) plantea la necesidad de una política criminal alternativa enmarcada en una economía capitalista dependiente, propugnando una reforma en lo relacionado con la ejecución penal y la cárcel, que por ahora no es posible eliminar.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE, en su artículo *La prisión como problema: Resocialización versus Disocialización*, señala el fracaso, surgido de una versión mítica del concepto "Resocialización", en la ejecución penal, propugnando "mejorar y humanizar el sistema penitenciario no porque así se vaya a conseguir la anhelada resocialización (ella creo que no sea posible sin un cambio estructural de la sociedad)", sino porque es posible garantizar la no disocialización del delincuente por la ejecución penal.

EFRAÍN MORA CASTILLO en su escrito *Control social formal o control total* analiza la prisión, reseñando en forma cronológica los diversos periodos históricos de la pena y su evidente *status* de mecanismo represivo y de dominación, siendo su única finalidad económica la de transformar al criminal en proletario sumiso, y por ello "el mito endeble de la utilidad de la pena ha de derrumbarse definitivamente" para ser remplazado —cree el autor—

por el control y la ayuda de la comunidad, una vez se le garanticen al ciudadano sus derechos constitucionales de empleo, salud, etc.

Por último, el profesor GERMÁN PABÓN, en su publicación sobre *La dialéctica de la criminalidad*, busca una comprensión de este fenómeno a la luz de un enfoque dialéctico aplicando el materialismo histórico. En tal sentido, explica los orígenes del castigo y específicamente la religión, el poder y el tabú de los primitivos; la violación del tabú, el tallón, la composición y la venganza divina, siempre bajo la idea de la criminalidad como expresión de un fenómeno socio-político y económico transitorio, unido a una determinada concepción de sociedad.

Ya, en la sección de Derecho Penal General, ROCÍO RAMÍREZ MÚNERA esboza algunos conceptos sobre la *preterintención*, y desarrolla sus antecedentes históricos, las teorías sobre su naturaleza, sus límites y características, como temas principales.

Por su parte MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS VIVES ANTÓN al escribir sobre *La sustitución de la pena*, centran su análisis, contenido y crítica —y advierten sobre la necesidad de crear establecimientos adecuados para que "el sistema sustitutorio no se constituya en quimera"— sobre dos medidas sustitutorias que en el fondo no cumplen su objetivo. La primera, al mayor de 16 años y menor de 18, sustituyéndola por internamiento especial hasta su corrección; la segunda, que ampliaba a los mayores de 15 años de edad y menores de 21, reemplazándola por internación en centro de rehabilitación hasta su corrección sin exceder el máximo de la pena.

En la sección de Derecho Penal Especial NARCÉS LOZANO HERNÁNDEZ presenta *El delito ecológico*, desarrollando con gran profundidad el estudio de tal figura, sus características, sujetos activo y pasivo, objeto jurídico y material, formas de culpabilidad, sanción penal, y el estudio de la legislación comparada.

En la sección de Criminalística PEDRO THELMO ECHEVERRY presenta su trabajo *El tatuaje desde el punto de vista técnico-ballístico*

forense, analizando muy someramente las clases de tatuajes y la importancia de su estudio; discurren igualmente sobre *El valor técnico-científico y jurídico del guantelete de parafina*, que recomienda no volver a aplicar, aconsejando se reemplace por "la prueba del rodizonato de sodio, o la prueba de Harrison-Gilroy", e igualmente "el análisis por activación de neutrones o la espectrometría de adsorción atómica".

CÉSAR AUGUSTO GIRALDO en su escrito *Farmacodependencia: aspectos legales y criminalísticos en Colombia*, presenta una reseña de los aspectos más sobresalientes de la legislación sobre drogas estupefacientes en Colombia, hasta llegar al análisis del decreto 1188 de 1974, denunciando la introducción por las multinacionales de productos patentados que inducen a la dependencia.

En la sección de Derecho Procesal Penal, ÁLVARO ORLANDO PÉREZ se ocupa del *numeral 1 del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal: causal de libertad provisional vigente*, dice que el 1853 no derogó (expresa ni tácitamente) dicha norma y que, por el contrario, se complementan.

Sobre *Las nulidades en el tránsito de legislaciones penales. Cuándo pueden decretarse válidamente* escribe ÉDGAR ESCOBAR LÓPEZ. En la sección de Jurisprudencia se extractan algunos fallos: primero, sobre el ejercicio ilegal de la profesión de abogado en el caso de empleados públicos que litiguen en causa propia; segundo, sobre la duración de la medida de seguridad, que "no puede exceder la pena que a la misma persona se le hubiere impuesto en su condición de imputable", con fundamento en el no cumplimiento de las finalidades asignadas por el art. 12 del C. P., la ausencia de establecimientos psiquiátricos y por violación del principio de legalidad. Y, la última, sostiene que el Estado tiene la función de comprobar la "falta de justa causa" en los procesos disciplinarios que se siguen a funcionarios por retardo o morosidad en los actos.

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ. Estudiante de Derecho de la Fac. de la U. de M.

*50 títulos sobre el movimiento y la teoría para la abolición del sistema penal*.

Dr. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

El término "abolicionismo" es de vieja data en el contexto de las luchas político-sociales, haciendo referencia a una oposición total a los sistemas basados en la esclavitud. Más específicamente en el campo de la justicia penal el abolicionismo ha hecho referencia a la tortura como medio procesal, a la pena de muerte, y al núcleo más duro del sistema penal: la cárcel.

El uso actual del concepto abolicionismo adquiere una nueva dimensión. El movimiento/teoría abolicionista extiende hoy sus demandas a la eliminación completa del sistema de justicia penal.

La absoluta inexistencia de funciones del sistema penal (L. HULSMAN) y la producción innecesaria de sufrimiento (N. CHRISTIE), constituyen algunas de las premisas básicas del movimiento/teoría abolicionista.

En el campo de la criminología crítica (y también fuera de ella) la perspectiva abolicionista, lejos de pasar inadvertida, ha levantado fuertes discusiones desde muy diversos puntos de vista. La preocupación por la falta de garantías legales que podría derivarse de la supresión del actual sistema de justicia penal y la "apoliticidad" de la teoría/movimiento abolicionista, entendido este último en el sentido del rechazo a la identificación de los actores sociales potencialmente en grado de llevar adelante las tareas abolicionistas, constituyen algunos de los puntos de la reciente discusión en torno a esta posición radical respecto del sistema penal.

Los 50 títulos que aquí se presentan reflejan prácticamente la totalidad de una discusión que, en cierto modo, apenas está comenzando.

\* Publicado en lengua italiana en la *Rivista Dei delitti e delle pene*, núm. 3, 1985, págs. 591 y ss.

- ANTTILA, INKERI (1978): *Control without repression?*, in *Prisons past and future*, a cura di John Freeman, London, págs. 189-197.
- BARATTA, ALESSANDRO (1985): *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in "Dei delitti e delle pene", 3, págs. 473-490.
- BERNAT DE CELIS, JACQUELINE (1982): *Les grandes options de la politique criminelle: la perspective de Louk Hulsmán*, in "Archives de politique criminelle", 5, págs. 13-60.
- BIANCHI, HERMAN (1975): *Social control and deviance in the Netherlands*, in *Deviance and control in Europe. Papers from the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, Wiley, London, págs. 51-58.
- BIANCHI, HERMAN (1985): *The strategies of abolition*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, I, 1, págs. 1-11.
- BROWN DAVID, HOGG RUSSEL (1985): *Abolition reconsidered: issues and problems*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, X, 26, págs. 26-50.
- BUSSMAN, KAI (1985): *Chances for reconciliation with the offender or punishment as a substitute*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, VI, 20, págs. 20-28.
- CANTOR, GILBERT (1976): *An End to crime and punishment*, in "The Shingle", págs. 99-114.
- CHRISTIE, NILS (1968): *Changes in penal values*, in "Scandinavian Studies in Criminology", 2.
- CHRISTIE, NILS (1974): *Utility and social values in court decisions on punishment*, in *Crime, Criminology and Public Policy* a cura di R. Hood, Heinemann, London, págs. 281-296.
- CHRISTIE, NILS (1977): *Conflict as property*, in "The British Journal of Criminology", 1, págs. 1-15.
- CHRISTIE, NILS (1978): *Prisons in society or society as a prison. A conceptual analysis*, in *Prisons Past and Future*, a cura di John Freeman, London, págs. 179-188.
- CHRISTIE, NILS, (1982): *Limits to pain*, Martin Robertson, Oxford (versione italiana, *Abolire le Pene? Il paradosso del sistema penale*, Abele, Torino, 1985).
- CHRISTIE, NILS (1983): *Die versteckte Botschaft des Neo-Klassizismus*, in "Kriminologisches Journal", 15, págs. 14-33.
- COHEN, STANLEY (1985): *Community control: demystify or to reaffirm?*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, VIII, 1, págs. 1-15.
- FEEST, JOHANNES (1984): *Kritik des "realen Abolitionismus"*, in "Kriminologisches Journal", 3, págs. 229-231.
- FOLTER DE ROLF (1984): *On the Methodological Foundation of the Abolitionist Approach with regard to the Criminal Justice System. A Comparison of the Ideas of Foucault, Hulsmán and Mathiesen*, Manoscritto, Rotterdam.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1983): *Dei problemi sociali e della decriminalizzazione* in "Dei delitti e delle pene", 1, págs. 211-219.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1983): *La riduzione della sofferenza in una geografia eterogenea*, in "Dei delitti e delle pene", 3, págs. 619-623.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1985): *La dimensione politica dell'abolizionismo*, in "Dei delitti e delle pene", 3, págs. 555-567.
- HAAN DE WILLEM (1985): *Die politik mit dem, "Schlechten Gewissen". Die Diskussion über den Abolitionismus in den Niederlanden*, in "Kriminologisches Journal", 4, págs. 246-266.
- HAFERKAMP, HANS (1984): *Herrschaftsverlust und Sanktionsverzicht. Kritische Bemerkungen zur Theorie des starken Staates, der neuen sozialen Kontrolle und des ideellen Abolitionismus*, in "Kriminologisches Journal", 2, págs. 112-131.
- HULSMAN, LOUK (1973): *The decriminalization*, in *Transactions of Colloquium of Bellagio, General Report of the International Association of Penal Law*, págs. 59-68.
- HULSMAN, LOUK (1974): *The Penal System as a Social Problem*, in "Issues and Answers", The Rural Crime and Justice Institute, Collegeville, Minnesota.
- HULSMAN, LOUK (1975): *Defense sociale nouvelle et critères de decriminalisation*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique - Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, II, Paris, págs. 19-33.
- HULSMAN, LOUK (1978): *The Dutch criminal justice system from a comparative legal perspective*, in *Introduction to Dutch law for Foreign Lawyers*, Deventer, págs. 289-380.
- HULSMAN, LOUK (1979): *Un paradigme "criminologique" abolitionniste et la recherche sur la catégorie du crime* in *Le fonctionnement de la justice pénale*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, págs. 485-500.
- HULSMAN, LOUK, BERNAT DE CELIS, JACQUELINE (1982): *Peines Perdues*, Le Centurion, Paris.
- HULSMAN, LOUK (1983a): *Abolire il sistema penale?* (Intervista a... con la partecipazione di Lolita Aniyar de Castro, Alessandro Baratta, Pio Marconi, Realino Marra, Massimo Pavarini), in "Dei delitti e delle pene", 1, 1983, págs. 71-89.
- HULSMAN, LOUK (1983b): *On the Relation between Social Control inside and outside Criminal Justice*, Relazione all'International Congress on Criminology, Wien, 1983.
- HULSMAN, LOUK (1985): *Critical criminology and the Concept of Crime*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, V, 37, págs. 37-58.
- KNAP JOB, DAMEN WILLEM (1985): *Penal law does not mean Justice*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, II, 1, págs. 1-12.
- MARCONI, PIO (1983): *La strategia abolizionista di Louk Hulsmán*, in "Dei delitti e delle pene", 1, págs. 221-238.
- MATHIESEN, THOMAS (1974): *The Politics of Abolition. Essay in Political Action Theory*, in "Scandinavian Studies in Criminology", 4, Oslo, London.
- MATHIESEN, THOMAS (1983): *The future of control systems - the case of Norway*, in *The Power To Punish*, a cura di D. Garland, P. Young, London, 130-145.
- MORRIS, RUTH (1985): *Group homes, families and neighborhoods as strategies building blocks toward abolition*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, VI, 8, págs. 8-14.
- NORTHEY, WAYNE, ZEHR, HOWARD (1985): *A new paradigm of justice*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, X, 1, págs. 1-11.
- OLILA, JIM, ROOD PUPERS, ELLY (1985): *The Abolitionist Perspective: a shift in thinking about crime and criminal justice*, manoscritto, Erasmus Universiteit, Rotterdam.
- PAVARINI, MASSIMO (1985): *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in "Dei delitti e delle pene", 3, págs. 525-553.
- PLACK, ARNO (1974): *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, List Verlag, München.
- PREAP, ALBERT (1976): *Handbook for Abolitionists*, Syracuse, N. Y.
- QUENSEL, STEPHAN (1985): *Let's abolish theories of crime: Zur latenten Tiefenstruktur unserer Kriminalitätstheorien*, manoscritto.
- RAHM, RICHARD (1985): *Abolitionism and Retribution*, Relazione alla *International Conference on Prison Abolition*, Amsterdam, 24-27 giugno, manoscritto.
- RULLER, VAN SIBO (1985): *The end of decarceration*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, III, 5, págs. 5-25.
- SCHEEERER, SABASTIAN (1983): *L'abolizionismo nella criminologia contemporanea*, in "Dei delitti e delle pene", 3, págs. 525-540.
- SCHEEERER, SEBASTIAN (1983): *Warum sollte das Strafrecht Funktionem haben?* (Intervista a Louk Hulsmán), in "Kriminologisches Journal", 1, págs. 61-74.
- SCHEEERER, SEBASTIAN (1985): *Limits to law. Notes on the crisis of criminal law and the state and abolitionist strategies*, in *International Conference on Prison Abolition*, 24-27 June 1985, V, 36.
- SCHUMANN, KARL F. (1985): *Labelling Approach und Abolitionismus*, in "Kriminologisches Journal", 1, págs. 19-28.
- SMAUS, GERLINDA (1985): *Modelli di società nel movimento abolizionista*, in "Dei delitti e delle pene", 3, págs. 569-590.
- TROTHA, VON TRUTZ (1983): *"Limits to Pain". Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie*, in "Kriminologisches Journal", 1, págs. 34-53.

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN  
LOS TALLERES LITOGRAFICOS DE NOMOS  
IMPRESORES, BOGOTÁ, EL DÍA 19  
DE DICIEMBRE DE 1986.

LABORE ET CONSTANTIA