

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR
Coordinador

EDITORIAL

Los derechos humanos penitenciarios.
J. Guillermo Escobar Mejía.

43

DERECHO PENAL

La determinación judicial de la pena.
María Salazar Marín
El defensor en el Código Procesal Penal.
Hernando Londoño Jiménez
Sobre el grado jurisdiccional de la consulta.
Juan Guillermo Jaramillo Díaz

POLÍTICA CRIMINAL

Los procedimientos garantistas: Sobre todo un modelo oficial
Fernando Tocora López
Poder político y derechos humanos en América Latina
Roberto Bergalli

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Aplicación del artículo 374 del Código Penal.
Guillermo Duque Ruiz
Comentario de Hernando León Londoño Berrio.
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Principio de la unidad procesal.
Héctor Jiménez Rodríguez.
Comentario de Fernando Velásquez V.

CO/XIV
F/Z

2345

ENERO

FEBRERO

MARZO

Licencia 00577 de 1985

Director

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Coordinador

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
MARIO SALAZAR MARÍN

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
FERNANDO VELÁSQUEZ V.
IVÁN GÓMEZ OSORIO
HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.
CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Auxiliares

SANDRA CRISTINA MORA S. (U. de Medellín)
MARIO ALBERTO ARENAS (U. de Medellín)
SERGIO UPEGUI KAUSEL (U. Pontificia Bolivariana)
FRANCISCO VALBUENA C. (U. de Antioquia)

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1989

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

juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

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

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

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

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

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

	PÁG.
Los derechos humanos penitenciarios. J. Guillermo Escobar Mejía	3

DERECHO PENAL

La determinación judicial de la pena. Mario Salazar Marín	9
El defensor en el Código Procesal Penal. Hernando Londoño Jiménez	29
Sobre el grado jurisdiccional de la consulta. Juan Guillermo Jaramillo Díaz ..	49

POLÍTICA CRIMINAL

Los procedimientos garantistas: Sobre todo un modelo oficial. Fernando Tocora López	61
Poder político y derechos humanos en América Latina. Roberto Bergalli ..	83

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Aplicación del artículo 374 del Código Penal. Guillermo Duque Ruiz	109
Comentario de Hernando León Londoño Berrio	
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Principio de la unidad procesal. Héctor Jiménez Rodríguez	121
Comentario de Fernando Velásquez V.	

BIBLIOGRAFÍA	129
--------------------	-----

THE EDITOR

DEAR SIR

I have the pleasure to acknowledge the receipt of your letter of the 10th inst.

in relation to the above.

I am sorry to hear that you are unable to attend the meeting on the 15th inst. I trust that you will be able to attend the meeting on the 22nd inst. I am sure that your presence would be most valuable.

Yours faithfully

The Editor

THE EDITOR

I have the pleasure to acknowledge the receipt of your letter of the 10th inst. in relation to the above.

I am sorry to hear that you are unable to attend the meeting on the 15th inst. I trust that you will be able to attend the meeting on the 22nd inst. I am sure that your presence would be most valuable.

Yours faithfully

EDITORIAL

Los derechos humanos penitenciarios

(Carta al Procurador General de la Nación)
Medellín, noviembre 8 de 1988

Señor Procurador General de la Nación
Doctor *Horacio Serpa Uribe*
Bogotá, D. E.

Muy distinguido señor Procurador:

Dice alguna fábula que en tiempos de "María Castañas", una mujer quiso entrar a la cárcel, para su amante, una navaja automática. La llevaba en su amplia vagina. Alguna contracción oprimió el mecanismo del arma que, abriéndose, le produjo graves e internas lesiones.

Desde entonces, las autoridades carcelarias han pensado que la vagina de cada mujer (señora, señorita y aun las de las niñas) que visitan a un detenido, es utilizada para tan anodino propósito: ser el estuche anatómico de un arma; hueco oscuro que debe hurgarse con los dedos. Y vino la droga y aquí sí que arreció la pseudomoral: alguna vez en Bellavista, hace un lustro, se descubrió una bolsita de plástico acomodada en la vagina, que contenía tres gramos de marihuana "proletaria"; perdón: una misera dosis personal paupérrima y lumpenesca.

¡Vaya, si se justificaría la requisita íntima!

Y el pudor, ese tesoro milenario de la íntima dignidad de la mujer, vino a menos. Necesita abogado. Mejor: exige la presencia del Señor Procurador General de la Nación.

Es todo un proceso estigmatizante y kafkiano:

En fila, cada domingo, dos mil mujeres. A veces, por la visita de los hijos, cuatro o cinco mil personas; muchas de ellas, niñas.

Cada mujer debe ir con una falda corta, arriba de la rodilla; en chanclas, porque no autorizan los zapatos; y en la mano un pañuelo

blanco. Esperan, al sol y al agua, desde el amanecer. Vociferan y pelean entre sí por los turnos. Todas están irritadas y nerviosas. Saben que llegada la hora de la entrada, nadie las respetará. Por cualquier motivo serán despedidas implacablemente. Los guardianes las llaman, despectivamente, "las vacas".

Después de presentar sus documentos de identificación y los permisos judiciales son selladas, reiterativamente, en los brazos; sus alimentos requisados (convertidos en informes amasijos); y, paulatinamente, perdiendo dinero al juego de "voluntarios impuestos"; al fin llegan a donde las guardianas, encargadas de la requisa vaginal, que reciben el pañuelo blanco para utilizarlo a manera de guante del dedo índice y penetrarlas, en veces con enfermiza lujuria: un grito; ¿qué digo? Un alarido se escuchó, un día, en Bellavista. Una jovencita con los muslos bañados en sangre había perdido su virginidad. La guardiana sonreía con el pañuelo manchado, entre sus manos. Después se disculpó: accidente. Un estremecimiento de motín sacudió a la cárcel. Se apaciguó por la impotencia y el miedo. Todo se congeló en la pesadilla que aún no puede olvidar el "Movimiento de Derechos Humanos Penitenciarios" que ahora, repite el ulular del dolor y de la ira para despertar la conciencia moral y civilizada.

Señor Procurador:

En la cárcel todo preso está armado, sin necesidad de la complicidad de sus mujeres. Han fabricado armas "hechizas": punzones, latas afiladas, etc. Otros las compran a los guardianes: cuchillos a tres mil o a diez mil pesos; en veces hasta revólveres.

En cuanto a la droga, nadie ignora que en las cárceles hay montones de toda especie, por vía y razón de la corrupción administrativa. Inclusive aguardiente y whisky.

En consecuencia, solo nos queda pensar en "chivos expiatorios". Entender que la requisa vaginal es inútil e irracional; y, claro está, afirmar que ella es una violación de los derechos humanos de las mujercitas humildes sometidas a pena de escarnio, por amor a sus seres queridos. Todo a nombre de la fábula que inventó la insania moral y la insensibilidad institucionalizada, dependiente, ello es obvio, de la coonestación o de la dolosa pasividad.

Un acto de poder moral es suficiente: a nombre de los Derechos Humanos Penitenciarios, debéis prohibir la "requisa vaginal" y colocar la prohibición bajo custodia del ministerio público. Y entonces tendréis la gloria de la democracia real que vence a la palabrería de oropel.

Respetuosamente,

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

OTROSI: Esta carta, por ser de representación altruista, es "Documento de Derechos Humanos".

RESPUESTA

Doctor
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
Medellín (Ant.)

Cordial saludo. Leí con mucha atención su carta que comparto en su interesante contenido. Desde nuestra conversación en Medellín he venido trabajando sobre el particular.

Atentamente,
HORACIO SERPA URIBE
Procurador General de la Nación
Noviembre 24 de 1988

Y ... NADA !!

DERECHO PENAL

La determinación judicial de la pena

Dr. Mario Salazar Marín

Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Se ha dicho con razón que la individualización de la pena es lo *más importante* del sistema penal por constituir la esencia del *jus puniendi*. Por eso es deplorable —como lo expresa HASSEMER y prohija SANDOVAL HUERTAS— que la dogmática de la determinación judicial de la pena se encuentre tan lejos del grado de precisión que tiene la dogmática de los elementos de la responsabilidad penal¹.

Si la dogmática del delito y la responsabilidad penal lleva casi un siglo de depuración, todo ese esfuerzo puede resultar perdido si en el momento crucial de fijar la pena se imponen incrementos sin explicaciones, lo que no puede admitirse en un Estado que se precie de ser demoliberal, “por muy recónditos, subjetivos, inconscientes e inconfesables que sean los fundamentos del juzgador”, como complementa el mismo SANDOVAL².

Es indudable que la medida de la pena, por orden constitucional, debe estar previamente consagrada en la ley, por lo que todo aquello que implique indeterminación debe ser descubierto para que se pongan o logren soluciones, pues la prohibición de la indeterminación exige que no puede haber pena sin una ley previa que expresamente

¹ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 29.

² SANDOVAL HUERTAS, *idem*, pág. 28.

la consagre, en razón de las exigencias de "concreción y certeza dimanantes del principio de legalidad" [*nulla poena sine lege certa*]³.

No se trata, empero, de no imponer las penas, sino de que los criterios dosimétricos se manejen con transparencia por razones de seguridad jurídica, propias de un derecho democrático de garantías para el individuo y la sociedad. De manera que la medición de la pena no sea una cuestión de albur o lotería para el reo, en la que entren en juego sentimientos, ideologías, estados de ánimo, conceptos de victimología, influencias de terceros, momento social o histórico, etc., sino el producto de reglas predeterminadas y claras.

2. FUNDAMENTOS, FINES Y LÍMITES DE LA PENA

A) *Postulados generales*. Nuestro planteamiento se orienta, sin acudir a la comparación de tesis ni al fárrago literario, que sacrifican la claridad, a sostener tres postulados, a saber: el fundamento de la pena es el daño ilícito al bien jurídico democráticamente protegido; el fin principal de la pena es la prevención especial, y el límite de la pena la culpabilidad por el hecho. Esta perspectiva supone el siguiente marco teórico, muy brevemente expuesto:

1. El principio de legalidad. En un Estado social y democrático no cabe duda que el legislador debe describir previamente las conductas que lesionan, real o potencialmente, los derechos que tutela, y fijar las sanciones que tales comportamientos ilícitos implican. Es el viejo apotegma *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege certa*, que como máxima expresión de conquista democrática comporta claras y anticipadas reglas de juego. Tal es la fórmula para predicar un postulado de tal dimensión y contenido.

2. La prohibición de la indeterminación. El principio de legalidad lleva entonces a que tanto el precepto como la sanción deben ser claramente determinados, con el mayor grado de precisión y certeza previas, en aras de la seguridad jurídica, reclamada por la intervención mínima del Estado, con todas sus garantías, en materia de limitación de las libertades individuales. La exigencia de certeza reviste una importancia tal —dice FERNANDO VELÁSQUEZ con razón— que sin ella no es posible la realización efectiva de las otras consecuencias que emanan del principio de legalidad: nos referimos a la prohibición de la analogía *in malam partem*, a la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal y a la prohibición de acudir al derecho consuetudinario⁴. En cuanto a la certeza —expresa también FERNÁNDEZ CARRASQUILLA—, el legislador la proporciona a los asociados por medio de la caracterización unívoca de las figuras criminales y la determinación de la naturaleza y el marco prudencial de la pena, que no ha de ser amplio, precisamente para que

³ COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. general, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1987, pág. 645.

⁴ FERNANDO VELÁSQUEZ V., "Principio de determinación del hecho punible", en *Rev. Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Edic. Lib. del Profesional, núms. 27-28, 1985-86, pág. 136.

no se pierda el control legal del ejercicio judicial del poder punitivo. Las leyes penales indeterminadas representan políticamente una inadmisibles regresión a la época del antiguo régimen. Esto significa que la severa prohibición de la costumbre, la retroactividad, la analogía y la indeterminación, se refiere únicamente a la creación o ampliación de ámbitos punibles⁵.

La explicación es muy clara: si el Estado, por virtud del Contrato Social reconoce y admite el derecho que tiene el sujeto de participar en sus destinos, lo que implica deberes del súbdito frente a la sociedad; si le promete al hombre perfeccionarlo para que se realice y les sirva a los demás; y si le garantiza, en fin, su libertad individual mientras no viole sus normas (prohibiciones y mandatos), tiene que ser consecuente restringiendo la libertad solo en los casos expresa y claramente previstos, con las garantías que le ha prometido en la Constitución y en las leyes. Es como cabe ser entendido un Estado social (adaltid de justicia distributiva) y democrático (garante de las libertades individuales y que le exige y permite a todos la participación en los destinos de la Nación). Por eso, el derecho penal es el recurso más drástico —y por tanto el último— que emplea el Estado solo cuando los demás instrumentos de control —que serán tanto más válidos cuanto más real sea su democracia— desfallecen en su función.

Las leyes —recuerda BECCARIA— son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno constituye la soberanía de una nación, y el soberano no es el depositario y administrador legítimo de ellas... La suma de esas mínimas porciones posibles *constituye el derecho de castigar [jus puniendi]*; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho⁶.

Como la regla general es que el hombre viva en libertad, se reclama por eso la presencia de un derecho libertario, que implica la protección de esas libertades individuales, limitándola solo a los casos expresa y claramente definidos en las leyes, de donde emerge el principio de certeza o determinación en cuanto a los delitos y las penas, restrictivos de tales libertades. Se comprende así cabalmente la dimensión del derecho de castigar del Estado y se logra distinguir, por esta vía, la legitimidad de la pena.

a) Determinación del supuesto de hecho. Ello se refiere a que el comportamiento, activo u omisivo, prohibido o mandado, ha de estar descrito en la ley de manera detallada y precisa, o, como reza el artículo 3º de nuestro Código Penal, "de manera inequívoca". O sea que únicamente las conductas señaladas por el legislador como lesivas, sin justa causa, de derechos tutelados, pueden ser consideradas ilícitas

⁵ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., vol. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 82, 84.

⁶ CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, estudio preliminar de Nódier Agudelo Betancur, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 4.

desde el punto de vista del derecho penal. Se trata, por supuesto, de actos del sujeto, y no propiamente del sujeto que los ejecuta, por lo que es el derecho penal de acto el preponderante, y no el derecho penal de autor. Ello a pesar de que la exhaustividad en la descripción de la conducta injusta no siempre sea posible absolutamente, pues existen comportamientos que por su propia naturaleza no se logran describir a cabalidad, como los hechos culposos y a veces algunos ilícitos dolosos como la estafa, cuya realización multifacética mediante modalidades diversas hace virtualmente imposible la exacta e inequívoca descripción previa, a pesar de lo cual sí han de precisarse con mucha solvencia sus elementos estructurales. De ahí los casos que imponen una evidente e insoslayable indeterminación, como lo hace notar MADRID CONESA, quien admite la existencia de "elementos de las leyes penales que son, en mayor o menor grado, indeterminados", pero advierte con énfasis que "una ley penal será válida mientras el grado de indeterminación no haya alcanzado un punto tal que desde el punto de vista del Estado de Derecho se haga incontrolable"⁷. Es que para que se dé un derecho penal practicable no se puede ocultar que, por mucha que sea la técnica legislativa, las valoraciones jurídicas y culturales a que tienen que someterse los elementos descriptivos, normativos y subjetivos del tipo no pueden escapar a algunas indeterminaciones, que solo son aceptables por su propia naturaleza. No puede, sin embargo, desmayarse en la tarea de lograr siempre la mayor precisión posible, pues los tipos abiertos, con sus descripciones generales y demasiado amplias, violan los principios rectores de legalidad y tipicidad⁸.

b) Determinación de la consecuencia. Como violado el precepto se impone la sanción (pena o medida), como corolario, también esta ha de disfrutar del principio y garantía de la determinación, postulado que no obstante suele estar influido de los juicios valorativos del legislador y del juez. Pero habrá de procurarse siempre que todas las causas que den lugar a penas se predeterminen con el mayor grado de certeza posible, en homenaje una vez más a la seguridad jurídica.

3. Los principios de lesividad y culpabilidad a) El daño al bien jurídico. Jamás la transgresión meramente literal y aparente de la norma (antijuridicidad formal), o mero acto de desobediencia al precepto, puede dar lugar a una pena legítima. Mientras no haya habido daño real o potencial (en este último caso concreto) al bien jurídicamente protegido, no podrá diseñarse la antijuridicidad material, demostrativa por antonomasia del injusto, verdadero fundamento de la pena. La lesividad o daño al derecho, sin justificación obviamente, es la que funda la pena por ese menoscabo culpable al bien tutelado. Desde luego que la intensidad de ese daño, o sea el grado del injusto, determina la medida de la pena, cuando en ese grado le es jurídico-penalmente imputable.

b) El principio de la culpabilidad. La culpabilidad ha de ser el juicio último y previo a la pena, no importa cuál sea la concepción que se tenga de ella, pues

⁷ FULGENCIO MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Valencia, Ed. Artes Gráficas Soler, 1983, págs. 148, 149.

⁸ VELÁSQUEZ V., ídem, págs. 142 y ss.

mientras que en su versión psicológica implica el nexo psíquico entre el sujeto y el hecho ilícito, en su concepción normativa es el reproche que el sujeto merece por el ilícito. En cualquier caso la culpabilidad por la conducta antijurídica, por comportar el vencimiento de la presunción de inocencia del sujeto, es exigencia básica del derecho para imponer una pena.

La culpabilidad es el reflejo del derecho penal de acto, pues, como expresa JESCHECK, "la pena se vincula al hecho antijurídico, pero lo decisivo para la penalidad es, en primer lugar, el reproche que se hace al autor por la comisión (u omisión) de un hecho delimitado en sus elementos (culpabilidad por el hecho). El sistema del derecho penal de autor vincula la pena, por el contrario, directamente a la peligrosidad del autor, que, a su vez, para justificar la pena, debe ser reconducida a la culpabilidad por la conducción de su vida"⁹.

El principio de la culpabilidad, como condición de la responsabilidad penal —complementa JIMÉNEZ DE ASÚA— es absoluto o casi absoluto. La evolución hacia su total reinado —que aún no ha terminado— ha sido laboriosa¹⁰.

B) Las teorías de la pena 1) El carácter retributivo y su limitación. Bien pudiera afirmarse que si no se parán mientes en la fundamentación, límites y fines de la pena, y se exige en cambio la clara determinación de ella, es probable que la medición punitiva fuese más técnica que filosófica, lo que llevaría a escuchar la objeción de LONDOÑO JIMÉNEZ, en lúcido trabajo sobre la materia, según la cual "en la praxis es muy intenso el carácter retribucionista, tanto en la determinación judicial de la pena como en su ejecución"¹¹.

Pero, lejos de admitir que la pena tenga exclusivamente carácter retributivo, conforme a las ideas kantianas (retribución moral) y hegelianas (retribución jurídica), pienso que la retribución, que lo es cuando la pena se considera *en sí misma* (sin ver sus fines) frente al reo, para quien no es "un bien", así el Estado busque "su bien" para el futuro, según opina LUZÓN PEÑA¹², es el mejor punto de referencia para encontrar la proporcionalidad entre la magnitud del injusto y la medida de la pena, pues ni la prevención especial sirve con solvencia para tal efecto, en tanto esta se desarticula cuando el sujeto no es de fácil resocialización o no la requiere, ni la prevención general —y con ella la protección de bienes jurídicos— que constituye, como decía ROMAGNOSI, la "contro-spinta" a la "spinta" criminosa, o sea el contra-impulso al impulso criminal¹³.

⁹ HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. general, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, pág. 75.

¹⁰ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., t. IV, p. general, Buenos Aires, Ed. Losada, 1962, pág. 291.

¹¹ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, "La prevención especial en la teoría de la pena", en *Rev. Nuevo Foro Penal*, núm. 24, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 155.

¹² DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Publicaciones U. Complutense, 1979, pág. 68.

¹³ GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Génesis del derecho penal*, trad. de Carmelo González Cortina, Bogotá, Edit. Temis, 1956, págs. 185, 504, 511 y 515.

Ello no significa que la retribución, mirada como simple castigo y por ende sin un objetivo utilitario, no sea criticable como mera venganza estatal, puesto que no haría más que golpear al delincuente. Sin embargo, como en el mundo de lo social siempre cuenta más lo real que lo teórico, la retribución "reemplaza —como dice REYES ECHANDÍA— la venganza privada ... satisface a la víctima, a los demás afectados y a la sociedad en general"¹⁴. Y aunque tales objetivos constituyen un concepto empírico y vulgar de justicia, por su enorme generalización no se les puede desconocer, por lo que el derecho penal —que tiene que ganarse el prestigio como instrumento político que le sirva al pueblo como expresión del contrato social porque de lo contrario se produciría la regresión a la venganza privada y sanguinaria— no puede negar que castiga, si bien en busca de fines útiles. La expresión idealista de que la pena no retribuye es romántica, pues implicando la pérdida o la limitación de derechos fundamentales, entre ellos la libertad, supone para el reo en su más honda significación personal, un mal.

2. Carácter preventivo (prevención especial). Pero paralela a la retribución está la prevención especial, que sin duda es el mejor fin de la pena, defendido con razón en nuestro país por LONDOÑO JIMÉNEZ, porque busca la reincorporación del delincuente a la comunidad, como expresa ROXIN¹⁵, sin perjuicio del límite de la pena conforme a la medida de la culpabilidad, que se determina a su vez por la dimensión del injusto.

Sin embargo, la prevención especial peca por exceso y por defecto. Lo primero, porque frente a los sujetos que no necesitan la pena resulta perjudicial desde el punto de vista político-criminal, pues la sanción no surte entonces efectos resocializantes sino traumáticos, aunque la idea de la impunidad sea también rechazada por razones de prevención general. Y lo segundo, porque ante los sujetos de difícil o inocua resocialización, la pena no logra su principal fin. O sea que en ninguno de los dos casos resocializa.

En torno a la primera deficiencia se ha propuesto que el juez puede imponer una pena por debajo del mínimo, que aunque contradiga parcialmente el principio de la proporcionalidad, se lograría el objetivo más importante y con ello los fines esenciales de la justicia. La objeción de ir tal fórmula en contra de la prevención general desconoce que no es la benignidad de la pena lo que mortifica a la sociedad sino la sombra perniciosa de la impunidad. Y que es la prevención especial, con su acomodamiento a cada sujeto —para lo cual es precisamente el juzgamiento— el fin fundamental de la pena, pues bajo la égida de la prevención general las penas más prolongadas e injustas podrían "legitimarse" mediante el ejercicio de los poderes más despóticos. La mayoría de los países, entre ellos el nuestro, tienen resuelta esa antinomia otorgando los subrogados cuando el sujeto no necesita purgar la pena (no se trata de dejar el hecho impune, pues hay proceso, frecuentemente detención y condena), o imponiéndola cabalmente en el caso de difícil o arisca

¹⁴ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La punibilidad*, Bogotá, Publicaciones U. Externado de Colombia, 1978, pág. 40.

¹⁵ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, ídem, pág. 154; CLAUD ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Luzón Peña, Madrid, Edit. Reus, 1976, págs. 31, 32 y 35.

resocialización. En nuestra ley la fórmula de reducir el mínimo no existe, propuesta contenida en el Proyecto Alternativo Alemán, con ROXIN a la cabeza, y acogida en España por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE¹⁶. Su no adopción impide en algunos casos, por el límite mínimo de la pena, suspender la ejecución de la sentencia cuando "el juez quiere evitar que el condenado resulta desocializado" al purgarla¹⁷. Colombia podría ensayar esa regla con algunas limitantes, aunque por la crisis del país, dados los altos índices de impunidad y muy lejos todavía de lograr una democracia real, resulta difícil que el legislador, improvidente y mal asesorado, lo haga.

3. Admisión de la teoría de la unión. Siempre y cuando se comprenda que la pena es un fenómeno complejo, puesto que busca varios fines, no es enteramente malo que el criterio retribucionista sea un punto de vista que tenga el juez para medir la pena, pues su fijación matemática no resulta incompatible con los otros fines. Lo que sí es muy perjudicial es que el juez desconozca los fundamentos, límites y fines de la pena, porque precisamente por eso puede equivocarse en cuanto a su medida. En otros términos: la teoría de la unión de los fundamentos, fines y límites de la pena, ha terminado por imponerse, dado que hoy se está de acuerdo en que el Estado no busca retribuir el mal del pasado, aunque en el fondo lo haga por el bien del futuro, constituido por la prevención especial (resocialización, cuando es posible) y la prevención general (amenaza o coacción psicológica dirigida a la comunidad para evitar delitos), cumpliendo de paso su función protectora de bienes jurídicos.

La retribución por sí misma, fundamento y esencia de las teorías absolutas de la pena, sin más pretensión que la realización de la justicia, en sí y por sí, no sirve para nada, como dice MIR PUIG¹⁸, porque castigar por hacerlo, con la exacerbación kantiana y absolutista de ser menester ejecutar hasta el último asesino aun frente al momento culminante de la disolución de la sociedad, no tiene sentido ni finalidad que le sirva a pueblo alguno. Por eso los fines utilitaristas de la pena son los que la justifican y la hacen tolerable como último pero necesario recurso del Estado.

4. Carácter político de la pena. Como la concepción de la pena depende de la concepción que se tenga del derecho penal, tanto aquella como este constituyen la *ultima ratio*. Pero como al mismo tiempo es el Estado quien impone la pena, se supone que con arreglo a su estructura política, la pena depende del Estado, que será válida si es justa y busca fines, pero sobre todo si el Estado tiene "autoridad moral" para imponerla, que depende de si sea o no un Estado social y realmente democrático.

Como la filosofía del derecho tiene carácter ideológico¹⁹, la filosofía de la pena por tanto no dejará de ser compleja por todo lo que ella implica entonces,

¹⁶ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, p. general, 2ª ed., Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1985, págs. 44 y 45.

¹⁷ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, ídem, pág. 156; HEINZ ZIPP, "Principios fundamentales de la determinación de la pena", en *Cuadernos de política criminal*, núm. 17, Madrid, Ed. Edersa, 1982, pág. 357.

¹⁸ MIR PUIG, ídem, pág. 37.

¹⁹ GILBERTO TOBÓN SANÍN, *Carácter ideológico de la filosofía del derecho*, Medellín, Lib. Señal Editora, 1984, págs. 35 y ss.

pero lo será menos en la medida en que se comprenda o se admita que la pena corresponde a lo que es el derecho penal, a su vez producto de la sociedad y del Estado.

Por eso el problema de la pena es esencialmente político, porque es el Estado el que determina qué es delito y por consiguiente cuál es el bien jurídico que lo nutre, cuya protección, democrática o no, mide la autoridad moral del derecho penal para imponer la pena. El Estado ha de ser entonces social y democrático a fin de que mediante el logro de adecuadas condiciones de vida de los asociados no someta al sujeto a un conflicto insuperable para observar las reglas del establecimiento.

No sería una manifestación válida del Estado, del derecho penal y por consiguiente de la pena, prohibir robar pan si no le han otorgado antes al sujeto la oportunidad de conseguirlo sin violar sus reglas. Por eso expresa PEÑA CABRERA que la pena que aplique el Estado solamente llega a ser positiva en cuanto entrañe el ejercicio y el respeto a una progresiva democratización del Estado, pues lo importante es la afirmación de un Estado democrático en constante revisión de sus bases, única forma de evitar deslizarse por los caminos fáciles del Estado autoritario²⁰.

“El orden democrático se encuentra, por así decirlo —complementa FERNÁNDEZ CARRASQUILLA—, en incesante plebiscito, se ejerce en todo tiempo y sin patraña de cara a la opinión pública, que no por vulnerable deja de producir su propio sedimento...; un mínimo real de justicia política y social es entonces presupuesto *sine qua non* de la legitimación del derecho”²¹.

No tiene absolutamente nada de subversivo recordar lo más elemental de los derechos del hombre cuando se prescribe en el art. 25 de la Carta de la ONU, e incluso en nuestra legislación a través del art. 11 de la ley 74 de 1968, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, en especial a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, que por ser lo básico no ha de ser reclamo exclusivo de filósofos, políticos o sociólogos, sino también de los juristas, que tienen que saber por qué la pena es el último recurso que le queda al Estado cuando ha hecho todos los demás esfuerzos que le corresponden.

Es indudable que los países desarrollados, que por eso han alcanzado una democracia real y con ello la posible “autoridad moral” para imponer la pena, pueden predicar estas cosas más fácilmente porque resultan practicables. Pero los países atrasados y subdesarrollados, por tener mayores necesidades, paradójicamente caen más fácil en el autoritarismo²², pues se suelen traer argumentos de buena fe producto de la angustia, del caos que genera la pobreza y con ella la violencia, por lo que se pretende imponer un orden artificial pero profundamente injusto.

Es verdad que en estos pueblos enerva la impunidad que surge de algunos sectores, como la delincuencia de cuello blanco, el narcotráfico, la inmoralidad

²⁰ RAÚL PEÑA CABRERA, “Pena y Estado Capitalista”, *Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 310.

²¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 60.

²² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *idem*, pág. 62.

de los administradores de la cosa pública, etc. Pero una clase dirigente honesta, demócrata y responsable podría hacer mucho por el progreso de los países económicamente agobiados, los cuales no deberían agregar a la injusticia del hambre la injusticia de la pena, golpeando al débil. Bien dice MIR, acudiendo a una expresión de ROXIN, que la “huida hacia el derecho penal”, significa a menudo el abandono por parte del Estado de los cometidos político-sociales de positiva configuración que hoy le competen²³.

Entonces la esencia de la sanción radica en que sea justa y busque fines para que sea válida, por lo que no depende tanto de lo jurídico sino del carácter político de lo jurídico. El jurista, pues, debe estar menos a la zaga del político, a fin de que no sea un mero aplicador de normas, sino un crítico permanente de la norma del Estado y un vigilante incansable de su validez material y por consiguiente de su justa aplicación.

La dogmática jurídico-penal no puede ubicarse por eso, dentro y después de la norma positiva, sino que ha de arrancar de los principios que enseñan a ver cuál es la norma válida, para que el positivismo no castre mentalmente al juez. Y aunque en la práctica este con frecuencia está sometido por la norma positiva, la doctrina y la jurisprudencia han de presionar por su reforma cuando desde su origen esté resentida por la injusticia material y coarte por ello la vía hacia una auténtica democracia. Es como la jurisdicción cumple su papel histórico de manifestación de poder del Estado.

3. EL CASO COLOMBIANO

A) La pena básica. La medición de la pena parte del mínimo establecido en la ley, con arreglo entonces a la medida de lo injusto y de la culpabilidad, o sea conforme al principio de la proporcionalidad, que sigue de cerca el fin retributivo. Pero por imperio del fin preventivo especial —en mi opinión el principal porque mira a los requerimientos del sujeto— la pena, junto a la amenaza de imponérsela también a otros, simultáneamente cumple la tarea de prevención general. Pero esta sanción no solo puede reducirse conforme a lo expuesto, sino que los incrementos, a partir de ahí, o del mínimo, han de ser con la visión de la prevención especial. Por supuesto que a través de ellos se lleva a cabo simultáneamente la protección de bienes jurídicos, que es objetivo propio del derecho penal, y con ello la defensa social que también es citada en la doctrina como fundamento y fin de la pena (cfr. C. P., art. 12).

Según nuestro ordenamiento jurídico-penal el juez debe fijar las penas con arreglo a los siguientes derroteros:

El fallador tiene la obligación de partir de la pena básica, que es la que consagra como límite mínimo cada tipo de conducta, por lo que caben dos observaciones:

²³ SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, pág. 128.

⚠ **Prohibición de incrementar la pena básica.** Los jueces deben remover su vicio muy arraigado de aumentar caprichosamente la pena básica, unas veces por la "gravedad y modalidades del hecho" y otras por la "personalidad", procediendo luego a hacer los aumentos de los demás factores dosimétricos, entre ellos el de las agravantes, que naturalmente recoge las "modalidades del hecho", cuando no es que constan en el mismo tipo básico de conducta, pues frecuentemente el legislador describe esta con sus modalidades. En cuanto a la personalidad, es criterio que *debe funcionar por separado al final* y como tal nada tiene que ver con la "pena básica".

Este aumento anticipado —que da lugar a una progresión matemática de la pena— es por supuesto caprichoso y sobre todo arbitrario, excediendo peligrosa y antidemocráticamente el llamado "arbitrio judicial", pues el art. 61 del Código Penal, que contempla las pautas para medir la pena, exige que estas se dosifiquen "dentro de los límites señalados en la ley" y conforme a cada criterio de medición.

⚠ **Incongruencia de la ley en el manejo de agravantes y atenuantes genéricas.** El Código Penal nuestro es absolutamente inconsecuente y asistemático en su art. 76, puesto que llega al extremo de autorizar el *máximo* cuando concurren *únicamente* circunstancias de agravación punitiva, pero en cambio no permite reducir el *mínimo* cuando concurren *exclusivamente* de atenuación, por lo que absurdamente son *atenuantes que no atenúan*. Esta norma en tal aspecto está resentida de invalidez material por su contradicción, dada su violación al principio lógico²⁴.

Jamás se debería desconocer que atenuantes como la buena conducta anterior, la influencia de motivos nobles o altruistas en la comisión del delito, su realización en estado de emoción o pasión excusable, las apremiantes circunstancias personales o familiares, la sugestión de una muchedumbre, la disminución o resarcimiento del daño, la presentación voluntaria ante el juez, la indigencia o falta de ilustración y la inferioridad síquica por la edad o por condiciones orgánicas, todas ellas consagradas en la ley nacional (C. P., art. 64), impongan reales disminuciones de la pena. ¿Quién podría negar su mérito para templar el rigor de la pena —incluso por debajo del mínimo— a quien delinque en tan especiales condiciones o circunstancias?

Mientras el juez, pues, aumenta por las agravantes previstas en el mismo Código (art. 66), como el haber obrado por motivos innobles o fútiles, haber dificultado la defensa de la víctima, la preparación ponderada del delito, el abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima, la delincuencia asociada, etc., no hace consecuentemente lo propio frente a las atenuantes. Por eso el legislador está en mora, en mi opinión, de permitirle al juez reducir el mínimo con arreglo a ciertos parámetros aritméticos, cuando concurren las citadas atenuantes, lo que sería apenas equitativo, y por qué no, cuando sea menester la imposición de penas por debajo del mínimo si el reo no requiere rehabilitación.

B) Criterios dosimétricos existentes en nuestra ley. Examen crítico ① **Gravedad y modalidades del hecho punible.** Respecto de la "gravedad y modalidades del

hecho punible", como criterio de fijación de la pena, a nuestro modo de ver registra notorias deficiencias como texto legal, por lo siguiente:

a) *La gravedad no se mide solo por las modalidades.* La poca o mucha gravedad de un delito no se establece únicamente por las "modalidades", pues también influyen en ella las circunstancias de tiempo y lugar, la condición o calidad de los sujetos (activo y pasivo), los motivos o fines, la comisión asociada de la ilicitud, el aprovechamiento de calamidad pública, sobre bienes expuestos a la confianza común, el número de víctimas, etc. Pero aparte de que pueden indicar lo leve o lo grave, en la ley, por no poder el juez rebajar el mínimo, las modalidades parecen referirse solo a lo grave, que es lo único que mueve la dosificación hacia arriba. De manera que tampoco habría solución, como podría creerse al interpretarse supuestamente esa fórmula legal, separando los conceptos de gravedad y modalidades.

b) *Conveniencia de suprimir la expresión "modalidades".* Como en el mismo art. 61 se consagran "las circunstancias de atenuación o agravación", como factor de medición aparte, que por supuesto comprende no solo las modalidades sino también los demás indicadores de mayor o menor gravedad de cada hecho punible, nos parece que las "modalidades" de este primer criterio dosificador podrían suprimirse por razones de exactitud y técnica, dejando apenas la gravedad del ilícito como tal.

Y aunque en parte las llamadas "circunstancias" atenuantes y agravantes determinan la gravedad del delito, se diría que la gravedad no tendría autonomía absoluta. Sin embargo debe clarificarse lo siguiente:

1) *Gravedad intrínseca del injusto.* Según el juicio político del legislador, dentro del mínimo de la pena, primero, y entre el mínimo y el máximo, después, se inserta exactamente la gravedad intrínseca del injusto, dejando el segundo espacio al juez, por cierto el más amplio, para que aumente la sanción si en su opinión el caso traspasa el umbral de la gravedad intrínseca y propia de cada conducta. Por ejemplo: el homicidio comporta la gravedad inherente de matar a otro, pero ese hecho puede ser más o menos grave según las circunstancias que lo rodean, o los demás factores indicadores de mayor o menor gravedad.

En este segundo espacio existe una tronera peligrosa por donde puede ingresar la escala axiológica del juez, que escapa al control, dentro del cual cabría cualquier incremento a su talante, convirtiéndose de pronto en arbitrariedad. Este tramo de la pena, por así llamarlo, resulta sumamente incierto y se convierte en albur y por supuesto desarticulado del control de la dogmática, que es la garante de la certeza y seguridad jurídicas²⁵.

No se plantea empero la supresión del "arbitrio judicial", sino su exacta ubicación y correcto manejo. Ejemplo: si a un procesado se le va a condenar por "hurto" (C. P., art. 349), calificado y agravado conforme a los arts. 350-1, 351-6-9-10, 372-1 y 66-2-12, el arbitrio judicial consiste en tomar cada agravante y aumentar por cada una de ellas uno, dos, tres o cuatro meses, por citar alguna cifra, cuya concreción podría hacerla la ley, pero de ninguna manera aumentar caprichosamente

²⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., nota 5, págs. 109, 115.

²⁵ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Edit. Civitas, 1986, págs. 186 y ss.

el mínimo porque al juez le parezca grave la conducta y luego hacer el incremento que en su concepto proceda por cada agravante, pues estas, en un caso así, están midiendo precisamente la gravedad del delito.

2) *Necesidad de conservar la gravedad como criterio para medir la pena.* Importa decir que el criterio dosimétrico de la *gravedad del injusto* es de todas maneras importante, así la gravedad pueda resultar de los parámetros de pena y de las atenuantes y agravantes, pues si bien la culpabilidad tiene su razón de ser en lo injusto de ese hecho, la medida de pena se conecta directamente con la mayor o menor gravedad de la ilicitud.

Y como además los criterios que presiden la medición deben funcionar en una relación armónica y recíproca, es la gravedad del injusto definitivamente uno de ellos y quizá el más trascendente filosófica y jurídicamente, aunque sí debe quedar muy claro que lo que tenga en cuenta un criterio para dosificar la sanción no puede ser computado de nuevo por los demás criterios, so pena de invadir el principio *non bis in idem*.

2) *El "grado de culpabilidad"*. Fue instaurado en nuestra ley como factor dosimétrico en buena parte para tener en cuenta las motivaciones que el sujeto tuvo para la realización del injusto²⁶. Parece, así mismo, que por "grado" de culpabilidad el legislador se refirió a la culpabilidad psicológica y con ello al dolo, culpa y preterintención como tales "grados", o "formas" de culpabilidad como también se les llama, que en nuestra legislación en cada modelo de conducta típica contempla sus propios y consecuentes límites de pena.

Sin terciar ahora en la polémica sobre dónde, dentro de la estructura del delito, deben ubicarse los motivos que impulsen a la realización de las conductas ilícitas, importa no perder de vista que algunos de ellos están consagrados expresamente como "circunstancias atenuantes o agravantes", según se trate de motivos "nobles o altruistas" o "innobles o fútiles", conforme se establece respectivamente en los arts. 64-1 y 66-1 de nuestro Código Penal. Y además existen algunos móviles, como son los ánimos especiales, que no se incluyen en la culpabilidad sino en la tipicidad, v. gr., el ánimo de ilícito aprovechamiento en el hurto.

Por ser el móvil algo fundamental e inherente al comportamiento humano, está bien que el juez, cualquiera sea su concepción sobre el delito y por consiguiente del dolo, la culpa y la culpabilidad, tenga en cuenta los motivos para que valore toda la dimensión de la conducta ilícita en orden a determinar la pena.

Como en cada tipo de conducta el mínimo y el máximo están previstos, según sea conducta dolosa o culposa, o acaso preterintencional, se podría postular a primera vista que el "grado de culpabilidad" no sería imprescindible, según este punto de vista, para medir la pena. Pero la culpabilidad en sí misma considerada es de suyo importante como juicio para el efecto, por ser ella un reflejo de la magnitud del injusto y la pena una consecuencia del daño y su dimensión. Pues mientras que la versión psicológica de la culpabilidad examina el contenido de la voluntad

del sujeto y constituye por ello un índice importante para medir la sanción, teniendo en cuenta el daño al bien jurídico, la versión normativa de la culpabilidad también aprecia el grado del injusto para calcular la intensidad del reproche y proporcionar la pena.

Es menester hacer notar igualmente —en homenaje a una tarea constructiva— que aunque los criterios dosimétricos, al ser imbricados, contemplen eventuales aspectos repetitivos, siempre han de funcionar recíproca y armónicamente, cuyo concurso los hará, por el contrario, indemnes a cualquier funcionalidad precaria.

3) *Las "circunstancias" de atenuación y agravación.* Es de suma importancia sobre este criterio de medición propender a que la ley imponga un límite por agravante y no consagrar unos límites mínimos y máximos demasiado distantes, pues tales correcciones evitarían que el juez llegara tan lejos como quisiera y que la medida de la pena fuera a la postre el producto de su escala de valores y por consiguiente de su criterio. De manera que el legislador también está en mora de imponer esos límites para que se dé la seguridad jurídica que hasta ahora no ha existido en esta materia, evitando así tratamientos dispares mediante la intromisión de juicios políticos o ideológicos diversos. Marcos punitivos tan lejanos como los de la estafa, de uno a diez años (C. P., art. 356), resultan no solo impracticables sino sumamente perjudiciales. Lo primero, porque si el juez debe partir del mínimo, como ocurre en efecto generalmente, no se ven las posibilidades de llegar hasta el guarismo de diez años de prisión, salvo algún caso excepcional, o una desmedida arbitrariedad, que no surgen fácilmente. Y lo segundo, porque la progresión geométrica de las agravantes lleva el término de prescripción de la acción penal a unos guarismos tales, que copan los despachos judiciales de expedientes, en los cuales no queda otro recurso institucional que esperar por años la prescripción, a pesar de estar perdidas hace mucho la oportunidad y la eficiencia, características que ha de tener la acción del Estado frente a los delitos.

De ahí la sugerencia de que se prohíba la posibilidad de que alguna o muchas agravantes hagan superar el límite máximo del marco penal típico, fórmula que ha tenido establecida la legislación española en la regla 6ª del art. 61 del Código Penal, pues así se evita que los máximos se eleven aún más, sin ningún sentido. Un ejemplo: el "hurto calificado" tiene un máximo de ocho años conforme al art. 350 del Código Penal, pero si concurre una sola agravante del art. 351 del mismo Código, "la pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de una sexta parte a la mitad", por lo que habría que elevarla hasta doce años. Y si la cuantía es superior a los \$ 100.000.00 "las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores se aumentará de una tercera parte a la mitad", que incrementarían esos doce años a dieciocho, para los fines casi exclusivos de la prescripción, por ese influjo multiplicador en espiral, pues a nadie se le ocurre que un hurto de tal cuantía llegue a merecer una pena de esas. Si el homicidio más grave prescribe en veinte años, por más que consagre treinta años de prisión como máximo, ¿por qué ha de tolerarse que un hurto como estos sea penado con dieciocho?

²⁶ LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, Acta N° 8, Comisión.

La norma que se sugiere es, en nuestra opinión, necesaria. Para el ejemplo dado ese "límite máximo" (de pena) del marco legal típico bien podría ser el del hurto calificado de ocho años, dado que las agravantes en general tienen que tener algún control en su dimensión punitiva, pues esos escalonamientos atraen el absurdo de hacer perder los fines de la acción penal y de la pena.

Tanto las distancias entre las penas mínimas y máximas, como las agravantes (o calificantes) y atenuantes, deben recibir en la ley un tratamiento homogéneo, sin fracasar por exceso o por defecto, pues hay delitos graves con penas muy leves y delitos leves con penas muy graves; como agravantes y atenuantes que no están coherentemente consagradas en torno a los aumentos o disminuciones de pena. Para citar un caso, las calificantes del hurto (art. 350) se consideran más graves que las agravantes (art. 351), pero en lugar de que las primeras subsuman las segundas, o que los incrementos por estas sean razonablemente más pequeños, ambas se suman, según las cuentas que venimos de hacer, en contra de la acumulación jurídica de penas.

También se requiere que la ley diseñe una solución en los casos de acumulación aritmética de penas, que suele presentarse en procesos que concluyen en forma separada con sentencia condenatoria en contra de un mismo sujeto, cuando se trata de delitos conexos que han de investigarse y fallarse conjuntamente, como ordena el Código de Procedimiento Penal, lo que no obstante no constituye nulidad, según la contradictoria consagración legal (decreto 050 de 1987, arts. 14 y 85). Con frecuencia los reclusos tienen dos o más condenas, una en pos de otra, a su cargo, cuya suma matemática las hace tan largas que los fines de la pena desaparecen, e incluso los principios de humanidad. Una fórmula podría ser que en tales casos la pena total no vaya más allá de los treinta años, que como máximo permite la ley colombiana (C. P., art. 44), aunque podría tener una variante para quienes dentro de la penitenciaría siguen delinquiriendo a través del tiempo.

a) *Conveniencia de suprimir la expresión "circunstancias"*. Se observa que nuestra ley penal incurre en impropiedad al denominar las agravantes y atenuantes "circunstancias", tal vez impulsada en parte por la fuerza inercial del Código Penal de 1936 que consagraba las denominadas "circunstancias de mayor o menor peligrosidad" (ley 95, arts. 36 y 38). Incluso el actual estatuto penal en el capítulo II del título IV (arts. 60 y ss.), lo encabeza con la expresión "circunstancias", pero la verdad es que se refiere a agravantes o atenuantes, algunas de las cuales nada tienen que ver con circunstancias. Esta práctica es frecuente en la parte especial del Código, como se aprecia v. gr. en los arts. 270, 306, 310, 324, 359 y 372.

Por ejemplo, el móvil es generalmente el impulso psicológico del acto, y es por ello algo de la esencia que no debería llamarse "circunstancia", que como tal solo responde a lo accesorio que rodea lo fundamental. El estado de ira, para citar un caso, no tiene absolutamente nada de accesorio o circunstancial, dado su carácter esencial o de inminente contenido del comportamiento, por ser precisamente el móvil y su razón de ser. Asimismo, los motivos nobles o innobles, el estado de emoción o pasión excusable, la falta de ilustración, la inferioridad psíquica surgida de la edad o condiciones orgánicas, la insidia, la participación de otro,

el hacer más nociva la conducta, la posición distinguida del sujeto, la finalidad de cometer otra infracción, etc. (C. P., arts. 64 y 66), no tienen nada que ver con las circunstancias, por lo que es impropia esa denominación. De idéntica manera el secuestro de un pariente no constituye circunstancia de tiempo, modo o lugar (art. 270, ord. 4º, ídem); el fin del proxeneta de llevar la víctima al extranjero es un ánimo especial que no es accesorio (art. 310 ídem); matar por precio o para cometer otro delito tampoco es algo perteneciente a lo circunstancial (art. 324); el abuso de funciones públicas (art. 359); la cuantía en la infracción contra el patrimonio, son de la naturaleza del injusto por su dimensión (art. 372), y, en fin, sería más técnico prescindir de esa expresión que, siendo correcta en unos casos, en otros no lo es.

b) *¿Cómo se deben computar las agravantes?* En primer término han de surtir su influjo las *agravantes específicas para cada delito*, v. gr. las calificantes del hurto previstas en el art. 350 del Código Penal; luego las *específicas para cada capítulo*, como son las previstas en el art. 270 del mismo Código para el "secuestro extorsivo" y el "secuestro simple"; a continuación se tendrán en cuenta las *genéricas para todo un título*, de las cuales son ejemplo las agravantes para todas las infracciones contra el patrimonio económico, consagradas en los arts. 372 y 373 ídem; y, finalmente, las *genéricas para todo el Código Penal*, que son las de los arts. 64 y 66, comunes para todos los delitos. De esta manera se va de lo general a lo particular y de lo amplio a lo específico.

c) *Las agravantes y atenuantes genéricas deben constar en la acusación*. En mi opinión las agravantes generales y aun las atenuantes deben quedar establecidas en el proveído que contiene la acusación, pues si aquellas autorizan aumentos de pena el procesado ha de tener derecho a debatirlas en ejercicio de su defensa, que no puede alienarse ante ningún cargo que implique sanción, so pena de incurrir en la transgresión de garantías constitucionales.

Y aunque en vigencia del Código Penal de 1936 la jurisprudencia nacional tenía aceptado que las circunstancias de mayor y menor peligrosidad descritas en los arts. 36 y 38 de ese estatuto solo serían tenidas en cuenta por el juez en la sentencia, ello obedecía más bien a una norma de carácter positivo, como era el art. 171 del anterior Código de Procedimiento Penal (decreto 409/71), el cual disponía que en la sentencia el juez se pronunciara sobre tales "circunstancias", según reza el numeral 5 de tal disposición. Sin embargo, eso no era incompatible con su deducción en la acusación, pues también allí se establecía contemplar en el fallo las "circunstancias eximentes de responsabilidad y las que agraven o atenúen la sanción", lo que claramente indicaba que en la sentencia el juez obviamente debía explicar los orígenes de la pena, sin que tal cosa contrariara su precisión en la acusación.

Pero tal argumentación, más de orden legal exegético que de garantías supralegales para el procesado, no creo que consecuentemente deba sostenerse frente al actual Código de Procedimiento Penal, estatuto que no contiene una disposición como esa, por lo que no existe el fundamento que se esgrimía antes. Por eso debe compartirse una decisión en tal sentido emitida por la Corte Suprema en diciembre 3 de 1980, todavía dentro de la vigencia del anterior Código, con algunos salvamen-

tos de voto²⁷. Con más veras ante el nuevo Código, cuando esas "circunstancias de mayor y menor peligrosidad" las denomina "circunstancias atenuantes y agravantes".

También se aducía que en la ley de procedimiento, específicamente en el art. 483 del decreto 409 de 1971, no se exigía que en la redacción del auto de proceder se hiciera alusión a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad. Por eso en el salvamento de voto descuella este aparte: "Esto afecta... el debido proceso ya que es posible omitir la mención de tales factores de dosificación de la pena para ser finalmente deducidas en la sentencia, cuando ya resulte inadmisibles toda controversia y alegación... Si tanto las circunstancias genéricas de agravación como las específicas inciden en la pena, ¿por qué las unas deben expresarse en el auto de proceder y las otras no? ¿Acaso no tienen una igual significación para el procesado puesto que repercuten en la cantidad de pena que debe purgar?"²⁸.

La afirmación de que "las circunstancias específicas... tienen la característica de modificar la pena imponible" mientras que las circunstancias genéricas "solo constituyen, en cambio, uno de los criterios de que dispone el juez para la dosificación de la pena", que debe examinar este en la sentencia, como expresa la misma corporación en enero 17 de 1984, no resuelve la violación al debido proceso ni el desequilibrio consiguiente entre el Estado y el sujeto, que es la esencia del problema²⁹. La separación que ha hecho la jurisprudencia entre "circunstancias de mayor peligrosidad" y delito, es lo que ha dado pie a afirmar que "los jueces... solo pueden computar circunstancias de mayor peligrosidad cuando no constituyen elementos esenciales o modificadores del delito"³⁰. Afortunadamente esas "circunstancias de mayor peligrosidad" se denominan hoy agravantes, lo que son en verdad, pues aun los motivos innobles o abyectos si bien reflejan personalidad trascienden la conducta misma y se proyectan a través de su propia dimensión injusta.

4. La personalidad del agente. En mi opinión es posible que la personalidad pueda seguirse teniendo en cuenta como criterio para medir la pena, pero con carácter secundario, aunque deberá seguir influyendo en el rango de lo principal frente a la ejecución o no de la pena.

En cuanto a lo primero, porque tendrá que seguir prevaleciendo el derecho penal de acto, que significa que al sujeto se le sanciona por lo que hace y no por lo que es y que implica el predominio del acto sobre el autor, pues lo que fundamenta la pena es el daño al bien jurídico y no el sujeto por lo que es. No puede perderse de vista, empero, que el autor es el dueño del acto, pues, como expresa agudamente IGNE PETRONE, "si nosotros podemos escoger lo que hacemos,

²⁷ *Gaceta Judicial*, t. CLXIII, núm. 2402, págs. 553 y 554.

²⁸ JAIRÓ LÓPEZ MORALES, *Jurisprudencia penal de la Corte*, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, dic. 3-80, Salvamento de voto de los magistrados Alfonso Reyes Echandía y Gustavo Gómez Velásquez.

²⁹ *Excertas penales*, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, mag. ponente, Luis Enrique Aldana Roza, junio 5-84, págs. 80, 81.

³⁰ *Excertas penales*, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, mag. ponente, Álvaro Luna Gómez, marzo 12-82.

no depende en cambio de nuestra elección lo que somos y, sin embargo, lo que hacemos depende de lo que somos"³¹.

Tan dramática y expresiva afirmación cabe interpretarla como equilibrada posición intermedia entre el libre albedrío y el determinismo, en el sentido de que el sujeto es relativamente libre para hacer lo que quiera, pero relativamente determinado por el medio que lo rodea, pues no existe una absoluta libertad ni tampoco una fatal determinación. El hombre está influido por el medio, pero siempre hay un aporte de su voluntad cuando daña un bien jurídico sin justificación, que es el sancionado por el derecho penal, por lo que este a pesar de todo se soporta sin duda en el liberoarbitrismo, alma y nervio de la responsabilidad penal.

Luego en la imposición de pena prevalece en efecto el desvalor de acto, la culpabilidad por el hecho y la gravedad del injusto, sobre la personalidad, que por tanto ha de ser criterio dosimétrico de carácter secundario. No por otra cosa la mayor corriente europea afirma hoy que la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad.

La personalidad no puede entenderse exclusivamente como "capacidad" sino también como "incapacidad" para cometer delitos, puesto que entendida apenas en el primero de los sentidos únicamente serviría para medir la pena hacia arriba, mientras que con la doble perspectiva permitiría aumentarla un poco y sobre todo disminuirla según fuere la tendencia del sujeto.

Si a la personalidad no se le mira exclusivamente como "maldad" sino también como "bondad", se puede llegar consecuentemente a la conclusión de que la prevención especial es el fin más importante, posibilitando la reducción del mínimo de la pena o suspendiendo total o parcialmente sus efectos, con arreglo a los criterios de su medición, al tener en cuenta particularmente las atenuantes y la personalidad del delincuente de ocasión sin capacidad para recaer en el delito.

Entonces ha de admitirse, al mismo tiempo, que el sujeto reincidente o tendente al delito, por ser menesteroso de rehabilitación, explicable también por la vía de la prevención especial, puede recibir algún incremento de pena por su personalidad, pero siempre habrá de ser pequeño por tal razón, atendiendo el carácter secundario de tal criterio dosimétrico. Es posible, asimismo, negársele algunos beneficios, como la suspensión condicional de la pena, por ejemplo.

Podría objetarse, empero, que como el hombre inclinado al delito, desviado o peligroso, o como se le quiera llamar, es producto de la sociedad y del Estado, este no estaría legitimado para sancionarlo mayormente por tal razón. Aunque ello sea parcialmente cierto, por lo que el Estado tiene por consiguiente la obligación de trabajar permanentemente para reducir el margen de "desviación" de sus súbditos, no se puede perder de vista que los poderes de control, en la medida del desarrollo de los pueblos, tienen que acudir, parodiando a ROXIN, a esa "amarga necesidad" de imponer la pena, y aun aumentarla algo a quien tenga capacidad para delinquir, pues además existen organizaciones del crimen que hacen del delito un negocio

³¹ MIGUEL FENECH, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Barcelona, Ed. Labor, 1986, pág. 3, carta de Carnelutti a Fenech.

y que por equidad no pueden recibir el tratamiento del delincuente infortunado de ocasión.

Si el derecho penal es un instrumento de control social justo, por delegación del poder popular, tiene que reconocer fenómenos de conflicto del momento para mantener el Estado de derecho y conjurar la regresión a la venganza privada y al caos institucional.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA se ha mostrado siempre contrario a la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal, sin haberle sido posible negar su existencia, pues admite incluso que en la legítima defensa el hombre de bien tiene derecho de emplear ciertas ventajas frente al hombre peligroso para compensar sin graves riesgos su perversidad, siguiendo de cerca las enseñanzas de MAURACH. Más aún, admite expresamente que la peligrosidad existe, pero no es verdad, como ha dicho, que la personalidad tendente al delito parece haberse "colado" en la ley como criterio dosificador, pues ello ha sido, por el contrario, algo deliberado del legislador³².

Y aunque en principio tiene razón, porque la pena se fundamenta en el consciente y voluntario daño al bien jurídico, la peligrosidad, según advierte REYES ECHANDÍA, como expresión cualificadora de la personalidad y, por lo mismo, a ella referible, desapareció en la ley colombiana como fundamento de responsabilidad, pero "conserva cierta validez" para algunos incrementos de pena y el reconocimiento o no de los subrogados penales³³.

La personalidad entonces es criterio que se ha de tener en cuenta, porque negarla implicaría desconocer todos los efectos de favor aquí citados (atenuantes y subrogados), a cambio de algo que consulta el fin preventivo de la pena.

Puede y debe admitirse que la peligrosidad existe, pero al mismo tiempo ha de considerarse un fenómeno residual que el Estado tiene el deber de ir reduciendo más mediante una mayor democratización. Pero mientras existan hombres peligrosos que delinquen repetida y gravemente, el derecho penal tiene que reconocer ese fenómeno social y manejarlo de alguna manera como disciplina encargada de administrar actos y conflictos humanos. Pues la visión hacia el futuro, siempre loable, de lograr la perfección del hombre, no permite ocultar las zozobras de hoy. Desde luego que el aumento de pena por esta razón siempre será racional y en menor medida y se hará al final, después de los demás cálculos, en el entendimiento de que es criterio que funciona independientemente, a fin de que no sea un factor multiplicador de pena computándolo al principio, según práctica viciosa que ojalá sea erradicada. Y claro: el aumento, de orden secundario, valga insistir, se hace más con la visión de la prevención especial, con miras a la rehabilitación, aunque la política penitenciaria, hay que admitirlo con el desconcierto de siempre, siga siendo mera y romántica literatura, pues los oídos sordos del legislador y del gobierno solo escuchan la retribución, cumplida siempre en horriblos establecimientos de desprecio por la dignidad humana, a sabiendas de sus pésimos resultados.

³² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, 1ª ed., págs. 379, 381 y 382 y 2ª ed., ed. cit., nota 5, pág. 328.

³³ Colección Miguel Zornosa, Bogotá, Ed. Radar, C.S.J., auto feb. 24-83, pág. 451.

Por eso todos los códigos penales consagran este principio dosimétrico de la personalidad, que además cabe tener en cuenta porque, como dice ZAFFARONI, si se toma a la culpabilidad como único criterio para la cuantificación de la pena, se hace referencia en alguna medida y en alguna de sus formas a la culpabilidad del autor, por lo que estima que la personalidad es un correctivo o una complementación, que solo puede funcionar *dentro de ciertos límites* y que equivale a ordenarle al juez que no pierda de vista totalmente la prevención especial, dado que en su opinión las consideraciones de prevención especial son, en la ley penal colombiana, ajenas a la culpabilidad del agente³⁴.

Y aunque se podría objetar que entonces lo del autor contaría para medir la pena, algo contrario a la culpabilidad como límite de la pena y bastión de seguridad jurídica, diría que el sujeto peligroso necesita un programa más amplio de resocialización y repetiría con el talento de ROXIN que el criminal no es, como cree el profano, el hombre fuerte, cuya voluntad de animal de presa hay que quebrantar, sino un hombre normalmente débil, inconstante y minusdotado, con rasgos sicopáticos a menudo, y que intenta compensar por medio de delitos su complejo de inferioridad provocado por su deficiente aptitud para la vida³⁵.

Pero si se objetara de nuevo que ello sería de todas maneras un rasgo de culpabilidad caracterológica y una pena por la conducta de la vida³⁶, diría que es por ello precisamente por lo que se impide la aplicación de los subrogados, que en el fondo significa una sanción mayor en comparación con el beneficiario de tales sustitutos. Estaría empero dispuesto a admitir la censura por razón de este aumento, con todo y lo morigerado que se propone, en honor a la culpabilidad por el hecho como tope de la pena, que sin duda es homenaje a la verdadera medición de pena. Pero la aspiración, no sé si utópica, de que la peligrosidad vaya reduciéndose en la medida del desarrollo de los pueblos y de los hombres, hace que la propuesta de un pequeño incremento por esta vía sea ojalá algo transitorio en la ciencia.

Es porque la medida de la pena por la culpabilidad en el hecho es un baluarte de la seguridad jurídica, pero no podrá ser el único criterio, por lo que algunos autores, entre ellos LUZÓN PEÑA, si bien respetan la exigencia material de precisión legal de la pena, como garantía derivada del principio de legalidad, les preocupa "su automatismo... y las generalizaciones apriorísticas que impiden una individualización concreta de la pena más conveniente para el sujeto". Por eso propugna porque la pena se funde en criterios político-criminales y en principios de proporcionalidad y culpabilidad, pero sin necesidad de límites mínimos, pudiendo disminuir la pena en atención a la prevención especial hasta donde esta entre en contradicción evidente con la prevención general³⁷.

Es que la facultad del Estado de imponer penas [*jus puniendi*] no alcanza a ser explicada por el derecho penal de acto, porque este, mirándolo exclusivamente,

³⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", *Rev. Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 8, Medellín, Señal Editora, 1983, págs. 50 y 51.

³⁵ CLAUS ROXIN, *idem*, pág. 32.

³⁶ JESCHECK, *idem*, pág. 564.

³⁷ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, ed. cit., pág. 106.

puede conducir, quién lo creyera, a una hipertrofia de la conducta ilícita, anexándole una pena excesiva olvidándose del dueño del acto, que a la luz de la prevención especial resultaría injusta o sobre todo socialmente perjudicial. Mientras que el derecho del acto, pues, mide la pena, el derecho de autor puede moderarla y en todo caso adecuarla al sujeto, algo propio de la tarea dosificadora del juez. Al fin de todo se juzga el acto humano, pero también al hombre, según explica diáfana-mente ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ³⁸.

En todo caso, culpabilidad, prevención individual y prevención general constituyen —según ZIPF— el triángulo mágico de la determinación de la pena³⁹, que ha de reflejar una sanción proporcional pero también útil, pues el castigo sin utilidad sería algo inservible para el sujeto y la sociedad, como la pena por mera utilidad del Estado sería un atropello contra la dignidad del hombre. Una pena retributiva sin utilidad no es justa, como una pena útil sin injusto tampoco.

En fin, el fundamento de la pena es el daño al bien jurídico; su límite la culpabilidad y su fin la prevención.

4. CONCLUSIONES

1ª) El legislador debería acortar las perjudiciales e impracticables distancias entre los mínimos y los máximos.

2ª) Sería deseable que la ley dispusiera la reducción de la pena mínima cuando existan atenuantes genéricas como las descritas en el art. 64 del Código Penal, como permitir esa rebaja en casos especiales para evitar la “desocialización” del reo.

3ª) Es recomendable que el legislador imponga un límite de pena por cada agravante, con el objeto de lograr precisión jurídica y reglas previas bien definidas en pro de la democracia.

4ª) La ley, como complemento, consagraría la prohibición de que la pena supere el máximo establecido en el tipo penal. Mas como en la dosificación frecuentemente concurren varios tipos penales, la ley dirá cuál de los tipos ha de tener en cuenta el juez y por consiguiente cuál será el máximo irrebachable.

5ª) El juez ha de referirse también en la acusación a las agravantes genéricas que concurren, con el objeto de que el procesado ejerza sobre ellas el derecho de defensa como manifestación del debido proceso.

6ª) La pena básica es la mínima establecida en cada tipo penal y el juez tiene la obligación de partir de ella, para luego hacer los demás incrementos con arreglo a los criterios dosimétricos, debidamente explicados con fundamento en pruebas plenas.

7ª) En caso de que la personalidad sea tenida en cuenta para aumentar la pena, ha de ser criterio independiente que funcione al final o de último, a efecto de evitar que su utilización en primer lugar se convierta en una progresión aritmética de pena cuando concurren agravantes y sus respectivas escalas penales.

³⁸ ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *La punibilidad y las medidas de seguridad*, Medellín, Publicaciones de la Universidad de Medellín, 1984, págs. 44 y 56.

³⁹ HEINZ ZIPF, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 17, ed. cit., pág. 353.

El defensor en el Código Procesal Penal*

Dr. Hernando Londoño Jiménez

Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal

I. LA MISIÓN DEL DEFENSOR

La figura del defensor en causas penales se remonta muy lejos en la historia de la humanidad. Es que en la conciencia social de todos los tiempos siempre se ha sentido la necesidad de que el hombre acusado de una falta que ha ofendido el orden jurídico de su época, tenga la oportunidad de defenderse de los cargos por interpuesta persona. No siempre dicho título lo tuvieron los abogados, por cuanto no existía dicha institución, por lo cual esa representación la llevaban generalmente prohombres destacados por su elocuencia, expertos en el arte de la oratoria, formados inclusive en academias particulares que enseñaban a quienes tenían predilección por el foro. Así fue en la edad de oro de Grecia y Roma, cuando los consagrados tribunos del pueblo asumían públicamente la defensa de quienes eran acusados de algún hecho delictuoso. Pero ya desde el Antiguo Testamento el defensor irrumpe en las páginas de la historia cuando la casta Susana fue acusada por dos jueces del pueblo de yacer carnalmente con un mancebo, conducta que en aquella época era castigada con la lapidación. Esos dos jueces juraron haber sido testigos del acto libidinoso, lo cual le daba un mayor realce a la acusación. Sin embargo un joven llamado Daniel, convertido más tarde en el profeta bíblico, se apresuró a impedir el castigo prometiendo demostrar la inocencia de la acusada,

* Capítulo de la obra *Derecho procesal penal*, en prensa.

lo que en efecto logró mediante un habilísimo interrogatorio que por separado les hizo a los dos testigos de cargo. Resultado de ello fue la absolución de la mujer, que así pudo recobrar su buena reputación¹.

Después surgió en Roma y en Grecia la institución de la abogacía, en virtud de la cual quienes tenían que comparecer al Areópago o al Foro en calidad de acusados, podían tener un defensor que abogara por ellos. En Grecia el primer abogado fue Pericles, y en Roma, según el *Digesto*, para ejercer la abogacía se requería tener diecisiete años y los nombres de quienes se dedicaban a ella se inscribían en una tabla, por orden correlativo de su admisión, de donde podían ser borrados cuando cometían alguna falta. Por su parte, en España vino a declararse dicha profesión como oficio público, a partir de Alfonso El Sabio, quien en sus *Partidas* la justificó diciendo que los acusados habían menester de ella "por mengua de saber razonar o por miedo o por vergüenza o por no ser usados de los pleitos, no pierdan su derecho"².

Todo esto nos viene a indicar que la humanidad siempre ha reclamado la presencia de un *advocatus*, de alguien que abogue por otro cuando se le acusa de haber violado la ley, quebrantado un derecho, cometido una injusticia. Convertido así dicho personaje en defensor de quien ha sido acusado de romper la convivencia social, o de los que sin justa causa, por ser inocentes, tienen que soportar un juicio en su contra, estará cumpliendo una de las funciones más grandiosas y enaltecidas que le hayan sido dadas al ser humano. Por eso los soberanos amantes de la libertad, los gobernantes respetuosos de la justicia, los legisladores protectores del derecho, siempre han tenido conciencia de que en la firme garantía de defensa del acusado en el proceso penal, se revela el grado de libertad de un pueblo y la medida de su cultura jurídica.

Desde luego que no siempre ha sido así, porque en la vida institucional de los pueblos no han faltado épocas nebulosas en la conformación de su Estado de derecho, momentos difíciles de su organización política, etapas coyunturales de convulsiones sociales en las cuales el legislador busca por sobre todo la drasticidad dentro del proceso penal, no solo restringiendo en exceso la libertad individual, sino también recortando las garantías procesales sobre el derecho de defensa. Esto último ocurre por lo general en la vida de gobiernos autoritarios o tiránicos, que se valen de las leyes como instrumentos adecuados para reaccionar contra sus opositores políticos sindicados de delitos contra la seguridad del Estado o contra su régimen constitucional. Y allí es cuando resulta más necesaria la presencia del defensor, por los mayores riesgos que está corriendo la libertad individual. Le ha tocado

¹ En el Viejo Testamento, se expresa que Isaías y Job dieron normas a los defensores para que por su intervención tuvieran éxito las gestiones en favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, de las viudas y de los pobres, cuando sus derechos hubieren sido quebrantados (cfr. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, México, Ediciones Botas, 1945, pág. 139).

² Cita de GUILLERMO CABANELLAS, *Diccionario de derecho usual*, t. 1, 8ª edición, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1974, pág. 35.

entonces enfrentarse como abogado a situaciones de peligro, por lo cual no siempre ha sido fácil y tranquila su función en el campo penal.

Desde tan remotos tiempos como en los que el defensor empezó a figurar en la vida de los pueblos, es algo que nos trae inmediatamente la idea de lo absolutamente necesaria que es dicha institución. CARRARA la dignificó tanto que no la consideró siquiera como un privilegio o concesión exigidos por la humanidad, sino como un verdadero derecho original del hombre, y por consiguiente, inalienable³. No se puede concebir por ello el proceso penal con acusado que no tenga un defensor que sea plena garantía de todos sus derechos como tal. Solo así es posible que la justicia pueda cumplir su cometido, ya que lo contrario sería un remedo de la misma, una burda farsa a nombre de los sagrados principios que dice representar. Por eso decía AYRAULT: "Negar la defensa, es un crimen; darla, pero no libre, es tiránico"⁴.

Es que la misma administración de justicia debe ser la más interesada en la presencia del defensor dentro del proceso penal, porque si dicho personaje, como debe serlo, no extralimita sus funciones buscando entorpecer el descubrimiento de la verdad, se convertirá, sin faltar a sus deberes, en un leal colaborador de la justicia. Pero prescindiendo de este punto de vista, si la defensa no existiera, o si se limitara arbitrariamente o fuera deficiente, la misma administración de justicia estaría constantemente expuesta a los errores judiciales, por faltarle aquella perspectiva distinta del proceso en donde no pocas veces se encuentra la verdad⁵. Con razón decía ENRICO ALTAVILLA: "La labor del abogado tiene una serie de finalidades, entre las cuales bastaría enunciar la principal —hacer que brille la inocencia— para rodearla de un halo de nobleza. Solo quien no conoce las tremendas angustias de un proceso por indicios, que a veces es como una tupida red de apariencias mentirosas que ahoga a un inocente, puede no darse cuenta del valor social de esta profesión. La fatalidad o la maldad dan origen a veces a tan impresionantes coincidencias, a tan perturbadoras apariencias de pruebas, que, si falta el defensor, puede ser condenado irremisiblemente un hombre limpio de toda culpa"⁶. De donde se llega a concluir que son muchos los inocentes que han podido salir de las prisiones merced a la actividad tesonera de sus defensores, y que, por el contrario, han sido también muchos los inocentes que han tenido que permanecer en cárceles

³ Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. II, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1957, pág. 457.

⁴ Cita de CARRARA, ob. cit., vol. II, pág. 458.

⁵ JOAQUÍN S. RUIZ PÉREZ, *Juez y sociedad*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 33: "Quienes hacen justicia son los jueces; pero son los abogados sus postulantes. Aquellos, además de justos, han de ser claros, precisos y rectos en sus decisiones; pero estos, los abogados, maestros de la dialéctica, son los que dan cuerpo a la pretensión y, como ha sostenido BECERRIL, se constituyen en partícipes no solo eminentes, sino necesarios, en la tarea de justicia, cuyo camino enderezan y señalan. Cuando se ejerce la abogacía con devoción, de un modo continuado, con dedicación exclusiva, se llega a formar una de las más altas estructuras espirituales".

⁶ ENRICO ALTAVILLA, *Sicología judicial*, vol. II, trad. de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Bogotá-Buenos Aires, Edit. Temis-Depalma, 1970, pág. 975.

y presidios, pagando a veces largas condenas, por haberles hecho falta un defensor, o porque este no supo ejercer ese patrocinio con el celo y responsabilidad debidos.

Es entonces la institución de la defensa algo muy esencial dentro del proceso penal y en cuyo respeto y salvaguarda deben mantenerse interesadas tanto la sociedad como la administración de justicia. Es algo que le incumbe a la primera, por cuanto su fundamento como organización política es el de velar porque se protejan eficazmente todos los derechos de sus asociados, principalmente aquellos que les correspondan como destinatarios de una acusación penal. Y le atañe igualmente a la segunda, porque es en el certamen dialéctico del contradictorio cuando se presentan las mayores probabilidades de encontrar la verdad histórica que se busca dentro del proceso penal.

Así lo han entendido siempre los procesalistas de todos los tiempos, quienes a su turno han enjuiciado severamente épocas nefandas en que se ha querido proscribir dicha institución para abrirle camino a una justicia ciega y cruel, olvidándose que aun el mismo culpable tiene derecho a su defensa, como mínimo, para que el fallo en su contra esté amparado por una presunción de legalidad.

Para fundamentar ese interés de la sociedad en la defensa del procesado, CARRARA ya había sentenciado luminosamente que era una necesidad de aquella, por cuanto la garantía que debería serle reconocida no era la de una pena que recayera sobre cualquier cabeza, sino del castigo del verdadero culpable, por lo cual consideró que la defensa no es únicamente de orden público secundario, sino de orden público primario⁷. Y por lo que se refiere al provecho que de ello reporta la administración de justicia, bastaría con decir que sin esa afiebrada pasión y celo con que generalmente interviene el abogado en las causas a su cargo, la justicia penal muy frecuentemente tendría que caminar por el laberinto de la duda, al no poder absolver tantos interrogantes o llenar los muchos vacíos que ofrece el proceso penal⁸. De allí que la institución alcanzaría la mayor cumbre de su respetabilidad y gloria, el día que de ella se pudiera decir lo que con tanta nostalgia recordara CALAMANDREI: "Pienso con melancolía en aquella corriente de afectuosa relación que liga en Inglaterra a los magistrados con los abogados. Con la conciencia de ser ramas del mismo árbol, los jueces que ayer eran *barristers* y los *barristers* que serán jueces mañana, trabajan de perfecto acuerdo y tanta confianza tienen los magistrados en la respetabilidad de los defensores, que ni remotamente piensan en la posibilidad de ser engañados por ellos"⁹.

⁷ CARRARA, ob. cit., t. II, pág. 458.

⁸ GIOVANNI LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, pág. 570, nota 15: "Para poner un ejemplo de la medida a que puede llegar el escrúpulo de un magistrado, nos sentimos obligados a recordar una noble figura prematuramente desaparecida: la del juez Giovanni Narni Mancinelli, quien, en calidad de ministro público ante el tribunal militar de Nápoles en un proceso que podía llevar a la condena a pena de muerte, advirtiendo la prestación ineficiente de un defensor, se dio prisa a reclamar el interés de los familiares del imputado acerca de la necesidad de asegurarles un defensor válido".

⁹ PIERO CALAMANDREI, *Demasiados abogados*, trad. de José R. Xirau, Buenos Aires, E.J.E.A., 1960, pág. 111.

Lo anterior nos plantea la consideración sobre la concreta misión que le corresponde al defensor dentro del proceso penal. En principio está constreñido a la observancia de la más estricta ética profesional, por lo cual todos sus procedimientos deben dejar al descubierto su más insospechable rectitud. En su empeño de defender al acusado, la buena fe deberá presidir todos sus actos, hasta el punto de que los jueces puedan adquirir la convicción de que en ningún momento tratará de engañarlos.

Su obligación es desde luego la de defender, porque ni la moral, ni la ética, ni la ley lo podrían obligar a hacer ni decir nada que pudiera resultar en perjuicio de la causa que se le ha encomendado. Un defensor que en su alegato oral o escrito dijera que nada tenía que expresar en favor de su defendido, o que llegara al extremo de solidarizarse plenamente con la acusación o a admitir sin cuestionamiento alguno los cargos judiciales hechos en contra del acusado, estaría incurriendo en una repudiable conducta inmoral, lesiva de la dignidad de la profesión, merecedora de una ejemplar sanción disciplinaria, independiente del delito de infidelidad a los deberes profesionales en que pudiera haber incurrido.

Se ha dicho, no sin razón, que el defensor colabora al descubrimiento de la verdad material y que es también un auxiliar de la justicia, pero entendido todo ello sin menoscabo de sus deberes hacia el procesado¹⁰. No está desde luego obligado a solicitar siempre la absolución, ya que al existir prueba incontrastable de la autoría y de la responsabilidad, su defensa podría dirigirse a que se le excluyeran las circunstancias agravantes o se le reconociera alguna o algunas de las atenuantes. Es la posición unánime de los procesalistas, entre ellos GOLDSCHMIDT, quien dice: "Admitida esta independencia del defensor, hay que reconocer que ella estriba en el derecho y el deber del mismo de contribuir a la comprobación de la verdad; sin embargo, hay que añadir en seguida, que esta actuación ha de verificarse únicamente con la tendencia de comprobar la inocencia o la penalidad atenuada del procesado; pues la institución de la defensa arraiga en la calidad de procesado como parte y por eso no se impone al defensor el deber de la imparcialidad. Más bien, el defensor incurriría en responsabilidad de una grave infracción de sus deberes, si contribuyera de alguna manera a que se convezca al procesado de su culpa y se le condene"¹¹.

Por eso ningún abogado puede llegar a sentirse inhibido moralmente para defender en determinada causa penal, bien porque el delito cometido le mereciere el mayor repudio o porque considerare al procesado plenamente responsable de sus actos. No se hace indigno ni ante la sociedad ni ante la administración de justicia, cualquiera que sea el proceso en que defienda. Es cierto que cada profesional puede escoger sus propias defensas, abstenerse de encargarse de aquellas que por alguna circunstancia le puedan producir algún desagrado personal, pero desde el punto de vista de la deontología profesional no pueden existir para él causas rechazables

¹⁰ Cfr. JOSÉ GUARNIERI, *Las partes en el proceso penal*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla (México), Edit. Científica Poblana, 1952, págs. 119 y 341.

¹¹ JAMES GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso*, vol. II, Buenos Aires, E.J.E. A., 1961, pág. 179.

para su defensa por considerarla injusta. De allí que AMÍLCAR A. MERCADER recordara cómo San Alfonso María de Liguorio sostenía que la defensa era inalienable hasta para los peores criminales, y lo propio sostuvo DUPIN en su libro *La abogacía*, donde replica ciertos pasajes contrarios de CICERÓN, remitiéndose a los famosos desarrollos de CAMUS¹². Y no menos categórico fue ZANARDELLI al decir que ante la justicia punitiva "inclusive patrocinar una causa mala es legítimo y obligatorio, puesto que la humanidad lo ordena, la piedad lo exige, la costumbre lo tolera y la ley lo impone"¹³. Si no fuera así, los fallos condenatorios de los jueces producirían una triste sensación de iniquidad y de injusticia. Es la razón entonces para que en toda legislación que presuma de profesar una filosofía demoliberal en el tratamiento del acusado le garantice a este al máximo su derecho de defensa, declarando al mismo tiempo como causal de nulidad la violación de ese derecho, como lo hace el art. 305 de nuestro Código de Procedimiento Penal.

2. VIGENCIA Y OPORTUNIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

En nuestro procedimiento penal se garantiza plenamente la presencia del defensor desde la diligencia de indagatoria. Así ha sido siempre en toda nuestra tradición jurídica, a fin de rodear al imputado de las máximas garantías a su derecho de defensa. Y no podía ser menos, ya que se trata de una diligencia en la cual se le va a interrogar por los cargos existentes hasta ese momento sobre el hecho presuntamente punible en investigación y en la cual va a tener la oportunidad de ofrecer las explicaciones del caso. Y si bien es cierto que dentro de dicha diligencia está muy limitada la intervención del defensor, ya que si no se le permite dirigir preguntas al indagado, ni sugerirle respuestas, sí puede objetar el interrogatorio que se le haga contraviniendo las prohibiciones de la ley, y estar atento a que en todo momento se le respete su condición de acusado que rinde una declaración completamente voluntaria y libre de todo apremio.

Pero también en la indagación preliminar se garantiza plenamente el derecho de defensa, a diferencia de muchas legislaciones que consideran que en esta etapa de la investigación debe existir el secreto de la misma para el destinatario de la imputación, por lo cual tampoco le puede ser permitido ninguna representación judicial dentro de las diligencias iniciales. En cambio, nuestro Código de Procedimiento Penal, para evitar la apertura de procesos penales que puedan no justificarse, porque el hecho imputado no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse, faculta al juez para dicha indagación preliminar,

¹² AMÍLCAR A. MERCADER, *Abogados*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1960, pág. 89.

¹³ Cita de ALTAVILLA, ob. cit., vol. II, pág. 973; MERCADER, en ob. cit., pág. 89: "Santo Tomás predicó la necesidad de que el abogado se apartase de la causa tan pronto como conociese la injusticia de las pretensiones confiadas a su patrocinio. En Roma era una indignidad peticionar principios en contra de las leyes expresas. La publicidad de los debates de la *disputatio fori* daba una mayor vigencia a esa regla, y de su observancia o infracción dependió siempre el prestigio y la categoría de los juristas. Las escuelas de derecho tendieron, entonces, a destacar la responsabilidad de los patrocinantes".

a fin de que si se llega a una de las anteriores hipótesis, en lugar de dictar un auto cabeza de proceso, profiera mejor un auto inhibitorio.

En muchos casos, principalmente cuando surja la duda sobre la comisión del hecho punible, resultan aconsejables las diligencias previas de averiguación sobre el mismo, oportunidad en la cual el acusado puede rendir una versión al respecto, la cual solo podrá ser ante el juez y con la asistencia de un defensor (C. de P. P., art. 344).

La segunda ocasión en que en esta etapa se garantiza la defensa, es cuando al dictarse auto inhibitorio se apela de esta decisión por parte del ministerio público, del denunciante o el querrelante, en cuyo caso la persona favorecida con dicho pronunciamiento puede designar un abogado para que la represente en el trámite del recurso interpuesto, pudiendo por lo tanto presentar memoriales de respaldo y sustento del auto impugnado, para lo cual se le autoriza conocer de las diligencias practicadas.

Es evidente entonces que esta garantía procesal se encuentra firmemente protegida en nuestra legislación, ya que constituye uno de los presupuestos fundamentales del debido proceso. Por eso, ese derecho de defensa no se le niega ni aun al reo en contumacia, al imputado declarado en rebeldía, con lo cual se busca eludir la acción de la justicia. Esa no podría ser una especie de acto de venganza del Estado por su negativa a enfrentar la acusación en su contra. Así que aun ausente, para que el proceso que se le instruye pueda transitar por los cauces de la legalidad, necesita siempre de un defensor que lo represente. Inclusive él mismo puede designarlo. Lo autoriza la ley cuando prescribe que "la persona que haya sido legalmente vinculada a proceso penal, cualquiera que sea su situación jurídica, podrá en cualquier momento designar defensor, mediante poder debidamente autenticado ante autoridad competente y dirigido al juez respectivo" (C. de P. P., art. 130). Lo que no obsta para que si él mismo no lo hace, la designación la haga el juez, bien sea en calidad de defensor público o de oficio, según el caso.

El momento procesal a partir del cual el imputado puede designar un defensor de su confianza o el juez uno de oficio, es cuando aquel al ser emplazado para rendir indagatoria, no comparece, y una vez que haya sido declarado persona ausente. Ocurrido esto, se le considerará ya legalmente vinculado al proceso, oportunidad desde la cual empezará su derecho a la defensa en las condiciones ya explicadas.

Ya en otra oportunidad al analizar la misma disposición que figuraba en el decreto 1853 de 1985, dijimos: "Siempre nos pareció un desacierto legislativo la disposición que no permitía que un sindicado que no estuviere capturado y existiere en su contra un auto de detención vigente, pudiera designar apoderado para el sumario ni defensor para el juicio, sino mediante presentación personal del poder por escrito. Es decir, entregándose a la justicia para cumplir la detención ordenada. Esta era una inútil y perjudicial restricción al derecho de defensa ya que a la administración de justicia no podía convenirle, en ningún sentido, el preferir un apoderado o defensor de oficio, en lugar de uno nombrado por el acusado ausente del proceso. Cuando esto se hacía, aparentaba como una odiosa y deshumanizada sanción legal en contra del interés defensivo del acusado, siendo que este podía no estar en condi-

ciones de hacerse presente ante el requerimiento judicial por muchas causas distintas a la de una abierta rebeldía al llamado de la justicia. En efecto, podía ser que no hubiere sido posible su localización, que estuviere padeciendo alguna grave enfermedad, recibiendo un especial tratamiento médico, arreglando previamente sus asuntos particulares o familiares, dejando en orden sus negocios, proveyendo a la subsistencia de su familia, solventándose para los honorarios de su defensa. O bien por temor de ir a la cárcel, dada su inseguridad y peligro, por considerarse plenamente inocente, o por evitar el estigma social que representaría la privación de su libertad. Otros por considerarse culpables y querer así eludir la acción de la justicia, pero que no por ello se les debe condenar procesalmente a no poder tener un abogado de su confianza que los defienda"¹⁴.

Cuando salió aquel decreto, no faltaron las voces de inconformidad contra dicha disposición, acusándola de un favoritismo injustificado hacia el procesado que rehúye comparecer ante la justicia. Pero nadie pudo aducir una razón seria y valedera en contra de la prescripción legal, que posteriormente y de manera textual se incorporó al nuevo estatuto procesal penal. Un solo argumento basta para justificarla: si el proceso no se puede adelantar sin defensor, por lo cual el mismo juez tiene la obligación de designarle al sindicado uno de oficio cuando ha sido declarado persona ausente, no sería razonable que aquel no pudiera, por estar en rebeldía, nombrar uno de su confianza. Y aunque no conocemos que la misma norma exista en otra legislación, la doctrina más respetable se ha inclinado por admitirle al procesado ausente el derecho a un defensor de su confianza. El mismo CARRARA decía y se preguntaba: "Si la defensa de los reos es un *deber* de la autoridad pública, también lo es su castigo cuando son delincuentes, ya que tanto el castigo como la defensa son contenidos necesarios de la tutela jurídica. ¿Cómo, pues, será posible afirmar que la sociedad queda libre de este deber únicamente porque el acusado se obstina en no comparecer ante el juez, por temor a las molestias de la cárcel o a los peligros de una calumnia? ¿Será acaso un delito el deseo de evitar sufrimientos corporales y gravísimos riesgos? Manténgase, pues, la regla de que el reo está obligado a comparecer *personalmente*, sin que esta regla sea causa absoluta para negarle al contumaz toda clase de defensa, inclusive la de mero derecho con que algún defensor de oficio quiera favorecerlo. Estos rigorismos son restos de antiguos rencores"¹⁵. Como se advierte de lo transcrito, se propugnaba hasta el acatamiento del defensor que quisiera asumir dicho cargo en representación del ausente.

3. SIGNIFICADO DEL DEFENSOR

Es siempre un hombre que lucha por la libertad. Pero su batalla judicial no puede entenderse librada contra la administración de justicia para sustraer de ella

¹⁴ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, "Las reformas al procedimiento penal", en *Doctrina y Jurisprudencia*, decreto 1853, Medellín, Artes Gráficas Vieco y Cia Ltda, 1985, págs. 51 y 52.

¹⁵ CARRARA, ob. cit., vol. II, pág. 347; LEONE, en ob. cit., t. I, pág. 571, expresa: "Muy discutido es el problema sobre si al latitante (rebelde) le compete o no el derecho a nombrar un defensor de confianza. Propendemos a la solución afirmativa, que nos parece más coherente con el respeto al derecho de defensa del imputado, especialmente en consideración al artículo 24 de la Constitución".

al procesado. Si en términos absolutos no puede considerársele como un aliado de la justicia, ya que está en la obligación de defender los intereses del acusado¹⁶, para alcanzar estos no puede ser induciendo en error a los jueces, aprovechándose de pruebas que sabe son falsas, de testimonios viciados de parcialidad. El defensor que por conseguir a todo trance el triunfo de su causa hace a un lado las propias objeciones de su conciencia, podrá con ello conquistar fama, renombre profesional, pero le estará prestando muy poco servicio a la justicia. No es que se pretenda una mengua en su función defensora, sino que no engañe a la justicia para tratar de conseguir la libertad de un reo cuya culpabilidad supone o de la cual está convencido¹⁷.

Pero ya desde otro punto de vista, el defensor debe ser mirado como una especie de *alter ego procesal*, ya que sustituye al procesado en todas las actividades judiciales en que él no interviene, además de suplir sus limitaciones intelectuales y culturales en la valoración probatoria y jurídica del proceso, lo mismo que en la elección de los caminos que deban seguirse para la preparación de su defensa. Por eso nunca para justificar una condena podría sostenerse que el reo fue oído y vencido en juicio, si la causa en su contra no fue adelantada y concluida con la asistencia de un defensor. De allí la aguda y exacta expresión de VARGHA: "El imputado no oye como parte en proceso donde no oiga también su defensor; él no es oído donde tampoco el último sea oído. Al defensor, pues, debe concebirse como un *alter ego procesal*, como el oído y la boca jurídicos del imputado. Toda estricta separación de los dos representantes de la parte-defensa es irracional"¹⁸. Con esto se está proclamando el indefectible presupuesto de la validez del proceso penal solo cuando está garantizado con la presencia permanente del defensor del acusado.

4. DEFENSA MATERIAL Y TÉCNICA

Como es apenas lógico, el mismo procesado puede ejercer su propia defensa, sin que ello implique que pueda prescindir de defensor. A dichos fines, la ley le

¹⁶ GUARNIERI, ob. cit., pág. 360 (nota 16): "Ciertamente, la equiparación entre la acusación y la defensa supone una modificación radical de las costumbres forenses. Con razón afirma CARNELUTTI, que «hasta que el defensor no se persuade de que él no defiende en el proceso los intereses del acusado, sino los de la justicia, mediante la necesaria contradicción con el ministerio público, y, por lo mismo, no se sienta investido de la dignidad y responsabilidad del juzgador, en equiparación con el ministerio público, podrá ocasionar más perjuicios que ventajas». Todavía hoy nos hallamos lejanos de este nivel ideal ético".

¹⁷ Cfr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *El homicidio ante el jurado*, Bogotá, Edit. Temis, 1976, págs. X a XIV.

¹⁸ Cita de LEONE, ob. cit., t. I, pág. 577; ALTAVILLA (ob. cit., vol. II, págs. 971 y 972), al referirse a la necesidad del defensor dentro del proceso penal, dijo: "... Eso dio origen al deber de integrar la actividad defensiva del sindicado con el abogado, para suplir sus deficiencias intelectuales y culturales, y producir así un equilibrio de fuerzas dialécticas capaz de darle serenidad al juez, quien debe estar seguro de que la inferioridad del acusado en el suelo judicial debe determinar su culpabilidad y no la incapacidad para hacer que su inocencia brille".

reconoce los mismos derechos que a su procurador judicial, excepto sustentar los recursos de casación y revisión, si no fuere abogado titulado. Ejerce por lo tanto lo que la doctrina ha dado en llamar la "defensa material". Puede decirse que su primer acto en dicho sentido tiene ocurrencia cuando en la declaración indagatoria suministra las explicaciones del caso ante el interrogatorio que le hace el juez, como cuando afirma su inocencia ante la imputación hecha, alega en su favor una causal excluyente de la antijuridicidad o de la culpabilidad o una circunstancia atenuante de su conducta. Igualmente puede hacer uso de la palabra en el debate de la audiencia pública y ejercer otras actividades que serán puntualizadas en el siguiente capítulo¹⁹. Lo importante en todo caso es que, para evitar posiciones contradictorias entre procesado y defensor y que pueden llegar a ser perjudiciales a la causa, el primero no tome iniciativa alguna sin consultarla con el segundo, quien por conocer mejor todas las intimidades del proceso, el sentido y el alcance de la prueba recaudada, tendrá un mejor criterio para decidir si es aconsejable o no lo que pretende su defendido. Este podría estar solicitando la práctica de una prueba que puede resultarle en su contra o interponiendo recursos contraproducentes, agravando así, en lugar de mejorar, su situación jurídica.

En cambio, la defensa técnica está encomendada a los abogados²⁰. Según el art. 137 del C. de P. P., el defensor tiene derecho a asistir al procesado en las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley, lo representará en todos los demás actos del proceso y ejercerá todos los derechos tendentes a una adecuada defensa. Esos derechos están diseminados a todo lo largo del Código, pero podríamos destacar los siguientes: asistencia a la indagatoria y demás ampliaciones de la misma; estar presente en las diligencias de reconocimiento en rueda de personas; asistir a cuanta diligencia de inspección judicial se ordene; solicitar dictámenes sobre aspectos criminalísticos de la investigación o peritaciones siquiátricas sobre la personalidad del procesado para establecer si es o no inimputable; demandar la práctica de pruebas sobre la inexistencia del hecho punible, la inocencia del procesado o la existencia en su favor de una causal de justificación o de inculpabilidad; hacer solicitudes de cambio de radicación del proceso o presentar recusación contra alguno de los funcionarios que intervienen, según las previsiones legales; contrainterrogar testigos; impetrar la libertad o la excarcelación, cuando hubiere mérito para ello; interponer los recursos ordinarios y extraordinarios debidamente sustentados; intervenir oralmente en la audiencia pública, siendo obligatorio hacerlo en la que actúa el jurado de conciencia, so pena de nulidad sustantiva, etc.²¹.

¹⁹ Cfr. GUARNIERI, ob. cit., pág. 285, nota 20.

²⁰ EUGENIO FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. de L. Prieto Castro, Barcelona, Bosch, Casa Editorial (sin año), pág. 96.

²¹ ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y JORGE A. CLARÍA OLMEDO ("Uniformidad fundamental de la legislación procesal penal de América Latina", en *Cuadernos de los Institutos* núm. 108, Córdoba [Argentina], Imprenta de la Universidad Nacional, 1970, pág. 26), expresaron: "La defensa se manifiesta primariamente en el derecho al proceso como presupuesto de la pena, en el cual el perseguido pueda intervenir con amplitud suficiente para hacer valer sus intereses jurídicos emanados del principio de libertad. Es un derecho proclamado por todas las constituciones, y reiterado en todas las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, expresa o implícitamente.

Esta defensa técnica estará más garantizada mientras mayor sea la capacidad y preparación científica del defensor. En un mundo jurídico tan complejo como es el del proceso penal, en donde se ventilan problemas de diverso orden, tanto en el campo penal como en el de procedimiento, en el de sus ciencias auxiliares como la siquiatria, la sicología, la sociología, la criminalística, la criminología, etc., el cargo de defensor implica un acopio tal de conocimientos y formación académica, que la falta de ellos en una causa determinada hace que la protección de los intereses del acusado quede expuesta a graves riesgos. Él es, según la expresión de GUARNIERI, "no un simple mandatario del acusado, sino que integra la tutela del mismo desde el punto de vista técnico, tanto en cuestión de hecho como desde el punto de vista jurídico, respecto del cual el defensor es el *dominus litis*, por ser él quien establece el sistema de defensa, quien promueve y trata las excepciones procesales, quien presenta los medios de prueba. Además, la defensa es autónoma, porque el defensor está autorizado para desenvolverla libremente, como ocurre en materia de impugnaciones"²². Sin embargo, a nuestro juicio, la "autonomía" del defensor no puede ser absoluta, porque si contra su decisión de admitir en un caso dado una culpabilidad disminuida o atenuada se opusiere expresamente el procesado, el defensor tendría que respetar esa determinación, quedándole como solución renunciar a la defensa, si no existieren otras razones y motivos para continuarla. Lo que no estaría bien de su parte sería que por acatar la voluntad del reo intentara una defensa completamente inútil, como sería aquella en que la prueba es arrolladora tanto sobre la autoría como sobre la responsabilidad, sin embargo de lo cual solicitara su absolución.

5. DEFENSORÍA PÚBLICA

La dramática situación de las personas privadas de libertad por causa de un proceso penal en su contra, resulta más preocupante cuando carecen de recursos económicos para ejercer su defensa por medio de un abogado de su confianza. Por dicha razón, tradicionalmente el legislador colombiano ha previsto la designación de un defensor de oficio por parte del respectivo juez. Pero la verdad es que no siempre los profesionales del derecho que reciben dicho encargo, saben cumplirlo con la consagración y responsabilidad necesarias. Abandonan al procesado en forma tal que llegan al extremo de descuidar por completo la etapa sumarial, al no solicitar

"La intervención se proyecta en una serie de derechos inalterables del imputado cuyo ejercicio debe permitirse en todas las etapas y momentos del proceso, cualquiera fuere la estructura procesal de este. En el sistema mixto comúnmente seguido por los códigos procesales penales americanos, el principio capta también, en consecuencia, el período de la instrucción, y debe dársele entrada aun en la investigación preliminar, aun cuando esté a cargo del Ministerio Fiscal o de la Policía".

²² GUARNIERI, ob. cit., pág. 340.

pruebas ni controvertirlas, no conainterrogar testigos de cargo, no interponer recursos por no cumplir la obligación legal de tener que sustentarlos, no presentar alegatos previos a la calificación del sumario, no entrevistarse con el detenido para la orientación de su defensa. Todo este descuido e indolencia se hace todavía más notorio en los debates públicos, cuando deja advertir el conocimiento superficial de la causa, la pobreza desesperante de sus argumentos, la endeble estructura de su dialéctica, la poca fuerza de su raciocinio, la falta de donosura en la palabra, la brusquedad de sus ademanes o inelegancia de sus gestos.

Dejar condenar a un hombre porque en su defensa se descuidaron todos los medios lícitos en su favor, tendrá que ser un violento reproche de la propia conciencia que atormentará de por vida. De quienes llevan esa terrible culpa moral en el ejercicio de su profesión no podría ciertamente decirse lo que un magistrado le replicó a quien le hablara de lo enojoso de su oficio de administrar justicia: "Si conociéseis el Palacio, no hablaríais así; contamos con libros vivientes, que son los abogados; trabajan por nosotros y se encargan de ilustrarnos". Lo recuerda MONTESQUIEU en sus *Cartas Persas*.

Bien se puede afirmar entonces que sin la consagración esmerada y diligente del defensor de oficio dentro del proceso penal, el juicio que se adelante y finalice en dichas condiciones adolecería de vicios tan graves que podrían afectar su misma legalidad, el principio del debido proceso con su gemelo el derecho de defensa. El no cumplir con el suficiente decoro profesional aquella función, constituye no solo un acto de reprochable deslealtad con el procesado, sino también la más flagrante violación a las reglas deontológicas sobre el ejercicio de la profesión, lo mismo que una grave falta contra la administración de justicia. Por eso ningún juez podría sentirse tranquilo condenando a un reo si percibiere que la defensa de este estuvo colmada de vacíos, signada por la mediocridad y la insuficiencia, asumida con irresponsable ligereza y superficialidad en los planteamientos de carácter probatorio y jurídico.

Consiente entonces el legislador de tan anómala y precaria situación que se presenta para garantizar ese derecho a quienes carecen de recursos económicos, instituyó la defensoría pública en los siguientes términos: "Art. 131.—El servicio de defensoría pública bajo la dirección y organización del Ministerio de Justicia, se prestará en favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer su propia defensa".

Como consecuencia de la anterior disposición, el gobierno dictó el decreto 0053 del 13 de enero de 1987, por medio del cual estableció que dicha defensa haría las veces de la práctica o servicio profesional de que tratan los artículos relativos a la obtención del título de abogado. Creó además en el Ministerio de Justicia la División de Defensoría Pública de Oficio, con oficinas seccionales en cada capital de departamento, intendencia y comisaría con las atribuciones de organización, funcionamiento y reglamentación del servicio de defensoría pública en todo el país, lo mismo que la dirección y coordinación de las oficinas seccionales de defensoría pública. Por lo demás, como se trata de vincular también a este programa a los abogados titulados en ejercicio, con honorarios sufragados por el Estado, se provee

a que en el presupuesto del Ministerio de Justicia se incluyan las partidas necesarias para atender este servicio del Estado²³.

Faltando la reglamentación definitiva, todo esto nos tiene que hacer pensar que la causa del pobre, que el proceso de quien no tuvo recursos para pagar un defensor de confianza, merece la misma atención y responsabilidad que si fuera la defensa de un rico. Los desprotegidos de la fortuna que un día desgraciado cayeron en las redes del Código Penal, no pueden ser abandonados ni por el Estado ni por los profesionales del derecho. Todos se merecen una seria y adecuada defensa técnica, para que en las decisiones de la justicia no quede el tremendo interrogante de haberse condenado a un inocente. Lo que recuerda la hermosa consigna de CALAMANDREI: "Si el acusado pobre y oscuro encuentra a su lado, aun en los procesos más reñidos y peligrosos, al defensor que fraternalmente le asista, ello significa que en el corazón de los abogados no se alberga solamente la codicia de dinero y la sed de gloria, sino también, y a menudo, la cristiana caridad que obliga a no dejar al inocente solo con su dolor ni al culpable a solas con su vergüenza"²⁴.

Es que defender a un hombre acusado de un delito, así sea el más abominable, sea inocente o culpable, representa tanto un serio compromiso con la inteligencia como un severo mandato ético que obliga a la conciencia honesta de todo abogado. Llevar esa altísima dignidad dentro de una causa penal, es estar investido de una de las más grandes y honoríficas responsabilidades que la ley le impone a un profesional del derecho.

Cuando todo el aparato estatal se pone en funcionamiento contra quien se considera como real o probable autor o participe de un delito, con sus organismos secretos, el ministerio público, sus jueces, sus peritos y sus diversas ramificaciones de la ciencia criminalística, el único consuelo y la esperanza del acusado no está sino en la palabra escrita o hablada de su defensor, la que será más dignificadora de la causa, si al mismo tiempo el abogado reúne las virtudes y rehúye los vicios que anotara ALFREDO VÉLEZ MARICONDE:

"De aquí surge la noble figura del defensor, que debe ser considerado como un verdadero cooperador de la justicia, una luz de honesta verdad, un sostenedor del derecho. Desnaturalizaría él su alto oficio, si entendiendo mal el concepto de razonable resistencia de la acusación, realizara una oposición obstinada a la administración de justicia, y considerara a la suya como una función destinada a anodadar la obra de los órganos de aquella, o una especie de energía rebelde dirigida al

²³ En el *Fuero Juzgo* y en la *Nueva Recopilación* (ley III, tít. 23, lib. 5) se faculta a los jueces para premiar a los profesores de Derecho y abogados del Foro, a fin de que destinasen parte de sus horas de trabajo diario, en la defensa de los pobres y desvalidos, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, dispone que los abogados a quienes correspondía la defensa de pobres, no podrán excusarse de ella, sin motivo personal y justo que calificarán, según su prudente arbitrio, los Decanos de los Colegios donde los hubiese o en su defecto, el juez o tribunal en que hubieren de desempeñar su cometido. (Referencias a la legislación española, en GONZÁLEZ BUSTAMANTE, ob. cit., pág. 141).

²⁴ CALAMANDREI, *Elogio de los jueces*, trad. de Eduardo J. Couture, Buenos Aires, E.J.E.A., 1956, pág. 373.

fin de sustraer a los culpables de la sanción que merecen. Solo una perversión de tal especie puede llevar a sustituir deplorablemente la cultura superior —que hace atendible y respetable a la honesta habilidad que corrige deficiencias ajenas y dirige mejor la investigación— la severa y parsimoniosa elocuencia que persuade y la pureza de los métodos que confortan, con una lamentable ignorancia, con una constante actitud de insustancial arrogancia, y lo peor, con una especie de complicidad moral con los clientes culpables, la cual arrastra al uso de todo medio de insidia y de violencia, cuando aún, por desgracia, no se envilece delictuosamente hasta influir con fraude sobre los instrumentos de la prueba”²⁵.

6. INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA

Ni el Estado por medio de sus leyes, ni el juez al aplicarlas, ni los abogados con mandato de defensores en las causas penales pueden vulnerar el derecho de defensa, porque si así ocurriera no podría estar muy segura la justicia en sus fallos, principalmente cuando priva de la libertad a una persona o la condena. El derecho a la defensa es una de las grandes conquistas de la cultura jurídica de los pueblos, considerándose hoy como un verdadero principio de orden público, por lo cual ni el mismo procesado puede renunciar a ella, ya que por pertenecer al cuerpo social, existe un interés comunitario en la seguridad jurídica de la absolución del inocente o de la condena del culpable.

Por eso la inviolabilidad de la defensa debe estar plenamente garantizada desde el principio, protegida eficazmente aun antes de la indagatoria, cuando, por ejemplo, con la presencia del capturado hubiere necesidad de practicar una diligencia de reconocimiento en fila de personas. De esta prueba puede depender todo el fundamento de una ulterior declaración de responsabilidad o de inocencia. Con razón decía CARRARA: “Pero si el derecho de defensa ha sido reconocido ya como sagrado y como perteneciente al orden público, no puede haber distinción de *tiempo*, pues desde el primer momento en que la justicia pone la mano sobre un ciudadano, so pretexto de que es culpable de algún delito, cuyo castigo pretende hacer caer sobre él, desde ese momento el imputado tiene derecho a que se le abran las vías útiles de la defensa, pues también esos comienzos van contra su derecho individual, que tiene razón de defender, y le producen grandes molestias y a veces daños irreparables”²⁶. De allí los atentatorios que resultan contra este derecho algunos restos de sistemas inquisitivos en que se prohíbe al abogado toda gestión defensiva en determinadas instancias, como la que corre ante la policía judicial en la etapa preliminar, según algunas legislaciones.

Sin ser esta la oportunidad para el análisis de las nulidades generales por la violación del derecho a la defensa, conviene al menos hacer alguna referencia a

²⁵ Cita de JESÚS MARÍA MANZANEDA MEJÍA, *El procesado en el sistema penal venezolano*, Caracas, Tipografía Principios, 1980, pág. 301.

²⁶ CARRARA, ob. cit., vol. II, pág. 462.

la que dice relación concreta al comportamiento del defensor, ya que, como lo decía CONDERELLI, “donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad”²⁷. Desde luego que este aspecto debe ser apreciado según sea el momento y la etapa procesal en que la defensa esté ausente de sus obligaciones o notoriamente menguada en perjuicio notorio de los intereses del procesado. En la fase de la instrucción, por ejemplo, casi nunca se presentan estas nulidades por falta de intervención del defensor, bien por ausencia de iniciativa para controvertir la prueba de cargo, hacer contrainterrogatorios de testigos, pedir pruebas, solicitar la excarcelación, interponer recursos, etc. Esto podría acusar una grave irresponsabilidad de su parte, merecedora de un llamado de atención por parte del juez e inclusive dar lugar a sanciones disciplinarias. Pero si fue que no se designó defensor para esta etapa procesal o que el designado no intervino en las diligencias en que necesariamente debía estar presente, allí sí se estaría violando el derecho a la defensa, lo que podría afectar toda la actuación procesal, no así en los otros casos en que la nulidad recaería exclusivamente sobre la diligencia cumplida sin el lleno de las formalidades esenciales, en cuyo caso el juez la desestimaría con la objeción de inexistencia del acto procesal.

En cambio, en la etapa de juzgamiento y más concretamente en el debate de la audiencia pública, si se garantiza plenamente el derecho de defensa, ya que aquella no se puede llevar a cabo sin la presencia e intervención del defensor. Por lo que hace a este, una de las nulidades que él mismo puede originar es cuando su intervención aparece a todas luces huérfana de argumentos, cuando desaprovecha negligentemente las pruebas existentes en favor del procesado, cuando ante la gravedad de la causa, la prolija acusación del ministerio público o de una eventual parte civil, resulte tan breve e insustancial su actuación que deje la sensación general de que no hubo defensa adecuada de su parte, o cuando expresa o implícitamente esté admitiendo la plena responsabilidad de su defendido.

Sobre este particular, los juristas JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT han conceptualizado: “La alta corporación de justicia en reiteradas oportunidades ha deslindado plenamente esta problemática. Las nulidades por quebrantamiento del derecho a la defensa no se reducen a la falta de asistencia técnica del imputado, porque repetimos, esta es apenas una de las tantas manifestaciones del derecho de defensa. La nulidad por *falta de asistencia técnica obedece a una dinámica especial* y está subordinada a unos supuestos especiales. V. gr. comprobación de que el abogado de confianza actuó negligentemente, demostración de que la defensa había debido plantear una estrategia diferente (recursos, alegatos, pruebas, etc.)”²⁸.

²⁷ Cita de EDILBERTO SOLÍS ESCOBAR, “Nulidad e inexistencia”, en *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Medellín, Edit. L. Vieco y Cía Ltda., 1987, pág. 146.

²⁸ JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, Bogotá, Publicaciones Universidad del Externado de Colombia, 1987, pág. 261. Lo que no podemos compartir es la nulidad de las sentencias absolutorias con el argumento de la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia (cfr. SOLÍS ESCOBAR, ob. cit., pág. 147).

La casuística podría ser muy prolija, como lo demuestra la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales superiores del país.

7. INCOMPATIBILIDAD DE LA DEFENSA

Es de simple ética profesional el que un abogado no pueda representar judicialmente a varios procesados cuando entre estos existieren intereses encontrados e incompatibles. Y nadie mejor que el mismo defensor para saber si en un momento dado puede surgir para él alguna incompatibilidad al respecto. Los acusados puede que no estén en condiciones de advertir lo mismo, bien por su ignorancia sobre las prohibiciones de la ley en dicha materia, o por desconocer el acervo probatorio del proceso. Debe entonces el defensor, cuando sea esa la situación, renunciar al poder o poderes que le significaren la defensa de intereses encontrados e incompatibles.

Pero si el defensor no tomare la iniciativa de renunciar al poder o poderes recibidos en aquellas circunstancias, el juez o magistrado, oficiosamente, deberá declarar esa incompatibilidad, lo que se hará mediante auto que no admite ningún recurso, el cual se les notificará tanto a los procesados como a su defensor. Esta notificación busca el que dichas personas por su propia cuenta resuelvan el problema presentado, dándoles así la oportunidad para hacerlo en la forma más conveniente a los intereses de los procesados.

Si a pesar de la notificación se guardare silencio por parte de los notificados, la irregularidad subsistente la subsanará el respectivo funcionario proveyendo "a que cada uno de los procesados tenga su propio defensor, dejando a quien venía ejerciendo el cargo la facultad de elegir a quien quiera seguir representando; pero en caso de no hacerlo, lo hará el juez y se compulsarán copias para las investigaciones a que haya lugar. Si los demás procesados no designaren defensor, el juez lo hará de oficio" (C. de P. P., art. 134)²⁹. En el fondo, la norma apunta a garantizar plenamente el derecho de defensa, el cual podría resultar menguado y limitado por el forzado equilibrio conceptual a que ante las pruebas del proceso se pudiere encontrar abocado el defensor.

8. DEFENSOR PRINCIPAL Y SUPLENTE

Razones de diverso orden pueden impedirle a un defensor hacerse presente en las distintas etapas del proceso, bien para solicitar la práctica de pruebas, intervenir en la recepción de las mismas, interponer recursos y sustentarlos, asistir a la audiencia pública, presentar memoriales previos a la calificación del sumario, solicitar excarcelaciones, etc. Puede ocurrir que simultáneamente tenga que hacer lo mismo en otro u otros procesos, o que dada la complejidad del que atiende, tengan que llevarse a cabo diligencias fuera de su sede y de la misma del juez titular de

²⁹ Cfr. CARRARA, ob. cit., vol. II, págs. 467 y 468.

la instrucción. Ante esas eventualidades y también para garantizar eficazmente el derecho de defensa, la ley provee de la siguiente manera:

"El procesado tiene derecho a designar un defensor principal, y este a nombrar un suplente bajo su responsabilidad, quienes se posesionarán inmediatamente y a partir de este momento podrán intervenir dentro del proceso de una manera alternativa, sin ninguna formalidad" (C. de P. P., art. 135).

Esta disposición, a nuestro juicio, carece de cierta lógica, porque no se entiende la razón para que no pueda ser el mismo procesado quien designe al defensor suplente, ni por qué este tenga que posesionarse simultáneamente con el defensor principal, lo que podría dar a entender que dicha designación no pudiera hacerse en un momento posterior. No encontramos ningún motivo valedero para que el mismo procesado no pueda nombrar al defensor suplente, ni para que este pueda ser designado por el defensor principal en cualquiera otra etapa del proceso distinta de la en que él ha tomado posesión. No se habría llegado a estas incongruencias si no se hubiera modificado en el sentido ya visto, el artículo aprobado por la Comisión Redactora en virtud de ponencia presentada por nosotros y que decía: "*Defensor principal y suplente*. Todo procesado tiene derecho a nombrar un defensor principal y uno suplente, quienes se posesionarán inmediatamente y a partir de ese momento podrán intervenir dentro del proceso de una manera alternativa, sin ninguna otra formalidad"³⁰. Y para que esta idea guardara armonía con las observaciones hechas antes, en nuestra ponencia habíamos agregado este otro artículo: "*Defensor suplente*. Cuando desde un principio no se hubiere designado defensor sustituto, el defensor nombrado por el procesado tiene la facultad de designar un suplente provisional para que lo reemplace en algunas diligencias a las que por impedimento personal no pudiere asistir".

Dice la segunda parte del art. 135 antes transcrito que, "cuando una investigación estuviere siendo adelantada simultáneamente por varios jueces, el procesado tendrá derecho a nombrar un defensor ante cada uno de los funcionarios. De no hacerlo, se le nombrará de oficio". Esto en virtud de que el nuevo procedimiento permite que puedan varios jueces estar al frente de una sola investigación. Una medida de gran conveniencia para la administración de justicia, ya que no infrecuentemente se presentan hechos delictivos cuyas ramificaciones probatorias pueden estar en distintas jurisdicciones. En este caso el juez titular de la instrucción no podría cumplir dicho cometido dentro de los términos legales, lo que traería quebrantos a una eficaz investigación. En todo caso, ante cada uno de los jueces que fuere necesario designar, el procesado tiene el derecho a un defensor, fundamentalmente para el control de las pruebas que se vayan a practicar, ya que otras funciones quedan en cabeza del defensor principal o del suplente, según el caso.

9. FISCALIZACIÓN JUDICIAL DEL DEFENSOR

Misión esencial de la justicia penal debe ser la de que la defensa técnica que se ejerce dentro del proceso se cumpla de una manera satisfactoria. El abogado

³⁰ Proyecto de Código de Procedimiento Penal, Bogotá, Imprenta Nacional, 1986, art. 145, pág. 54.

que asuma dicha responsabilidad debe tener plena conciencia de que el cargo para el cual ha sido designado por el procesado o por el juez, implica un serio compromiso profesional. Su ausencia en la recepción de una prueba, la omisión de interponer un recurso, el no presentar oportunamente un memorial, su pasividad en la solicitud de pruebas y otras negligencias más de su parte, pueden llegar a ser los factores de una pena injusta.

Esa lealtad a la que está obligado con su defendido, significa para el abogado no cejar un solo instante en el cuidado de la causa. Que si esta se pierde, al menos no quede en su conciencia algún reproche por lo que se debió hacer y no se hizo. Desde luego que no solo por omisión sino también por acción se puede frustrar la defensa del acusado cuando a la misma se le da una orientación equivocada y contraproducente, como cuando imprudentemente se solicitan pruebas que terminan siendo perjudiciales al acusado, o cuando contra toda evidencia se niega la autoría material en el hecho punible, habiendo sido lo más aconsejable aceptarlo pero con el reconocimiento de una causal de justificación, de inculpabilidad o una atenuante, de existir mérito probatorio para ello³¹. En fin, los ejemplos de una equivocada táctica defensiva se podrían multiplicar, pero de ellos son testigos de excepción los mismos funcionarios que han podido advertir las deficiencias de los defensores, bien por las limitaciones de sus conocimientos, por la indolente actuación procesal y la superficialidad de sus intervenciones.

No es por fortuna una crítica que se pudiera generalizar, sino que son apenas las excepciones para las cuales quiso la ley una severa fiscalización del mismo juez de la causa, según este inciso del art. 138 del C. de P. P.: "El defensor designado de oficio, o que hubiera aceptado el nombramiento hecho por el procesado, que sin justa causa no cumpla con los deberes que el cargo le impone, será requerido por el juez para que lo ejerza o lo desempeñe, conminándolo con multa hasta de dos salarios mensuales mínimos, que impondrá el juez cada vez que haya renuencia, sin perjuicio de las otras sanciones establecidas en la ley".

Como es apenas obvio, es solo el comportamiento pasivo del defensor lo que puede dar lugar a las reconvenciones y sanciones por parte del juez. Es su inactividad la conducta reprobable, ya que es inimaginable un proceso penal en donde el abogado no tenga que desplegar alguna actividad. Ya si el defensor incurre en errores que pueden perjudicar los intereses que representa, es asunto en el cual no puede inmiscuirse el funcionario, quien tampoco podrá aprovecharse de esas situaciones si con ellas se puede cometer una injusticia contra el reo. En síntesis, el celo y la pasión del defensor por saber corresponder a la confianza que en él ha depositado la justicia al investirlo de la sagrada misión de defender a un hombre muchas veces inocente del delito imputado, debe ser tal que le permita hacer suyas las palabras de un defensor íntegro como lo fue el francés JACQUES ISORNI:

³¹ ALTAVILLA, ob. cit., vol. II, pág. 995: "... Pues a menudo demuestra más habilidad quien acepta la materialidad del hecho y trata de explicarlo o justificarlo, que quien lo niega, pues este, si no logra persuadir al juez, queda por completo indefenso, ya que ni siquiera está en capacidad de aducir un motivo de atenuación".

"Durante años he tenido la pasión de la defensa. Conocí en las salas horas conmovedoras, otras dolorosas y nobles; conocí junto a muchas pequeñeces miserables, la grandeza de los conflictos de justicia; conocí el dramatismo tanto como pueda conocerlo un abogado. He lamentado con todas las fibras de mi alma los destinos que no supe modificar. Realmente, he amado con mi alma a mi trabajo, y padecido por él, sin haber temido nunca sino el no estar a la altura de lo que se esperaba de mí"³².

³² JACQUES ISORNI, *Los casos de conciencia del abogado*, Barcelona, Gráficas Sagitario, 1967, pág. 316; ALTAVILLA, en ob. cit., pág. 991: "Es más fácil encontrar un médico escéptico e indiferente a la cabecera de un moribundo, que un abogado tranquilo en espera de una decisión importante, y esto prescindiendo de toda esperanza de lucro. Aun después de un largo ejercicio profesional puede tenerse la impresión de que en algunas causas se está decidiendo la propia suerte, más que la de aquel que hasta hace poco tiempo antes era un desconocido. Y esta identificación no solo enciende la pasión por el propio ministerio, sino que nutre un sentido hierático del propio deber...".

Sobre el grado jurisdiccional de la consulta *

Dr. Juan Guillermo Jaramillo Díaz
Profesor de la Fac. de Derecho de la U.P.B.
Juez Superior de Medellín

“Vivimos en el feliz e improvisado mundo de los cambios legislativos” [J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ].

Llaman poderosamente la atención al menos dos de las necesidades esbozadas por el senador FEDERICO ESTRADA VÉLEZ al exponer ante el Congreso Nacional el 25 de julio de 1984 los motivos que justifican el otorgamiento de facultades extraordinarias al gobierno central para la elaboración y vigencia de un nuevo Código de Procedimiento Penal¹: un estatuto moderno y la adopción de una estructura procedimental novedosa y audaz que implique al menos el ejercicio separado de las potestades investigativa y de juzgamiento. Parecería entonces que la idiosincrasia y tradición jurídica de manejar un esquema mixto con tendencia al inquisitivo fuera a desaparecer para bien de la justicia. Sin embargo, sucedió todo lo contrario porque ese añejo y nocivo

* Conferencia pronunciada el 16 de septiembre de 1988 en la ciudad de Manizales, en el Curso organizado por el Colegio de Abogados Penalistas de Caldas.

¹ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, “Exposición de Motivos” en *Revista Tribuna Penal*, núm. 3, Medellín, Edit. Lealón, 1985, págs. 38 y 39.

modelo se mantuvo con franqueza en lo que hace a la competencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, tribunales superiores de distrito judicial y jueces especializados, de orden público y penales o promiscuos municipales; incluso, recientemente en cuanto a parte de la competencia de los jueces penales o promiscuos de circuito (decreto 1582 del 4 de agosto de 1988). Y con mera apariencia de acusatorio, en lo que a su tendencia dice, respecto de la cuota de jurisdicción a cargo de los jueces superiores y penales o promiscuos de circuito.

Pero no es ese el único motivo de angustia y queja, porque hay otro tan sentido como aquel, que consiste en que la preparación de los códigos se encarga a importantes juristas que se agrupan en comisión. Y como no es esa la única, entre todas las que se conforman con diversos integrantes obviamente, la identidad ideológica termina por escabullirse. Esta manida costumbre se agrava peligrosamente con el establecimiento de una comisión más, la "revisora", a cuyos miembros se debe hoy, en lo que hace al Código de Procedimiento Penal, la subsistencia del grado jurisdiccional de la consulta con infortunadas consecuencias en materias de "competencia" y "procedencia", precisamente los dos aspectos que me propongo abordar.

1. COMPETENCIA

a) Con la civilidad de los pueblos y el abandono de la justicia de propia mano surge la necesidad de un proceso penal que materialice el ejercicio disciplinado de la potestad jurisdiccional a cargo del Estado y los anhelos de "justicia", "certeza" y "seguridad" de parte de la colectividad, todo lo cual se logra si de veras se tiene establecido un legal o debido proceso jurisdiccional penal, en nuestro caso de ascendencia y rango constitucional, integrado por la preexistencia de la ley, del juez competente independiente e imparcial, de las formalidades propias del juicio y de la garantía de defensa, modelo este que no consulta la insuficiente norma rectora consagrada en el texto primero del decreto 050 de 1987, pero cuya inteligencia debe ser así a tono con el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, celebrado en esa ciudad el 22 de noviembre de 1969, integrados al derecho positivo patrio por virtud de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente.

Del segundo de estos elementos surge la idea del juez natural o constitucional, que no debe afirmarse en el proceso únicamente por la creación legal del cargo, la designación y posesión válidas, sino, además, por la competencia que la ley le atribuye de manera expresa e inequívoca. Solo así se concreta y predetermina el órgano encargado de dispensar en la medida diseñada la jurisdicción, lo cual obviamente se traduce en garantía de justicia. De ahí que la presencia del "juez natural competente" constituye, a no dudarlo, uno de los presupuestos procesales o condi-

ciones necesarias a la validez del proceso, fundamento de la afirmación que expone el tratadista argentino JORGE CLARÍA OLMEDO en cuanto que "si el juez no es competente, le está vedado por la ley ejercer la jurisdicción en esa causa determinada"², y también fundamento de la afirmación que hace el distinguido magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, sobre que "Los ciudadanos tienen el derecho de saber de antemano las normas que indican los funcionarios competentes y los factores de señalamiento de la competencia" (auto del 19 de septiembre de 1987).

"Los jueces naturales, dice la jurisprudencia argentina, no son otros que aquellos a quienes las leyes orgánicas y atributivas de la competencia les confiere el poder de juzgar los casos comprendidos en esas mismas leyes"³. De suerte que el órgano jurisdiccional que carece de competencia, carece entonces de aptitud en específico.

b) La doble instancia, norma rectora consagrada en el canon 15 del decreto 050 de 1987, se logra por vía de los recursos y por el grado jurisdiccional de la consulta. De cualquier manera y en armonía con la organización estructural del servicio público de la administración de justicia penal, se adquiere por parte del superior jerárquico la "competencia funcional".

Ahora bien, como la comisión redactora acordó abandonar ese grado jurisdiccional, y ciertamente lo hizo, al determinar la competencia funcional de la Honorable Corte Suprema de Justicia, tribunales superiores de distrito judicial y jueces superiores y penales o promiscuos de circuito, nada dispuso al respecto en los arts. 68, 69, 70 y 71; solo a través de fórmulas abiertas ("segunda instancia") o fórmulas precisas les atribuyó competencia para el conocimiento de los recursos ordinarios y extraordinarios.

Ocurre, sin embargo, que la comisión revisora optó por revivir el instituto procesal que se comenta; debiendo consultar entonces el contexto literal de los arts. 68, 69, 70 y 71 no lo hicieron, pero consagraron la consulta en el texto 209. Síguese, con fundamento en lo atrás reseñado, que insistiendo los revisores en el mantenimiento de ese grado jurisdiccional, olvidaron determinarle competencia para su conocimiento a la Honorable Corte Suprema de Justicia y los tribunales superiores de distrito judicial, razón por la cual tendría que concluirse que los magistrados integrantes de esas corporaciones no la ostentan. Ni siquiera con la fórmula abierta que empleó el legislador al comenzar la redacción del art. 69, ordinal primero, se supera el ostensible vacío en lo que respecta a los tribunales superiores de distrito, porque el conocimiento que les atribuye "en segunda instancia" acto seguido lo concreta exclusivamente a los recursos de apelación y de hecho. Y menos aún podría argumentarse que la cláusula general de competencia, propia y exclusiva de los

² JORGE CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, Ediar S.A. Editores, 1960, pág. 519.

³ JORGE EDUARDO VÁSQUEZ ROSSI, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1985, pág. 159.

jueces penales o promiscuos de circuito, llena el vacío; el absurdo se evidenciaría por el gravísimo rompimiento de la escala jerárquica saludablemente prevista en la prestación del servicio público de la administración de justicia. En efecto, de ser así, los titulares de esa cláusula se verían avocados a la revisión de la sentencia y los autos interlocutorios de cesación de proceso y libertad condicional que, de acuerdo con las exigencias del art. 210, ordinales primero y segundo, profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito judicial.

c) Si, entonces, la competencia prístinamente señalada por la ley constituye garantía de certeza y seguridad jurídicas, las normas que de ellas se ocupan son de interpretación restringida, lo cual a su vez implica, en la opinión del tratadista JORGE EDUARDO VÁSQUEZ ROSSI, "la prohibición de toda indebida extensión de los contenidos de las normas procesales fuera de su estricta significación; impide toda ampliación de lo comprendido por las palabras de la ley, ya sea por modificación conceptual, analógica o referencia a otros supuestos, aunque fueren similares"⁴.

Tanto significa competencia funcional la consulta como los recursos. Piénsese entonces en el siguiente caso, que tiene los mismos efectos ya reseñados en cuanto al vacío en materia de consulta: asumiendo que la cláusula general no fuese determinante de competencia y no empece al contenido de los arts. 72, inciso final, 73 y 467, inciso final, ¿qué sucedería si el art. 70 hubiere dejado por fuera del catálogo de ilicitudes que hace en el literal a) al "concierto para delinquir"? Los jueces superiores en este evento serían obviamente jueces naturales, pero jamás competentes para la iniciación, impulso y conclusión de la fase del juicio respecto de ese delito.

d) Desde luego que por el mantenimiento asistemático de la consulta y en procura de salvar el protuberante vacío que acepta expresamente, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia del 19 de septiembre de 1987, acude a la interpretación sistemática de las normas y afirma que el órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos de apelación y de hecho también lo son para conocer de la consulta por ser esta una especie de recurso oalzada automática, lo cual respetuosamente no comparto, porque ni tienen la misma naturaleza jurídica ni la pueden derivar del hecho de que esos recursos y el grado de jurisdicción tengan el mismo trámite según expreso mandato del inciso final del art. 535, específicamente en lo que respecta a la apelación.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, en su extraordinario estudio dogmático sobre los principios rectores de la nueva ley procesal, al analizar la norma rectora de la doble instancia, deja ver la natural diferencia entre esos institutos, así: "El postulado general de las dos instancias se desprende con toda claridad del nuevo estatuto; por ello se regulan, de un lado, los recursos ordinarios que se pueden interponer contra las providencias judiciales (arts. 195 y ss.) y, del otro, los recursos extraordinarios de casación (arts. 218 y ss.) y de revisión (arts. 231 y ss.); incluso se ha establecido, aunque de manera restringida, la consulta como grado de jurisdicción (art. 209)"⁵.

⁴ Ídem, pág. 174.

⁵ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 87.

e) La diferencia entre esos institutos llega a tal extremo, que en tanto que la consulta funciona *ope legis* respecto de la sentencia, la cesación de proceso y la libertad condicional en armonía con los parámetros penológicos establecidos en el canon 210, los recursos, que son actos procesales del exclusivo resorte de los sujetos procesales, podrán ser interpuestos en el tiempo y la forma prescrita por la ley instrumental. En fin, que la consulta, según la autorizada opinión de JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, miembros de la comisión redactora, "no es otra cosa que un mecanismo sustitutivo ante la inercia de las partes (sujetos procesales diría yo) para recurrir"⁶.

Entonces, no por mero capricho existe en la actualidad un proyecto de decreto "Por el cual se define la competencia funcional de los órganos de la justicia penal y se dictan otras disposiciones", en uso de las atribuciones que al gobierno central le confiere la ley 30 de 1987, en cuyos artículos pertinentes se lee: "Artículo sexto: El artículo 68 del Código de Procedimiento Penal quedará así: «Artículo 68: Competencia de la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conoce: ... 4º De los recursos de apelación y de hecho y de la consulta ...». En ese mismo sentido, el artículo noveno, ordinal primero, proyecta modificar el 69 en materia de conocimiento de las salas penales de decisión de los tribunales superiores de distrito judicial; el décimo del proyecto procura acabar con la consulta que actualmente procede ante jueces superiores utilizando el método de la no referencia expresa a esa competencia funcional; y, finalmente, el decimosegundo aspira modificar el 71 del Código en cuanto hace a la competencia de los jueces penales o promiscuos de circuito, así: «... a) En segunda instancia de los procesos penales que sean de conocimiento en primera instancia de los jueces municipales»".

f) Conclúyese, pues, que en Colombia actualmente son competentes para conocer del grado jurisdiccional de la consulta los jueces superiores y los penales o promiscuos de circuito, dada la fórmula abierta empleada por el legislador ("en segunda instancia"; arts. 70, ordinal 2º y 71, ordinal segundo) cuando expresamente les atribuye competencia funcional, razón por la cual no comparto el parecer del doctor RAFAEL GUSTAVO MURCIA BALLÉN, Fiscal Segundo del Tribunal de Bogotá, según el cual, "La competencia de los juzgados superiores y de los juzgados penales del circuito en lo atinente con la consulta, en armonía con los artículos 70 y 71 del N. C. de P. P., es vaga e imprecisa"⁷.

"Como coautores de ese código, escribió el doctor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, tenemos conciencia que adolece de muchas fallas, que hubo errores en la sistematización de sus normas, que presenta vacíos e incongruencias. Sobre muchas de esas deficiencias podrían darse ahora razones que las explicarían. Una de ellas fue la disparidad de criterios entre la comisión redactora del anterior gobierno

⁶ JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1987, pág. 204.

⁷ RAFAEL GUSTAVO MURCIA BALLÉN, "El nuevo Código de Procedimiento Penal frente a la consulta", en *Revista Derecho Colombiano*, Bogotá, 1988, pág. 207.

y la revisora del actual, viniéndose a producir por ello un Código desarmónico en algunos aspectos, contradictorios en su filosofía, inconsecuente en ciertas instituciones. Unos pocos ejemplos servirían para evidenciar esa afirmación. Y vale la pena citarlos porque han sido precisamente los que más controversias han despertado, los que más críticas han levantado en todos los foros, de los que más se han ocupado los estudios hechos hasta ahora, los de mayor polémica en los medios de comunicación, pero que ninguno de los cuales fue obra de la comisión redactora. Son ellos: ... a) Como consecuencia lógica de haberse suprimido por la comisión redactora el grado de jurisdicción denominado de consulta, esta competencia no se le atribuyó a ningún juez o corporación. Sin embargo, la comisión revisora sí incluyó la consulta en el nuevo Estatuto, pero no cayó en la cuenta que su competencia había que atribuírsela a los jueces del circuito, superiores, tribunales y Corte Suprema de Justicia”⁸.

2. PROCEDENCIA

De conformidad con el contenido de los arts. 70, ordinal segundo; 71, ordinal segundo; 209 y 210 del C. de P. P., los jueces superiores y penales o promiscuos de circuito, según fuere el caso, conocen, por competencia funcional, y en específico de la consulta de la sentencia y los autos de cesación de proceso y libertad condicional que en primera instancia profieran los jueces penales o promiscuos municipales con las limitaciones penológicas previstas en los dos únicos numerales del referido texto 210. Consulta que además se verá enervada si tales providencias se notifican personalmente al procesado o su defensor, o si, incluso no obrándose aquello, hubiere en el proceso reconocimiento de parte civil.

Importa recordar que esos actos procesales de decisión del exclusivo resorte del juez natural competente se deben notificar personalmente al procesado o condenado privado de la libertad (art. 176) bien como lo dispone el art. 178 o a la manera del 183. De igual forma cuando no lo estuviere y concurre a la secretaría dentro de los tres días siguientes a la fecha de la efectiva y eficaz citación (art. 167); o cuando voluntariamente se presente antes de la expedición de la cita, lógicamente si se tratare de sentencia o auto de cesación de proceso. Y al defensor se le notificará personalmente la sentencia si concurre a la secretaría dentro de los dos días siguientes a aquel en que fue expedida (art. 179, inciso tercero) o si lo hace a más tardar al día siguiente a la fecha del pronunciamiento que toca con la cesación de proceso o libertad condicional (arts. 179, incisos 1º y 2º del C. de P. P. y 321, inciso 1 del C. de P. C.).

Si el art. 210 en su inciso final hubiese sido construido solo hasta la expresión “al procesado o su defensor”, habría una conjunción disyuntiva compuesta por dos elementos: el procesado el primero y el defensor el segundo. Y como “O”

disyuntiva que es, y no copulativa como luego se verá, la notificación personal a cualquiera de ellos impide la consulta. Pero la redacción de la norma comporta una conjunción ampliada, compuesta por el primer elemento “procesado o defensor” y el segundo “o haya parte civil reconocida”. Trátase igualmente de una “O” disyuntiva que tiene estos alcances: la notificación personal al procesado o su defensor por sí enerva toda posibilidad de consulta; habiendo parte civil reconocida, notifíquese o no personalmente al procesado o su defensor, no es procedente.

Así las cosas, los factores que inhiben la consulta son, cierta y definitivamente, *alternativos* y no *acumulativos*. El diccionario de la Real Academia de la Lengua enseña que las conjunciones se dividen, entre otras, en “*Copulativa*: la que como y, que, junta y enlaza simplemente una cosa con otra... *Disyuntiva*: la que, como O, denota separación, diferencia o alternativa entre dos o más personas, cosas, ideas”⁹. “O: (del latín *aut*). Conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas, ideas”¹⁰.

Repárese en los siguientes ejemplos: 1) El alumno Diego debe traer al taller colores blanco o negro. 2) El alumno Pedro debe traer al taller colores blanco y negro. En el primero la idea que llega al pensamiento es la de escogencia entre los colores blanco y negro; cualquiera de ellos, según selección que haga Diego. El segundo implica una acumulación, o sea la exigencia de los colores blanco y negro. Diego debe llegar al taller con uno de esos dos colores; Pedro debe hacerlo, irremediablemente, con los dos.

Si, pues, el legislador hubiese querido exigir factores acumulativos, habría tenido que construir la norma con sujeción a la siguiente lógica gramatical: “Cuando la providencia ha sido notificada personalmente al procesado o su defensor y cuando haya parte civil reconocida”. En cuyo caso la notificación personal al procesado o su defensor, *per se*, no enervaría la consulta, pues quedaría un aspecto más por considerar, referente al reconocimiento o no de la parte civil; en caso afirmativo no procede el instituto; en caso negativo, sí. Es porque precisamente la ‘Y’ significa conjunción copulativa, en tanto que la ‘O’ refiere a la disyunción. Al punto deben recordarse estos conceptos, traídos por el citado diccionario: “*Disyunción*: acción y efecto de separar y desunir”; “*Disyuntiva*: alternativa entre dos cosas, por una de las cuales hay que optar”¹¹. “*Copular*: juntar o unir una cosa con otra”; “*Copulativa*: que ata, liga, junta una cosa con otra”¹².

Ahora bien, en lo que sí hay acuerdo en la doctrina, e incluso entre los integrantes de las comisiones preparadora y revisora es en que, a pesar del mantenimiento de la consulta, se quiso inhibir en los eventos dichos en razón a la oportunidad clarísima de impugnar el procesado o defensor que personalmente conocieron el contenido de la providencia que pueden estimar desfavorable; lo propio el abogado representante de la parte civil que, como es apenas natural, también debe estar atento a las incidencias y resultancias del proceso. Esa manera de enervar la consulta

⁹ Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Edit. Espasa-Calpe, 1970, pág. 344.

¹⁰ Ídem, pág. 930.

¹¹ Íbidem, pág. 487.

¹² Íbidem, pág. 359.

⁸ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, “El nuevo Código de Procedimiento Penal”, en *Revista Tribuna Penal*, núm. 5, Medellín, Edit. Lealón, 1987, pág. 6.

significa considerable descongestión de trabajo para el juez *ad quem*. Entonces, si ello es así, razón de más para entender que no hay consulta, bien porque se notificó la providencia personalmente al procesado o su defensor, o bien porque haya parte civil reconocida. El método de interpretación teleológico de la norma respalda esta aserción.

En cuanto a la conjunción "procesado o su defensor", la situación hasta entonces ha sido pacífica. Solo que me parece, respetuosamente, que no es conjunción *declarativa*, como se afirma por parte del Instituto Caro y Cuervo, según cita que hace el profesor AUGUSTO LOZANO DELGADO¹³, sino *disyuntiva*, dado que en verdad la conjunción nada explica o aclara entre el procesado o defensor, cuestión que sucedería, por ejemplo, cuando se dice "persona vinculada al proceso o procesado". La polémica se ha centrado en lo que respecta a la conjunción "o cuando haya parte civil reconocida". Sin embargo, estando esas conjunciones ubicadas en un mismo contexto espacial y en un párrafo que encierra un único sentido, extraña entonces que se les interprete de manera diferente: la primera como disyuntiva y la segunda como copulativa.

Los anteriores planteamientos me sirven entonces para disentir, cordial y respetuosamente, de la decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia del 18 de mayo de 1988, que reitera en parte la determinación del 10 de diciembre de 1987¹⁴. Por ejemplo, dice la Corte, si el fallo fuere absolutorio o auto de cesación de proceso, sin parte civil reconocida o estándolo, su representante judicial no recibió personal notificación, procede la consulta. Si así fuere, se estaría interpretando una conjunción copulativa en donde claramente se estampó una disyuntiva. Además de lo anterior, se estaría agregando una exigencia que no es de ley, sea decir, la notificación personal al apoderado de la parte civil, cuestión que también sucede cuando se afirma que la "sentencia absolutoria o condenatoria, en la cual no ha mediado la notificación personal al ministerio público, debe consultarse". En sentido similar se pronunció el destacado profesor antioqueño ÁLVARO VARGAS¹⁵, pero sin estimar lo referente al ministerio fiscal. Tanto la jurisprudencia como la doctrina citadas, me parece, tienen un subfondo de justicia porque, dicen, la sentencia absolutoria y la cesación de proceso despuntan desfavorables al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro que no se hallaba en condiciones de atacar debida y oportunamente. Si bien ello es cierto y el subfondo alentador, no puede empero olvidarse que cada miembro de la colectividad, sea quien fuere, puede servirse libre y voluntariamente de la potestad jurisdiccional que le brinda el Estado, su único titular, en cuanto estime lesionado un derecho suyo o sobre el cual tiene posesión o tenencia. Además, recuérdese que al ministerio público se le deben notificar

¹³ JORGE AUGUSTO LOZANO DELGADO, "Alguna reflexión sobre los casos de No-Consulta" en *Revista Derecho Penal y Criminología*, núms. 32-33, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1987, págs. 81 y ss.

¹⁴ *Extractos de jurisprudencia*, t. II, segundo trimestre de 1988, Bogotá, 1988, pág. 434.

¹⁵ ÁLVARO VARGAS, *Estructura básica del proceso penal colombiano*, Medellín, Colegas, 1987, pág. 96.

personalmente la sentencia y los autos de cesación de proceso y libertad condicional si el procesado o condenado estuviere privado de la libertad, o si no lo estuviere se le debe citar para tal efecto y él hacerse presente dentro de los tres días siguientes; en subsidio proceden las notificaciones por edicto y por estado, según el caso. Por consiguiente, si este sujeto procesal, que entre otras funciones sirve la representación de la sociedad (art. 122, ord. 1º) no comparte la decisión porque, por ejemplo, la estima lesionadora de los intereses del damnificado con el delito no asistido en el proceso, es su inmaculado deber impugnarla utilizando, claro está, tanto los recursos ordinarios como los extraordinarios.

Entonces, si una persona resuelve acudir al servicio público de la administración de justicia penal, le corresponde obviamente estar atenta a sus incidencias y resultados. Por cierto, en la actualidad se ha ampliado la cobertura del servicio y por ello hoy el "tercero incidental", a diferencia de lo que sucedía en el anterior Código, es un sujeto procesal con precisas facultades para ejercer dentro del proceso penal. De suerte que a más del ofrecimiento de ese servicio público sería extravagante casi que constreñir a cada quien en particular para que lo utilice o para que, haciéndolo, permanezca atento a su desarrollo y resultancias. Huelga anotar, finalmente, que no toda sentencia absolutoria o auto de cesación de proceso impide el ejercicio de la acción civil por fuera del ya concluido proceso jurisdiccional penal.

Las anteriores líneas, de tímido contenido, procuran tan solo promover el debate nacional. He ahí una de las virtudes de la democracia.

POLÍTICA CRIMINAL

Los procedimientos garantistas: Sobre todo un modelo oficial *

Dr. *Fernando Tocora López*
Magistrado del Tribunal Superior de Buga. Buga (Colombia)

Dentro del modelo politicocriminal Estado-autoritario, que hemos planteado como predominante en América Latina, se insertan también procedimientos garantistas como expresión de ese autoritarismo. Inserción por obra del modelo aplicado y no del modelo oficial que pretendió contestar el absolutismo penal del procedimiento inquisitorial.

Los códigos procesales latinoamericanos han seguido generalmente los lineamientos garantistas de corte liberal, cuya vigencia ha sido en gran parte simbólica. Vigencia nominal que se deriva no solamente de la distorsión que en la práctica puedan sufrir las normas procesales, en virtud de los intereses de poder que las puedan desviar de sus fines proclamados, sino también por la misma estructura constitucional, en la que el poder judicial carece de independencia y el ejecutivo usurpa gran parte de la función judicial. Esto último principalmente a través de la instancia policial y luego con la militar.

El modelo del proceso liberal que surge como reacción al inquisitorial, corresponde en principio a un proceso abierto, público, predominantemente oral y respetuoso de la dignidad humana. Hay un claro

* Este trabajo es uno de los diez capítulos de una investigación sobre política criminal en América Latina, realizada comparativamente con otras que se adelantan en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, bajo la coordinación de la profesora MIREILLE DELMAS-MARTY. La Fundación para la Educación Superior (FES) financió la fase final del estudio.

rechazo de los tormentos como método de investigación, de las penas crueles, del carácter secreto del proceso, etc. También se trató de una abolición de la justicia privada que tipificaran los señores feudales en relación con sus siervos y contra las ordalías y los llamados "Juicios de Dios". En América Latina tuvo curso también esa reacción frente a la Inquisición que prestaba su apoyo a la labor colonizadora y aculturizadora, y a la justicia privada que los hacendados administraban en sus latifundios. De allí que la divulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre fuera labor precursora en las luchas por la independencia. Esa declaración constituyó un faro orientador para los vientos de renovación que alentaban la revolución política.

Los principios garantistas de legalidad, derecho de defensa, igualdad ante la ley, presunción de inocencia, debido proceso, humanidad, etc., han formado parte de la legislación procesal e incluso de las Cartas constitucionales latinoamericanas. Y la tendencia ha sido la de incrementarlos con la inclusión de principios sobre la lealtad de las partes, cosa juzgada, contradicción probatoria, etc. La misma Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, de 1969, contiene el conjunto de principios juridicoprocesales que perfilan un modelo liberal, pero la realidad procesal latinoamericana no ha sido muy fiel a esos parámetros.

El derecho de defensa, por ejemplo, se ha visto seriamente disminuido, particularmente para los desposeídos, a quienes se les suele designar un abogado de oficio o de pobres, cuya actuación casi siempre es una parodia. La igualdad de las partes se desdibuja muchas veces en el cúmulo de influencias que obran sobre policías, jueces, funcionarios subalternos, peritos y auxiliares de la justicia. El poder económico puede propiciar, en ocasiones, transacciones entre ofensor y víctima, ventajas para quien no tiene la urgencia y el apremio de la necesidad. La actuación selectiva de los cuerpos policiales y el órgano judicial con respecto a la extracción socioeconómica de los involucrados en un hecho presunta o realmente delictuoso, ha atentado también contra el principio de igualdad. Así se van abriendo paso los medios ilegales de la coacción y la tortura que abonarán el terreno para el advenimiento de los procesos sumariales, cruentos y ocultos de los regímenes de seguridad nacional.

Pero una forma previa como se va perdiendo el sentido garantista del proceso penal, es la interpretación exegética que no ve más allá del texto literal de la norma. Ni siquiera ha sido una exégesis que busque la voluntad o el espíritu del legislador, sino que prefiere encerrarse en la interpretación formalista gramatical. Y cuando se ha acudido al espíritu del legislador, apoyado en el apotegma autoritario de su sabiduría, se ha hecho de manera dogmática, sin tener en cuenta los cambios que la realidad demanda permanentemente. Las garantías procesales se distorsionan de esa manera, convirtiéndolas en formalismos sin proyección, rituales legitimadores de una parodia judicial, *mise en scène* de una justicia burocrática y sin alma.

Dentro de esa perspectiva el derecho procesal pierde su carácter garantista, permaneciendo como un derecho secundario frente al derecho sustantivo, abriéndose con ello el camino del menosprecio por las formas procesales que permitirán luego el fraude y la violencia en los procesos. Los logros históricos alcanzados frente

al absolutismo, y particularmente frente al proceso inquisitorial, pierden un valioso espacio conquistado a alto precio. El modelo liberal del proceso, que pretende proteger al ciudadano de los desbordamientos del gobernante contra su libertad y su dignidad, termina siendo más una proclama romántica dieciochesca que una realidad política, particularmente para las clases subalternas de la sociedad, que son las que básicamente constituyen la clientela de los sistemas penales. Si a lo anterior agregamos la recurrencia a las legislaciones de excepción que hemos visto en el acápite constitucional, el idealismo del discurso se acrecienta.

El debido proceso o el principio de legalidad procesal

Este principio hace alusión a su legalidad. A que las formas y ritualidades del proceso hayan sido prefijadas por el legislador. A que el juez que presida el proceso sea el determinado previamente por la ley, y no uno cualquiera que a *posteriori* designe el Estado.

Este principio constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta un modelo liberal del Estado y de la política criminal. Es una garantía frente a la arbitrariedad judicial, que puede malograr los derechos consagrados en las leyes sustantivas penales o en los textos constitucionales. En las manipulaciones y distorsiones del proceso penal suelen naufragar los derechos sustantivos, bien del acusado, bien de la víctima o de la sociedad. El que un ciudadano no pueda controvertir la prueba que se presenta en su contra en el proceso o no pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa, tiene graves repercusiones para sus garantías constitucionales. De poco sirven estas estipulaciones sacralizantes si en la práctica el ciudadano sucumbe ante la arbitrariedad de los ritos que desconocen derechos fundamentales como la libertad, para cuya tutela la misma Constitución ha introducido recursos tan contundentes como el *habeas corpus*.

También se realza con este principio la sumisión del Estado a la ley (concepto de Estado de derecho), en cuanto obligación del Estado de perseguir todos y cada uno de los actos punibles. Este es uno de los elementos que más acentúan la diferencia entre el sistema procesal de los Estados Unidos y el de los países latinoamericanos. Mientras que en aquel país prevalece el principio de oportunidad, en América Latina el principio de legalidad impone básicamente la persecución penal de todas las transgresiones penales. Para el subcontinente americano el mundo del "bergaining" es ajeno y va en contravía de la filosofía de sus sistemas penales.

Sin embargo, existen mecanismos o situaciones que impiden que esa obligación persecutoria sea absoluta. Por ejemplo, en el caso de la exigencia de querrela, o en las facultades de archivo que conceden muchas legislaciones, se declina la pretensión penal. Esta es una tendencia que parece ir en aumento en vista de la congestión judicial, la que ha debilitado las tradicionales teorías sobre la intransigencia de la acción penal.

1. UN GRAN MITO DEL PROCESO: LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Este es un mito que ya hemos visto en el acápite del derecho penal. Es igualmente válido para el derecho procesal penal, o tanto más por su carácter de praxis; espacio donde se toman las decisiones que harán realidad una determinada concepción o hermenéutica del derecho.

Lo primero que entra a conspirar contra el debido proceso es la desigualdad de las partes. La red de influencias que gravitan en torno a los jueces, policías, funcionarios judiciales, peritos y auxiliares de justicia, que comienza incluso con su formación ideológica y profesional, atentan contra el principio liberal de la igualdad ante la ley, que termina siendo un mito en medio de una realidad de profundas desigualdades socioeconómicas como es la latinoamericana. Basta echar una ojeada a las poblaciones carcelarias de América Latina para darse cuenta de cuál es la clientela del sistema penal y del sistema contravencional: las clases desposeídas. Pero no se trata de que ellas ejerzan el monopolio de las infracciones penales y policivas, sino de que el sistema penal y contravencional ha obrado selectivamente. La oleada de delincuencia de "cuello blanco" que ha hecho eclosión en los últimos tiempos, a través de despliegues de prensa, no ciertamente de página roja, nos demuestra que ello es así.

2. EL DERECHO DE DEFENSA

Este derecho aparece como fundamental en la ejecución del debido proceso. De allí que todas las legislaciones establezcan que cuando el procesado no pueda o no nombre defensor, el juez le designará uno de oficio. Además se ordena que en lo posible el defensor sea un abogado titulado. Esto ya sucede en general, una vez que se han entrelazado los espacios geográficos y el número de egresados de las escuelas de Derecho lo ha permitido.

A) *La incomunicación: un túnel corto pero suficientemente oscuro.* Una gran deficiencia en el ejercicio del derecho de defensa reside en la oportunidad en que puede empezar a actuar el apoderado, generalmente desde la indagatoria. Si tenemos en cuenta el período que transcurre entre la captura y esa diligencia (puede ser desde 24 horas hasta varios días dependiendo de cada país) y las amplias facultades otorgadas a la policía, tendremos un túnel, espacio oscuro y siniestro donde humanidad y dignidad resultan muchas veces lesionadas. La incomunicación del capturado se sumará a conformar esta región inexpugnable en la que el Estado corta todos los hilos del ciudadano con su medio, dejándolo a merced de gendarmes y carceleros. Es un túnel corto pero suficientemente oscuro para ejercer la coacción y la tortura, para arrancar la confesión o propinar un castigo por la desviación, real o presunta. Se inaugura así un proceso con acusado disminuido e intimidado.

Aunque no se ejerza violencia ni coacción, las tinieblas de la incomunicación y el aire enrarecido de los calabozos policiales ablandarán el espíritu del reo.

Hay países donde el término de la incomunicación es alarmante. En Paraguay puede ser hasta de seis días (arts. 214 y 215); en Argentina hasta ocho días (art. 257); en Costa Rica y Chile (arts. 298 y 299) hasta 10 días. La investigación del IIDH* dice que en algunos países parece no haber término para el juez. Sin embargo, en algunos países —en ostensible minoría— está prohibida la incomunicación por disposición constitucional: Venezuela (art. 60, inc. 3°) y México (art. 20, inc. 2°).

Los argumentos tecnocráticos tendentes a sostener la incomunicación, referentes a la eficacia de la investigación, han perdido validez y han servido para el deslizamiento de prácticas inquisitoriales violatorias de los derechos humanos. He allí un elemento inequívoco de este modelo autoritario en el que el secreto y la tortura presidían los procesos.

B) *El mito piadoso de la defensa de oficio.* La institución de la defensa oficiosa o de pobres se ha convertido en una formalidad ajena a los fines del *favor defensionis*. Las grandes masas de desposeídos que se ven involucradas judicialmente, en razón de sus carencias ven aquí cerrado el círculo cuando se les asigna un letrado, cuya labor se reduce a un papel simbólico. Su participación muchas veces se limita a firmar las actas de diligencias en las que no participa.

No presentan ninguna petición, contradicción o impugnación probatoria. Con ello se patentiza una justicia clasista, en la que quienes tienen cómo sufragar su defensa corren una suerte distinta de la de quienes no pueden hacerlo.

Este mito de la defensa oficiosa, cuyo espíritu pío se queda en el acto de contricción, sin remediar la condición desventajosa del procesado carente de recursos, atenta no solamente contra el derecho de defensa, sino también contra el principio de igualdad de las partes.

3. EL JUEZ NATURAL

La institución del juez natural se encuentra dentro del concepto del debido proceso. Lo primero, en efecto, que define la legalidad del proceso, es la legitimidad del juez. Y esa legitimidad está dada por la "natural" competencia que la Constitución le ha asignado. La justicia debe ser impartida por sus órganos naturales, entendido este concepto con el criterio político de la Carta Fundamental, y en el sentido de independencia y preexistencia del órgano judicial. Esta institución corresponde no solamente a un desarrollo del principio de legalidad del proceso, sino también al principio de estructuración política liberal de la tripartición de poderes.

En América Latina generalmente se ha consagrado dicho principio en las constituciones nacionales. Sin embargo, la asignación de la función judicial a órganos extraños del cuerpo jurisdiccional, ha introducido graves fisuras en el modelo liberal. Así se han transferido competencias de juzgamiento a funcionarios de policía y a la justicia militar. Fenómeno de usurpación que altera el modelo de la tridivisión,

* Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

hipertrofiada por la concentración del poder en el ejecutivo, cuyo principal interés de estabilidad política determinará un ejercicio parcializado de la función judicial. Este es uno de los puntos claves en que el “deslizamiento” hacia modelos autoritarios y totalitarios de poder se produce. La justicia penal militar ha sido —particularmente en los decenios recientes— en América Latina un recurso para manipular la justicia por la subordinación de los jueces militares al ejecutivo, y específicamente a la institución militar, en la que las decisiones se imponen vertical y autoritariamente.

Igualmente sucede, aunque en menor grado, con los desplazamientos de la función judicial a los funcionarios de policía y a la policía misma como cuerpo armado.

Generalmente se encuentra en las constituciones latinoamericanas la expresión de los órganos competentes para administrar justicia. Y también suele hallarse referencia a la competencia de la justicia penal militar, limitada a las infracciones penales cometidas por los militares en servicio activo. Sin embargo, estas expresas disposiciones constitucionales han sido malogradas en muchos países, por vía jurisprudencial, cuando se ha tolerado esta distorsión de la Constitución mediante los estados de excepción convertidos en permanentes.

La consagración constitucional de la competencia judicial constituye un referente necesario no solamente para la estructura de un Estado democrático de derecho, sino también para interpretar el sentido del concepto “natural” que trae el principio comentado. Con ello se evita caer o recaer en superados “iusnaturalismos” y se señala un parámetro preciso para que los asociados sepan con certeza cuáles son sus jueces, de la misma manera como saben o deben saber con seguridad cuáles son los comportamientos prohibidos.

A) *El comienzo de la militarización de la justicia.* La usurpación del poder civil por el poder militar comienza muy bien a dibujarse por esa transferencia de jurisdicción. Aunque en los primeros regímenes militares de este siglo tal transferencia no era general —lo será con el modelo de seguridad nacional—, ya empieza a observarse cierto deslizamiento hacia ella. Así, en Colombia tal distorsión del modelo liberal se produjo sin necesidad de llegar a una fase culminante de la seguridad nacional.

La condición constitucional para esta transferencia, como se ha dicho atrás, está dada por la implantación de los estados de excepción. Con ello, como lo señala DELMAS-MARTY, se duplica el sistema penal, superponiéndose un segundo sistema —el de excepción— al ordinario. El modelo oficial se bifurca con privilegio en América Latina del de excepción por el reconocido abuso de las instituciones políticas de emergencia. Ese modelo de excepción empieza por cambiar al juez natural. No se trata del fuero militar, sino del desbordamiento de la jurisdicción militar al espacio de la sociedad civil, absurdo que muestra toda su plenitud si planteamos la hipótesis de los jueces comandando las tropas en el campo de batalla.

Se trata de una distorsión del modelo político liberal, en cuanto una rama del poder usurpa funciones de la otra. Y lo hace faltando a los requisitos de independencia y especialización que se requiere en los jueces. La Corte Suprema de Colombia, que aparece en el escenario latinoamericano como una de las más inde-

pendientes, en tanto que muchas otras se plegaron al gobierno de turno y legitimaron jurisprudencialmente sus desafueros y violencias constitucionales, planteaba en 1971: “La justicia penal militar se administra de un modo acelerado, con parvedad de procedimientos y del ejercicio del derecho de defensa, sobretodo en el aspecto fundamental de las pruebas. Así lo requiere la naturaleza de la institución castrense y la importancia de mantener la autoridad y respetar la jerarquía de los cuerpos militares. Por ello, solo se concibe respecto de estos y en relación exclusiva con tal actividad y los ilícitos cometidos en desarrollo de la misma. Consagrarla, involucrando personas distintas de los militares en servicio activo y delitos diferentes a los que se relacionan con el mismo servicio, equivale a suplantar el orden constitucional concediéndole al artículo 170 de la Carta un valor genérico y no específico que es el que debe corresponder”¹.

Sin embargo, la Corte colombiana cambió de criterio y permitió durante casi dos decenios más la entronización de esta desviación constitucional, aunque ello sucedió en pronunciamientos divididos y precedidos de profundos debates. En 1987 vuelve a aquel criterio en un pronunciamiento con múltiples salvamentos de votos.

Una de las razones en las que se fundaba la legitimación de esta transferencia de jurisdicción era la de mayor eficiencia y celeridad de la justicia castrense. Ante los embates contra el “orden público” se reclamaba la vigencia de una justicia expedita y contundente. Una justicia de mano dura y de procedimientos sumarios.

Una investigación adelantada por varias universidades de este país, correspondientes a diferentes ciudades, estableció que no había tal celeridad y que, tomada la duración máxima legal del proceso sumario militar, la proporción de veces que la duración real de ese proceso la superaba era del 1.711.42%. En otras palabras, estando concebidos esos procesos para durar entre 43 y 72 días, su duración real era de 791 días. El desfase para la justicia ordinaria era entre tanto de un 202.9%².

Pero más allá de estas cifras la ineficacia de la justicia penal militar está comprobada históricamente. La agudización de la crisis de enfrentamiento violento al Estado ha demostrado que el remedio de la transferencia jurisdiccional no surtió efecto. Muy posiblemente obró en sentido inverso, estimulando en espiral la escalada de la violencia.

4. LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO

Este principio, que prohíbe las regulaciones procesales *ex post facto*, es a la vez una expresión del principio de legalidad. Aparte del establecimiento del juez natural, el cumplimiento de unas normas determinadas, tendentes a garantizar los derechos fundamentales fijados en la Constitución, constituye las líneas estructurales de los procedimientos garantistas.

¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, fallo del 4 de octubre de 1971.

² Investigación dirigida por la Universidad Externado de Colombia. Publicada en la revista de la misma Universidad, núm. 24, Edic. Librería del Profesional, Bogotá, 1984, págs. 97-112.

Estas estructuras entran en disfuncionalidad con la distorsión de aquellas formas, por ejemplo cuando la detención preventiva se convierte en pena anticipada; cuando el derecho de defensa se limita a los privilegiados que puedan pagarlo; cuando la coacción y la violencia se entrecruzan en ciertos interrogatorios; cuando el juez es dominado o manipulado por el ejecutivo, etc. Todo esto, y algunas perversiones más, se produce dentro de situaciones políticas de normalidad; pero con la recurrencia a los estados de excepción que proliferan en América Latina, la disfuncionalidad se acrecienta produciendo un mayor desfase entre modelo oficial y modelo aplicado.

Generalmente, con el advenimiento de la justicia penal para los civiles, vienen los cambios de procedimientos. De los enjuiciamientos ordinarios se pasa a los abreviados y sumarios, y particularmente a los consejos verbales de guerra. Este es un fenómeno que viola la legalidad del proceso, por cuanto impone un procedimiento *ex post facto*. Si bien este tipo de procedimiento preexistía al momento de la comisión del hecho investigado, su preexistencia se daba con relación a otro tipo de hechos. El procedimiento propio del hecho es desplazado por otro, concebido por el legislador para casos diferentes por su naturaleza. Se aplica, por ejemplo, el procedimiento de la deserción militar a quien infrinja prohibiciones penales al derecho de reunión.

A) *La ley procesal en el tiempo.* Otra manera de desconocer las formas propias del juicio es por medio de la aplicación absoluta de la vigencia inmediata de la ley procesal. Hablamos de la nueva ley de procedimiento, que cambia intempestivamente las reglas de juego procesales en relación con hechos que han sido cometidos con anterioridad. Si bien dentro del derecho penal sustantivo el principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable es reconocido por la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas, dentro del derecho procesal penal este principio ha encontrado serios obstáculos en las normas que establecen que por ser ese derecho de orden público es de inmediato cumplimiento.

El ciudadano que se encuentra ya involucrado en un proceso, ve producirse el cambio de la estructura y de la dinámica procesal de manera unilateral. Imponer la aplicación de una ley posterior más desfavorable es desconocer el principio de legalidad, y ya sabemos que ese principio histórica y políticamente fue conquistado también para el proceso, como lógica e histórica reacción contra los procesos absolutistas e inquisitoriales.

La ultraactividad de la ley procesal penal debe verificarse cuando sea más favorable al procesado. Esto se torna más imperativo en las regulaciones que tienen que ver con la libertad de la persona, con la supresión de recursos, restricción del derecho de defensa, valoración de la prueba, etc. Es evidente, por ejemplo, que el cambio de un proceso que, ya está en curso puede alterar las garantías procesales, según el equilibrio estructural que pueda tener.

Así, el cambio de un proceso ordinario a uno sumario, o el de un proceso acusatorio a uno inquisitorio, puede afectar o disminuir tales garantías.

En cuanto a la sustanciación o ritualidad del proceso, se puede convenir en su aplicación inmediata siempre y cuando no afecte el carácter garantista del proceso penal liberal.

Generalmente son normas de puro trámite que no tienen esa seria incidencia. En cuanto a la jurisdicción y competencia, en las que se acepta legislativa y jurisprudencialmente la vigencia inmediata de la ley, creemos que debería abrirse la discusión, por cuanto si el desplazamiento se produce hacia jueces "no naturales" o con cambio de los procedimientos, el sentido garantista pierde también su efecto.

El principio de la aplicación inmediata de la ley procesal cuya aceptación en América Latina ha sido casi general, debe tener en cuenta estos serios reparos. La ultraactividad de la ley procesal debe venir en auxilio de las garantías procesales cuando la nueva ley sea desfavorable al procesado.

B) *Los procedimientos abreviados.* En procura de la economía y agilidad de los procedimientos, ante la urgencia creada por el aumento inusitado de la criminalidad y el embotellamiento judicial, se abren paso los procedimientos abreviados. La rapidez y contundencia de tales procedimientos, aplicados en sistemas penales carentes de recursos que puedan acomodarse con suficiencia a esa fluidez, privan muchas veces al proceso de sus garantías fundamentales. La tendencia a crear estos tipos de procedimientos no solamente es suscitada por la necesidad racional de proveer una justicia rápida, sino también por la necesidad de apaciguar el ánimo colectivo, exacerbado por el delito, mediante el ejercicio de una función simbólica de la ley penal. Función caracterizada como un *droit pénal magique*, en el que no solamente se amplían las criminalizaciones, sino que se aceleran y comprimen los procedimientos, para dar una impresión de adecuada y rápida respuesta al desbordamiento y potencialidad de la criminalidad. Una criminalidad que sobrepasa los marcos convencionales, atizando la crisis social y creando malestar e inquietud general, que el Estado debe conjurar y apaciguar. Cortar antes que desanudar.

Ciertamente hay que tratar, en aras de la prontitud de la justicia, de agilizar los procesos, pero hay que ser celoso en la preservación de las garantías procesales. El derecho de defensa puede ser afectado por la fugacidad de los términos, la limitación de los recursos, el apresuramiento en la práctica de las pruebas, la limitación de la controversia probatoria, etc. Y si tenemos en cuenta el atafagamiento de nuestros sistemas penales, que implican una atención mínima a cada caso, tendremos que convenir que el tiempo real del proceso se reduce peligrosamente.

Ha existido cierta convergencia en cuanto a los criterios que permitan la aplicación de procedimientos abreviados: la confesión simple, la flagrancia, y los delitos leves. Sin embargo en la historia reciente de América Latina se han utilizado tales procedimientos aplicando criterios políticos.

La ley 2ª de 1984 de Colombia, creó, por ejemplo, una jurisdicción especializada para investigación de delitos de extorsión, secuestro extorsivo y terrorismo. Teniendo en cuenta que básicamente estaba dirigida a los dos primeros delitos, la ley evidencia su carácter clasista al establecer una jurisdicción privilegiada (los jueces son mejor pagados y su aplicación es exclusiva a esos delitos) y un procedimiento contundente, con desmedro de garantías fundamentales.

El clasismo de esta ley se revela en la condición socio-económica de sus víctimas, que generalmente proceden de estratos altos.

Por una ley posterior se extiende esta jurisdicción a los delitos de tráfico de estupefacientes, como una respuesta a los embates de las organizaciones de narcotraficantes, cuyo real efecto es el de obrar sobre vastos sectores de la población de clase baja o media, que actúan desarticuladamente, al margen de las poderosas organizaciones que controlan el gran tráfico internacional. Las cárceles se llenan entonces de personas de bajos recursos que distribuyen la droga en barrios, muchas de ellas adictas, que trafican para pagarse su consumo. También caen las llamadas "mulas"³, que se aventuran en viajes internacionales con un paquete de droga. Este fenómeno obra como un circuito que fluye continuamente hacia las prisiones, con la rapidez que le imprime la celeridad de un procedimiento adecuado, en el que además se burla el principio de presunción de inocencia con la proscripción absoluta de la libertad provisional.

Estos procedimientos abreviados suelen aplicarse en el ámbito contravencional o en el de la justicia penal militar (consejos verbales de guerra) aplicada a civiles. De allí han pasado al sistema penal ordinario. Aceptamos que pueden incluirse dentro de este sistema, por los factores mencionados de confesión simple, flagrancia o delitos leves, pero sin detrimento de las garantías fundamentales del proceso.

5. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este principio, además de estar contemplado en declaraciones y pactos universales sobre los derechos humanos, lo recoge la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8, inciso 2, dice: "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

Con la actual tendencia culpabilista, los códigos penales latinoamericanos complementan este principio al establecer que no puede haber responsabilidad penal sin culpabilidad.

La dirección que este principio le da al proceso se refleja básicamente en los aspectos probatorios. Inicialmente porque impone una carga de la prueba. Carga de la prueba que se impone al juez en el sistema inquisitivo, o bien a la parte acusadora en el sistema acusatorio para desvirtuar esa presunción. Desde el comienzo del proceso este principio surte efecto en las regulaciones sobre prueba para detener, enjuiciar o condenar. Sobre cualquiera de esas decisiones se exige una prueba de culpabilidad. Si bien respecto de las dos primeras esa prueba puede no ser plena, se exige una determinada prueba que contradiga la presunción de inocencia. Aunque lo ideal fuera que la vigencia de este principio impidiera el instituto de la detención preventiva, razones de eficacia del proceso y prevención se han opuesto a ello. Pero en América Latina la detención preventiva ha desbordado la racionalidad de esa institución, convirtiéndose en una pena anticipada, aleatoria y conmutativa,

debido a su prolongada duración y a su identidad con la ejecución penal de las penas privativas de la libertad.

A) *La detención preventiva: una inversión del principio de inocencia.* El promedio de personas detenidas preventivamente en América Latina es del 68.47%, según investigación adelantada por el ILANUD, lo que se traduce en que hay más personas detenidas preventivamente que mediante condenas. En esta investigación se demuestra cómo la detención preventiva en América Latina se convierte en el pago anticipado de una pena, y cómo la detención preventiva constituye la regla frente a la libertad provisional, que es la excepción. También asegura que a pesar de haberse liberalizado la institución de la libertad provisional, la tradición restrictiva y excepcional que pesa sobre la magistratura latinoamericana frena tales cambios⁴.

Dentro de este panorama de la detención preventiva irracionalmente prolongada, hay que distinguir quiénes son los que más la sufren. Aunque hemos dicho ya que la población carcelaria de América Latina está conformada básicamente por personas de los sectores bajos de la sociedad, la detención preventiva prolongada acentúa su rigor sobre los más bajos dentro de esa población. Sobre los que no tienen abogado propio, o los que han delinquido por necesidad, o sobre quienes no tienen vínculos con el poder, o sobre los analfabetas, etc. Condiciones estas que no es extraño verlas reunidas en un mismo caso.

En muchos países existe la libertad provisional bajo fianza. Esto se constituye en algunos de ellos en una violación del principio de igualdad ante la ley, cuando no consagra alternativa para quienes no pueden pagar la fianza. Tal alternativa (caución juratoria) se encuentra, sin embargo, en varias legislaciones latinoamericanas.

Este fenómeno es más preocupante aún, si recordamos el estado de nuestras prisiones. Y no se trata de aludir a HOWARD en su clásica obra, reconociendo la miseria de esa institución "total", sino de plantear el desfase entre norma y realidad, entre los fines proclamados (rehabilitación, reinserción, educación, etc.) y los fines reales (retribución, disciplinamiento, intimidación general, etc.). Al plantearlo estamos exponiendo que el carácter prolongado de la detención preventiva está obrando en un sentido autoritario ejemplarizante e intimidador, para el que no importa necesariamente la demostración de la responsabilidad penal, sino la demostración tajante y poderosa de la reacción estatal frente al avance de la delincuencia. No importa tanto si dentro de esa represión intimidatoria hay inocentes o no, y menos, desde luego, aquellos fines tantas veces proclamados y tantas veces burlados en la realidad.

Este problema de la detención preventiva ha sido también realizado por las Naciones Unidas en su V Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1975. Una conclusión de ese evento fue la recomendación de agotar los procedimientos jurídicos y administrativos existentes a fin de que solo los acusados por delitos graves o cuya detención provisional fuera indispensable por razones

⁴ ELÍAS CARRANZA, MARIO HOUEJ, LUIS PAULINO MORA, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", ILANUD, San José de Costa Rica, 1983.

³ *Mule ou Ane.*

de seguridad o de protección de la comunidad, o para asegurar la comparecencia del acusado al tribunal, deberían detenerse precautelativamente.

Según la mencionada investigación de ILANUD, muchas de las legislaciones imponen como criterios de otorgamiento de la libertad provisional factores que corresponden a la cuantificación concreta de la pena y que, "a veces, en sana doctrina, ni siquiera correspondería tomar en cuenta para la cuantificación penal"⁵. Señalan la frecuencia de criterios como la alarma social, el clamor público y la frecuencia del delito en la comarca, criterios que se inscriben dentro de una finalidad de prevención general, que soslaya la conducta del autor como parámetro central de la mensura punitiva.

Pero si bien la ley ha consagrado este principio —garantía ciudadana frente a la persecución penal—, la mentalidad judicial y general no lo han seguido muy de cerca. La estigmatización criminal, por ejemplo, ha desvirtuado en gran parte tal principio, por la vía de la predisposición creada en la mente del juzgador y de los ciudadanos comunes por los estereotipos criminales. Estereotipos que en América Latina no solamente tienen que ver con una condición socio-económica, o con un asunto marginal, sino con el mestizaje racial. La valoración de la prueba se hace algunas veces a la luz de esos prejuicios. Determinadas condiciones raciales y socio-económicas marginales entran a jugar como indicios de criminalidad. La presunción de inocencia prácticamente se ve invertida.

6. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

El cuadro infamante de la justicia inquisitorial, con sus tormentosos métodos y sus penas crueles y atroces, hizo clamar a los humanistas de hace dos siglos por el tratamiento humanizado de los procesados. Frente a una justicia absolutista, implacable y brutal, se alzaron las voces de librepensadores que reclamaban por la dignidad humana. Lamentablemente esto no es cosa solamente del pasado. De ese pasado que suscitara *De los delitos y de las penas*. Es en buena parte cosa de América Latina (entre otras regiones del mundo) y de hoy. La tortura es recurso cotidiano en muchas dependencias policiales y militares de América Latina, bien para extraer confesiones, veraces o inventadas, bien para castigar la disidencia o la marginalidad. La pena de muerte "extrajudicial" ha cobrado miles de vidas a lo largo del continente. Las desapariciones se constituyeron en táctica predilecta de regímenes de oprobio en el cono sur. La violencia policial, la militar o la paramilitar ha vapuleado, humillado y asesinado a millares de latinoamericanos. Las cárceles, centros de hacinamiento y violencia, laberintos dantescos, han aumentado la historia de la infamia. Al amparo de la fementida proclama de la rehabilitación social se han torturado los cuerpos y los espíritus de culpables e inocentes, lanzados a mazmorras pestilentes en las que no puede haber ninguna restauración, solo dolor e ignominia. Aunque este cuadro es más propio del modelo de seguridad nacional, su germen incubó en el modelo liberal autoritario.

⁵ CARRANZA, etc., ob. cit., ILANUD, pág. 115.

No hay necesidad de acudir a estadísticas para confirmar el superpoblamiento de nuestras cárceles. Ni para establecer los irrisorios presupuestos para proveer la alimentación de los presidiarios. Ni para mostrar el alto índice de violencia y de atentados dentro de las prisiones. Atentados contra la vida, la integridad personal, sexual, corrupción administrativa de la prisión, tráfico interno de estupefacientes, la violencia como atmósfera, etc. Es un lugar común en las crónicas "piadosas" de nuestros periódicos; se trata de un círculo infernal que allí se cierra y que se vuelve a abrir como un circuito que se reproduce, recreando el crimen y la alienación, reproduciendo la desigualdad.

A) *Los derechos humanos*. Por ese venero —el de la indignación— van abriéndose paso los derechos humanos. Aportando la idea de un mínimo infranqueable por debajo del cual no se puede llevar al ser humano. Si bien la intervención penal representa una restricción de derechos fundamentales (de locomoción, de trabajo, de disfrute patrimonial, etc.), ella no puede traspasar esos umbrales en donde se compromete la dignidad del ser humano. Es así como los derechos humanos van constituyéndose en materia de acuerdos internacionales. Empezando por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, y ratificado por muchos países latinoamericanos. O la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también signada por la mayoría de los países del área, cuyo artículo 5° dice: "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", mientras que en su artículo 11 expresa: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

Nuevos códigos de procedimiento penal están incorporando estos principios. Así, el artículo 2° del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano incluye dentro de sus normas rectoras el siguiente texto: "Toda persona a quien se atribuya un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Infortunadamente esas normas han tenido vigencia más simbólica que real. Hoy los sectores democráticos de los países latinoamericanos insisten en la puesta en práctica de esas formulaciones. La conyuntura histórica ha demostrado la necesidad de su reconocimiento y de su vigencia. El derecho internacional es reconocido entre comillas. Su falta de coercitividad para respaldar sus normas ha puesto en tela de juicio su validez.

Sobre el punto de la dignidad, hay que preguntarse también si el procesamiento periodístico que se hace de los delincuentes convencionales, con fotografías de reseña judicial, que implican la reacción desproporcionada y marginadora de su medio social, atiene el principio de humanidad, o se constituye en la base de una pena superior a la impuesta judicialmente. Una pena altamente infamante.

La pretensión de un trato que reconozca la dignidad del ser humano implica una serie de garantías. De allí que coincida con muchas de las garantías fundamentales del proceso que estudiamos. Garantía de ser reconocido como sujeto, no como cosa. Sujeto procesal por lo tanto. Garantía de no ser vejado, torturado o tratado

cruelmente. De no ser forzado a declarar contra sus parientes cercanos. De ser asistido en su defensa. De un trato decoroso en los casos de privación de la libertad, etc.

Lamentablemente nuestros sistemas penales están muy lejos de llenar esas mínimas aspiraciones de humanización de los procesos. La crisis de las políticas de rehabilitación no son exclusivas del Viejo Continente y de Norteamérica. En América Latina tal crisis tiene la desmesura de su miseria. En América Latina nunca debió arraigar la pretensión de tal política, porque era evidente que ninguna oportunidad podía tener dadas las falencias económicas estructurales que impedían su desarrollo, y la presencia agobiante de una realidad social en la que era absurdo pretender reinsertar a los acusados.

El balance para los derechos humanos en la región es negativo. Sin embargo no hay que perecer en el escepticismo y hay que promover una serie de recomendaciones para mejorar la situación en el área. Desde los mismos cambios legislativos dentro del derecho penal y procesal, y las reformas constitucionales que permitan un marco amplio y democrático de reformas sociales y del sistema penal, como de la reforma de los subsistemas policiales, penitenciarios, manicomiales, de menores, etc. Reformas democráticas que permitan no solamente una mayor participación de la base social, sino también mayores controles de los gobernantes por los gobernados. Desconcentración del poder y educación masiva para realizar estos cambios políticos, y educación especializada para la judicatura y trabajadores afines para la gestión democrática y humanitaria del sistema penal.

7. EL PRINCIPIO DEL "FAVOR REI": LA REIVINDICACIÓN DEL CIUDADANO FRENTE AL ABSOLUTISMO PENAL

Contra el carácter autoritario, unilateral y vertical del procedimiento inquisitorial, el principio del *favor rei* viene a representar una reacción política que reivindica al ciudadano dentro del proceso. Este principio constituye una de las columnas fundamentales del modelo liberal, en cuanto persigue la defensa de la libertad frente a la parcialización que puede tomar el sistema penal en la búsqueda de sus fines, proclamados u ocultos. Históricamente se ancla en la reacción contra la arbitrariedad, evidenciada en una justicia manipulada por los gobernantes.

A) El "*in dubio pro reo*". Existen una serie de principios que se desprenden de aquel más general. El *in dubio pro reo*, generalmente incluido en las legislaciones latinoamericanas, se constituye en uno de los más alegados y aplicados en la práctica judicial. La carga de la prueba en cabeza del Estado, representado por el juez, es otro desarrollo procedimental en favor del reo. Sin embargo, con respecto a este último principio, se ha presentado una grave distorsión, en el sentido de estimarse que la prueba por recoger es solamente aquella que desfavorece al reo. Con ello se contraviene indudablemente el principio del *favor rei*, adquiriendo el proceso matices inquisitoriales.

Ciertamente el Estado tiene un legítimo interés en demostrar la responsabilidad de quienes quebrantan la ley. Pero ello no significa que ese sea su objetivo último

en todo proceso. Ese objetivo lo constituye la verdad, verdad real además, y la justicia o equidad de sus decisiones. En muchos casos la justicia la puede constituir el reconocimiento de la inocencia de la persona acusada. Ni siquiera para el ministerio público es válida esta pretensión de perseguir la condena de todos los acusados. A la sociedad, que es su representada, no le interesa necesariamente esa pretensión, sino la de la verdad y la justicia.

En América Latina ha habido esa lamentable tendencia judicial de investigar solamente, o por lo menos prevalentemente, lo desfavorable al procesado. Y si tenemos en cuenta que la mayoría de los acusados son personas de escasos recursos económicos y hasta culturales, cuya defensa se legitima con el apoderado de oficio o de pobres, cuya realidad es meramente simbólica, tendremos que su suerte estará finalmente echada. Los clamores de algunos inocentes, de haber obrado en estado de necesidad o por cualquier otra causal de justificación o inculpabilidad, pero principalmente aquella, serán desatendidos por los jueces, quienes privilegiarán la investigación sobre la autoría y la tipicidad para deducir imperturbablemente la violación del ordenamiento penal. Miles de personas encerradas en las prisiones han sido condenadas injustamente por no haber podido probar el estado de necesidad en que obraron, o a veces la legítima defensa, o el error invencible en que actuaron. Estando detenidos preventivamente quedaron maniatados para demostrar probatoriamente su situación de inocencia. Los jueces por su parte se conforman con un encajamiento silogístico de la tipicidad para deducir su responsabilidad. El ministerio público, inclinado al cumplimiento de su papel acusatorio, considera satisfecha su aspiración.

Esta malhadada tendencia judicial se explica en la mentalidad positivista que la judicatura latinoamericana ha padecido. Mentalidad en la que ha anidado la responsabilidad objetiva y los desarrollos cerrados de la dogmática juridicopenal. Ella ha llevado a los jueces a pensar que basta la transgresión típica para responder punitivamente.

Este principio está íntimamente relacionado con el de la presunción de inocencia, también garantía liberal frente al Estado, y que, como vimos en otra parte de este trabajo, ha sido seriamente vulnerado por la detención preventiva prolongada que ha terminado por convertirse en "pena anticipada".

8. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La teoría de la sana crítica ha predominado en la hermenéutica latinoamericana en los últimos tiempos. Sin embargo, existe ciertas prescripciones tarifarias que se mezclan con aquel sistema. Por otra parte, el criterio de la libre e íntima convicción tiene también cabida en los casos en que intervienen los jurados de conciencia, institución que en América Latina funciona de manera bastante restringida.

A) *Los indicios según el criterio positivista*. No obstante, la sana crítica no impera en la práctica judicial en todo su desarrollo. Está contaminada de prejuicios que los jueces anteponen en sus exámenes probatorios. Muchos indicios se constitu-

yen, por ejemplo, con las condiciones personales del acusado, correspondientes a estados marginales (menesteroso, desempleado, alcohólico, drogadicto, exconvicto, homosexual, etc.). Una interpretación así no puede ser llamada sana. El carácter de reincidente suele ser sobrevalorado como indicio de responsabilidad, activando el circuito de la reproducción de la delincuencia y de la marginalidad.

Estas valoraciones prejuiciosas tienen muchas veces anclaje legal, como cuando se consagran en las normas presunciones de responsabilidad con base en antecedentes de los acusados. Así, en Colombia, el artículo 233 del recientemente derogado Código de Procedimiento Penal decía: "Constituye asimismo presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia ejecutoriada por un delito contra la propiedad".

Muchos indicios son constituidos no por lo que ellos impliquen dentro del contexto real sino por el desacato al imperio estatal que ellos envuelven. De esta suerte la fuga de la prisión puede ser interpretada como indicio de responsabilidad.

También la rebeldía procesal puede ser valorada como indicio grave. Ignoran estas valoraciones el contexto real de una prisión lacerante en la que la violencia y la ofensa a la dignidad humana superan cualquier descripción: niegan al hombre sus sentimientos más auténticos, como el miedo, y a la vez su deseo de libertad.

Más lógica puede haber en que sea el hombre responsable quien quiera permanecer en prisión, para expiar su culpa. Cualquiera que conozca las leyes elementales de la psicología sabrá que todos anhelamos la libertad, luego no puede inferirse necesariamente de la fuga un indicio de responsabilidad. Por igual pueden huir culpables o inocentes.

Tampoco puede hacerse esa deducción del juzgamiento en rebeldía, por similares razones. Menos cuando el sistema penal, habiendo vencido todos los términos, mantiene una detención preventiva prolongada, cohonestando unas instituciones carcelarias que infestan y repugnan, y en general recortando las garantías judiciales. Lo que se hace al valorar tales circunstancias como indicios es castigar la desobediencia al poderío estatal; la falta de sumisión al Estado. Razones estas que han avivado reconocidas teorías jurídicas de corte totalitario.

En esta actitud o disposición de la judicatura latinoamericana tiene que ver la grande influencia que el positivismo ha ejercido en la formación jurídica, pero también, debemos reconocerlo, en la mentalidad común. La ideología dominante comprende ciertos estereotipos criminales, relacionados con la estratificación social. Estos estereotipos provienen de las clases desposeídas, lo que en muchos países se complementa con un ingrediente racial, en virtud de la diversidad de mezclas raciales: mestizos, mulatos, zambos, indígenas o negros. La "opinión pública" tiene una profunda creencia en la realidad de esos estereotipos, y los jueces en gran parte participan en ella. Solo hay grupos capaces de criticar este lombrosianismo que se filtra en una judicatura que debería ser consciente de esa aberración cognoscitiva. En ello tienen mucho que ver, desde luego, los medios de comunicación masivos que construyen una realidad diferente, a través del procesamiento ritual y tecnológi-

co que implica su *status* de oráculo oficial que se manifiesta como verdad revelada. El tratamiento que se da allí a los delincuentes convencionales (de página roja), rodeado de una temible espectacularidad, difiere del tratamiento reposado de primera página o página económica que recibe el delincuente de alto poder.

En muchos procesos de delincuencia no convencional los acusados centran su defensa en probar que son personas de respetabilidad social. Acreditar un *status* social y vínculos con el poder pueden determinar una valoración de la prueba más indulgente. Al lado de esto estarán por supuesto las presiones e influencias que se puedan ejercer sobre el funcionario, todo lo cual constituye un mecanismo clave de distorsión de la función judicial, como quiera que la prueba es imprescindible para decidir la declaración o la negación de un derecho. Esto no obra solamente sobre los jueces sino también sobre los peritos, que en muchos casos pueden definir la suerte de un caso. Por ejemplo, un perito de tránsito en los casos de accidentes automovilarios, o el químico forense en caso del gran tráfico de drogas, etc. Muchas veces el mejor abogado no es el que más domine las disciplinas jurídicas sino el que mejores conexiones tenga con la judicatura, la policía y las oficinas forenses.

B) *El testimonio extrajudicial: una prueba desprestigiada.* Sin necesidad de contar con el cambio político de las dictaduras militares, la tortura se ha instalado en las investigaciones penales. Pero no ha sido en las sedes judiciales donde ella ha anidado, sino en los departamentos policiales. La policía, pretendiendo quizá una mayor eficacia en su gestión investigativa, ha apretado la tuerca a sus capturados para obtener cualquier versión, no importa si verdadera o inventada, pero que de todas maneras le proporcionará resultados. Y la sociedad quiere resultados. No quiere más impunidad. Hay que apaciguar la inconformidad por la inseguridad, la real y la creada. Si los gobernantes crean leyes para todo, tras todas las crisis, la policía creará resultados, no importa que muchos de ellos sean falsos y entrañen graves injusticias. Hay que contener la alarma social.

Pero, aparte de que tales resultados sean positivos o equivocados, se compromete el sistema penal con una práctica contra la cual se levantaron los humanistas hace dos siglos, y que ha sido erradicada en la teoría normativa de esos sistemas. La tortura vuelve, pues, como método de investigación. Método clandestino, que trasciende públicamente, pero ante el que hay poca reacción. La mentalidad positivista de la sociedad muestra indiferencia, cuando no cierta complacencia. La tortura se siente allí cumpliendo dos funciones: de método de investigación de una delincuencia en ascenso, y de castigo de una delincuencia resistente, que reincide y se mantiene en ella. No hay, en definitiva, una conciencia del influjo de la marginalidad. Sobre este terreno abonado de la tortura aparecerán los escuadrones de la muerte. Entonces solo habrá una función de las dos mencionadas: el castigo. Y otra más: profilaxis o higiene social.

Esta situación ha dado lugar en muchos países a cierta confrontación entre la instancia judicial y la policiva. Los jueces se ven en dificultades en su labor de interpretación probatoria cuando los acusados, ya libres de la intimidación policial, denuncian las torturas. Y como los jueces latinoamericanos no tienen su prece-

dente MAPP vs. OHIO (jurisprudencia americana que declara inadmisibles las pruebas obtenidas ilegalmente), viene la discusión jurisprudencial de si han de dar crédito a lo dicho por el acusado, y si, siendo afirmativa la respuesta, deban rechazar o aceptar la prueba. Algunas nuevas legislaciones ya se pronuncian sobre esto de manera negativa.

Ante el aumento de esta práctica ilegal, el problema de valoración se agravará para los jueces, cuando los acusados comiencen a alegar falsamente que han sido torturados para malograr la prueba en su contra.

Las recientes reformas de los procedimientos tienen en cuenta estas graves anomalías y tratan de incluir garantías como la participación del abogado desde el primer momento, a la manera norteamericana. La jurisprudencia *Miranda vs. Arizona* es para los latinoamericanos algo completamente desconocido. Forma parte de la ficción cinematográfica. El estado de conciencia que puede tener el ciudadano americano al reclamar su derecho a callar y nombrar un abogado, es ajeno al espíritu latinoamericano, quizás por aquello del autoritarismo heredado y hospedado en su mentalidad.

La preponderancia de la prueba testimonial en América Latina, se debe no solamente a la importancia que tiene esa prueba por sí misma, sino por la carencia de recursos que permitan un "aggiornamento" criminalístico. Los pesados y polvorientes fardos que reposan en los anaqueles de los juzgados son el símbolo de una justicia paquidérmica y anacrónica. Esta es una situación que se produce por la condición tercermundista, y quizás porque mantener la administración de justicia en ese estado es conveniente a los intereses alojados en el poder. Sin embargo la situación amenaza con salir de cauce y las presiones por cambios democráticos tocan a la reforma de la justicia, para prodigarle mayores recursos y un mayor radio de acción.

C) *Las decisiones fundamentadas.* En un modelo no autoritario los pronunciamientos de fondo de los jueces deben ser fundamentados. Esta fundamentación debe además basarse en la prueba legalmente acopiada. Un pronunciamiento de fondo, llámese sentencia, auto de enjuiciamiento, auto de detención, etc., debe ser sustentado en las pruebas que la ley exige sobre comportamientos que la ley prohíbe. Esa sustentación debe ser desarrollada en un discurso que explique por qué de esas pruebas se infiere la transgresión; ella es vital para un Estado de Derecho, porque a través de ella el Estado expone al acusado la razón de su decisión. He allí un puente entre la teoría del Estado de Derecho y un caso judicial en que una decisión se legitima jurídicamente a través de la motivación explícita de cara al acusado. Emitir un pronunciamiento de esa índole sin motivación alguna implica llanamente la arbitrariedad. Y fue esto lo que originó la gran reacción de las revoluciones liberales: la arbitrariedad, el despotismo, el absolutismo. De otra parte, sin fundamentación se dificulta ejercer algún control sobre el acto jurisdiccional. Ni los ciudadanos ni los jueces de apelación podrán saber el porqué de la decisión que se impugna. Tampoco los letrados podrán saber por qué fueron desoídos sus alegatos. Sobre este punto no es extraño que en muchos países del área un juez ni siquiera se tome la molestia de mencionarlos.

Incluimos este tema en este acápite porque la motivación de una providencia implica la consignación en ella del juicio de valoración de la prueba. Y esta valoración no debe solamente producirse en relación con el aspecto central sino con todos los aspectos que demanden un soporte probatorio. En la sentencia, por ejemplo, deben aludirse las pruebas que tengan que ver con la individualización de la pena, con la concesión o negación del subrogado penal, con la decisión sobre indemnización, etc.

Llama la atención también que en muchos países latinoamericanos la orden judicial de captura no está precedida de una fundamentación. Simplemente se expide la orden, que se presume está tácitamente legitimada por el acervo probatorio recaudado en el expediente.

Si bien, posteriormente, dentro de un término relativamente corto, el juez deberá formalizar la situación jurídica del capturado, la decisión tomada implica nada menos que el sacrificio de la libertad personal, lo que amerita un pronunciamiento previo, así sea sucinto.

9. EL MINISTERIO PÚBLICO

Una de las serias fisuras del sistema penal liberal en América Latina ha sido la falta de independencia del ministerio público, o al menos en muchos países su limitada autonomía. Y esa independencia no es una pretensión gratuita, sino una aspiración natural de una institución que representa a la sociedad; representación al interior del proceso penal y representación del ciudadano en el contexto del Estado de Derecho (derecho de petición, derechos humanos, promoción del cumplimiento de la ley, vigilancia administrativa, etc.).

Hay incluso un caso de un país (Chile) detectado por la investigación del IIDH, en el que no hay fiscales o promotores desde hace más de medio siglo, siendo el propio tribunal el que se encarga de esa función. El proceso liberal introduce una clara distinción entre juez y sujetos procesales (hablamos expresamente de "sujetos procesales" para salvar la discusión teórica sobre la posibilidad de hablar de "partes" en el derecho procesal penal). Esto nos muestra, en efecto, un resabio inquisitorial, pues la fusión que se evidencia en el caso chileno de la función de acusación con la de juzgamiento corresponde a la característica de la concentración de funciones del proceso absolutista inquisitorial.

En otros países, el ministerio público depende del poder ejecutivo. Esto es supremamente grave en aquellos países donde a esa institución se le reserva la facultad de iniciar la acción penal, porque deja en manos del ejecutivo (de acuerdo con el "principio de oportunidad") el manejo de este delicado asunto. Tal es el caso de México, donde la Procuraduría maneja además la policía judicial. La manipulación política de la institución y a través de ella del sistema penal se hace ostensible, desvirtuando seriamente el modelo liberal. El manejo de la investigación preliminar por un tentáculo del ejecutivo es un filtro obturado a conveniencia por el gobernante, y si tenemos en cuenta la práctica modalidad de partido único existente en ese

país, tendremos una de las razones de esa inamovilidad en el poder. La actuación del ministerio público en estas condiciones tiene allí valor probatorio delante del juez. El Código Penal del Distrito Federal obliga al juez a atribuirle fuerza probatoria absoluta.

El monopolio en el ejercicio de la acción pública sirve a los intereses de los poderosos, que pueden ejercer toda su influencia ante las instancias políticas para que la Procuraduría archive o inicie una acción penal. La gran criminalidad económica, de "cuello blanco", presionará a través de su *status* de poder, del cual se prevale para cometer el delito, para igualmente obtener su impunidad. Es en este contexto en el que debe empezar el análisis del grave problema mexicano de la corrupción administrativa, la más alta quizás de América Latina. Contra la decisión de archivar un caso, no hay manera alguna de impugnar. Ni siquiera por medio del recurso de amparo. De esta manera un órgano del Estado netamente dependiente del ejecutivo (es nombrado por el presidente) ejerce jurisdicción, con detrimento de la separación de poderes que modela al Estado liberal⁶.

En otros países existe dependencia del ejecutivo, aunque en menor grado. En Argentina el gobierno puede instruir al ministerio público en casos concretos. En Colombia el presidente de la República interviene en el nombramiento del procurador, de manera conjunta con el legislativo. Sin embargo su intervención es determinante, pues la Cámara de Representantes debe elegir uno de la lista de tres que elabora el presidente.

Hay que reconocer que esta influencia es restringida, pues en países como Colombia, una vez que se elige el procurador, el funcionario adquiere inamovilidad y puede, con base en ella, ganar cierta independencia y ejercer más o menos autónomamente su función de control sobre el ejecutivo.

Lo ideal es que el ejecutivo no intervenga en el proceso de elección de su principal fiscal. Dentro de la filosofía de equilibrio de los órganos del poder público es más saludable que su origen proceda del cuerpo representativo; la intervención del ejecutivo en el nombramiento del procurador no es saludable, como no lo es que el poder judicial participe en la elección o designación de sus fiscales. Debe haber completa independencia y autonomía. La coordinación y convergencia hacia unos fines supremos comunes de convivencia social se los da el marco constitucional y legal en que todas las tres ramas actúan.

Debe haber, en el camino de esa independencia, la existencia de una carrera para los funcionarios del ministerio público. Así como debe existir una carrera judicial y, en general, una carrera administrativa. La burocracia ha sido en América Latina uno de los botines con que las organizaciones políticas premian a sus cuadros. Ello ha alentado la corrupción política y administrativa, y ha propiciado la injusticia de la inestabilidad laboral.

Generalmente en América Latina el ministerio público ha desempeñado un papel pasivo. En algunos países ello obedece principalmente a su gran dependencia del poder ejecutivo, lo que le da un carácter predominantemente político a la institu-

ción, que la priva de su dinámica investigativa y de control. Esa falta de independencia se acentúa con la inestabilidad de los funcionarios que lo ejercen, que los determina a una tendencia al mínimo y cauteloso desempeño de su actividad, para no exponerse al grave riesgo de un licenciamiento laboral, crítico en la crónica situación de desempleo que viven los países de la región.

Secundariamente podríamos anotar cierta concepción de la función del ministerio público como meramente acusadora, con detrimento de la defensa de las personas injustamente acusadas, y también con perjuicio de perseguir la satisfacción real de la indemnización de la víctima. Finalmente, podemos decir que las posiciones peligrosistas y dogmáticas han influido en esa conducta pasiva. La primera por su condición prejuiciosa, que a través de los estereotipos releva el cuestionamiento crítico del sistema que crea y reproduce el delito, y la segunda porque a través de sus depuradas abstracciones aleja al funcionario del contexto social y económico, cuyo entendimiento es necesario para desembocar en decisiones más justas y humanas.

La falta de independencia del ministerio público en relación con el ejecutivo, lo han convertido en un órgano tentáculo más de este, distanciándolo de su papel primigenio que es la representación de la sociedad. Por esa vía el modelo liberal se desvía y toma el camino absorbente del autoritarismo. Es básicamente lo que sucede en México, un país que tiene la presentación del más democrático de Latinoamérica, y en el que el militarismo ha tenido su punto más bajo. Allí el ministerio público es el que de manera exclusiva ejerce la acción penal. En razón de su dependencia del ejecutivo, fácilmente podrá imaginarse absteniéndose de hacerlo en los casos que puedan comprometer la responsabilidad de los funcionarios del ejecutivo.

Además, concentrar monopólicamente el ejercicio de la acción penal atenta contra la concepción de un Estado liberal democrático, retrotrayéndolo a una suerte de absolutismo penal⁷.

La investigación del IIDH encontró una diversidad de sistemas con respecto al ministerio público, con mayoría de los dependientes del ejecutivo. Mientras que otros tienen cierta autonomía y hasta se da el caso, como ya dijimos, de un país donde no existe desde hace más de medio siglo (Chile)⁸.

La conclusión a la que pueda llegarse en el área latinoamericana es que el ministerio público debe salir de esa inactividad y asumir una función dinámica en defensa de los intereses de la sociedad. En esa perspectiva, la defensa de los llamados "intereses difusos" y la de los derechos humanos le han de proporcionar una extensa y ardua labor. Para ello debe contar con una plena independencia del ejecutivo y brindarles a sus agentes una estabilidad laboral que se pueda complementar con el sistema de carrera similar o paralela a la judicial. El jefe del ministerio público debe tener un origen democrático. Su elección por parte de un cuerpo representativo puede proporcionar ese origen. Una vez nombrado debe contar con

⁷ Sobre este punto véase "Deber del ministerio público de ejercitar la acción penal", de ÁNGEL CAAMAÑO URIBE, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 117, págs. 719-725.

⁸ IIDH..., pág. 136.

⁶ MARÍA TERESA ZAMBRANO, ob. cit., pág. 102.

plena autonomía, aunque, como todo órgano de un Estado liberal democrático, ha de quedar sometido a ciertos controles, que deben provenir de la entidad electora.

En Colombia, el recientemente expedido Código (decreto 50 de 1987) de Procedimiento Penal amplía el campo de acción del ministerio público al asignarle funciones como la de velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, aparte de las funciones normalmente asignadas, que son tan amplias que imponen a esa entidad ver por el cumplimiento de la ley.

La idea que puede presidir el replanteamiento del papel del ministerio público es la del control del control. Esta es una idea que marcha en el camino de la democratización, en cuanto el Estado mismo admite su autocontrol. Un organismo público, al que se le asigna oficialmente la función de defensa de la sociedad, revisa e inspecciona la actividad del Estado en sus diferentes ramas. No se puede pretender que el Estado de hoy corresponda a aquel modelo liberal primigenio. La sociedad y el Estado han llegado a tal grado de complejidad, que se impone su remodelación. Ello implica que la idea de los pesos y contrapesos se desarrolle con relación a la mayor complejidad del cuerpo social. Ese desarrollo empieza por el mismo Estado que ve crecer sus propios órganos de control (procuradurías, contralorías, tribunales disciplinarios, etc.). De otra parte, ya en un plano político, se puede apreciar una pluralidad de centros de poder que se vigilan y controlan. En América Latina, lamentablemente ha sucedido en los últimos años un proceso en contrario. Concentración absoluta del poder. Concentración en el ejecutivo presidencialista y luego en la agudización de la crisis, concentración en la institución militar.

Las sociedades que pretenden mayores niveles de democratización deberán pensar en ese control de control. Control a partir del mismo Estado y a partir del cuerpo social. La institución de la representación ha evidenciado ciertas fisuras. Las de quienes detrás de la imagen financian las campañas. Las del incumplimiento de las promesas. Las de las influencias de los centros reales del poder, etc. Crear mecanismos e instituciones de control, está en el porvenir de la democracia contemporánea. No se puede funcionar hoy en día con las mismas instituciones de hace dos siglos, aunque se puedan seguir ciertos lineamientos estructurales. La sociedad ha crecido, su complejidad política y jurídica imponen un reordenamiento que permita la vigencia cada vez mayor de un sistema democrático. El ministerio público está llamado a jugar un gran papel dentro de esa perspectiva, colaborando con la justicia y controlándola cuando sea el caso.

Poder político y derechos humanos en América Latina

(Autoritarismo y Democracia) *

Dr. Roberto Bergalli

Profesor titular de la Universidad de Barcelona.

"Nuestra derrota estuvo siempre implícita en la victoria ajena; nuestra victoria ha generado siempre nuestra pobreza para alimentar la prosperidad de otros; los imperios y sus caporales nativos. En la alquimia colonial y neocolonial, el oro se transfigura en chatarra, y los alimentos se convierten en veneno". [E. GALEANO, *Las venas abiertas de América Latina*, México, Siglo XXI, 28ª ed., 1981, 31].

"En síntesis, la intervención militar en la aplicación de normas penales, ha constituido en Colombia, lo mismo que en varios otros países latinoamericanos, el penúltimo recurso de los sectores dominantes para la defensa de sus posiciones de privilegio. Decimos el "penúltimo", por cuanto después de él a dichos sectores y para la misma finalidad, solo le queda acudir a las acciones armadas de organizaciones militares o paramilitares, como también se ha hecho". [E. SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1985, 89]

EXPLICACIÓN

Es la primera vez que asisto y participo en un Congreso organizado por la Sociedad Internacional de Criminología, no obstante me

* Ponencia presentada en el x Congreso Internacional de Criminología realizado en Hamburgo el 7 de septiembre de 1988, dedicado al tema del "Abuso de poder y Criminalidad".

haya dedicado desde hace muchos años a los estudios criminológicos. Pienso que esta manifestación merece una explicación.

La Sociedad Internacional de Criminología, como organismo que debería reunir tanto a quienes se dedican al análisis del fenómeno social de la criminalidad y a los medios para su control, e igualmente a acoger a las diversas tendencias desarrolladas hacia esos fines, ha estado tradicionalmente orientada por lo que se conoce como el enfoque etiológico y correccionalista. Esto ha ocurrido por muchas razones de orden cultural pero, básicamente, por motivos histórico-políticos; en especial por aquellos políticos internacionales en los que se han dejado traslucir tanto la preponderancia de círculos científicos pertenecientes a los países llamados centrales, cuanto igualmente la de ciertas personalidades crecidas en el seno y al amparo de tales círculos.

De esta forma, la Sociedad Internacional de Criminología —según mi opinión— no ha dado durante casi toda su historia únicamente preferencia a una de las tendencias más sesgadas sobre la cuestión criminal, quizá la de más larga vida. Sino que ha revelado una afinidad ideológica con el modelo de sociedad que traduce aquella creencia de que el delito es principalmente el resultado de un defecto de la constitución biológica o psicológica de su autor o, aún más grave, que es un rasgo ínsito en la naturaleza humana de ciertos autores punibles que debe descubrirse y analizarse. De todo lo cual los miembros sanos de esa sociedad extraen el deber de curar, corregir o inocuizar a quienes manifiestan tales defectos.

Pienso que desde hace un tiempo a esta parte, y particularmente desde el IX Congreso Internacional celebrado en Viena, se ha verificado un cambio en la Sociedad Internacional de Criminología. Semejante cambio se refleja hoy día en la propia convocatoria a este X Congreso y en los cuatro temas principales elegidos para el debate. Sobre todo los dos últimos: “Abuso de poder y criminalidad” y “Crisis de la sanción penal: su sentido y nuevas perspectivas”, pero particularmente las propuestas para los círculos de trabajo en cada uno de estos dos temas, revelan un reconocimiento de las tendencias críticas y radicales nacidas en la criminología contemporánea.

Esta nueva situación producida en el marco de la Sociedad Internacional de Criminología y de sus congresos internacionales traduce no solo una ampliación en los márgenes de trabajo de estas reuniones y una mayor acogida de estudiosos de la cuestión criminal, sino también —y principalmente— un sentido más pluralista y democrático en sus convocatorias. Impulsado por este clima he aceptado la gentil invitación a intervenir como ponente en el tema “Abuso de poder y criminalidad”.

Sin embargo, no sería enteramente sincero si no dijera que otro motivo que me indujo a aceptar fue el de que esta primera invitación concreta que recibiera para intervenir en un congreso internacional, partiera del prof. Dr. FRIZ SACK, por el comité organizador local. SACK, querido amigo y líder de una corriente sociológica en la criminología contemporánea con la cual me siento identificado, garantiza aún más el clima plural y democrático dentro del cual se realiza este Congreso.

Confío entonces en que, a partir de ahora, el organismo que debería nuclear a todos los estudiosos de la cuestión criminal se constituya definitivamente con

tal carácter y que en sus futuros congresos siga acogiendo la presencia de todas las tendencias que hoy están presentes en la criminología contemporánea.

1. INTRODUCCIÓN

Para comenzar mi intervención en el tema “Abuso de poder y criminalidad”, que concentraré sobre el área de países latinoamericanos, quiero precisamente resaltar el hecho de que hace no más de una década hubiera sido imposible proponer, en un foro internacional como este, la presente discusión sobre ciertos aspectos de las relaciones entre poder político y criminalidad, a lo que aludiré en el presente relato. En efecto, introducir el tema de que quien ejerce el poder, particularmente un poder político, puede desconocer los mandatos o prohibiciones sancionados por la propia ley del país o establecidos por un ordenamiento internacional, hubiera supuesto, por una parte, que la criminología convencional dejara de apoyar el modelo consensuado de una sociedad dividida entre buenos y malos, sanos y enfermos —pues quien hace la ley define el delito desde el poder— y, por otra parte, abandonar el principio básico al paradigma etiológico de que el delito o la desviación poseen una ontología propia, no dependiendo de la capacidad definitoria del órgano o de quien adscribe un determinado comportamiento humano a ciertos elementos típicos de una determinada figura delictiva o desviada.

Quiero señalar aquí que esta correspondencia entre poder político y pensamiento criminológico convencional, dentro de un modelo de desarrollo social propio de la hegemonía de proyectos liberal-burgueses y social-demócratas, se asienta sobre un supuesto consenso en torno a que lo que resulta sancionado y prohibido por la ley penal coincide con los reclamos de todas las franjas de la sociedad, lo cual, como sabemos y ha sido absolutamente destacado por las investigaciones KOL [*Knowledge and Opinion about Law*], no se ajusta a la realidad.

A) *La cuestión criminal*. El desplazamiento del paradigma etiológico, como eje central de la reflexión criminológica, y el salto cualitativo que esta dio hacia el paradigma del control, ha significado, como se sabe, una auténtica revolución copernicana. De ocuparse únicamente del comportamiento criminal y desviado, esa reflexión pasó a analizar la reacción social y especialmente la réplica penal sobre semejantes comportamientos. Pero cuando el pensamiento criminológico se vio enriquecido por los aportes de una sociología jurídica crítica, entonces la investigación dirigió preferentemente su atención tanto a los procesos de creación de las normas penales, mediante las cuales se inicia la selección de las conductas a criminalizar, como sobre aquellos procesos de aplicación de tales normas. De este modo quedó revelado el interés que despierta un campo tan importante del control social, como es el relativo al que se ejerce desde el sistema penal.

En consecuencia, lo que hoy denominamos *cuestión criminal* constituye el objeto de conocimiento complejo y plurifacético del pensamiento criminológico contemporáneo, compuesto por lo que se define como desviación social —y en especial la conducta criminal, o sea el delito definido por las leyes penales de cada país—,

los autores de semejantes conductas y las instancias selectivas de creación y aplicación de las normas que las sancionan.

1. *Poder político y pensamiento criminológico.* Ahora bien, el desarrollo de un pensamiento criminológico con esa orientación ha observado una firme y consistente marcha en el ámbito de las culturas angloparlantes y continental-europeas. En algunos lugares con un cierto retraso, pero de todos modos siguiendo estrechamente las alternativas culturales de unas sociedades que han profundizado el respeto por la heterogeneidad social y las transformaciones que el Estado ha realizado para aceptar o acoger las exigencias de grupos y clases sociales generalmente discriminadas o desamparadas.

Todo lo dicho ha ocurrido en virtud de que los países a los cuales aludo han experimentado un creciente desarrollo al gozar de una mayor posibilidad distributiva de la riqueza, a consecuencia de un proceso de doble faz. Por un lado, pues, la capacidad de acumulación y aumento de la plusvalía se acrecentó en la medida en que fueron impulsados por las revoluciones industrial y tecnológica; pero, asimismo, por la penetración que sus corporaciones transnacionales hicieron en economías regionales y nacionales más débiles de otros continentes, lo cual generó un aporte de materias primas y mano de obra a bajos precios. Pero, por otro lado, también porque las clases obreras de esos países centrales, en virtud de una mayor fuerza organizada, elevaron sus niveles de exigencias para satisfacer necesidades comparables con las ofertas de consumo que proponía el modelo social que se iba conformando.

B) *Primeras reflexiones criminológicas sobre el poder.* No obstante, pese a ese consistente avance del pensamiento criminológico, este se ocupó escasamente de las relaciones que existen entre el ejercicio abusivo del poder y la criminalidad en los países centrales. Entre los motivos de ello no deben descartarse las firmes relaciones manifestadas entre las líneas teóricas y los propios representantes de un pensamiento criminológico convencional con las fuentes del poder político-económico en esas sociedades. Por tanto, fueron sin duda pioneras las investigaciones de EDWIN SUTHERLAND acerca del comportamiento de ciertos personajes en el mundo de los negocios y de las grandes empresas, quienes amparados en un *status* social privilegiado cometían ciertos hechos, los cuales, pese a ser considerados delictivos, no eran sancionados como tales en virtud de la reputación de que gozaban sus autores (SUTHERLAND 1949).

No obstante, hubo que esperar hasta mediados de los años 70' para que la afirmación de una criminología marxista despertara el interés por la investigación en torno a las relaciones que vinculan la llamada criminalidad organizada y los delitos que se cometen mediante las grandes empresas o corporaciones, establecidas en las sociedades de producción capitalista (cfr. PEARCE 1976). En este campo, empero, hay que recordar el interés que ya en los años 30' despertaron los estudios sobre el poder que asumieron relevantes *capi* de la criminalidad en las grandes metrópolis de los Estados Unidos de Norteamérica y, en especial, los análisis que luego se hicieron sobre sus conexiones sobre la *mafia* siciliana como, asimismo, aquellos que sobre la misma *mafia* constituyeron el centro de atención de esa criminología (cfr. por todos, HESS 1970).

C) *De qué me ocuparé.* Sin embargo, no es a ese tipo de criminalidad, realizada por abuso de poder económico al que yo quiero referirme en esta intervención, ya que a él, por cierto, están dedicadas dos de las propuestas para los círculos de trabajo de este tema "Abuso de poder y criminalidad". Más bien, de lo que aquí quiero ocuparme, es de aquella criminalidad que, consistiendo en la violación de normas penales, ella es realizada al amparo de un determinado poder político (luego se verá si legítimo o ilegítimo) con el fin de servir a la conservación, al fortalecimiento o a la defensa de posiciones de privilegio.

1. *Delitos represivos.* A este tipo de criminalidad poca atención había prestado la criminología, y fue HENNER HESS, en 1975, quien señaló su relevancia en el Symposium del *Arbeitskreis Junger Kriminologen*, "Kriminalität der Mächtigen", al incluirle en la casuística que le permitió extraer ciertas características tipológicas para establecer una categoría de *delitos represivos*, junto a los *delitos como rebelión*, cometidos todos ellos en el ámbito de las contradicciones que se manifiestan en torno a la distribución del producto social y, por lo tanto, estrechamente relacionados con la ocupación de posiciones de dominio. De la casuística utilizada por HESS, aludo aquí, por ej., a las acciones ilegales de la policía, a los actos de terror llevados a cabo por las organizaciones para-policiales, a los delitos cometidos propiamente por los gobiernos. (v. HESS 1976, 9-11).

2. *La crítica a HESS.* Es verdad que la categoría de los delitos represivos establecida por HESS fue clara e inmediata cuestionada por DOROTHEE y HELGE PETERS (1976, 46-51) desde el punto de vista de que el concepto era en sí mismo superfluo para verificar las relaciones que existen entre el dominio de clases, la criminalización y la estabilización de tal dominio y que, más bien, la propuesta debía encuadrarse en un enfoque de la sociología criminal orientada hacia el estructural-funcionalismo, antes que dentro del *labelling-Approach* en relación con la teoría marxista de la sociedad (como lo sugería HESS). Los críticos insistieron en que si en realidad hubiera sido este último el enfoque seguido por el autor del concepto de delitos represivos entonces más tendría que haber atendido al análisis de la génesis de las normas jurídicas y de su aplicación, lo que junto con las reglas de la criminalización y de la renuncia a las sanciones constituyen a la vez los elementos del verdadero dominio de clases y los mecanismos para su conservación.

3. *Comportamiento de regímenes políticos e instituciones estatales.* Más tarde se comenzó a perfilar una categoría de criminalidad que ha despertado un mayor interés para la investigación criminológica y que tiene relación con un ejercicio abusivo del poder político. Así, DIETMAR K. PFEIFFER y SEBASTIAN SCHESRER (1979, 87-107), ULRICH EISENBERG (1979, 456 y ss.; 1980, 217-231) y RALF FISCHER (1983, 271-279), analizaron el comportamiento de regímenes políticos e instituciones estatales (y paraestatales) como una posible comunidad de autores, con el objetivo inicial de encontrarles un sistema de normas que fuera criminológicamente significativo y generalmente válido como para apoyar esa investigación. Según los autores citados, semejante investigación no se vería perturbada por la circunstancia de que, considerados aisladamente los hechos que configuran esta categoría de criminalidad, ellos

ya tuvieran una tipificación en las leyes y códigos penales de sus respectivos países. De tal modo, los autores fueron determinando el marco normativo dentro del cual debía realizarse la investigación criminológica propuesta para establecer el tipo de violaciones en que incurrían esos regímenes políticos e instituciones estatales.

Ese marco quedó conformado, para los autores aludidos, por aquellas convenciones, pactos y acuerdos de carácter internacional —los cuales fueron paulatinamente incorporados a los ordenamientos jurídicos nacionales— que, particularmente desde 1948 (Declaración Universal de los Derechos Humanos), sobre todo por medio de las Naciones Unidas, han venido estableciendo el conjunto de los derechos humanos fundamentales cuyas violaciones fueron denunciadas e investigadas por innumerables comisiones y organismos del mismo nivel internacional, todo lo cual reveló la responsabilidad de regímenes políticos de distinto signo.

2. CRIMINOLOGÍA LATINOAMERICANA

En el ámbito de reflexión criminológica latinoamericana y en la búsqueda que desde hace más de quince años pretende encontrar los verdaderos contenidos de la cuestión criminal en nuestros países (cfr. BERGALLI 1982a; 1986a), poco a poco se ha ido deslindando el terreno de lo criminalizable como uno de los ejes de esa reflexión.

La permanencia de sistemas políticos de dominación que, apoyados básicamente en regímenes de injusticia social, emplean las técnicas más aberrantes de control social duro para mantener privilegios y prebendas de clase, se ha revelado como el substrato notorio para la persistente violación de derechos humanos fundamentales. En este sentido, el ejercicio irrestricto de un poder político que vigoriza esos privilegios y prebendas —como viceversa— ha pasado a ser uno de los aspectos que alimenta específicamente la cuestión criminal en la mayoría de los países latinoamericanos (cfr. BERGALLI 1983; ZAFFARONI 1984, 110-115 y 152-169).

A) *Preocupación por los derechos humanos.* Durante mucho tiempo y, sobre todo, cuando más arreció la prepotencia de un poder político ejercido sin legitimidad democrática en buena parte de países latinoamericanos —preponderantemente en aquellos del sur continental— los criminólogos y los penalistas no prestaron atención a la importancia que puede tener el resguardo o la protección que el poder político otorga a autores materiales e intelectuales de ciertos delitos.

Observados estos de forma aislada, resultan visiblemente hechos punibles y sancionados por la legislación ordinaria pero, atendiendo a su reiteración, volumen de víctimas, tipo de daño social, etc., constituyen violaciones a los derechos fundamentales de los pueblos (cfr. *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*, Argel, 1976, en: UMAÑA LUNA 1985, 2-5). Por supuesto que aquí estoy aludiendo no únicamente a los derechos a la vida y a la integridad física de las personas, sino también a aquellos que en los ordenamientos jurídicos nacionales de América Latina todavía no han recibido correcta acogida; derechos estos últimos que, no respetados de forma unánime, conspiran contra el principio igualitario tradicional de que todos los seres humanos deben recibir la misma oportunidad

para el libre desarrollo de sus potencialidades (alimento, vivienda, vestimenta, servicios médicos, educación, puesto de trabajo seguro, etc.).

Esta alternativa humanista moderna de que hablaron HERMAN y JULIA SCHWENDINGER a mediados de los años 70' (v. 1975) en su búsqueda de criterios morales para la definición del delito, ha sido precisamente la senda que emprendió el pensamiento crítico en la criminología latinoamericana para la misma época (cfr. ANIYAR DE CASTRO, 1987, esp. cap. v). De este modo no solo la investigación sino la misma tentativa de construir un discurso teórico autónomo (cfr. BERGALLI, 1982 b; ANIYAR DE CASTRO, 1982) han alimentado un debate que tiene como sede una revista especializada latinoamericana (v. *Doctrina Penal*, 1985, 1986, 1987 y 1988) y que actualmente discurre sobre dos niveles, cuales son:

1. *Teoría crítica del control social.* La propuesta de llegar a una teoría crítica del control social es la de que, a partir de la investigación llevada principalmente a cabo por el llamado "Grupo de Criminología Comparada", el objeto de su estudio sea la propia configuración de las sociedades de cada país latinoamericano, sobre todo en lo que atañe a las formas ideológicas que asume el control social ordenado sobre la base de la lógica de una dominación, manifiestamente injusta (cfr. ANIYAR DE CASTRO, 1986a); y

2. *Sociología del control penal.* La quizá más reducida propuesta de una sociología del control penal que analice los intereses sociales que han influido en la constitución de un sistema de control jurídico-penal, particularmente guiado por esa misma lógica de dominación. Ello así, tanto en el proceso de creación como en el de aplicación de las normas, a fin de tratar de recrear —desde un plano meta-dogmático— las categorías inmutables que guían dicho sistema, tanto las generales (de delito, delincuente, criminalidad), como las dogmáticas (de culpabilidad, antijuridicidad, etc.) en aquello que permita adecuar esos sistemas a las necesidades reales de protección de toda la colectividad.

3. *El pensamiento crítico.* Como se advierte, entonces, este pensamiento crítico que se manifiesta en la criminología latinoamericana y que no es pacífico, sino que se encuentra en plena efervescencia y bajo debate, se está configurando, junto a las nuevas posiciones asumidas en el propio derecho penal y la criminología, con los aportes que provienen de una filosofía política y una teoría del Estado crítica, de una antropología cultural, de una sociología política, de una sociología jurídica y de una economía política como disciplinas que ya se estaban cuestionando sus propios objetos de conocimiento en América Latina y que pluridisciplinariamente confluyen en la determinación de lo que realmente constituye hoy la cuestión criminal.

B) *La "ruptura" criminológica latinoamericana.* Desde un primer momento, producida la "ruptura" (calificativo con que DEL OLMO, 1979, bautiza este proceso) con la forma tradicional de concebir la cuestión criminal, que dependía absolutamente de los modos de adscripción de la conducta a una definición jurídico-penal, se manifestó en América Latina una preocupación por lo que LOLITA ANIYAR ha llamado luego "lo criminalizable" (cfr. 1986 b). En este punto, me parece que debe destacarse la búsqueda por una elevación de ciertas necesidades e intereses colectivos a la categoría de bienes dignos de protección jurídica en la que están empeñados

los penalistas críticos latinoamericanos (cfr., por todos, BUSTOS RAMÍREZ, 1982); estos últimos, vale la pena decirlo, están empeñados en construir una política criminal alternativa, y en esto vienen a coincidir con el propósito político manifestado por el pensamiento criminológico crítico de encontrar en el orden jurídico un sistema de control penal eficaz para las franjas más débiles de las sociedades latinoamericanas.

No obstante, antes de definir el campo de lo criminalizable, fue imprescindible pasar por la fase de lo que puede denominarse como el "desvelamiento de la criminalización", y en esta labor fueron quedando denunciadas las tareas cumplidas en América Latina por el iusnaturalismo penal sobre los momentos de creación de las normas penales, al consolidarlas como única fuente de conocimiento criminológico, como las llevadas a cabo por el positivismo jurídico, orientando el comportamiento de las instancias hacia una rígida aplicación de aquellas normas (pionera en esta denuncia fue ROSA DEL OLMO, con una vasta obra sobre el tema, pero en la que destaca lo que fue tesis doctoral suya; cfr. 1981).

1. *Formas terroristas de control social.* Mas ocurre que en Latinoamérica, junto al sistema de control penal institucionalizado, ha venido funcionando otro sistema de control social mucho más duro. En efecto, las propias fuerzas militares en diferentes Estados, los cuerpos policiales, los grupos armados paralelos y hasta los generalmente conocidos como "escuadrones de la muerte" han cumplido labores represivas, de elevado poder punitivo, sobre adversarios de los regímenes políticos habitualmente instaurados *de facto* y al margen del orden constitucional. Este sistema se convirtió en un propio terrorismo de Estado, que se lanzó sobre la disidencia con una crueldad desconocida.

Estas formas de control social son las que han caído bajo la observación y el análisis de esa nueva criminología nacida en Latinoamérica (cfr. ZAFFARONI, 1982, 85) y por todo esto es por lo que corresponde hacer el análisis de las fuentes del poder político que en América Latina o bien comete actos de verdadera criminalidad (mediante la violación de los derechos humanos fundamentales), o bien carece de eficacia para impedirlos.

C) *Terrorismo de Estado.* Cuando hablamos de poder político en América Latina, generalmente estamos aludiendo a las diversas formas de su ejecución, las cuales comprenden toda la gama del autoritarismo gubernamental en sus múltiples manifestaciones, hasta los esfuerzos reiteradamente emprendidos para implantar sistemas occidentales-liberales (v. MOIS 1987, 9).

Concentrando la observación a partir de la aparición del pensamiento crítico en Latinoamérica, cuando este se preocupa por lo criminalizable, es una época —década de los años 70'— en la que coincide con las numerosas expresiones del poder político ejercidas por las Fuerzas Armadas (FF.AA.), aisladamente o de acuerdo con ciertos grupos oligárquicos de cada país, las que llegaron a ocupar integralmente los Estados mediante interrupciones de la legalidad constitucional, golpes de mano, revoluciones palaciegas, etc. Esta ocupación del Estado supuso no solo la militarización de sus aparatos y el establecimiento de un terrorismo de Estado, sino la prolongación de la disciplina castrense a los niveles más profundos de la sociedad civil. El cumplimiento de los fines de la denominada DSN, que ya había

sido sancionada en la década anterior por la Conferencia de Ejércitos de Tierra Americanos (CEA) en Lima (1968) —y que hoy parece haber sido reformulada por la XVIIª reunión de la CEA, celebrada en Mar del Plata (Argentina) en noviembre de 1987 (v. EL PAÍS, Madrid-Barcelona, 20-XI-1987)— se cumplió con una auténtica eficacia, mediante los métodos más crueles y violentos conocidos. La hipótesis de destrucción o aniquilamiento del *enemigo interior*, que vino a superar, incluso, las propias formulaciones de CARL SCHMITT en relación con la problemática amigo-enemigo (como lo ha afirmado GARCÍA MÉNDEZ, 1987, 107), llegó al punto de haber registrado una cifra tan elevada de muertos que es imposible de establecer, los 90.000 *desaparecidos* denunciados por la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FEDEFAM, v. 1986), los torturados y un exilio forzado o desplazamiento de sus lugares de residencia de millones de latinoamericanos.

Pese a las continuas denuncias de semejantes hechos por organizaciones en pro de la defensa de derechos humanos, ante tribunales de justicia de los respectivos países, poco o nada pudo hacerse en estos para que se abrieran investigaciones serias. Si, en cambio, algunas de las denuncias que llegaron al seno de organismos internacionales fueron verificadas por misiones llevadas a cabo en los mismos países donde se habían cometido esos hechos (v. por ej. *Organización de los Estados Americanos*, 1980), las que luego desencadenaron las respectivas declaraciones de condena de los gobiernos que habían permitido esas violaciones y no habían llegado a la individualización de sus responsables.

1. *Derechos humanos y la forma-Estado en el "nuevo autoritarismo".* Este cuadro de la situación general respecto de los derechos humanos en la década de los 70' en Latinoamérica y su franco deterioro, se relaciona evidentemente, como ya lo dije, con la forma de ejercicio del poder político. Si bien los autores de esa "apropiación" del poder político, mediante la interrupción del sistema constitucional tendieron siempre a exaltar la llamada división de poderes, en cambio hicieron funcionar a estos bajo una nueva forma jurídica que procurara el control ideológico sobre la actividad administrativa, legislativa y judicial del Estado.

Esta circunstancia fue la que dio lugar a la aparición de un especial debate en el campo latinoamericano de la filosofía política y la teoría crítica del Estado, entorno precisamente a la forma asumida por este en aquellos países en los cuales, por virtud de la quiebra de la legalidad constitucional, se procuró mantener los poderes públicos bajo el control de una única persona o de una Junta de Jefes de las FF.AA. Semejante situación se pretendió legitimar por medio de una nueva organización jurídica del Estado. Constatada la ausencia de garantías para las libertades individuales y descartada la existencia de una división real de los poderes públicos, según el reconocimiento republicano clásico, la forma-Estado asumida por las dictaduras latinoamericanas en la década de los años 70' —en especial aquellas del cono sur continental— se reconocen bajo el término genérico de *nuevo autoritarismo*, pero en el debate aludido asume caracterizaciones más específicas. Por ejemplo, como Estado burocrático-autoritario (O'DONELL, 1975); como forma

específica de fascismo (DOS SANTOS, 1977; CUEVA, 1977; KAPLAN, 1978; PETRAS, 1979); como forma *sui generis* de fascismo (BORÓN, 1977); como una forma en que la esfera de lo político es el único factor de cohesión en el capitalismo del subdesarrollo (SONNTAG, 1977); o, en aquellas formas en las cuales la instancia jurídica comienza a ser más tenida en cuenta, como las que se expresan en una ley que se transforma "en una ordenanza especial y finalmente en un acto administrativo" (EVERS, 1979, 151), o en las que el derecho cumple un papel de primer orden en un "Estado de emergencia permanente" (LECHNER, 1977, 120), o en las que por medio del establecimiento de relaciones hegemónicas en el plano de lo jurídico se llega a constituir una estructura de dominación-legitimación (GARCÍA MÉNDEZ, *op. cit.*, 234, 236).

Ha sido de la manera descrita en la configuración de una peculiar forma-Estado, como los actos criminales cumplidos bajo el control gubernamental de las FF. AA. no pudieron ser investigados, y por este motivo debe afirmarse que ellos fueron cometidos por un abuso del poder político.

Aquí debería, lógicamente entonces, discutirse la naturaleza del poder político ejercido por las FF. AA., cuando asumieron la conducción de los gobiernos por vías no prescritas en las constituciones de los respectivos países.

Este es el punto donde precisamente converge entonces la nueva criminología latinoamericana, orientada por el pensamiento crítico, con una de las disciplinas de las mencionadas en 3, que contribuyen a la determinación de lo que en realidad constituye actualmente la cuestión criminal. De este modo, la filosofía política permite seguir las líneas e indicaciones que se han proporcionado en el relato principal por el Prof. LANDREVILLE.

Por lo tanto, si el poder que ha querido corporizar siempre el nuevo autoritarismo latinoamericano ha sido aquel que ha tendido a separar cada vez más el Estado de la sociedad civil, una definición cuya caerá dentro de las clasificadas como *sistémico-funcionalistas* del poder, dada la concepción instrumental que del mismo se desprende de la DSN, pues, dentro de esta, para alcanzar lo que las dictaduras militares se planteaban como los *Objetivos Nacionales*, debe disponer del "Poder Nacional" que resulta de la síntesis y subordinación de todos los recursos disponibles, tanto en el Estado como en la sociedad civil (así lo asevera GARCÍA MÉNDEZ, *op. cit.*, 103). Y, si se siguen los medios de ejercicio del poder, también descritos por el relato principal, al considerar que el nuevo autoritarismo latinoamericano manifestó principalmente su poder político mediante la *fuerza*, pretendiendo evitar la imposición de un control legal sobre sus acciones y utilizando *medios* totalmente ilícitos, deberá convenirse indudablemente en que los hechos graves de violación de derechos humanos fundamentales, atribuidos a los gobiernos *de facto*, en los años 70', han constituido auténticos delitos cometidos mediante *abuso de poder*. Lo menos que puede decirse frente a esto, para decirlo con un hermoso título de BOBBIO (1979), es que la política no puede absolver el delito.

3. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, a comienzos de los años 80' comenzaron a cambiar notoriamente en Latinoamérica el clima político y la categoría de los sistemas de gobierno. Las

razones para ello fueron diversas, y si bien no es esta la ocasión para analizarlas conviene, eso sí, recordar que buena parte de ellas tiene un origen extracontinental, en intereses externos hegemónicos, en los que se advierten las nuevas relaciones entre el Este y el Oeste o la polémica Norte-Sur. En todo caso, aun cuando el triunfo de la Revolución Popular Sandinista en Nicaragua terminó con uno de los regímenes dictatoriales más abyectos en la zona, la situación política en el resto de América Central y el Caribe es la muestra del proceso de internacionalización por el que pasó Latinoamérica, o mejor: el traspaso de los conflictos mundiales existentes a toda la región (v. MOLS, *op. cit.*, 206).

A) *La búsqueda de la democracia.* La búsqueda de la democracia en América Latina es un asunto complejo y generalmente controlado por ciertos elementos históricos, económicos y político-culturales peculiares al subcontinente, que son diferentes de aquellos que permitieron consolidar ese sistema en el hemisferio Norte. La democracia de la sociedad civil, la cultura democrática en donde únicamente se puede asentar la construcción de un Estado democrático y que reconoce sus orígenes en el liberalismo de viejo cuño, estableciendo un sistema social dinámico y abierto, no ha tenido —salvo en pocos países— una expansión tal como en el norte de Europa o de América. El caudillismo como una constante de la cultura política latinoamericana del siglo XIX y buena parte del XX (cfr. WALDMANN, 1983, 31-48), fue siendo reemplazado por otro estilo político y de gobierno —el populismo—, característico de las sociedades de masas, en el que influyen tanto la explosión demográfica y las migraciones internas como el salto tecnológico (cfr. ISAACSON, 1976, 9). Frente a estas expresiones particulares de la representatividad política de los ciudadanos, a veces cuesta mucho reconocer la vigencia de principios de vida democrática en ciertas sociedades latinoamericanas.

De cualquier modo, pese a que entonces la situación habitual de los sistemas políticos en América Latina no ha sido la democracia sino la no-democracia, analizando el cuadro de todos los países en 1981, según las contingentes categorías de "democracia", "sistemas intermedios" y "dictaduras" (confeccionado por DILLON SOARES, 1984, 202), se ve que los sistemas democráticos o de transición a la democracia han aumentado sensiblemente; ni qué decir tiene, afortunadamente, que un cuadro confeccionado en 1988 sería diferente y presentaría muchos más ejemplos de las dos primeras categorías de gobiernos.

Pero lo que se trata de ver, para este relato, es si la constitución de sistemas democráticos de gobierno —aun cuando no se profundice, por ahora, acerca de saber si se habla de una democracia político-formal o de su necesaria complementación de la democracia social— ha traído o no una mejoría con relación a los derechos humanos fundamentales, tanto en lo que respecta a la investigación de las violaciones pasadas como a sus capacidades para evitar que se cometan.

B) *Países de tránsito a la democracia y países de relativo sistema democrático.* No es posible realizar aquí un análisis país por país. En todo caso, sí me ocuparé someramente, por un lado, de aquellos países en los cuales la situación de los derechos humanos fue francamente negativa en los años 70' y que, en lo que ha

transcurrido de la presente década, han cambiado su forma de gobierno y, por otro lado, de los que mantienen la forma-Estado aunque, por motivos varios, la vida democrática de sus gobiernos sea precaria o de fachada.

En un primer bloque debe ubicarse entonces a Haití, Brasil, Bolivia, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Uruguay y Argentina. Mientras que en el segundo bloque corresponde colocar a México, Venezuela, Perú y Colombia.

1. *Primer bloque: países en tránsito a la democracia.* Como principio general diré que, salvo los casos de Nicaragua y Argentina, el retorno o el atisbo de querer retornar a un régimen político, legitimado por elecciones populares y previsto en su Constitución, no trajo en este bloque de países una clara voluntad de determinar la responsabilidad criminal de los autores (intelectuales y materiales) de aquellas graves violaciones de derechos humanos cometidas, mediante abuso de poder, durante gobiernos ilegítimos. La persistencia del influjo militar en los períodos iniciales de las transiciones ha sido tan fuerte que, en algunos casos, no puede hablarse de transformación de regímenes autoritarios sino más bien de metamorfosis de ellos. Quizá sea Brasil el ejemplo más evidente de lo que acabo de decir y Haití es solo un atisbo; pero en Guatemala, Honduras, El Salvador, Bolivia y Uruguay no se han podido iniciar procesos ni investigaciones judiciales contra los autores y responsables de las muertes, “desapariciones” y torturas ocurridas en los tiempos de dictadura. En unos casos ello ha ocurrido por acuerdos o convenios entre los propios partidos políticos que pactaron la transición; en otros casos porque las propias FF. AA. impusieron esa exigencia para entregar el poder político a un régimen representativo.

No obstante esa imposibilidad, hay algunos datos de la realidad de estos países que revelan cuáles son las preocupaciones que sigue aquejando a las sociedades latinoamericanas. Precisamente el tema de los derechos humanos y sus violaciones ha otorgado contenidos nuevos a la cultura política de la transición a la democracia; la aparición y el protagonismo de nuevos sujetos históricos, aunque caracterizados por las particularidades del contexto político de cada país, configuran el paso de una fase defensiva a otra activa y de movilización social ante el cambio de régimen. Así surgieron las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo; los movimientos por los desaparecidos y por la vigencia de los derechos humanos; las comunidades eclesíásticas de base y las asociaciones pro-amnistías; las comisiones de juristas; y, en general, toda una red de actividades solidarias con quienes sufren (cfr. CHERENSKY, 1985, 17-18).

Estas nuevas expresiones sociales, en buena medida, no únicamente empujaron los procesos de transición sino que también, pese a la fuerza y a la resistencia que se encuentra en el fenómeno autoritario, muchas veces dieron sentido al cambio del voto por opciones que se apoyaron en el sentido ético de las nuevas democracias (caso Argentina, en 1983). Pero la cultura autoritaria no fue —como he dicho— instalada únicamente en el Estado por las FF. AA. En más, o en menos, han dejado establecido un autoritarismo social difícil de erradicar y muchas veces exteriorizado por las clases políticas latinoamericanas.

En este contexto, el caso del Uruguay es particularmente emblemático, pues ante la sanción de la ley 15.848, por la mayoría del Parlamento democrático en diciembre de 1986, llamada eufemísticamente de “Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado” pero que en los hechos se ha transformado en una clara amnistía para unos 180 militares y policías involucrados en variadas violaciones de derechos humanos cometidas bajo la dictadura, buena parte de la oposición parlamentaria, junto a grandes franjas de la sociedad uruguaya, han promovido la realización de un referéndum abrogativo de dicha ley. El trámite de aprobación de este referéndum, sostenido por una masiva suscripción popular, está sufriendo retrasos que sin duda son alentados por el poder militar, ahora “en la sombra”.

2. *Nicaragua.* El caso de Nicaragua, aunque incluido dentro de este bloque de países en tránsito a la democracia, debe considerarse especialmente no solo porque dicho tránsito ha sido posible a consecuencia de una auténtica revolución —quizá única en la historia latinoamericana— sino también por ser un país en el cual la práctica de la tortura y el asesinato político eran endémicos bajo la dictadura de la familia Somoza. Pero, a partir del Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses (21 Agosto de 1979), sancionado por la Junta de Reconstrucción Nacional luego de producido el triunfo revolucionado, la mejoría en el campo de los derechos humanos fue una constante del proceso político posterior. No obstante la situación de guerra y acoso que el país ha debido sufrir, paso a paso se fue realizando el proceso constituyente y la conformación de un Estado de derecho. La Constitución política que entró en vigor en 1987 y el Plan Piloto de Transformación Judicial que viene desenvolviéndose en Nicaragua, configuran dos de los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de juzgar el conjunto de garantías que la Asamblea Legislativa y el gobierno de la República han venido estableciendo para proteger los derechos humanos de los nicaragüenses (cfr. BERGALLI, 1986 b).

Como ha quedado establecido por múltiples verificaciones llevadas a cabo por diferentes organismos internacionales, y decidido en la sentencia de 27 de junio de 1986 de la Corte Internacional de Justicia (La Haya), no es el Estado nicaragüense responsable de las muertes, agresiones, torturas y ejecuciones sumarias que se han producido en estos últimos años en los territorios y puertos del país. Más bien la responsabilidad corresponde, como se ha demostrado, a las fuerzas llamadas “contrarrevolucionarias” y a quienes asisten, impulsan, ayudan, financian y a veces participan en esas incursiones.

Pese a esta grave situación, el gobierno de la República de Nicaragua sigue propiciando la paz; y si la propaganda de sus enemigos denuncia detenciones, clausuras de periódicos o radiodifusoras, en virtud de los estados de emergencia que necesariamente deben dictarse a causa de la guerra, estos hechos se han solucionado (cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, 1987, 189-192).

3. *Argentina.* Lo sucedido en Argentina reviste, igualmente, unas connotaciones muy especiales, que merecen asimismo exponerse aisladamente. Producido el fracaso de la dictadura militar, tanto en el campo económico como en el de la guerra (Malvinas), se abrió un nuevo curso político que desembocó en las elecciones

nes nacionales del 30 de octubre de 1983. En estas triunfó mayoritariamente —contra los pronósticos que entonces se hacían— la opción que precisamente había enarbola-do en su campaña el lema de los derechos humanos y de la investigación de sus inauditas violaciones bajo el régimen militar.

Los primeros pasos dados por el gobierno democrático encabezado por el presidente Alfonsín, respetando en un todo los principios del Estado de derecho, permitieron por una parte una amplia investigación de las denuncias —anteriormente conocidas por distintos organismos y misiones internacionales— presentadas a la constituida Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), que concluyó con el informe mundialmente conocido como *Nunca Más* (1984). Por otra parte, se iniciaron los procesos contra los 9 miembros de las tres primeras juntas militares que gobernaron el país desde marzo de 1976, los cuales tuvieron una fase accidentada en la justicia castrense pero concluyeron en la jurisdicción civil con la muy cuestionada sentencia de 9 de diciembre de 1985 (cfr. BERGALLI, 1985). Asimismo, y sobre los datos de aquellas denuncias de familiares y abogados de personas torturadas o desaparecidas, se abrieron innumerables procesos penales contra más de un millar de oficiales y suboficiales de las FF. AA. y de Seguridad.

Pero, mientras tanto, en otros planos de la acción política del gobierno democrático, como es lógico, comenzaron a nacer contradicciones que frenaron a su vez la estrategia respecto a la determinación de responsabilidades por las violaciones de derechos humanos. De esta manera comenzó un juego de concesiones a las demandas militares de limitar los juicios, y se ensayó lo que me he permitido calificar como el *discurso jurídico del olvido* (v. BERGALLI, 1988). Primero fueron diversas instrucciones para que el ministerio público o fiscales actuasen en los procesos contra militares de una forma que hiciese presumir el principio de obediencia debida en los comportamientos enjuiciados; luego fue la ley 23.492, sancionada por el Parlamento y conocida como “punto final” o de prescripción privilegiada para los militares acusados, y, por último, la ley 23.521, llamada de “Obediencia debida” o de presunción de que el personal militar, policial, penitenciario y de seguridad que intervino en las denominadas operaciones con motivo de represión del terrorismo, habría actuado en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de sus órdenes. Estas concesiones —que no son sino las más importantes y graves (cfr. BERGALLI, 1987)— fueron posteriormente acompañadas por unas decisiones de la cúspide judicial (Procuración de la Nación y Corte Suprema de Justicia) que permitieron a muchos miembros de las FF. AA., autores ellos mismos de gravísimos delitos, en el breve lapso de menos de un año, quedar exentos de responsabilidad criminal.

Yo no voy a reproducir aquí la masa de argumentos que se han descargado sobre esta política de concesiones, efectuadas por el gobierno democrático argentino al poder militar. Existen innumerables análisis efectuados tanto en el plano político, como en el jurídico y en el ético (aquí, por todos, cfr. GARZÓN VALDÉS, 1988; SANCINETTI, 1988). Me limitaré, simplemente, a señalar que este cambio evidente en la estrategia inicialmente ensayada por el gobierno democrático de Alfonsín,

en el que ha quedado comprometida la clase política argentina por haber apoyado casi en unanimidad la sanción de las leyes de “punto final” y obediencia debida, no solo han condicionado el proceso de transición a la democracia sino que, además, raya en el abuso del poder político. Otorgándole naturaleza de amnistía, por lo menos en sus consecuencias políticas, a las dos leyes citadas, los legisladores habrían sobrepasado un límite no susceptible de franquear y otorgando a los demás poderes públicos facultades extraordinarias podrían haber incurrido en lo que la Constitución Nacional sanciona con nulidad insanable y califica como delito de traición (art. 29 C. N.; v. SANCINETTI, *op. cit.*, 81-90).

4. *Mejora en la situación de los derechos humanos.* Pese a lo acaecido en los países reunidos en este bloque, en tema de hacer o no hacer justicia por los hechos delictivos cometidos mediante abuso de poder político bajo los gobiernos militares de la década pasada, debe sin embargo resaltarse que, en Uruguay y en Argentina, la situación real de los derechos humanos mejoró sensiblemente. Salvo la prolongación de las situaciones de ciertas personas que fueron encarceladas y/o condenadas por la justicia militar de excepción bajo los gobiernos de fuerza —las cuales se han ido resolviendo lentamente—, lo cierto es que en ambos países no se han registrado, o solo en forma extraordinaria, casos de torturas, “desapariciones” de personas y, por supuesto, no puede hablarse de exilio por motivos políticos o ideológicos.

C) *Países de relativo sistema democrático.* En el segundo bloque de países, de aquellos que han conservado su forma-Estado y sistema democrático de gobierno, pero que por diversos motivos este es precario, corresponde señalar, en primer lugar a:

1. *México.* Cotejando los dos informes de Amnistía Internacional de 1981 y 1987 se ve que, en los años transcurridos en la presente década, no cesan en este país las denuncias de asesinatos políticos, “desapariciones”, torturas, arrestos arbitrarios de opositores al régimen instaurado y confesiones obtenidas mediante coacción. Esta situación ha sido, por cierto, junto al deterioro general de la vida social y económica, causada principalmente por el peculiar sistema democrático vigente en México, de partido casi único. El hecho de que el pueblo mexicano acabe de votar masivamente contra la continuación de este sistema, permite suponer que existirá un mayor control democrático, lo que debería impedir las violaciones a los derechos humanos u otros delitos que se cometen al amparo de un irrestricto poder político de ciertos grupos y personajes.

2. *Venezuela.* El sistema democrático en Venezuela posee las características formales de pluralismo y representación política, habiendo adquirido una estabilidad dentro de la cual se verifica un relativo respeto por las reglas de juego previstas en la Constitución. No obstante, ha venido figurando en los registros de Amnistía Internacional como un país en el cual se producen denuncias por abusos cometidos en perjuicio de militantes políticos (v. *Informe 1981*, 154). Más recientemente, la misma organización ha constatado hechos similares, con el agregado de más denuncias en que las víctimas de violaciones a sus derechos humanos lo fueron en su trato con la policía (Policía Técnica Judicial) o por las condiciones que reinan en las cárceles venezolanas.

3. *Perú*. El caso del Perú es particularmente notable. En efecto, aun cuando el régimen parlamentario se ha mantenido, incluso con una sustitución del partido en el gobierno como consecuencia de las elecciones libres de 1985, por otro partido político de evidente sensibilidad popular, la conservación de la paz interior no ha sido posible y la violencia política ha crecido notablemente.

Conocidos son los graves problemas que arrastra la sociedad peruana, histórica y ancestralmente dividida entre blancos, mestizos e indios, autoritariamente controlada por los primeros, por lo que se ha llegado a afirmar la existencia de un "racismo nacional" (cfr. PEASE, 1977; COTTLER, 1980; FLORES GALINDO, 1986). Mas, en los primeros años de la presente década, precisamente por este enfrentamiento racial y clasista, en el que destaca el poder de una oligarquía blanca —terratiente y especuladora—, surgió un movimiento armado de elevada agresividad. Sin embargo, puede afirmarse que fueron ciertos hechos ocurridos más tarde los que produjeron la radicalización de la violencia. El grueso de las muertes, torturas, fusilamientos, ejecuciones ilegales, "desapariciones", aparición de cementerios clandestinos (botaderos de cadáveres) se registra a partir del 29 de enero de 1983.

En esta fecha tuvo lugar la matanza de ocho periodistas en la aldea de Uchuracay, en Ayacucho, quienes se dirigían a Huaychao para comprobar las versiones que entonces corrían acerca de que las FF. AA. peruanas instruían a los campesinos a defenderse por su propia cuenta de la organización armada "Sendero Luminoso". La valiente investigación judicial promovida por el fiscal Jesús Betancourt y dirigida por el juez Ventura Huailas, concluyó en que los asesinatos, si bien parece que realizaron los habitantes de la aldea, en verdad fueron instigados por los "sinchis" (cuerpo especial de contra-insurgencia) y oficiales de la Infantería de Marina que operaban en la zona desde que el Departamento de Ayacucho había sido declarado en estado de excepción. Muchos testimonios ratifican las comprobaciones judiciales. Empero, más tarde, la Comisión creada por el presidente Belaúnde Terry y que encabezaba el escritor MARIO VARGAS LLOSA, sustentó la versión oficial de que las muertes de los periodistas se debió a una confusión de los campesinos. El juez Huailas fue suspendido en sus funciones, el caso pasó a manos de la Corte Suprema de Justicia y ningún culpable pudo ser identificado. Mientras tanto y desde hace más de dos años, la parte civil en el juicio solicitó el procesamiento del ex-presidente Belaúnde Terry por lo que se calificó como un "crimen de Estado" (v. *La Vanguardia*, 3-VIII-1986).

Pero mucho más graves han sido, sin duda, los luctuosos hechos ocurridos entre el 18 y el 20 de agosto de 1986 en las prisiones de Lurigancho, en las afueras de Lima; en el Pabellón Azul de la isla-penal El Frontón, a 10 kms. del puerto de El Callao y en la cárcel de mujeres Santa Bárbara, también en El Callao. Fueron soldados, guardias republicanos y oficiales enmascarados, comandados por un general del ejército, quienes llevaron a cabo las ejecuciones de un número todavía indeterminado de presos amotinados, en su mayoría pertenecientes a la guerrilla "senderista", y arrasaron deliberadamente el edificio del citado Pabellón Azul luego de la rendición. Así lo han afirmado las reiteradas investigaciones llevadas a cabo por distintos periodistas, organizaciones de derechos humanos, catedráticos peruanos encomendados para ello, todo lo cual quedó confirmado con el Informe de AI de 9 fe-

brero de 1987. Sin embargo, y pese a la manifestada voluntad del presidente de la República, Alan García, de profundizar el conocimiento de lo sucedido, como de diversas destituciones de cargos militares, acaban de cumplirse dos años de este exterminio sin que todavía se haya identificado a los culpables.

4. *Colombia*. Es no obstante Colombia el país latinoamericano en el cual la violación de los derechos humanos, sobre todo aquellos relativos a la vida y a la integridad física de las personas, se ha convertido en una trágica constante cotidiana. De todos modos, en lo que atañe al tema que aquí se discute y particularmente al núcleo que he pretendido resaltar con este relato, conviene antes de nada señalar que contra toda la información que difunden las agencias internacionales, sobre la base de datos de la policía colombiana, la mayoría de muertes no deben atribuirse a los grupos guerrilleros de izquierda, ni tampoco corresponden a militares caídos en enfrentamientos con los primeros o son el producto de la violencia vinculada al negocio de la droga. Aunque este último tipo de asesinato, cometido mediante el empleo de "sicarios", se ha extendido a toda forma de criminalidad común, son seguramente los irresueltos homicidios de miles de campesinos no violentos y de activistas en poblaciones modestas los que, en número, sobrepasan a cualquier otra clase de muertes.

Como lo ha demostrado el reciente Informe de AI, *Colombia: una crisis de los derechos humanos*, "existen convincentes pruebas de que las FF. AA. colombianas han adoptado una política de terror para intimidar y eliminar a la oposición, sin necesidad de valerse de procedimientos legales (...). A partir de mediados de 1987, los asesinatos comenzaron a cobrar víctimas fuera de la esfera de la oposición izquierdista al gobierno. Hoy incluyen no solo a los que critican a las FF. AA., sino también a los que simplemente apoyan activamente (...). El gobierno ha atribuido la mayoría de los más de mil asesinatos políticos ocurridos durante 1987 a «escuadrones de la muerte»: misteriosos pistoleros a los que describe como civiles imposibles de identificar o controlar. Sin embargo, el estudio de cientos de casos muestra que los asesinatos y desapariciones atribuidos a estos «escuadrones de la muerte» fueron en realidad perpetrados por personal policial y militar y sus auxiliares civiles, bajo la autoridad del alto mando militar (...)"

Todavía más recientemente, fueron los informes sobre derechos humanos *Justicia y Paz* (v. *Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz*, 1988) los que han demostrado, con una detallada exposición estadística, las características sociales y políticas de la violencia colombiana en los seis primeros meses del corriente año. De su examen surge que la extracción social de las víctimas confirma la idea de que es la clase social lo que determina la selección de quien es asesinado (PETRAS, 1988).

En efecto, campesinos e indígenas constituyen el lote más numeroso de víctimas; luego se ubica el grupo de trabajadores por cuenta propia o modestos empleados urbanos. El porcentaje de empresarios es mínimo. Esto revela que las armas están dirigidas hacia quienes soportan las desventajas sociales y no sobre quienes se benefician de estas. Por otra parte, el predominio de la violencia sobre los campesinos es un aspecto esencial de la tradición terrateniente en Colombia, mientras que la

que ahora se revela sobre los obreros y empleados urbanos demuestra el crecimiento de los movimientos sociales en las ciudades y la descarga sobre ellos de una mayor represión.

Es evidente entonces que el rasgo más significativo de la violencia actual en Colombia se relaciona con el elitista sistema político-económico que perdura desde hace años y con las consiguientes defensas de privilegios de clase. Como he dicho, la mayoría de las víctimas son campesinos y activistas de la clase trabajadora, vinculados a sindicatos y grupos comunitarios, así como dirigentes políticos de izquierda y personas a ellos allegados.

El desafío al sistema electoral de dos grandes partidos políticos, consolidado históricamente con la constitución del Frente Nacional en 1958 en la representación de muchos privilegios, ha provocado dos importantes consecuencias: la oclusión de la clase política a conceder el protagonismo que se han ganado las fuerzas populares —solo quebrada con el ingreso de la Unión Patriótica en el marco parlamentario— y la violenta respuesta que las FF. AA. han dirigido contra los movimientos sociales nacidos del vacío de representación política de los intereses propios a las clases desamparadas.

Este sistema bipartidista —conservador y liberal— permitió que, bajo la presidencia de Turbay Ayala, se dictara el llamado Estatuto de Seguridad (decreto 1923 de 1978), con normas penales que según se anunciaba eran “para la protección de la vida, la honra y bienes de las personas y garantía de la seguridad de los asociados”. Pero, al amparo de este Estatuto y de la institución constitucional del estado de sitio —tan difundida y empleada en toda América Latina—, se fue entregando a las fuerzas militares la potestad de administrar justicia penal a los civiles por delitos políticos y comunes que directa o indirectamente implicaran una alteración del orden público (cfr. REYES ECHANDÍA, 1987, 253). Aunque declarado inconstitucional este Estatuto por la Corte Suprema de Justicia, la actual administración presidida por Virgilio Barco ha establecido (decreto 180 de 29 enero de 1988) lo que se conoce como *Estatuto para la Defensa de la Democracia*, el cual, otra vez basado en el estado de sitio (vigente según decreto 1038 de 1984), legitima y extiende ahora la intervención de las FF. AA. en la investigación de un conjunto de hechos entre los que se mezclan los vinculados al terrorismo político, con los relativos a otras actividades criminales que se conectan con esa motivación.

Cabe destacar que en el ejercicio de estas atribuciones otorgadas por el poder político civil colombiano a las FF. AA., ni siquiera son desconocidos por estas mismas los delitos o excesos cometidos por sus propios integrantes. En efecto, por ej., el propio Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), organismo de información dependiente de las FF. AA., ha reconocido en un documento salido a la luz pública pero que fue distribuido a todos los elevados cargos del Estado (v. *Semana*, 3-v-1988) que las matanzas de campesinos en las fincas “La Hondura” y “La Negra”, cerca de Currulao en Urabá, en la madrugada del 4 de marzo de 1988, que conmovieron a la opinión mundial, habrían sido llevadas a cabo por miembros del ejército (Batallón Voltígeros) que operaba en la zona utilizando la colaboración de guerrilleros, desertores del EPL.

Si bien este relato ha pretendido concentrarse en aquellas violaciones de derechos humanos que se cometen al amparo o con abuso del poder político, cuando se habla de Colombia es inevitable aludir a lo que envuelve a toda la sociedad

colombiana como una funda impenetrable, de la cual solo se observa su lado visible. La violencia y la cultura particular que ella ha desarrollado es un fenómeno que ha cubierto distintas etapas de la historia colombiana. Actualmente no solo ha penetrado hasta los niveles de las relaciones económicas o familiares o de la comunicación social, sino que se desencadena sobre grupos y minorías étnicas (IV. Tribunal Russell, Rotterdam, 1980). En este cuadro, es materialmente imposible hablar de sociedad democrática, como lo acaba de demostrar el más interesante estudio que sobre el tema se ha hecho en medios académicos (cfr. *Comisión de Estudios sobre la Violencia*, 1987).

Pero este breve análisis sobre la ausencia de control civil respecto del poder militar en Colombia, en relación particular con violaciones de derechos humanos cometidas por las propias FF. AA., no puede terminar sin hacer una mínima mención a lo que yo considero la más grave de esas violaciones y seguramente la más ostensible utilización del poder político abusivamente, con fines instrumentales. Aludo aquí al asalto del Palacio de Justicia en Bogotá, los días 6 y 7 de noviembre de 1985, llevado a cabo por fuerzas militares con motivo de que el edificio había sido tomado por un grupo armado del M-19, reteniendo a casi todos los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y a otros magistrados allí reunidos. La violenta intervención militar y el irracional comportamiento del poder ejecutivo colombiano, entonces encabezado por Belisario Betancur, que desoyó hasta los angustiosos llamados del presidente de la Corte secuestrada para que se detuviera la furia del ataque militar, condujo a la inmolación de doce magistrados y de un número nunca precisado de ciudadanos que se encontraban en el interior del Palacio. El recuerdo de este verdadero uso descontrolado del poder militar me permite rendir —una vez más— un emocionado homenaje a aquellos colombianos bárbaramente asesinados y, en particular, en esta sede y ocasión, a dos de ellos, quienes dieron lo mejor a la cultura de su país y especialmente a la criminología latinoamericana: ALFONSO REYES ECHANDÍA y EMIRO SANDOVAL HUERTAS.

4. CONCLUSIÓN: CONTENIDOS DE LA DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

El cuadro que he pretendido presentar sobre las violaciones de derechos humanos cometidas durante regímenes de gobierno no constitucionales o *de facto*, en la década de los años 70' en Latinoamérica y no esclarecidas cuando se han iniciado procesos de transición a la democracia, o de las verificadas ya en los años 80' en países que conservan un régimen parlamentario representativo, obliga a hacer una reflexión sobre la democracia como sistema de gobierno y sus aportes en América latina para limitar los delitos de aquel tipo.

En un repaso muy ligero sobre las ideas que la ciencia y la filosofía políticas latinoamericanas habían desarrollado sobre el concepto de democracia, puede decirse que ellas aparecieron prioritariamente vinculadas a la categoría de la democracia representativa, propia de un Estado burgués, antes que a cualquiera de las formas directas. Pero, asimismo, y salvo muy contados casos, tampoco se ha producido

en América Latina, bajo las formas representativas de ejercicio del poder político, un tránsito de la democracia política —o sea de la esfera en la cual el individuo es tomado en consideración como ciudadano, es decir participando en las deliberaciones de un cuerpo colectivo— a la democracia social en la que el individuo es considerado en la multiplicidad de sus *status* sociales —o sea, por ej., de padre e hijo, de empresario y trabajador, de docente y estudiante, de médico y enfermo, etc.— es decir, de participación en cuerpos distintos de aquellos políticos (cfr. BOBIO, 1985, 69).

En un subcontinente donde casi la integridad de los países que lo componen está considerada como subdesarrollada y los índices de carencias o pobreza son verdaderamente inauditos, el reclamo por dar un contenido socioeconómico a la democracia ha sido una constante que, sin embargo, ha corrido el riesgo de caer en expresiones autoritarias. Pero la experiencia conjunta de proyectos oligárquico-militares ha venido produciendo una “revolución de la idea democrática” (V. FALLETTO, 1982, 120), la que hoy se presenta como necesariamente integrada por democracia política o formal y democracia real o social, en dos caras de una misma moneda. No obstante, el cumplimiento de presupuestos socioeconómicos, dando una satisfacción a demandas de justicia social no garantiza en sí mismo la existencia de la democracia (PORTANTIERO, 1982, 20; GROISMAN, 1983, 48). No puede colmarse el hambre y dar techo a los desposeídos si al mismo tiempo no se otorga el reconocimiento de los derechos políticos a todos los ciudadanos. Pero tampoco nada de esto puede concederse a despecho del derecho a la vida y a la integridad física de quienes no estén de acuerdo con el sistema político. Es de esta manera como los derechos humanos se asocian y se integran así al nuevo concepto de democracia para América Latina.

Pero, en todo caso, lo que resulta fundamentalmente decisivo para que la democracia se concrete como la mejor forma de ejercicio del gobierno en América Latina (y en cualquier lugar) es el aspecto que atañe a los contenidos éticos de la misma, aunque a veces estos se diluyan en el ejercicio concreto del poder político. Las promesas que se incumplen de esclarecer las violaciones de derechos humanos cometidas bajo dictaduras y delimitar las responsabilidades de sus autores, o el admitir que fuerzas militares incontroladas actúen durante gobiernos democráticos, atropellando esos derechos humanos, corrompe el propio concepto de democracia y condiciona la forma de gobierno que la invoque (cfr. NUN, 1987, 49; GARZÓN VALDÉS *op. cit.*).

Ciertamente, no puede desconocerse la importancia que tiene la presencia de un cuerpo “separado” del Estado cuando como tal sus integrantes se constituyen en un factor real de poder. Las FF. AA., en muchos países latinoamericanos, reflejan esa imagen y son por tanto auspiciables todos los esfuerzos que se puedan hacer para incorporarlas a la sociedad democrática. No obstante, esta idea no es compatible con los dobleces y las concesiones que una clase política pueda hacer para obtener un entendimiento sobre crímenes por ellas cometidos y así facilitar su predominio, antes que su incorporación pareja a otras fuerzas sociales.

Pues bien, de todos estos aspectos pienso que debe ocuparse la reflexión criminológica que hoy en América Latina pretende analizar todos los fenómenos que conforman la cuestión criminal. Los derechos humanos, como intereses prioritarios a proteger mediante formas de control social y control jurídico-penal, en Estados de derecho donde el ejercicio del poder político impida la violación de aquellos por parte de quienes pretenden todavía abusar de un poder político ilimitado, constituye indudablemente un aspecto central de la democracia. Estos han de ser los ejes en torno a los cuales debe seguir reflexionando el pensamiento que en Latinoamérica se orienta hacia la construcción de una teoría crítica del control social y de una sociología del control penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (1981): *Informe*, Londres.
 AMNISTÍA INTERNACIONAL (1987): *Informe*, Londres.
 ANIYAR DE CASTRO, L. (1982): *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación*, en “Capítulo Criminológico”, 9-10 número especial dedicado a la instalación del Grupo de Criminólogos Críticos Latinoamericanos, Instituto de Criminología-Universidad del Zulia, Maracaibo, 39-65.
 ANIYAR DE CASTRO, L. (1986a): *Orígenes, fundamentos, aportes y líneas de desarrollo futuro de una Criminología de la liberación en América Latina como aporte a la teoría crítica del control social*, en “Hacia una teoría crítica del control social-Encuentro interdisciplinar sobre la liberación”, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1-24. También en Informe Especial “Control y Liberación en América Latina”, publicado por “Poder y Control”, 1- 1987, Barcelona, 121-140.
 ANIYAR DE CASTRO, L. (1986b): *La nueva criminología y lo criminalizable*, en “Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle”, II semestre, vol. VIII, núm. 15, Cali, 47-55.
 ANIYAR DE CASTRO, L. (1987): *Criminología de la liberación*, Instituto de Criminología-Universidad del Zulia, Maracaibo.
 BERGALLI, R. (1982a): *La cuestión criminal en América Latina*, en SISTEMA (Revista de Ciencias Sociales), núm. 49, julio, Madrid, 49-66. También en R. BERGALLI, “Crítica a la Criminología”, Temis, Bogotá, 279-298.
 BERGALLI, R. (1982b): *Hacia una Criminología de la liberación para América Latina*, en “Capítulo Criminológico”, 9-10, cit. *supra*, Maracaibo, 23-37.
 BERGALLI, R. (1983): *Diez últimos años de criminología en Argentina: la epistemología del terror*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, núm. 69, Madrid, 163-185. En italiano, en “Dei delitti e delle pene”, I, núm. 3, Bari, 595-618.
 BERGALLI, R. (1985): *Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones*, en “Afers Internacionals-CIDOB”, tardor hivern, núm. 7, Barcelona, 121-124. En italiano, con el título *L'obbedienza dovuta* (Argentina: la sentenza contro i membri delle giunte militari), en “Antigone-Bimestrale di critica dell'emergenza”, Roma, 38-39.
 BERGALLI, R. (1986a): *Fundamentos e impedimentos de una teoría criminológica latinoamericana* (Gründe und Schwierigkeiten einer kriminologischen Theorie in Lateinamerika), en H. H. HIRSCH, G. KAISER u H. MARQUARDT (Hrsg.) “Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann”, W. de Gruyter, Berlin-New York, 225-244. También en “Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle”, cit. *supra*, 29-46.

- BERGALLI, R. (1986b): *Nicaragua: derecho y justicia en la Constitución*, en "Afers Internationals-CIDOB", hivern, núm. 10, Barcelona, 55-67.
- BERGALLI, R. (1987): *Memoria colectiva y derechos humanos* (Una componente peculiar en el derecho y la justicia de la transición a la democracia argentina), en "Derechos humanos en Latinoamérica", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núms. 26-27, Universidad de Granada, 83-111. También en *Opúsculos de derecho penal y criminología*, núm. 30, Lerner Editora, Córdoba (Argentina).
- BERGALLI, R. (1988): *El discurso jurídico del olvido*, en EL PAÍS, Madrid, Barcelona, 30 enero.
- BOBBIO, N. (1979): *La política non può assolvere il delitto*, en LA STAMPA, Torino, 16 marzo. Incluido en N. BOBBIO, "Le ideologie e il potere in crisi" (Pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terzía via e terza forza), Quaderni di Storia diretti da Giovanni Spadolini (LV), Le Monnier, Firenze, 104-107.
- BOBBIO, N. (1985): *Stato, governo, società* (Per una teoria generale della politica), Einaudi Paperbacks 164, Torino.
- BORON, A. (1977): *El fascismo como categoría histórica: en torno al problema de las dictaduras en América Latina*, en "Revista Mexicana de Sociología", vol. 39, núm. 2, México, abril-junio.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1982): *Bases críticas de un derecho penal*, Temis, Bogotá.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA (1987): *Colombia: violencia y democracia*, Informe presentado Ministerio de Gobierno, Universidad Nacional de Colombia Centro Editorial, Bogotá.
- COMISIÓN INTERCONGREGACIONAL DE JUSTICIA Y PAZ (1988): *Justicia y Paz*, vol. 1, núms. 1 y 2, enero-marzo y abril-junio, Boletín Informativo, Bogotá.
- CONADEP (1984): *Nunca Más*, Informe de la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas, EUDEBA, Buenos Aires (1ª ed. noviembre, 4ª ed. diciembre). Hay edición española, Seix Barral, Barcelona, 1985.
- COTTLER, J. (1978): *Clases, Estado y Nación en el Perú*, IEP, Lima.
- CUEVA, A. (1977): *La cuestión del fascismo*, en "Revista Mexicana de Sociología", vol. 39, núm. 2, abril-junio, México.
- CHERESKY, I. (1985): *Introducción a I. Cheresky y J. Chonchol* (compils.), "Crisis y transformación de los regímenes autoritarios", Temas-EUDEBA, Buenos Aires.
- DILLON SOARES, G. A. (1984): *El futuro de la democracia en América Latina*, en "Estudios Internacionales", XVI/66, 202-231.
- DOCTRINA PENAL (1985, 1986, 1987 y 1988): *Debates*, en núms. 30, 33, 34, 36, 39 y 41, Revista de Teoría y Praxis en las Ciencias Penales, Edit. Depalma, Direc. Ricardo C. Núñez, Buenos Aires.
- DOS SANTOS, TH. (1977): *Socialismo y fascismo en América Latina hoy*, en "Revista Mexicana de Sociología", vol. 39, núm. 2, abril-junio, México.
- EISENBERG, U. (1980): *Kriminologisch bedeutsamer Verhalten von Staatsführungen und ihren Organen*, en "Monatschrift für Kriminologie", 63 Jahrgang, Heft 4, 217-231.
- "EL PAÍS" (1987): *Los ejércitos de América aprueban la "acción conjunta" contra el terrorismo*, por C. ARES desde Buenos Aires, Madrid-Barcelona, 20 noviembre.
- EVERS, T. (1979): *El Estado en la periferia capitalista*, Siglo XXI, México.
- FALETTO, E. (1982): *Estilos alternativos de desarrollo y opciones políticas. Papel del Movimiento Popular*, en F. Rojas Aravena (ed.), "Desarrollo y perspectivas democráticas", S. José (C. Rica), 101-122.
- FEDEFAM (1986): *90.000 latinoamericanos desaparecidos exigen justicia*, en "Hasta encontrarlos", Boletín Informativo, año v, núm. 25, noviembre-diciembre, Caracas.
- FISCHER, R. (1983): *Probleme bei der Erfassung kriminologisch relevanten Verhaltens von Staatsführung und ihre Organen*, en "Krim.J.", 1/1983, München, 271-279.
- FLORES GALINDO, A. (1986): *Buscando un inca. Identidad y utopía en los Andes*, Lima.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1987): *Autoritarismo y control social* (Argentina-Uruguay-Chile), Editorial Hammurabi-serie negra 3, 2ª ed., Buenos Aires. Original en alemán: "Recht und Autoritarismus in Lateinamerika (Argentinien, Uruguay, Chile 1970-1980)", Editionen der Iberoamericana-Reihe III, Monographie und Aufsätze, 14 - Verlag klaus Dieter Vervuert, Frankfurt a.M., 1985.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1988): *La democracia argentina actual: Problemas ético-políticos de la transición*, en SISTEMA (Revista de Ciencias Sociales), núm. 82, julio, Madrid, 85-99.
- GROISMAN, E. (1983): *Poder y derecho en el "Proceso de Reorganización Nacional"*, Ensayos y Tesis 5, CISEA, Buenos Aires.
- HESS, H. (1970): *Mafia. Zentrale Herrschaft und lokale Gegenmacht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Hay versión en castellano: "Mafia", Madrid, 1975. Versión en italiano: "Mafia", Tascabili Laterza, 1973, Robinson, 1984, Bari.
- HESS, H. (1976): *Repressives Verbrechen*, en "Krim.J.", 1/1976, München, 1-22.
- ISAACSON, J. (1974): *Prólogo a J. Isaacson* (compil.), "El populismo en la Argentina", Temas Contemporáneos 1-Plus Ultra, Buenos Aires.
- KAPLAN, M. (1978): *El Leviathan criollo: estatismo y sociedad en la América Latina contemporánea*, en "Revista Mexicana de Sociología", vol. 40, julio-septiembre, México.
- "LA VANGUARDIA" (1986): *Otro periodista lucha por demostrar que los asesinos son políticos*, por J. Ibarz desde Ayacucho (Perú), Barcelona, 3 agosto.
- LECHNER, N. (1977): *La crisis del Estado en América Latina*, El Cid, Caracas.
- MOLS, M. (1987): *La democracia en América Latina*, Colección de Estudios Alemanes, Editorial Alfa, Barcelona. Original en alemán: "Demokratie in Lateinamerika" Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-köln-Mainz, 1985.
- NUN, J. (1987): *La teoría política y la transición democrática*, en J. Nun/J. C. Portantiero (compil.) "Ensayos sobre la transición democrática en la Argentina", Puntosur Editores, Buenos Aires.
- O'DONNELL, G. (1975): *Reflexiones sobre las tendencias generales de cambio en el Estado burocrático-autoritario*, Documento CEDES/G.E.CLACSO núm. 1, Buenos Aires.
- OLMO, R. del (1979): *Ruptura criminológica*, Colección Ciencias Jurídicas y Políticas V, Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Caracas.
- OLMO, R. del (1981): *América Latina y su Criminología*, Siglo XXI Editores, México.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1980): *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 abril, original español.
- PEARCE, F. (1976): *Crimes of the Powerful*, Pluto Press, London. Versión en castellano (trad. N. Grab), "Los crímenes de los poderosos (El marxismo, el delito y la desviación)", Colec. Nueva Criminología y Derecho-Siglo XXI, México, 1980.
- PEASE, H. (1977): *El ocaso del Estado oligárquico en el Perú*, DESCO, Lima.
- PETERS, D. y H. (1972): *Kritik and Hess' Kritik - im Namen seiner Kritik*, en "Krim.J.", 1/1976, München, 46-51.
- PETRAS, J. (1979): *Neofascismo: muerte y resurrección de la oposición política*, en "Revista Mexicana de Sociología", vol. 41, México.
- PETRAS, J. (1988): *Colombia: Neglected Dimensions of Violence*, New York, manuscrito aún no publicado.

- PFEIFFER, D.-K. SCHEERER, S. (1979): *Kriminalsoziologie. Eine Einführung in Theorien und Themen*, Urban-Taschenbücher 291-Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz.
- PORTANTIERO, J. C. (1982): *Algunos problemas para la construcción de un orden político democrático*, en F. Rojas Aravena (ed.) *op. cit. supra*, 85-101.
- REYES ECHANDÍA, A. (1987): *Legislación y seguridad nacional en América Latina*, en "Poder y Control", núm. 0, Barcelona, 251-260.
- SANCINETTI, M. A. (1988): *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires.
- SEMANA (1988): *El dossier de Urabá*, Informe Especial, edición núm. 313, mayo 3, Bogotá, 26-35.
- SCHWENDINGER, H. y J. (1975): *Defenders of order or guardians of human rights?*, en I. Taylor, P. Walton and J. Young (eds.), "Critical Criminology", Routledge and Kegan Paul Ltd., London, 113-146. Versión en castellano: ¿"Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?"", en ídem, "Criminología Crítica", Siglo XXI, México, 149-189 (trad. N. Grab), 2ª ed. 1981.
- SONNTAG, H. (1977): *Hacia una teoría política del capitalismo periférico*, en H. Sonntag, "El Estado en el capitalismo contemporáneo", Siglo XXI, México.
- SUTHERLAND, E. H. (1949): *White Collar Crime*, Holt, Rinehart and Winston, New York. Hay versión en castellano (Trad. R. del Olmo): *El delito de cuello blanco*, Colección Temas-Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Caracas, 1969.
- UMAÑA LUNA, E. (1985): *Los derechos humanos en Colombia*, Temis, Bogotá.
- WALDMANN, P. (1983): *Ensayos sobre sociedad y política en América Latina*, Estudios Alemanes-Editorial Alfa, Barcelona-Caracas.
- ZAFFARONI, E. R. (1982): *Política criminal latinoamericana* (Perspectivas-Disyuntivas), Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, E. R. (1984): *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (Primer Informe), documentos y cuestionarios elaborados para el Seminario de San José (Costa Rica), 11 al 15 de julio de 1983, redactados por el coordinador Profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA *

(Sala de Casación Penal)

Aplicación del artículo 374 del Código Penal

En los delitos contra el patrimonio económico, para efectos de la aplicación del art. 374 del C. P., es indispensable que el agente efectúe la restitución natural cuando ello sea posible; si no se pudiere realizar sin que le fuere imputable al procesado, debe acudir a la restitución por equivalencia que se concreta en el pago de una suma de dinero para obtener la compensación del valor del objeto. De todas maneras se requiere, además, la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados.

La Corte niega la aplicación de la norma en un evento en el cual el perito dictaminó la ausencia de perjuicios materiales, tasando solo los morales los cuales fueron pagados.

Comentario: Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO

Magistrado ponente: Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ
Noviembre 21 de 1988

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de diciembre de 1987, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a los procesados F.A.T.C. y D.A.G.G., al primero a la pena de 50 meses de prisión por los delitos de hurto y porte ilegal de armas, y al segundo a la pena de 40 meses de prisión por el delito de hurto, imponiéndoles la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y negándoles la condena de ejecución condicional.

ANTECEDENTES:

Los hechos materia del proceso los resume así la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal:

El día 18 de agosto de 1987, cuando el señor A.M.A.M. procedía a sacar del parqueadero ubicado en la carrera 49, en cercanías de la iglesia Asunción en Medellín, la camioneta Dodge de placa núm. OM-5911, fue interceptado por varios individuos, quienes bajo amenazas con armas de fuego lo despojaron del vehículo.

* Radicación núm. 2643. Aprobado según acta núm. 67/88.

Minutos más tarde fueron capturados D. A. G. G. y F. A. T. C. cuando trataban de huir luego de ser sorprendidos dentro del vehículo objeto material del ilícito, en lugar cercano a aquel en que tuvieron ocurrencia los hechos, no sin antes, el segundo de los nombrados, tratar de oponer resistencia a su aprehensión, accionando un revólver que meses antes había sido hurtado en asalto perpetrado al Ley de Envigado, el primero de julio de 1985".

El juzgado Veintidós de Instrucción Criminal radicado en Medellín, adelantó la investigación por el procedimiento abreviado teniendo en cuenta el estado de flagrancia y la confesión de los procesados, y mediante auto de 28 de agosto de 1987, dispuso la detención preventiva de T. C. y de G. G. por hurto calificado y porte ilegal de armas, solicitando a la vez al juez penal del circuito la citación a audiencia pública (fls. 32 y ss.). El sumario correspondió al Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín, que avocó su conocimiento, y mediante auto de 18 de septiembre de dicho año citó a audiencia pública (fl. 65), la cual se celebró el 5 de octubre, dictándose sentencia el 13 subsiguiente, por medio de la cual se condenó a T. C. a la pena principal de 24 meses y 10 días de prisión, por los delitos de hurto calificado y agravado (arts. 349, 350 y 351 C. P.) en concurso con el delito de porte ilegal de armas, previsto en el art. 1° del decreto 3664 de 1986, y condenó a G. G. a la pena principal de 20 meses y 18 días por el citado delito de hurto. Para la dosificación de la pena el juzgado tuvo en cuenta la rebaja por "indemnización" contemplada en el art. 374 del Código Penal. Este fallo fue apelado por los defensores de los procesados, y el tribunal, en la sentencia que se ataca en casación, la modificó para imponer a T. C. una pena de 50 meses de prisión, y a G. G., una de 40 meses de prisión. Este incremento lo fundamentó en que el Juzgado Doce Penal del Circuito aplicó erróneamente el citado art. 374, pues no existió "restitución" sino "decomiso" del vehículo

objeto del hurto. A cambio, reconoció la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el numeral 7° del art. 64 ibídem.

LA DEMANDA:

De conformidad con el numeral primero, cuerpo primero, del art. 226 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de violar directamente la ley, por aplicación indebida del numeral 7° del art. 64 del Código Penal, que llevó a no aplicar el art. 374 ibídem.

Afirma el actor que como la autoridad misma fue la que aprehendió el vehículo objeto del hurto y lo "restituyó", los procesados estaban en imposibilidad de restituirlo, motivo por el cual se limitaron a indemnizar los daños de acuerdo al avalúo de los mismos que hizo el perito. "Por ende —señala— la única forma de demostrar la voluntad de menajar el perjuicio causado al bien jurídico, consistía en indemnizar todos los daños y perjuicios, como efectivamente lo hicieron. No es que no haya existido ánimo restitutivo sino que se encuentran en imposibilidad de restituir".

Solicita, pues, que se case parcialmente el fallo y se dicte el que debe sustituirlo, haciendo la rebaja correspondiente, y otorgando, en consecuencia, la condena de ejecución condicional.

EL MINISTERIO PÚBLICO:

"Lo cierto para la Procuraduría, es que si se indemniza no habiendo restituido, sea lo primero por la oportuna acción de la autoridad, por la actividad de un tercero ajeno al delito, por la misma circunstancia de no haberse consumado la infracción, desde que la indemnización sea tal, procede la atenuante". Empero, acota el señor Procurador Tercero, en este caso la indemnización que se pretende no puede considerarse como "plena o completa", ya que

"no basta con la consignación de sumas irrisorias y absurdas como las que, a propósito del impacto emocional, del año moral subjetivo, resolvió proponer el perito en este proceso, sin motivación sería ni atendible, y con absoluta falta de control en las instancias respecto de una fijación de perjuicios en que el primer convocado a realizarla es el propio juez, pero siguiendo al pie de la letra los criterios expresamente consagrados en el artículo 107 del C. P."

Al no haber "indemnización efectiva", la Sala no debe casar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Ya se dijo que el fallador de la primera instancia había reconocido en favor de los dos procesados la disminución de pena prevista en el art. 374 del Código Penal, pero el Tribunal Superior, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el aludido fallo, consideró que la citada atenuante no podía otorgarse, con base en la siguiente argumentación:

"... resulta inaplicable en este caso el artículo 374 del Código Penal, por cuanto si bien aparece un recibo de consignación (fl. 73) concordante con la tasación hecha a folios 72, la verdad es que ello apenas alcanza a constituir una de las causales previstas en el artículo 64 ibídem, específicamente la del numeral 7°. Porque no se cumplieron los requisitos básicos del artículo 374 ya citado. En efecto, la restitución de la cosa o su valor, y la indemnización de los perjuicios son dos actos aislados, individuales, fundamentalmente precedidos de la voluntariedad para devolver y resarcir, y generalmente como consecuencia del arrepentimiento mas no del impulso de mejorar una situación donde ni siquiera entra en consideración la lesión material o moral inferida.

"No se puede argumentar que al haber existido el decomiso del bien, se produce una restitución. No era ese el pensamiento del legislador ni es el espíritu de la norma ...".

El censor, por su parte, no sostiene que los procesados hubieran restituido el objeto material del delito. Lo que afirma es que, ante la imposibilidad de hacerlo, bastábales con indemnizar los perjuicios causados al ofendido para hacerse acreedores a la rebaja de pena prevista en el art. 374 del Código Penal: "El presupuesto de toda norma jurídica —afirma el recurrente— es que sus destinatarios se encuentren en capacidad de hecho y de derecho para cumplirla. Pugnaría contra la equidad y la lógica la exigencia de conductas de imposible cumplimiento por el agente. Si el presupuesto de la norma es restitución más indemnización, cuando el cumplimiento del primero es imposible, ha de bastar el segundo para la aplicación de la atenuante ...".

Este, pues, el punto que debe resolver la Sala: si la restitución del objeto material del delito no puede efectuarse, porque este ya fue recuperado y entregado a su dueño no mucho tiempo después de consumarse el hecho, o porque el ilícito se quedó en el grado de tentativa, ¿será suficiente la indemnización de los perjuicios causados a la víctima, para que el responsable del reato se haga merecedor a la disminución de pena consagrada en el art. 374 del Código Penal? Indudablemente que sí.

La indemnización de los daños materiales y morales que se causen con el hecho punible es una obligación solidaria de todos los responsables del mismo (instigadores, autores y cómplices), y aunque el ofendido puede solicitarla por fuera del proceso penal o dentro de este, constituyéndose parte civil, el legislador le ha impuesto al juez el deber oficioso de averiguar el monto de tales perjuicios, garantizar su pago y condenar a los penalmente responsables a su cancelación.

No obstante lo anterior, la ley, a manera de estímulo, recompensa al responsable de cualquier delito que voluntariamente resarcir el daño causado, aunque la indemnización no sea total, consagrando este hecho como circunstancia de atenuación punitiva (art. 64-7 del C. P.).

Pero en relación a los delitos contra el patrimonio económico, dada la naturaleza de los bienes que con ellos se vulneran la cual permite una casi completa reparación del daño particular causado, el legislador tradicionalmente ha sido mucho más generoso con quien de manera voluntaria indemniza tal daño.

El art. 429 del Código Penal de 1936 autorizaba rebajar la pena de una sexta parte a la mitad, si antes de pronunciarse la sentencia de primera instancia el responsable restituía el objeto que fue materia de la infracción o indemnizaba a la persona ofendida de los perjuicios causados. Si restituía el bien no tenía la obligación de indemnizar los perjuicios para ser merecedor de la rebaja de pena, y esto podría resultar injusto porque implicaba una reparación parcial del daño, pudiendo además ser este de mayor entidad en virtud del lucro cesante que del daño emergente, y esto sin tener en cuenta el rubro de los perjuicios morales.

Tal vez con base en la anterior consideración, el Código Penal de 1980 para otorgar una muy generosa rebaja de pena en los delitos contra el patrimonio económico, exigió que la reparación fuera total: que no solamente se restituyera el objeto materia del delito o su valor, sino que también se indemnizará al ofendido o perjudicado de todos los daños causados:

“Reparación. El juez podrá disminuir las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia en primera instancia, el responsable restituyere el objeto materia del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

”Para los efectos del inciso anterior, se tendrán en cuenta los criterios fijados en el libro primero, título IV, capítulo segundo de este Código”.

Significa lo anterior, que cuando la llamada restitución “natural” es posible, es esta la que debe hacerse, devolviéndole a la víctima el mismo bien objeto material del delito. Mas cuando ella no resulta posible, por haber desaparecido o haberse destruido el objeto

material, o no estar el responsable en condiciones de recuperarlo, entonces debe acudir a la denominada restitución por “equivalencia”, que se concreta en el pago de una suma de dinero para obtener la compensación del valor del objeto.

Pero a más de esta restitución natural o por equivalencia, que era suficiente, como ya se anotó dentro de las previsiones del Código Penal de 1936, para obtener la rebaja de pena el actual estatuto exige que también se indemnicen todos los perjuicios causados a la víctima. No basta, pues, la restitución (natural o por equivalencia): hay que pagar, además, todos los perjuicios causados con el delito a pesar de esta.

Mas cuando la devolución no es procedente, bien porque como en las tentativas, el ladrón no logró apoderarse de la cosa, o cuando aun habiéndolo logrado, esta es recuperada poco después por la propia víctima, o por las autoridades o terceros que se la regresan, no puede exigirse al responsable, por imposible, la restitución “natural”, ni por injusta (implicaría un enriquecimiento sin causa por parte del perjudicado) la restitución “por equivalencia”. En estos casos, el responsable se hace acreedor a la diminuyente punitiva, con el solo hecho de indemnizar los perjuicios de orden material y moral causados con su ilícita conducta.

Pero es necesario aclarar que la imposibilidad de que se trata no puede haber sido creada por el responsable, porque entonces ya no puede afirmarse que es el legislador quien impone condiciones imposibles, sino que es él mismo quien así las convierte, al pretectar cumplirlas cuando ya no está en posibilidad de hacerlo.

Cuando la recuperación de objeto material del delito ha ocurrido después de pasado un tiempo razonable durante el cual pudo ser restituido (en forma natural o por equivalencia), y no se hizo, tal actitud del responsable demuestra por sí sola que este nunca tuvo voluntad de hacerlo, y por tanto no sería justo premiar su oportunismo, cuando solo después de recuperado el bien ofrece indemnizar y aduce la imposibilidad de restitución, im-

posibilidad creada por él mismo, porque habiendo tenido la oportunidad de restituirlo y de indemnizar a la víctima, solo decide hacerlo cuando ya la restitución se ha cumplido contra su voluntad. Esto no es más que un oportunismo que la ley ni fomenta ni premia.

Este, desde luego, no es el caso *sub judice*. Los procesados acá nunca tuvieron la posibilidad de restituir el bien, por la rápida acción de las autoridades que los interceptaron y recuperaron el vehículo a pocas cuadras del lugar del apoderamiento, y cuando todavía huían en él tratando de llevarlo a un lugar seguro.

Una interpretación distinta de la anterior, como es la del Tribunal Superior, conduce a admitir que el legislador pueda imponer obligaciones no solo injustas si no de imposible cumplimiento, y que la norma excluye de sus beneficios, grados menos perfectos del delito y por tanto de menor gravedad, como lo son las tentativas.

Débase examinar, por último, para decidir si el cargo prospera, si los procesados ante la imposibilidad de restituir, cancelaron al menos la totalidad de los perjuicios causados con su delincuencia, como lo sostiene el recurrente.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 364 del Código de Procedimiento Penal, “en los hechos punibles contra el patrimonio económico, *la cuantía y el monto de la indemnización, será la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento*, siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el juez decretará la prueba pericial para establecerla” (subrayas de la Sala). Pero este procedimiento, que es el señalado por la ley para determinar la cuantía y el monto de la indemnización, no se cumplió en el caso *sub examine*. Al ofendido no se le llamó para que bajo juramento apreciara el monto de los perjuicios por él sufridos a consecuencia del delito de que fue víctima. El juez de primera instancia se limitó a designar un perito, que solo es procedente cuando

se impugna la tasación que bajo juramento hace el ofendido, y este experto rindió un dictamen que desconoció la verdad procesal, toda vez que sostuvo que “*no se causaron perjuicios materiales*” (fls. 72), cuando en realidad sí existieron.

El señor A. M. A. M. es conductor de oficio y su principal y único medio de trabajo es la camioneta hurtada (fls. 1; 13 vto; 14 y 14 vto), la cual estuvo retenida como consecuencia directa del atentado patrimonial, desde las primeras horas de la mañana del 18 de agosto de 1987 (fls. 2) hasta el 24 subsiguiente (fls. 23), cuando se produjo su entrega. Obvio es que durante todo ese tiempo el ofendido no pudo desempeñar sus actividades laborales habituales, porque para ello requería su automotor.

Como los procesados no cancelaron el valor de ese lucro cesante, cuyo monto, al igual que el proveniente por otros conceptos, tampoco se tasó de la manera prevista por la ley, es obvio que en relación con ellos no se reúnen a cabalidad las exigencias previstas en el artículo 374 del Código Penal, cuya aplicación invoca al censor.

En consecuencia, el cargo no prospera. En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.
Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.
Guillermo Duque Ruiz—Jorge Carreño Luengas—Guillermo Dávila Muñoz—Jaime Giraldo Angel, con aclaración de voto—*Gustavo Gómez Velásquez*, aclaración de voto—*Rodolfo Mantilla Jácome—Lisandro Martínez Zúñiga—Édgar Saavedra Rojas*.
Gustavo Morales Marín, Secretario.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con todo respeto nos permitimos disentir de la decisión mayoritaria no solo por cuanto consideramos que ella no consulta la función política de la norma, sino también porque en nuestra opinión va a tener consecuencias negativas para la justicia, pues implicará que la acción eficaz del Estado y de la comunidad frustrando la consumación de los delitos o logrando la recuperación rápida de los objetos materia de los mismos, redundará paradójicamente en beneficios significativos para los delincuentes.

Por otra parte, ella no se ajusta al texto mismo de la norma. En efecto, el art. 374 del Código Penal concede una rebaja de la pena de la mitad a las tres cuartas partes si "el responsable restituyere el objeto materia del delito o su valor e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado". Aun partiendo de la simple interpretación literal de este artículo, se llega a la conclusión de que para que el beneficio se pueda dar, se requieren dos elementos: la restitución del bien y el pago de perjuicios, y que ello se haga por el responsable de la infracción en forma voluntaria.

En cuanto al primer elemento, no hay ninguna duda de que la legislación actual modificó el régimen jurídico anterior, en el que solo se exigía la restitución del bien o la indemnización de perjuicios, utilizando en la redacción de la norma la conjunción disyuntiva "o", que ahora sustituyó el nuevo Código por la copulativa "e".

No compartimos la tesis de la providencia de que la restitución del bien no es indispensable para conceder el beneficio cuando ella no es posible, como ocurre en los casos de las tentativas o cuando se logra la rápida recuperación de aquel, arguyendo para el efecto que la ley no puede hacer exigencias imposibles de cumplir. Esta planteamiento solo tiene invalidez cuando la ley impone obligaciones, pero no cuando confiere beneficios, a los cuales solo se tendrá derecho cuando se cumplan

todos los supuestos señalados para su concesión. No se afirmaría, por ejemplo, que el recluso que no ha trabajado o estudiado porque el establecimiento carcelario no tiene posibilidades de permitirle la realización de estas labores, tiene de todas maneras derecho a que se rebaje la pena en la proporción señalada por la ley; o que en el peculado por destinación indebida se debe conceder la rebaja de la pena cuando ya se ha hecho la inversión de los dineros, pues sería imposible aplicarlos a su destinación inicial. Por eso es la misma ley la que señala las condiciones especiales en que se exonera del cumplimiento de los requisitos para disfrutar de un beneficio por ella establecido, como ocurre en el pago de los perjuicios para tener derecho a la condena de ejecución condicional. Aún más, en el caso concreto de la tentativa lo que parece colegirse de la ley es que excluye la disminuente prevista por la norma comentada, pues en ella ya se prevé una reducción de la pena por no haberse consumado el ilícito, es decir, por no haberse producido el apoderamiento del bien.

En segundo lugar, la restitución debe ser hecha voluntariamente por el responsable del ilícito, como lo dice la norma al disponer que el beneficio se concede si "el responsable restituyere". No puede beneficiar a un delincuente, por ejemplo, la recuperación que se obtenga por acción de las autoridades, la víctima o terceros ajenos al delito.

Esta interpretación es la que corresponde más adecuadamente a la función política del beneficio, pues lo que pretende con él no es solo propiciar el resarcimiento de la víctima, sino sobre todo estimular el arrepentimiento del infractor y la búsqueda personal de su reintegro a la vida social, finalidad que implícitamente también reconoce la providencia de la cual nos separamos, al quitarle toda eficacia a la restitución que se hace en forma tardía, pues no refleja esa voluntad de arrepentimiento.

Por otra parte queremos destacar el peligro que para la vida institucional del país puede implicar esta interpretación, que va a determinar que siempre que los delitos contra el patrimonio económico se queden en el plano de la tentativa, o que se produzca una recuperación rápida de los objetos materia de los mismos

por acción eficaz de la autoridades o de la comunidad, deberá casi automáticamente aplicarse esta norma, pues los perjuicios que se causan en estas condiciones suelen ser insignificantes.

Jaime Giraldo Ángel—Gustavo Gómez Velásquez.

COMENTARIO

Son varios los aspectos a los que se hace alusión en esta providencia, motivo por el cual creemos conveniente referirnos por separado a cada uno de ellos, en procura de una mayor claridad.

I. Estamos plenamente de acuerdo con la providencia en lo atinente a la afirmación de que en los casos en los cuales al reo le es imposible la restitución del objeto material del delito (por haber sido recuperado por la víctima, por las autoridades o por terceros; por destrucción o por no ser posible su recuperación; y en los eventos de tentativa), bastará para la aplicación de la disminuente punitiva consagrada en el art. 374 del C. P., que este indemnice los perjuicios materiales y morales causados con el hecho punible (restitución "por equivalencia"). Esta interpretación de la norma en mención, que tiene un consistente apoyo doctrinario y jurisprudencial¹, es la que mejor consulta los criterios teleológicos que subyacen en ella y la más consecuente con el principio de equidad que debe inspirar toda labor interpretativa que apunte a garantizar la vigencia de la justicia material.

II. Discrepamos, eso sí, de la aseveración de que para la procedencia de la rebaja de la pena prescrita en el art. 374 del C. P., la restitución y/o indemnización de los perjuicios debe ser un acto voluntario del que se infiera indubitadamente el "arrepentimiento" del procesado. Y nuestra oposición se fundamenta en lo siguiente:

A. El art. 374 del C. P. por ninguna parte menciona el "arrepentimiento" como elemento subjetivo especial de cuya existencia dependa la aplicación de la disminuente punitiva prescrita en el mismo. Y si eso es así al vincular el "arrepentimiento" como exigencia adicional, no obstante no considerarlo la ley, con ello

¹ JOSE LIBRADO VÁSQUEZ, "La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio económico", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 535 a 538; Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO: "Pago de perjuicios ocasionados por el hecho punible y la libertad provisional en los delitos contra el patrimonio económico", *Comentario de NÓDIER AGUDELO BETANCUR*, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 22, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 789 a 793; Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ: "Interpretación teleológica del artículo 374 Código Penal. La reparación en los delitos contra el patrimonio económico", *Comentario de FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ*, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 17, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 109 a 117.

se viola el principio de legalidad o de reserva, norma rectora de la ley penal colombiana. La extendida existencia en nuestro país del punto de vista impugnado, es consecuencia de la deformación ideológica que el derecho penal de autor (peligrosismo) ha entronizado en el pensamiento jurídico colombiano.

B. Si fuere necesario el "arrepentimiento" en todos los eventos en que se restituya el objeto material y/o se indemnicen los perjuicios, consecuentemente tendríamos que concluir que esta conducta es una confesión de autoría y de responsabilidad, si el reo se hace acreedor a lo prescrito en la norma.

Perfectamente se pueden presentar casos en los cuales el procesado alegue no ser el autor, y así lo reivindique durante todo el proceso, y no obstante ello, con el fin —implícito o explícito— de obtener la libertad provisional (C. de P. P., art. 439, num. 7), o una rebaja de la pena en el evento de una condena, restituye el objeto material o su valor y/o indemniza los perjuicios. Obviamente aquí no hay "arrepentimiento", y sería arbitrario e injusto que por tal motivo no se le concediese la rebaja de pena prescrita en la norma aludida. Este planteamiento vale también cuando el procesado alega la concurrencia de una circunstancia configuradora de una causal de justificación o de inculpabilidad, eventos en los que tampoco será posible pregonar que la restitución y/o indemnización constituyen testimonio de "arrepentimiento". Con el criterio contrario al sostenido aquí, no sería extraño que se llegase al exabrupto de exigir que para conceder la rebaja de la pena, previamente tenga que darse la *confesión simple* de responsabilidad. Y en estricta lógica a no otra conclusión tiene que llegarse con esta posición.

C. Estamos convencidos de que en esta materia es necesario desarrollar cabalmente la filosofía del derecho penal de acto, a la cual se adscribe nuestro Código Penal, conforme a ella la razón de ser de la atenuación punitiva consagrada en el art. 374 del C. P., es que objetivamente la lesión al bien jurídico tutelado se disminuye, como consecuencia de la restitución y/o indemnización de perjuicios. Según esto, entonces, el "arrepentimiento" absolutamente nada tiene que ver en los fundamentos político-jurídicos que determinan la existencia de la norma.

Como corroboración de esta tesis es preciso decir que una de las finalidades fundamentales del proceso penal es el restablecimiento del derecho de los perjudicados con el delito (C. de P. P., arts. 11 y 16) y para lograrlo la ley crea mecanismos adecuados, como el estímulo de la rebaja de pena al reo que repare el daño causado con el hecho punible. No podemos olvidar que en los delitos contra el patrimonio económico el interés fundamental de los ofendidos estará en el restablecimiento de su derecho. Así las cosas, con el criterio aquí esbozado se le estaría dando aplicación al principio de primacía de la víctima, limitación funcional intrasistemática de nuestro derecho penal, que es desarrollo de una política criminal que consulta la necesidad de limitar cuantitativa y cualitativamente la violencia punitiva, en consideración a la profunda crisis de legitimidad por el que atraviesa, con justificadas razones, nuestro sistema penal².

² Cfr. ALESSANDRO BARATTA, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 34, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 428; EMIRO SANDOVAL

III. La decisión de no casar la sentencia impugnada se fundamenta en que el dictamen pericial "desconoció la verdad procesal", al sostener que no se causaron perjuicios materiales. Y como los condenados solo cubrieron el valor total de los perjuicios tasados por el perito, dejaron de hacerlo respecto de los perjuicios no tasados (como el lucro cesante), siendo entonces parcial la indemnización, y por ende, inaplicable el art. 374 del C. P.

Lo anterior nos merece las siguientes consideraciones:

A. El juez, atendiendo a los principios de *verdad material* (C. de P. P., art. 360) y *libertad de prueba* (art. 254), puede acudir a la prueba pericial para la evaluación de los perjuicios bien sea cuando considere que la tasación de los mismos por el perjudicado no corresponde a la realidad, o cuando este no ha tenido la oportunidad procesal de hacerlo. Recuérdese que la reparación del daño, constituye una de las causales de libertad provisional (art. 439-7), derecho que se haría nugatorio en caso de renuencia del perjudicado a hacer una evaluación juramentada de los perjuicios, cuando esta reviste pretensiones abusivas, o cuando la misma no existe.

B. Muy al contrario de lo que se dice en la providencia, consideramos que la auténtica "verdad procesal" en cuanto a los perjuicios es el dictamen pericial en torno a los mismos, ya que este fue legalmente producido (perito debidamente nombrado, posesionado y juramentado), no fue impugnado por las partes y satisfizo al juez de primera instancia que no ordenó su aclaración, ampliación o completación, cuando pudo hacerlo (Cfr. art. 276 C. de P. P.).

Y pasar por encima de esto, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia en la providencia en comento, constituye ni más ni menos un desconocimiento del derecho de defensa.

IV. Para concluir, es necesario referirnos al salvamento de voto a la sentencia objeto de nuestro comentario, que también se ha transcrito en su integridad en esta publicación y que interpreta todavía más restrictivamente la norma que la decisión mayoritaria de la Sala:

A. En primera instancia, en dicho salvamento de voto se privilegia una interpretación gramatical del texto, no obstante ser esta la forma más inidónea para desenrañar el contenido de las normas, olvidándose también de los criterios interpretativos lógico-sistemáticos y los teleológicos. Tiene plena cabida aquí lo que el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA dice sobre la interpretación gramatical: "La exégesis del texto es, pues, necesaria, pero regularmente insuficiente y políticamente peligrosa (apologa la voluntad del gobernante histórico, permanece en el pasado y por ende se cierra el flujo de las valoraciones socioculturales, y, en fin, reniega de la equidad

HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 115 y ss.; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "Cómo es posible una dogmática axiológica", en Francesco Carrara. *Homenaje en el centenario de su muerte*, Bogotá, Edit. Temis, 1988; íbidem; "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988.

como fuente y faro de toda interpretación jurídica, sacrificando la justicia material en aras del más pedestre y vacío formalismo) ... es ilógica, empírica, primitiva, y puede conducir a los mayores exabruptos e injusticias"³.

B. La tesis principal se circunscribe a afirmar que la "restitución" no constituye una obligación para el reo, sino un "beneficio", que por ser tal no importa que las exigencias impuestas para el mismo sean imposibles de cumplir, porque en dicho caso simplemente no se hace acreedor al "beneficio".

Esta es una afirmación insólita por cuanto el ordenamiento jurídico en su conjunto es muy claro al señalar que la reparación de los perjuicios es una obligación que origina el hecho punible para los responsables del mismo, incluso siendo prevalente sobre las obligaciones que estos tengan por otros conceptos. Para acreditar esto basta citar lo prescrito en los arts. 103 del C. P. y 38 del C. de P. P., respectivamente.

"Art. 103.—Reparación del daño y prevalencia de la obligación. El hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan. Esta obligación prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún respecto de la multa" (subraya nuestra).

"Art. 38.—Quiénes deben indemnizar. Están obligados a resarcir los perjuicios causados por el hecho punible, los penalmente responsables en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar".

Y si es una obligación, la norma no puede exigir imposibles, pudiéndose entonces cumplir con esta mediante la "restitución por equivalencia".

C. Consideramos que el trabajo y el estudio dentro de los establecimientos carcelarios constituyen un derecho de los reclusos y, correlativamente, una obligación del Estado de suministrarlos. Ello se infiere de las leyes aprobatorias de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (ley 74/68, arts. 7 y 10; ley 16/72, art. 5º), del principio de dignidad humana (C. de P. P., art. 2º) y del carácter teleológico de la pena (C. P., art. 12).

Y si el Estado en la práctica ha hecho caso omiso de dicha obligación, esta infame y criminal realidad no se puede instrumentalizar para con ella imponer cortapisas a otras garantías de los condenados.

D. Afirmer que la tentativa también está excluida de las prescripciones del art. 374 del C. P., constituye una lesión al principio de legalidad o de reserva, pues la norma no discrimina entre hechos consumados y tentados, para otorgarles a los primeros y negarles a los segundos la rebaja de la pena cuando hay reparación de los daños ocasionados con el hecho punible.

Además, si la tentativa comporta una reducción de la pena (C. P., art. 22), ello es consecuencia de que nuestra legislación se adscribe al derecho penal del acto o de la objetividad material del hecho punible, según el cual en la tentativa la lesión al bien jurídico es de menor entidad y, consecuentemente, menor ha de

ser la pena en relación con el delito consumado. Y no puede olvidarse que en los hechos tentados también se causan perjuicios materiales y morales —y en veces en mayor magnitud que en los consumados—, cuya indemnización es una obligación para los declarados responsables.

E. Cuando se habla del "peligro que para la vida institucional del país" puede representar la interpretación que acoge la mayoría de la Sala, por nosotros compartida (cfr. *supra* 1), tenemos que preguntarnos si ese peligro no viene más bien de la violencia estructural (miseria, hambre, desempleo y subempleo, concentración riqueza, concentración de tierra urbana y rural, pérdida poder adquisitivo de los raquíuticos salarios), etc ..., de la cual la violencia socioeconómica —a la cual pertenecen los delitos contra el patrimonio económico— es solo una de sus consecuencias. Y tampoco se puede olvidar que es precisamente en la protección a este bien jurídico en donde el sistema penal se muestra más asiduamente clasista y selectivo y donde el incremento punitivo ha sido excesivo abusando de la prevención general al punto de hacer verdadero terrorismo penal. También hay que decir que al sistema penal nuestro se le ha copado su capacidad operativa en este tipo de criminalidad, al punto de que todavía no se cuestiona su idoneidad para criminalizar efectivamente las formas de violencia que sí están quebrando la "vida institucional del país": paramilitares, desaparecimientos, asesinatos políticos, terrorismo, genocidios, masacres colectivas, escuadrones de la muerte, etc., etc.

³ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 82. Una crítica a la interpretación gramatical en este específico punto, en el *Comentario* de FERNANDO VELÁSQUEZ V., citado en la nota 1.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

(Sala de Decisión Penal)

Principio de la unidad procesal

El Tribunal decreta la nulidad de lo actuado a partir del auto que calificó el mérito sumarial, en un proceso en el cual se omitió calificar una de las conductas imputadas al acusado optando el *a quo*, al emitir el respectivo auto de control de legalidad, por ordenar compulsar copias para que se adelantara por separado el respectivo sumario. La unidad del trámite procesal debe mantenerse como garantía procesal que evite, entre otras cosas, una eventual acumulación aritmética de penas y que se disperse o escinda la actuación adelantada para averiguar delitos conexos frente a los cuales, como en el presente caso, se escuchó en indagatoria al justiciable, se le dictó auto de detención, hubo alegación de fondo e incluso acusación en proveído inválido.

Comentario: Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Magistrado ponente: Dr. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ
Agosto 23 de 1988

En este desafortunado proceso, que debió culminar con sentencia ejecutoriada si no fuese por los escollos de distinto orden introducidos en mala hora por el despacho instructor, se expidió segunda calificación de la etapa investigativa (la primera aparece cobijada por decreto de nulidad, folios 167 a 172) y en ella el Juzgado Treinta y Siete de Instrucción Criminal de Medellín, demostrando ostensible falta de unidad en sus criterios de valoración sobre el mérito o alcance jurídico de las probanzas, y, además, *omitiendo en la parte motiva la cita de las normas infringidas*, formula al exagente de la policía S. A. H.

Y. cargos por los delitos de concusión, hurto "calificado agravado" (sic) y simulación de investidura, a la vez que ordena reabrir la averiguación en lo que importa a G. de J. P. L.

Ejecutoriada esa providencia, emitida el seis (6) de abril del año que avanza sin ceñirse de manera estricta a los imperativos del art. 471 del C. de P. P. (especificación de los cargos en la parte motiva con invocación de las normas infringidas y deducción en la resolutive de manera genérica, según la denominación genérica acordada en el capítulo, "dentro del título correspondiente del Código Penal"), el Juzgado Tercero Penal del Circuito

de esta ciudad emitió el veintisiete (27) de abril último auto declarando que la actuación cumplida frente a H. Y. no se encuentra viciada de nulidad a la luz de las previsiones del art. 305 del C. de P. P., visto que, en tratándose de ejercer un control estrictamente formal su labor, como lo exige el art. 486 *ibidem*, se limita a establecer si existe quebranto de alguna de las garantías procesales consagradas en el texto que acaba de citarse y la única irregularidad advertida (omitir al despacho instructor la calificación del caso para una hipótesis de detención arbitraria) no genera invalidez del trámite porque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aconseja expedir copia de lo indispensable a fin de adelantar por separado el respectivo sumario (ver folios 195 a 201 y 205 a 208). De ahí la medida de compulsar las copias necesarias para dicho objetivo.

La señorita Fiscal Quinta del Circuito interpuso recurso de apelación bajo el argumento de que se ha incurrido en nulidad que lesiona de manera grave las reglas que gobiernan el debido proceso establecido para investigar y juzgar ilicitudes como la de autos, pues la calificación del sumario se cumplió en forma contradictoria e imprecisa, ligera y anti-técnica, asertos que infieren de estas anomalías:

a) H. Y. era agente de la policía y a pesar de tomarse en cuenta "el mal uso del cargo público" para constreñir al ofendido "a que accediera a una prestación indebida", que en eso estriba la concusión, se le llama a juicio equivocadamente y violando el principio *non bis in idem* (C. P., art. 163);

b) No está demostrada la tipicidad del "hurto agravado" (todo indica que simulando autoridad e invocando falsa orden de la misma y en episodios desligados de la concusión posterior al apoderamiento de las armas de fuego, como parece desprenderse de las motivaciones del proveído objeto de censura por el Ministerio Público, agrega la Sala, se consumó el delito contra el patrimonio económico), amén de que el cargo no resulta "claro y determinado" porque, además, es defec-

tuosa la valoración de la prueba en gracia de que el "interés en adquirir las armas fue precisamente el medio para constreñir y obligar a la víctima a entregar una suma de dinero a cambio de recuperar su libertad"; y

c) Con menosprecio de la conexidad entre los ilícitos de "concusión y detención arbitraria", investigados unitariamente, se omitió la calificación del último de ellos, infringiéndose así el derecho de defensa (folios 210 a 212).

La Fiscalía Novena del Tribunal se opone a la prosperidad del recurso y demanda la íntegra confirmación del acto *sub judice* luego de observar que la inconformidad de la agente del ministerio público se dirige en el fondo a que se formulen nuevas imputaciones y se eliminen otras contenidas en la resolución de acusación.

Desestima la causal de nulidad invocada por la recurrente basándose en que "el auto sobre control de legalidad es eminentemente formal y sobre él no puede proyectarse un nuevo debate probatorio, pues ello convertiría al Juez del conocimiento en una especie de segunda instancia al verse compelido a emitir una nueva calificación del sumario".

Insiste en la apreciación de que los errores a que alude la fiscalía de primera instancia, en el evento de existir, pueden corregirse a través del mecanismo del art. 501 *ibidem*, "en la medida en que de las pruebas practicadas surja un tipo básico diferente del contemplado en la calificación provisional" (folios 215 a 217).

A todo lo cual se responde:

La lectura del libelo que contiene la impugnación permite descubrir de inmediato que la acusosa agente del ministerio público entremezcla en su escrito motivos que apuntan ya a valoraciones de índole sustancial relativas a la estructura y demostración de algunos de los ilícitos objeto del pliego de cargos, ora a cuestiones de naturaleza procesal que vician el trámite por haberse omitido la calificación de uno de los hechos investigados, o sea la

ilegítima privación de la libertad que sufrió J. A. R. V.

Es necesario, recordar, siguiendo estrictamente el pensamiento de la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal, que en desarrollo del principio de lealtad que obliga a las partes y de preclusión de las etapas del trámite o evolución procesal, se consagró en el art. 486 *ibidem* el sistema denominado "control de legalidad". Así, una vez ejecutoriada la resolución de acusación, el primer acto de los jueces de conocimiento (circuito o superiores) es el de examinar la actuación realizada durante el ciclo del sumario con la finalidad de establecer si se observaron o no las formas propias del juicio, si se respetó el derecho a la defensa y el principio de favorabilidad. En el evento de que ello no fuere así, se decretará la nulidad de lo actuado para mantener el imperio de la legalidad o del debido proceso.

Este auto, reza la exposición de motivos, se caracteriza porque con él no se trata de cuestionar el acervo probatorio sino, como se dijo, de mantener el imperio de la legalidad en el proceso. De otra parte, este auto no cierra definitivamente la posibilidad de plantear nulidades originadas en la etapa del sumario. Solo existe preclusión, salvo el recurso extraordinario de casación, para invocar nuevamente nulidades que fueron planteadas y controvertidas en esta etapa (léase *Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, 1986, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, págs. XLIV y XLV).

Aparece inocultable que el auto de calificación expedido aquí no es un modelo entre los de su género, porque no expresa de manera ordenada cada uno de los hechos o comportamientos que se imputan a H. Y. ni analiza con detenimiento las probanzas que en sentir del juzgado instructor acreditan o demuestran cada uno de ellos, ni se detiene en la precisión de los factores que integran las distintas ilicitudes y las circunstancias específicas que las agravan, y dando en parte estas elocuentísimas y muy acertadas recomenda-

ciones: "La resolución acusatoria destaca por sí su importancia, pues constituye la vía fundamental hacia el juicio, entra el ámbito de los debates y es la base esencial de la sentencia. Puede decirse que la esencia del antiguo auto de proceder se conserva para esta forma de acusación, variando solo su carácter modificable que la ley de procedimiento destaca con la nota de ser «provisional», característica esta que no es dable interpretar como decisión superficial e imprecisa, pues por el contrario las exigencias de su contenido indican que debe extrañar la anfibia, la contradicción, la vaguedad o la confusión. La calificación debe corresponder, en forma íntegral, a lo establecido en el sumario, cuidándose su redacción y acertándose en la apreciación jurídica de la conducta. De más está decir que deben citarse las disposiciones legales que inciden en esa valoración y concretar bien las agravantes y diminuyentes. La comentada «provisionalidad», solo pretende captar, sin necesidad de retrotraer el procedimiento, los resultados probatorios de la causa y de la audiencia, sin abandonar, en este cambio, las garantías de enteramiento a las partes (o al jurado de conciencia), señaladas en los artículos 501 y 533" (GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, *Código de Procedimiento Penal colombiano comentado*, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1988, pág. 439).

No afloran sin embargo vicios de tal magnitud que indiquen quebranto de las reglas que gobiernan la formación de un acto de su inocultable entidad y repercusiones en las actuaciones del juicio, ni se descubre nulidad por imprecisión, vaguedad o anfibia en los cargos, expresión esta última que ha de entenderse, según enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como "una manifiesta ambigüedad en la formulación de los cargos en el auto de proceder que por modo directo cercena al procesado la oportunidad de contradecir la imputación, esto es, de ejercer sobre bases ciertas e inconfundibles el derecho de defensa" (sentencia de 22 de abril de 1980).

A pesar de las valoraciones en contrario expuestas por el juzgado de circuito, la falla que conduce a la invalidez de lo actuado radica en haberse omitido la respectiva calificación en lo que importa al delito de privación ilegal de la libertad o detención arbitraria (C. P., art. 272).

De veras, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acerca de las consecuencias que acarrea el quebranto o infracción del art. 14 del C. de P. P. (antes art. 167) por incompleta calificación surgida de la falta de examen de "ciertos hechos o de algunas personas (delitos o procesados)", ya en el sumario, bien en el auto de cargos o en la sentencia (léanse fallos de 12 de noviembre de 1986, 10 de febrero, 30 de abril y 19 de agosto de 1987), en sentir de la Sala no puede extremarse o entenderse de manera tan amplia que autorice un rompimiento de la unidad procesal y disperse o escinda la actuación adelantada para averiguar delitos conexos frente a los cuales fue oído en indagatoria el justiciable, se le dictó auto de detención, hubo alegaciones de fondo y hasta acusación en proveído inválido.

Es que la unidad del trámite debe mantenerse aquí como lógica garantía procesal que evite, entre otras cosas, una eventual acumulación aritmética de penas, ya que ese instituto, anota la H. Corte en las casaciones penales de 8 de marzo y 17 de septiembre de 1981, se realiza en la práctica "cuando se dan los presupuestos probatorios, procesales o tem-

porales necesarios para que el hecho cometido en concurso pueda ser simultáneamente juzgado y fallado en la misma oportunidad procesal ...".

Como la impugnación se dirige a dejar sin efectos el aludido auto de control de la legalidad, ese objetivo se alcanza invalidando el trámite agotado desde la providencia de seis (6) de abril último, inclusive (folios 195 a 201) que calificó incompletamente el mérito del sumario, a fin de que con observancia de lo que se viene exponiendo el juzgado instructor se pronuncie de nuevo y abarque todos los hechos materia de la investigación.

Sin necesidad de otras consideraciones y en desacuerdo con la Fiscalía, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, *declara nulo* lo actuado en este proceso, a partir, inclusive, del auto de seis (6) de abril último (folios 195 a 201), y ordena que se reponga de ahí en adelante, con observancia de lo expuesto en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los magistrados,

J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ J. GÓMEZ, JULIÁN MUÑOZ SÁNCHEZ

ALBERTO GARCÍA QUINTERO.

Secretario

COMENTARIO

I. *Planteamiento del problema.* Pese a que tradicionalmente nuestra legislación procesal penal ha consagrado como uno de sus postulados inspiradores el *principio de la unidad procesal* (decretos 409 de 1971, arts. 90, 167 y 168 y 50 de 1987, art. 14) y se tiene claro que es "principio rector", esto es, una directiva orientación o guía para la comprensión del ordenamiento procesal (o, como dice la doctrina más autorizada, una de esas ideas fundamentales referidas a la estructuración del proceso que le dan su base), ello no ha sido óbice para que nuestra práctica judicial lo desconozca, con el consecuente olvido de la filosofía liberal que inspira el proceso

penal, procediendo a romper la unidad procesal en diversas situaciones atentando contra el debido proceso, la economía procesal y, por consiguiente, las garantías del reo. Podría decirse que con el reciente tránsito de legislaciones, la discusión sigue siendo básicamente la misma pues lo único nuevo es la manera categórica como el legislador de 1987 se ha preocupado por proteger, por lo menos en el título preliminar del estatuto, dichos axiomas fundamentales.

Justamente, un caso de aparente olvido en la resolución de acusación de una de las conductas imputadas a un sindicado a lo largo de la investigación lleva al juez del conocimiento, al expedir el auto de control de legalidad, a ordenar la expedición de copias para investigar por cuenta separada tal evento, ante lo cual el Tribunal Superior de Medellín decreta la nulidad de lo actuado para que se emita nueva calificación del mérito sumarial, echando así las bases de otra dirección jurisprudencial llamada a corregir injusticias y decisiones judiciales desacertadas.

II. *Una tesis errónea.* Como se desprende del rastreamiento hecho por la misma Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal), ya desde marzo 15 de 1955 viene sosteniendo la alta corporación que no procede la nulidad como mecanismo enderezado a corregir los yerros y omisiones de la justicia "cuando se trata de delitos conexos de los cuales se sindicó una misma persona, y se dicte primero fallo por uno de dichos delitos y luego por el otro, cuando esto se debe a que, al calificar el sumario, se llamó a responder en juicio al procesado por una de las infracciones y se lo sobreseyó ... por otra"¹.

A su turno, mediante sentencia de 9 de agosto de 1957 se sostiene que es potestativo del juez determinar cuándo procede o no la acumulación², tesis recogida en providencias de 17 y 24 de noviembre de 1983, la primera de las cuales se apoya en una añeja jurisprudencia italiana citada por LEONE³, quien, de paso es bueno recordarlo, se pronuncia abiertamente contra tal tesis, las cuales reiteran que el quebrantamiento de la unidad procesal no implica en modo alguno la nulidad⁴.

En este orden de cosas es significativa la decisión de noviembre 12 de 1986 la cual (luego de hacer la reconstrucción histórica de la susodicha jurisprudencia, en un caso en el cual el *ad quem* condenó por el delito de fraude procesal y adició la sentencia, ordenando expedir copias para investigar por separado una posible tentativa de estafa), entiende que semejante irregularidad no compromete el debido proceso, pues "el error o la irregularidad para que constituya nulidad supralegal, debe ser substancial, atinente a la sentencia que se impugna y siempre que lesione además la esencia misma del juicio o disminuya las garantías del procesado"⁵.

¹ Así en "G. J.", t. LXXXIX, pág. 887.

² "G. J.", t. LXXXVI, pág. 150.

³ GIOVANNI LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, pág. 405.

⁴ Citados en "G. J.", t. CLXXXV, págs. 560 y ss.

⁵ Ídem, pág. 566.

Para terminar este bosquejo deben recordarse las decisiones de febrero 10 y abril 22 de 1987, que insisten en el mismo planteo, llegando la primera hasta postular que los peligros de una acumulación aritmética de penas, sobrevinientes de las diversas condenas, se pueden obviar mediante la "acumulación jurídica de penas" (1), lo que obviamente es completamente desacertado, salvo que se entienda la tarea judicial no en el sentido de administrar justicia sino de legislar⁶. Incluso el mismo Tribunal Superior de Medellín en otra de sus salas, mediante decisión de febrero 17 de 1988, en un caso de concurso de hechos punibles de porte ilegal de arma de fuego y hurto calificado, por ende conexos, consideró inocua la ruptura de la unidad procesal y sin alcance para infringir el debido proceso pese a que la persona ya había sido condenada por uno de los hechos⁷.

Las consecuencias que se derivan de tal dirección jurisprudencial son, en verdad, preocupantes. Que no se observe la unidad procesal multiplicando los procesos y posibilitando condenas separadas por hechos conexos, con acumulación aritmética de penas, es algo que solo puede generar asombro. Es que no se entiende cómo, de manera mecánica, durante tantos años se ha venido sosteniendo una tesis equivocada que incluso llega a reconocer que procede la nulidad si se disminuyen las garantías del procesado⁸ pero, extrañamente, cuando a una persona se le desconocen sus más elementales garantías procesales como sucede en las hipótesis anotadas la misma no se decreta, como si sobre el procesado debieran recaer los yerros de la Justicia. ¿En qué quedan el debido proceso, el principio de libertad, la economía procesal? ¿Será que aún no hemos entendido el alcance político que en un Estado demoliberal tienen tales postulados elevados ahora a la categoría de principios rectores legislados con fuerza vinculante para el intérprete?

III. *Hacia una nueva jurisprudencia.* La importancia de la decisión que hoy transcribimos es grande si se tiene en cuenta que, inspirada por una concepción democrática, clama por la efectiva observancia de los postulados que rigen el derecho procesal penal vigente. Ciertamente se trata de una tesis aún minoritaria, pero su claridad y precisión tienen necesariamente que llevarla a lugar de primacía.

Afortunadamente no aparece insular sino que tiene como asiento una reciente aclaración de voto, reiterada en diversas oportunidades, de la cual es abanderado el magistrado LISANDRO MARTÍNEZ ZÚNIGA, quien, con indudable criterio liberal y de manera por demás acertada, muestra cómo la tesis contraria aparece inscrita dentro de una concepción autoritaria del proceso penal desconocedora de los derechos humanos. En efecto:

"La nulidad se justifica y tiene razón de ser, cuando la errónea calificación es anfibológica o uno de los delitos por los cuales se llamó a juicio, carece de respaldo procesal. En tal

⁶ "G. J.", t. CLXXXVI (núm. 2428), págs. 78 y ss. y 397 y ss.

⁷ Magistrado ponente: MARIO SALAZAR MARÍN, acompañado de los magistrados GEMA SALDARRIAGA y JAIME TABORDA P., sin publicar.

⁸ "G. J.", cit. nota 4., pág. 566.

caso se han vulnerado derechos individuales, el Estado se ha aprovechado de su omnipotencia, se ha equivocado en contra del ciudadano.

"Pero el recurso extraordinario de casación no puede extremarse hasta el punto de considerarlo como último ariete como carta oculta del dominio estatal contra el ciudadano.

"El Estado está obligado a demostrarle su responsabilidad al procesado. Pero si después de una etapa instructiva de una calificación de primera instancia, de una rectificación de ella, de providencias condenatorias de ambas instancias, un acucioso fiscal del tribunal, interpone un recurso extraordinario de casación para demostrar que el pliego de cargos no fue completo, el Estado abusaría de su omnipotencia al decretar proceso complementario para subsanar con perjuicio del procesado, la presunta torpeza de tan compleja organización.

"Si las reglas del derecho civil no permiten al particular alegar su propia torpeza, no se concibe cómo dentro de un Estado democrático, de derecho, de defensor de los derechos humanos, se atente contra la certeza de los juicios, contra la economía procesal, contra la seguridad jurídica, prolongando en forma kafkiana un proceso que jamás tendrá fin, cuya prescripción se dilata automáticamente. Tales serían los efectos de la sentencia complementaria. A más de la sindicación misma, el procesado padecerá así secuelas de un indebido e indefinido juzgamiento.

"Con algunas alternativas y en forma esporádica y casi tímida, ha aceptado esta corporación una afirmación que consignan numerosos doctrinantes: la de que la institución de las nulidades, está establecida primordialmente en defensa del procesado. Tal tesis en verdad no es hoy la prevalente en nuestra doctrina. Puede ser ella motivo de dubitación en cuanto sea exagerada, pues olvida factores diferentes que podrían informar las nulidades. Aun sin hacer de tal afirmación un argumento incuestionable, el suscrito estima, que debe ser motivo de honda preocupación y reflexión para quien está encargado de administrar justicia, decretar una nulidad que solo perjudicaría en forma ostensible e indubitante los derechos del procesado, máxime cuando ella viene a descubrirse a la hora de nona dentro de los formales parámetros de un recurso extraordinario.

"Tal enfoque no solamente es exagerado sino violatorio de principios sustanciales. El Estado tiene una amplia organización preventiva, investigativa, calificatoria y represiva, para juzgar al ciudadano. Posee una variada gama de jueces, de subalternos, de auxiliares de la justicia, de funcionarios de policía judicial, de agentes del ministerio público, magistrados, cuya misión es aplicar normas preexistentes, sustanciales y procesales a un caso concreto.

"Así con el temor de ser repitente, recalco en mi estimación de que si la tesis de que las nulidades, se establecen en defensa del procesado es desechada hoy en la jurisprudencia por exagerada y unilateral, con mayores veras deben descartarse por las mismas razones las nulidades que solo confluyen en perjuicio del procesado.

"Por tanto estimo, que peca contra la filosofía del Derecho Penal, contra los derechos humanos, tanto el que se decreta una nulidad, como el que ordena copias para subsanar una omisión de los jueces de instancia"⁹.

Como puede verse, los argumentos anteriores asisten y refuerzan la decisión transcrita, y estimulan un saludable viraje en la jurisprudencia en un país cansado ya de que a cada instante se pisoteen las más elementales garantías ciudadanas.

⁹ "G. J.", cit. nota 6, págs. 88 y 89 y 405 y 406.

IV. *El art. 14 del C. de P. P.: un caso de imprecisión conceptual.* Finalmente, queremos referirnos al agregado del art. 14 del C. de P. P. al cual se suele acudir para negar la declaratoria de nulidad cuando se invoca la violación del debido proceso en casos como este.

La disposición aludida estipula que "Sin embargo, la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte el derecho de defensa"; ello significa, ni más ni menos, que si no se viola el derecho de defensa ni se rompe la unidad procesal, no se puede invocar la nulidad. Pero dicho agregado, impropio por lo demás, no se puede entender de manera tan literal desligándolo de todo el estatuto susceptible de una sistematización acorde con las leyes de la dogmática procesal. En efecto, el art. 305-2, en armonía con el art. 1° del C. de P. P., establece que procede la nulidad procesal cuando se viola el debido proceso (dentro del cual queda incluido, como es lógico, el derecho de defensa), por lo cual sería absurdo entender que en los casos de ruptura de la unidad procesal, violatorios del debido proceso en hipótesis diferentes al derecho de defensa, no se podría invocar el aludido remedio procesal.

Sería, en otras palabras, ponerle cortapisas a la legalidad del proceso no previstas por el legislador.

Por eso, tal agregado solo puede entenderse en el sentido de que no procede la declaratoria de nulidad si no se transgrede el derecho de defensa y, por ende, el debido proceso. Lo que el legislador pretendió no fue restringir tal remedio procesal a un caso concreto sino advertir que en tal hipótesis (violación del derecho de defensa) con mayor razón procedía la susodicha declaratoria.

Esperamos, pues, que no triunfen las falsas exégesis sobre la filosofía del proceso penal a la hora de resolver en favor del procesado, y no en su contra, los yerros y olvidos de la administración de justicia.

Estudios penales y criminológicos,
Volumen XI, Universidad Santi-
ago de Compostela.

No es tarea fácil la de reseñar una publicación como la que presentamos, toda vez que la excelente calidad en el tratamiento de los temas y la multiplicidad de aspectos y disciplinas abarcados por los diversos ensayos que componen la obra, ameritarían un detallado análisis, cuestión esta que se sustrae en cierta forma al método y finalidad de las reseñas.

Lo anterior implica que la presente reseña no sea más que una breve referencia al contenido de los artículos, con alguna evaluación del mismo, aunque, en justicia, el mérito de los ensayos los haga acreedores a un estudio más profundo.

Así las cosas, en primer lugar tenemos el ensayo del profesor LUIS ARROYO ZAPATERO, *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, en el cual, luego de un análisis desde la esfera del derecho privado, analiza el autor las eventuales consecuencias que en el ámbito jurídico penal puedan surgir como resultado de la manifestación de voluntad de dichos sujetos en cuanto a la

práctica de intervenciones quirúrgicas que impliquen disponibilidad de su integridad personal. Encontramos también un ensayo del profesor FREDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, titulado *Derechos humanos y derecho penal*, el cual ya había sido publicado en Colombia y que ostenta el mérito de ser una aproximación al contenido del derecho penal como mecanismo de control social desde el punto de vista de los derechos humanos como baremo delimitativo.

Con carácter histórico más que sustancial, encontramos el trabajo del profesor LUIS GONZÁLEZ GUITIÁN, titulado *Un predecesor de Beccaria*, trabajo este que, no obstante reunir gran valor investigativo, peca por ser exageradamente extenso frente a un cuestionamiento que a la postre, teniendo en cuenta la excelente documentación del autor, pudo haber resuelto en forma más sucinta. En el campo de la penología, el escrito del profesor LANDROVE DÍAZ, sobre el *Régimen abierto* resulta digno de elogio si tenemos en cuenta la dimensión realista que le proporciona al tema, sustrayéndose a la visión ingenua que sobre este particular presenta el abolicionismo radical en sus exposiciones.

No menos interesante que el anterior resultado el trabajo del catedrático JOSÉ MARÍA LORENZO SALGADO sobre la *Vigencia del principio de legalidad en el Código Penal español*. Considero que el gran valor de este artículo lo proporciona la conceptualización que sobre el contenido, validez e importancia del principio de reserva realiza el autor, por lo que, en las actuales circunstancias en que se desenvuelve nuestra legislación penal (v. gr. decreto 180 de 1988), resulta ser tema de obligatoria lectura y reflexión.

Novedoso podríamos denominar el enfoque que LUIS RODRÍGUEZ RAMOS brinda al tema de la prejudicialidad en sus *Reflexiones sobre la naturaleza del derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales*. Abandona el autor el tinte puramente procesal que generalmente se le ha dado al tema para orientar su estudio más hacia el campo de los aspectos penales sustantivos que ofrecen las cuestiones de carácter prejudicial en los procesos. Al margen del enfoque diferente, debe también resaltarse la preocupación del autor por analizar la prejudicialidad desde la perspectiva de formas normativas diferentes como el derecho comunitario.

Finalmente, ubicables en el campo del derecho penal especial encontramos los trabajos de RODRÍGUEZ DEvesa y LUZÓN PEÑA, titulados *Algunas consideraciones sobre el Código Penal Militar español de 1985 y Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehén o intimidatorio: cuestiones concursales*. Del primero podemos afirmar que enseña la manera "conservadora" de ver las cosas que caracteriza a su autor. El segundo es un interesante ensayo, bien documentado, cuya meta teórica es proponer soluciones para resolver aspectos concursales que pueden eventualmente suscitarse o se suscitan al analizar en forma concordada las diversas formas comportamentales que el autor menciona.

SERGIO ENRIQUE UPEGUI KAUSEL
Estudiante Facultad de Derecho U. P. B.

Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año II, núm. 41, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

La primera entrega del año 1988 de esta revista argentina, si bien continúa con su sumario acostumbrado, comienza por rendir un pequeño homenaje a la desaparecida figura del profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEvesa. Seguidamente encontramos, encabezando la sección de Doctrina, el artículo intitulado "La cuestión de los delitos sexuales en el Código Penal argentino" desarrollado por CARLOS ALBERTO ELBERT, ante el panorama internacional de reorganizar la estructura legal de las cuestiones sexuales de un modo más coherente y sistemático dentro del orden jurídico, especialmente en el ámbito penal. En consecuencia, ELBERT no solo enfoca el debate desde la dimensión semántica, sino que también acude a criterios de política criminal para establecer las modificaciones operadas en las costumbres sexuales de la sociedad; y, por consiguiente, proponer la modernización de las formas de control de ciertos comportamientos cuya valoración ha cambiado, con el sentido final de "abogar porque la problemática del sexo sea tratada en la esfera jurídica sin perder jamás de vista la libertad de elección del individuo y la realidad insoslayable del pluralismo que la libertad de elección implica, como corolario de la lucha cotidiana por ganar y asegurar mayores espacios democráticos que permitan una mejor y mayor esfera de realización humana" (pág. 29).

Por su parte MORRIS L. GHEZZI, profesor de la Universidad de Milán, en su trabajo "Metodología como elección política en la sociología de la desviación", realiza el análisis de las teorías interpretativas de los fenómenos desviados: la etiológica y la del control social, enmarcándolas, como corresponde, con las profundas transformaciones sociales, pero, por sobre todo, enjuiciando el hecho de que atribuyan un estatuto absoluto a sus propios valores lo que hace prevalecer visiones

forzadamente unilaterales y distorsionadas. Así mismo, y después de optar por el paradigma etiológico, enfatiza la necesidad de estudiar la perspectiva de la marginación, como quiera que el punto de vista de la desviación no expresa completamente el significado de tales fenómenos sociales, para concluir, finalmente, retomando a TOCQUEVILLE, en el tema de la inconciliabilidad profunda de los valores de libertad y de igualdad a la luz del desarrollo post-industrial.

De otro lado, HORACIO INSANTI se detiene en el examen jurídico del apoderamiento de bienes que formaron parte del patrimonio de una persona ya muerta, en su escrito "La presencia de la herencia yacente en el derecho argentino como víctima del delito de hurto", presentando las dos soluciones tradicionales que ha adoptado la doctrina en este evento, y por ende, las víctimas del mismo: el muerto o los herederos, según se incline por la figura del hurto calamitoso o del simple. Sin embargo, INSANTI critica ambas posiciones, pues, en su concepto, y después de un riguroso estudio, es esa universalidad jurídica, esa masa orgánica que los bienes integran como patrimonio autónomo, la afectada por el despojo, sin que sea necesario recurrir a conclusiones forzadas ni ficciones generales, para responder a la calificación del hecho. Por tanto, y ante la no exigencia de la previa tenencia en la ley argentina para la configuración técnica del hurto, se infiere que, salvo algunas consideraciones axiológicas al momento de valorar el hecho, la figura objeto de este examen se encuadra en el hurto simple.

Forma parte también de la sección de Doctrina, el completo estudio que BERNARDETTE MINVIELLE efectúa a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), donde, además de señalar sus características e importancia como acuerdo regional, analiza los sujetos destinatarios de la misma, su relación con el derecho interno de los Estados partes, y por supuesto, su aplicación inmediata y operatividad. Igualmente, desde el punto de vista de su contenido, desarrolla minuciosamente todos los principios que la informan; condiciones estas que

convierten el artículo, en referencia obligada para todos los interesados en el tema.

Culmina esta sección, estableciendo los parámetros generales que deben guiar una reforma penal, MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA con su trabajo: "Poder, derecho y justicia en el marco de la reforma penal" donde se pone de relieve la naturaleza política de esta tarea y el peligro de reducirla a una mera operación técnica.

A continuación, EDMUNDO S. HENDLER discurre sobre el fallo del máximo tribunal federal del 19 de noviembre de 1987, con el cual se añade un nuevo precedente a la doctrina constitucional de la Corte en materia de resguardo de las garantías en el proceso penal; en efecto, frente al hecho universal de la situación coactiva en que se halla un detenido cuando lo interrogan quienes son sus captores, se torna imprescindible asegurar la confiabilidad del elemento de prueba, protegiendo los derechos fundamentales de cualquier persona en un Estado de Derecho. En consecuencia, nada de lo declarado por un sospechoso puede valer en su contra si no lo fue ante la autoridad judicial, lo que trae consigo la necesidad de revestir la confesión prestada en sede judicial de numerosas garantías que conviertan la declaración del inculcado en una manifestación voluntaria y consciente.

Del mismo modo se encuentra una providencia de la Sala VI de la Excelentísima Cámara del Crimen de la capital, comentada por JOSÉ SÁEZ CAPEL, que no será objeto de reseña por su interés exclusivamente local.

Finalmente, en la sección de Legislación, se encuentra el proyecto de reforma de la parte general del Código Penal argentino, siguiendo, en este sentido, la metodología legislativa alemana y brasilera que introduce las reformas por instituciones hasta completar la reforma integral de la legislación penal.

Contiene además, la revista, las habituales secciones de Bibliografía, Revista de Revistas y la lista de obras de reciente publicación.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO.
Abogada de la Universidad de Medellín

Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año II, N° 42, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

El profesor MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA es el encargado de abrir esta destacada publicación argentina, con un artículo que se intitula "La desaparición de Jiménez Huerta o la muerte del penalismo español en el exilio". Nostálgica emoción se nota en el autor al escribir esta necrología del maestro MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, a quien describe como la última lámpara del penalismo español. El articulista comienza con una breve reseña histórica de la vida del insigne jurista nacido en 1905, y es así como destaca la enorme influencia que tuvo en aquel, la entrañable amistad con el profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, puesto que, partiendo de la enseñanza de este maestro, JIMÉNEZ HUERTA estructura su propio concepto de delito, con esquema de elementos internos, externos y finalistas, exponiendo a la vez su teoría sobre la tipicidad y la antijuridicidad, en importantísimas obras entre las que se destaca su "Panorama del delito", que como otras suyas, es un estudio más jurídico que filosófico.

Destaca también este autor el importantísimo aporte teórico-práctico que JIMÉNEZ HUERTA hiciera al derecho penal mexicano, durante su exilio en este país desde 1939 hasta diciembre de 1987, cuando fallece, dejando —como lo dice RIVACOBIA Y RIVACOBIA— una indeleble huella en el mundo de los hombres.

La *Sección de Doctrina* la encabeza un trabajo que lleva por título "La importancia del consentimiento en la teoría general del delito", del profesor ENRIQUE CASAS BARQUERO, y en él escribe acerca de la relevancia del consentimiento como causa excluyente de la tipicidad o de la antijuridicidad en ciertos casos, según se esté protegiendo solo la libertad de disposición, o junto a ella también se custodien otros bienes jurídicos. Al referirse a los requisitos de la eficacia del consentimiento, advierte que estos se deducen de cada

tipo o bien jurídico en concreto y entre ellos destaca: la disponibilidad, la capacidad, conocimiento que de él tenga el autor del ilícito, y la conciencia de la víctima acerca de la conducta y el resultado. Para finalizar, CASAS BARQUERO alude al consentimiento presunto, al putativo y al que se presenta frente a las conductas imprudentes, exponiendo las diversas soluciones que frente a ellas adopta el derecho penal, dependiendo de las circunstancias del autor y la víctima.

"La Reforma Penal de la Ilustración", es otro valioso aporte que el profesor RIVACOBIA Y RIVACOBIA ofrece a esta sección y que corresponde al texto de una conferencia que él mismo dictara en el Instituto Chileno de Ciencias Penales, con motivo de su cincuentenario en 1987.

En ella destaca la reforma penal como el hecho más importante de aquella época, por ser el origen de un derecho penal crítico que deja un poco la dogmática y tiende a la política criminal como manifestación de la actividad académica del siglo XVIII, cuya finalidad era la racionalización y unificación del derecho, de modo que fuera una misma legislación para todos los ciudadanos de todo el territorio, de un país determinado. El autor destaca la consagración del principio de legalidad, la despenalización de delitos no acordes con el orden social y la humanización de las penas, como los tres principios fundamentales que permitieron reformas sustanciales en esa época y que llegaron a abarcar también el ámbito del procedimiento y que conservan, aún hoy, vigencia más como metas aún no logradas que como realidades concretas; entre ellas destaca la abolición de la tortura y la publicidad en los juicios, entre otras.

Como respuesta a un artículo que en número anterior de esta misma publicación escribiera el maestro MUÑOZ CONDE sobre el mismo tema, el catedrático argentino MARCELO A. SANCINETTI publica en esta sección un trabajo titulado "Inducción al Suicidio y Homicidio en Autoría Mediata", en el cual SANCINETTI, al igual que MUÑOZ CONDE, pre-

tende dilucidar si en el caso del "amante sincero" existe una u otra figura. Llega a iguales conclusiones, aunque partiendo de otros argumentos, para afirmar en suma que las soluciones que ofrecen las legislaciones argentina, alemana y española solo tienen como diferencias las que puedan emanar de la llamada "interpretación orientada a las consecuencias", que se deriven en cada ordenamiento para este tipo de casos. Para SANCINETTI, aun sin la existencia de error en el sentido de la acción (motivos del suicida) puede presentarse la autoría mediata, si el autor fue capaz de determinar las circunstancias de modo que el suicida solo hubiera podido actuar así, concurriendo en ese autor la calidad de inductor en suicidio y autor mediato de homicidio; contradiciendo la teoría de MUÑOZ CONDE, para quien lo relevante es el error. El articulista argentino concluye afirmando que es el Código Penal argentino el que suministra soluciones más viables para cada caso.

"El Resultado en el Concepto Final de Delito" es el título que cierra la sección de Doctrina, escrito por el catedrático alemán DIETHART ZIELINSKI, quien hace una serie de disquisiciones lógico-jurídicas acerca de la relevancia implícita y explícita del resultado, como factor de incidencia dentro de la estructura del desvalor de la acción y del desvalor de resultado, y sus consecuencias frente al estrato de la punibilidad de determinada conducta.

En la *Sección de Jurisprudencia*, el profesor HERNÁN VÍCTOR GULLCO se pregunta acerca de si "puede ser declarado inconstitucional el monto de una prisión o reclusión", basado en el fallo de segunda instancia que revocó la sentencia en que se declaraba inconstitucional un artículo de una ley penal en que, para el *ad quem*, se castigaba con exceso el "robo de automotores a mano armada". Aunque el autor coincide con el fallo de segunda instancia, pasa a criticar algunos de los fundamentos de la sentencia y frente a ellos sostiene que no se trata de buscar disposiciones constitucionales expresas, sino pautas que, aunque implícitas, colaboren en

la interpretación judicial. En aparte diferente, el autor señala que tales pautas están en el art. 16 de la Constitución argentina, que dispone acerca del trato igualitario de los ciudadanos por parte de la ley; por ello los jueces argentinos, según el autor, no cuentan con las pautas lo suficientemente claras, como para considerar que las distinciones punitivas que hace el legislador, sean contrarias al art. 16 de la Constitución, y en consecuencia no había lugar a la declaración que hizo la sentencia de primera instancia. RIVACOBIA Y RIVACOBIA vuelve a hacer su aporte en la sección de jurisprudencia, con un trabajo acerca del "Concurso de leyes en el robo con violencia de que se siguen lesiones leves", en el que comenta un fallo sobre un caso de apoderamiento de cosa mueble ajena mediante violencia, que ocasionó lesiones leves en su víctima. Descartando el concurso real e ideal de delitos, el articulista se va en contra del fallo, sosteniendo que lo que se da en realidad es un "concurso aparente de leyes por consunción", dado que el desvalor de acción del tipo de las lesiones leves queda perfectamente abarcado en el del tipo de robo con violencia sobre las personas, dado que la mayor escala penal de este último indica que el legislador esta desvalorando en él las consecuencias que produzca la violencia.

Comenta el autor argentino que esta teoría es particularmente minoritaria en la jurisprudencia, pero sin embargo existen una sentencia y un salvamento de voto en los que se expresa que plantear frente al caso un concurso ideal de delitos es violar el principio *non bis in idem*. Por ello concluye que un fallo de ese tipo estaría haciendo depender la punibilidad de la conducta, de la resistencia que oponga el perjudicado.

"No es posible poner en vigencia un nuevo Código Procesal Penal sin una nueva ley de organización judicial". Con esta categórica afirmación, comienza el artículo que el profesor JULIO B. J. MAIER escribe para la *Sección de Legislación Nacional*, y que titula "Hacia una nueva justicia penal", en el que expone acerca de su trabajo de investigación,

como miembro de una comisión encargada de la organización normativa del proyecto de ley para la reforma tanto procedimental, como judicial. Después de hacer un breve recuento cronológico del trabajo realizado, agrega el texto de "Exposición de motivos" del anteproyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público, en la cual MAIER afirma que la mayor dificultad de la reforma radica en que la República Argentina pase de un procedimiento penal y una organización judicial que responde a principios del régimen autoritario, a instituciones jurídicas basadas en principios de democracia y libertad. A renglón seguido el profesor MAIER pasa a exponer los principios que inspiran la reforma en proyecto y entre ellos destaca los siguientes: a) Persecución penal (organización y ubicación institucional del ministerio público); b) Garantías ciudadanas (como función exclusiva de los jueces, sin que concurra con la función acusadora); c) Personalización (evitar la delegación de funciones en personas no idóneas); d) Democratización y transparencia (publicidad de los juicios y regulación de los jurados de conciencia); e) Idoneidad; f) Organización del ministerio público (integrando su labor en otras ramas del derecho, al financiamiento en el área penal).

Como ya es habitual, esta publicación termina con una *Sección Bibliográfica*, en la que se destacan y comentan algunas obras de derecho penal y criminología, recientemente publicadas y que ahora hacen parte del acervo doctrinario tanto nacional como internacional.

MARIO ALBERTO ARENAS A.
Estudiante de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Medellín.

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ: *Derechos humanos y justicia penal*. Editorial Temis, Bogotá, 1988, 447 págs.

Alguien ha dicho que la filosofía colombiana hay que empezar a buscarla en los escritos de los grandes poetas y juristas del país. En

igual medida, agregaríamos nosotros, se encuentran allí las más profundas reflexiones sobre la ética y el humanismo, pues no es otra la esencia de esta recopilación de artículos, conferencias y columnas periodísticas que ahora entrega como presente a sus lectores y seguidores, el eminente y prolijo jurista HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ.

No obstante su vasto conocimiento de las más depuradas teorías en torno a la técnica jurídico-penal, y de ser uno de los más connotados procesalistas nuestros, como que hiciera parte de la Comisión Redactora del último estatuto procesal, son el humanismo y los más caros principios éticos los que alumbran sus disquisiciones.

Ciento veinticinco diferentes temas de reflexión, atravesados todos por un mismo hilo conductor: el humanismo y el anhelo de justicia, han sido divididos en cuatro capítulos: Derecho penal, Derecho procesal penal, Derechos humanos, El Derecho y la justicia, para una mejor presentación de la obra.

Cada uno de los capítulos está compuesto por temas que, o dan lugar a acaloradas discusiones: la eutanasia, el aborto, los trasplantes de órganos; o que exigen el más alto conocimiento jurídico: la teoría de la prevención especial, los principios del derecho procesal penal, las garantías procesales de la libertad; o temáticas, en fin, que demandan las más grandes cualidades éticas: los derechos humanos, la compasión y comprensión del recluso; todos ellos, y otros más, presentados y debatidos por el autor con el corazón, pero también con el más profundo conocimiento de causa.

Con sobrada razón decía uno de nuestros magistrados que el nuevo abogado, en materia penal, no estaba siendo capacitado siquiera para ocupar la jefatura de una inspección de policía, pues desconocía los más elementales principios de humanismo y la esencia de la naturaleza humana. Es a llenar estos vacíos a lo que apunta con su publicación el Dr. LONDOÑO JIMÉNEZ quien, utilizando sus propias expresiones, ejerce "la más alta Magis-

tratura Moral" al erigirse en una especie de crítico social, en un guardián y vocero de los derechos humanos, por lo cual mereció reconocimiento de la Asociación Iberoamericana de Escritores y Periodistas con la Medalla de Oro al Mérito Jurídico en 1983.

De especial importancia y actualidad para abogados y jueces resultan artículos como "La prevención especial en la teoría de la pena", en donde el autor hace un exhaustivo análisis de las diferentes posiciones teóricas en torno a la naturaleza de la pena; u otros, encuadrados dentro del capítulo de derecho procesal, como el esbozado en la ponencia que el autor hiciera ante la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal en el año de 1984, sobre las "Bases para un nuevo proceso penal", en el cual se hace mención de treinta puntos importantes en torno al proceso penal; o, los estudios que realiza sobre la ley 2ª de 1984 y el decreto 1853 de 1985, que no por derogados han desaparecido de la doctrina jurídica, como que fueron normas de especial importancia en el ámbito del derecho penal.

Pero si estos temas son importantes, qué no decir de los que se encuadran dentro de los otros dos capítulos del libro, en los cuales el ámbito de interés se abre considerablemente para otras personas. Es que no solo aboga-

dos y jueces están interesados en asuntos como la responsabilidad de cada uno de los rumbos que toma la sociedad en que vive, la ética profesional, la eutanasia y, aunque no encuadrados dentro de estos capítulos, cuestiones como el aborto y los trasplantes de corazón, problema este último de especial actualidad y valor documental por cuanto, como hombre que ha hecho parte activa del desarrollo del país, en los momentos en que apenas se discutía teóricamente la posibilidad de tales intervenciones médicas entre nosotros, él se constituyó en uno de los más agudos contradictores de dicho evento médico.

En fin, asuntos que de una u otra forma tendrían que ser materia obligada en cursos de ética o asignaturas similares no solo en las facultades de derecho sino en cualquiera otra carrera universitaria, y por qué no, a nivel de bachillerato así fuera en los cursos más avanzados.

Digamos, finalmente, que la Revista saluda complacida la aparición de esta nueva obra de quien es destacado miembro de su consejo de Dirección, e invita a sus lectores a que aprovechen debidamente este caudal humanístico que emana de la misma.

FRANCISCO VALBUENA.
Abogado Egresado de la U. de A.

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN
LOS TALLERES DE NOMOS IMPRESORES,
BOGOTÁ, EL DÍA 14 DE JUNIO DE 1989.

LABORE ET CONSTANTIA