

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR
Coordinador

EDITORIAL

Declaración de guerra contra
el Estado de derecho.
Hernando Londoño Jiménez.

48

DERECHO PENAL

¿Las leyes penales están hechas para ser
aplicadas?

Michel van Kerchove

Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida
de la reacción penal frente al inimputable.

Juan Oberto Sotomayor Acosta.

Reflexiones sobre la legítima defensa.

Jaime Sandoval Fernández.

DEBATES

Cuestión droga: los límites de un manifiesto y la necesaria
profundización de un debate.

Roberto Bergalli

Constituyente y derecho penal. (Invitación a un debate).

Juan Oberto Sotomayor Acosta.

CRIMINOLOGÍA

La oscura cobertura de la violencia.

Rubén Darío Jaramillo

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Tránsito de leyes
procesales en el tiempo.

Jaime Giraldo Ángel

Comentario: Fernando Velásquez V.

JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE BELLO
(ANTIOQUIA): Estado de necesidad por adicción a las drogas.

Gabriel Fernando Roldán Restrepo.

Comentario: Gloria González Agudelo

CO/XIV
F/Z

2345

ABRIL

MAYO

JUNIO

AÑO X ● Abril ● Mayo ● Junio ● 1990 N° 48

Licencia 00577 de 1985

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1990

juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

PÁG.

Declaración de guerra contra el Estado de derecho. Hernando Londoño Jiménez . 171

DERECHO PENAL

¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas? Michel van Kerchove 181
Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al
inimputable. Juan Oberto Sotomayor Acosta 199
Reflexiones sobre la legítima defensa. Jaime Sandoval Fernández 215

DEBATES

Cuestión droga: los límites de un Manifiesto y la necesaria profundización de un de-
bate. Roberto Bergalli 239
Constituyente y derecho penal. (Invitación a un debate). Juan Oberto Sotomayor
Acosta 247

CRIMINOLOGÍA

La oscura cobertura de la violencia. Rubén Darío Jaramillo 257

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Tránsito de leyes procesales en el tiempo. Jaime
Giraldo Ángel 285
Comentario: Fernando Velásquez V. 288
JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE BELLO (ANTIOQUIA). Estado
de necesidad por adicción a las drogas. Gabriel Fernando Roldán Restrepo .. 293
Comentario: Gloria González Agudelo 299

BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

Declaración de guerra contra el Estado de derecho *

Volver aquí es saber que todavía existe la bondad en el corazón de los hombres; es pensar que en el alma humana aún hay espacio para el resplandor de los grandes afectos; es regresar efusivamente a contemplar la dicha del paisaje, el flanco apacible de sus colinas, la tranquila serenidad de sus cálidos valles; es repetir la alegría de volver a caminar de brazo de los amigos por estas calles de vuestra ciudad amada, platicando sobre las cosas bellas de la vida, para que las que no lo son, no empañen de lágrimas los ojos, ni nos lleven pesadumbre al espíritu; es venir a cambiar un poco el temblor de la plegaria por el discurso jurídico, los ritos fúnebres por el diálogo de la amistad; es sentir que venimos de la adorada comarca de nuestros sueños, humedecida de llanto y de sangre, para transitar estos caminos arrullados por la paz y bendecidos por el silencio, porque allí la criatura humana siente el milagro de la vida con la clara sensación de no haber sido abandonada por las manos misericordiosas de Dios.

Llegar una vez más ante vosotros, como tantas veces lo hemos hecho, por vuestro generoso requerimiento, es volver a encontrarnos en el austero y sosegado ambiente en donde transcurre la existencia humana consagrada a todas las faenas y oficios que más dignifican al hombre, el trabajo, el culto por los altos valores del espíritu y las severas disciplinas de la inteligencia. Somos, por ello, afortunados peregrinos por estos adorables sitios de vuestra infancia, de vuestros idilios y vuestras luchas, de la enamorada y permanente creación artística, del devoto quehacer histórico y jurídico, pero también en donde

* Conferencia dada ante el Colegio de Abogados Penalistas de la ciudad de Pasto, con motivo del lanzamiento del primer tomo del *Tratado de derecho procesal penal*, obra del autor.

la amistad se transparenta y entrega con tanta nobleza e hidalguía, que no se puede sino pensar que es como un verdadero regalo de Dios. Esta es por ello una feliz ocasión para reconciliarse con la patria, para revivir los gratos recuerdos de todo lo que nos ha unido, para saber que todavía hay una ceja de luz que puede alumbrarnos en el tenebroso túnel en el que nos encontramos, para sentir en la conciencia la infinidad de voces que nos llegan desde el pasado para convocarnos a las sublimes empresas, "por el vaivén de las cunas y de la inmovilidad de los sepulcros", que dijera un pensador sentimental.

En este mundo tan convulsionado en que vivimos, en estas horas de tanta incertidumbre como las que atraviesa nuestra martirizada patria, a veces, como a impulsos de una fuerza oculta y misteriosa, se busca refugio para el espíritu atormentado. Es cuando nos sorprenden las tragedias que a todos asombra y enmudece, por el triste cortejo de desolación y muerte que dejan a su paso. Entonces es cuando buscamos un poco de alivio a los pesares en el recogido silencio de las bibliotecas, para recrearnos en sus libros, para quedarnos detenidos en profundas meditaciones en muchas de sus páginas, por las enseñanzas que nos dejan, por las tesis que nos plantean, por las dudas que nos absuelven, por los vacíos que nos llenan, mucho mejor todo ello, si además está expresado con el encanto y la donosura de las bellas formas. Es la placentera reanudación de los diálogos con nuestros autores amados, quienes siempre están presentes para pedirles el sabio consejo o recibirles un consuelo en las horas decisivas del infortunio.

Otras veces cambiamos la lectura de los libros predilectos, para dejar que nuestros propios pensamientos dejen su huella sobre las disciplinas que han sido pasión, lucha y desvelo de nuestra vida. O nos vamos al campo, huyéndole a la ciudad, para encontrar en ese fascinante y armonioso mundo de la naturaleza, de las flores y de los trinos, del fruto maduro y de las espigas, de los niños y de los palomares, del murmullo del agua en las acequias y de las voces del viento al pasar por entre la arboleda, mitigaciones a la pesadumbre por la patria sangrante y desgarrada que le vamos a dejar a nuestros hijos y a nuestros nietos...

No se trata de buscar la soledad para calmar las tormentas del espíritu y dulcificar los pesares de la vida, porque la soledad en sí misma es improductiva y no irradia los beneficios que necesitan las horas que visitó la pesadumbre y el llanto. Es verdad que para cierta aristocracia de la inteligencia la soledad es creadora, porque a su amparo nacieron muchas de las grandes obras de arte y se escribieron inmortales páginas en todos los aspectos del saber humano. Pero de esos grandes solitarios que de cuando en cuando ha engendrado la humanidad, algunos no pudieron vivir a plenitud la vida, porque nunca tuvieron un gran amor o una excelsa amistad con quien poder compartir la felicidad y las penas en este mundo. Con razón decía un pensador nuestro que poco podría maravillarse la criatura humana descubriendo los secretos y bellezas del cosmos, el orden y la armonía que rigen las reglas del universo, todo el esplendor de la vida, de las estrellas y la infinitud del espacio, si no tuviera con quien compartir ese gozo.

Es como cuando se escribe un libro. Días, meses y años haciendo la paciente y benedictina recolección de nuestras ideas y experiencias, con el exclusivo fin de transmitirla a otros, de perfilar para ellos nuestro propio pensamiento, de sentir allí la esperanza de haber sembrado una semilla o haber provocado una provechosa controversia. Para escribirlo habrá sido necesario muchas renunciaciones, la privación de tantos de los goces de la vida, robarnos el sagrado tiempo que deberíamos dedicarles a los seres amados que están más cerca de nuestros afectos. Pero cuando ya los ojos lo ven por primera vez, cuando nuestras nerviosas manos lo acarician como si fuera el hijo recién nacido, esta sería una felicidad efímera si en seguida nos pudiéramos correr presurosos a depositarlo emocionadamente en las manos de aquellos seres que nos quieren y a quienes queremos.

Pero ahora he recibido una recompensa más. Desde antes que saliera publicado mi último libro, el primer tomo del *Tratado de derecho procesal penal*, ustedes quisieron que el lanzamiento de dicha obra jurídica se hiciera en esta ilustre y amada ciudad de Pasto. No se alcanzan a imaginar lo honrado que me siento con esta tan grande distinción que me abrumba más que las elogiosas reseñas en las Revistas especializadas o los prólogos ditirámicos a mi persona. El sentido homenaje que ustedes han querido prodigarle a mi obra en este solemne acto público, tiene para mí el cálido aliento de las palabras que brotan de la fragua de la amistad, de una amistad que nació y fue creciendo entre aforismos latinos, predicados forenses, anecdóticos judiciales, meditaciones sobre la vida y la pasión de la justicia, el mundo cautivante y complejo del derecho; de una amistad que habiendo empezado por ser jurídica en razón de nuestros bellos oficios, continuó siendo intelectual por las comunes vivencias del pensamiento, para concluir en una amistad del alma, que es aquella que se apoya en la secreta fuerza indestructible del espíritu.

Pero no se crea que escribir ahora obras jurídicas, produce el mismo placer intelectual de las escritas anteriormente. Ahora se cumple dicha labor en el campo de las ciencias penales y de procedimiento, con cierto sabor de angustia, por ver cómo en estos tiempos tan deprimentes y desilusionantes, nuestro Estado de Derecho viene sufriendo una dolorosa agonía, por los zarpazos jurídicos a que permanentemente están sometidos todos los grandes principios que han regido e iluminado la ciencia de los delitos y de las penas, lo mismo que las normas de procedimiento. Con mayor razón sentimos esa defraudación quienes hemos hecho algún aporte a las legislaciones vigentes en nuestro país en dichas materias. Ese edificio jurídico que contribuimos a construir en años de meditada reflexión y estudio, día a día se va derrumbando por obra y gracia de una irrazonable y autoritaria legislación de estado de sitio.

Aquí se ha creído por parte de todos los gobiernos que la mejor manera de luchar por el restablecimiento del orden público y reprimir la delincuencia, es arrasando con todo ese patrimonio cultural de las ciencias jurídico-penales. Y por haber procedido así hemos retrocedido varios siglos, le hemos vuelto la espalda a las grandes conquistas de la humanidad, porque ya son muy pocas las que nos quedan sin que se decreta su abolición de los códigos por un plumazo del gobernante de turno.

Así es como hemos visto la ingenuidad legislativa de pretender buscar la normalidad pública a través de legislaciones de emergencia, aumentando de una manera desconsiderada las penas, pretendiendo con ello intimidar al delincuente en potencia o disuadir al que abiertamente está declarado en rebeldía contra las instituciones y el orden social y jurídico establecidos. Cuando lo cierto es que ese tipo de delincuencia que así se busca combatir, es una delincuencia que si no cede a la amenaza de las armas, mucho menos va a ceder a la simple amenaza de la ley. Por lo demás, a esa clase de delincuentes a los que va dirigida la norma, no los arredran, no los atemorizan los incisos y parágrafos de los códigos punitivos.

Pero no se detuvo allí la aberrante normatividad del estado de sitio, porque más grave que ese caprichoso e insensato aumento de las penas fue el haberles dado una cruda connotación abiertamente retributiva, cuando la despojó de toda posibilidad de dignificarla mediante los subrogados penales de la libertad condicional y de la condena de ejecución condicional. Esta ha sido otra de las grandes afrentas al principio universal de la igualdad ante la ley, porque en el fondo ha significado una odiosa y poco feliz clasificación de los delincuentes, ya que a unos los hace destinatarios de los verdaderos fines que debe cumplir la pena, mientras que a otros les dice que ya la suya no tendrá carácter resocializador y de enmienda, porque al Estado no le interesa, como en el ya nostálgico catecismo del Padre Astete, ni su examen de conciencia, contrición de corazón, confesión de boca y satisfacción de obra. Implícitamente les ha dicho que a la ley no le apetece motivarlos para un correcto comportamiento en la prisión, ni crearles estímulos para la rebaja de sus penas, pudiéndolas redimir por medio del trabajo, el estudio y la docencia dentro del propio establecimiento de reclusión. Regresando a las más retrógradas y oscurantistas concepciones de la pena, se ha abusado del poder para hacerla sufrir con desorbitada función retribucionista, diciéndole en abstracto a los condenados: Ustedes no podrán redimir sus penas, a pesar de todo lo que hagan en provecho de su personalidad dentro de la prisión, ni de su perseverante preparación para su reingreso a la sociedad, con el firme propósito de convivir con sus normas civilizadoras; ustedes como en la inhumana concepción kantiana de la pena, si llegaren a ser los últimos sobrevivientes en la Tierra, no merecerían la más mínima piedad de la ley, sino que deberían permanecer allí hasta el último instante del plazo máximo fijado; ustedes, como en el título de la famosa obra maestra, no merecen tener una segunda oportunidad, por lo cual los abandono a su desgraciada suerte, sin otra esperanza que el segundo exacto en que cumplan la totalidad de la condena.

¿Por qué digo entonces que ha sido un libro escrito con angustia y a veces hasta con cierta y justificada indignación? Porque hemos visto cómo una lucha de tantos lustros para que el proceso penal se mire a través de un rostro humano y no del frío esqueleto de la ley, una mentalidad de imperturbables inquisidores se ha rebelado contra la humanización de la ley procesal penal, borrando sus normas por considerarlas perniciosas para el orden social, como perturbadoras del orden público, como maneras jurídicas que impiden el restablecimiento de la normalidad alterada por el delito. Y así fue como la incomunicación del procesado, cuya pro-

hibición constituyó uno de los grandes avances en la novísima legislación, se volvió a resucitar en decretos de estado de sitio, por el torpe empecinamiento de unas equivocadas políticas contra la delincuencia. Se institucionalizó así una especie de tortura moral y psicológica contra los sindicados de determinados delitos, reiterándose de esa manera la violación al principio milenar de la igualdad ante la ley. Cuando por muchas razones que no se podrían explicar ahora, habíamos logrado que en virtud de ciertas disposiciones los organismos secretos del Estado no tuvieran facultad de capturar sino en los casos de flagrancia y en virtud de orden escrita de un juez de la República, en cuyo caso el aprehendido debería ser entregado en el acto a la autoridad competente, ahora puede permanecer en manos de la policía secreta y del detectivismo hasta por siete días, sometido a una absoluta incomunicación. Nadie podría negar que con dicha medida, fuera de ser atentatoria de la dignidad humana, puede favorecer la oportunidad de que se cometan en perjuicio del detenido todos los desafueros y vejámenes contra su integridad física y síquica, como ha ocurrido siempre en el pasado, con evidencias probatorias irrefutables.

Y por contera, se han introducido en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de decretos de estado de sitio, instituciones abiertamente inmorales, como aquella repulsiva de la delación, con la cual se busca premiar a los autores de los más horrendos y tenebrosos crímenes, con tal que traicionen a sus compañeros de delincuencia. Se les ofrece, en nombre de la República y por autoridad de la ley, perdonarles una pena hasta de treinta años de prisión, por los crímenes más abominables, a cambio de descubrir a sus cómplices. Es la repugnante transacción del Estado de perdonar cualquier crimen, un magnicidio, por ejemplo, a condición de que su autor colabore al esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal del otro u otros partícipes de la acción criminal. Es la misma ley proclamando la más escandalosa impunidad, hasta el punto de consagrar la libertad provisional inmediata, sin siquiera diligencia de compromiso alguno u otorgamiento de caución, antes de la extinción de la acción penal o exención de la pena. ¿Qué se iban a imaginar los más depravados genocidas y peligrosos terroristas que la misma ley habría de llegar a defenderlos mucho mejor que el más brillante y eficaz de los abogados colombianos! En cambio nosotros, inspirados en otros principios, matriculados en otras escuelas del pensamiento jurídico universal, abandonando otras tesis con diferente contenido ético y filosófico, llevamos al nuevo procedimiento penal el estímulo de la rebaja de una tercera parte de la pena, para quien haga libre y espontánea confesión del hecho punible, siempre y cuando dicha confesión haya sido el fundamento de la sentencia. Es un premio ciertamente, pero un premio a quien ha elegido su propio perjuicio con la confesión, a quien voluntariamente ha querido facilitarle a la justicia la prueba para poderlo condenar. Es una contraprestación decorosa de la ley, porque no ofende el sentimiento social, porque no repugna ni al derecho, ni a la justicia, ni a la moral, ni a la ética. En cambio, el galardón jurídico a la delación es tan inmoral, que para poderlo otorgar se decreta con la mentira de buscar el restablecimiento del orden público, con la farsa de ser un instrumento legal para la lucha contra la delincuencia. Basta con saber que el infortunado decreto empieza por prometer una impunidad absoluta.

Sería de nunca acabar si nos pudiéramos a hacer el registro y análisis jurídico de toda la legislación de estado de sitio que no ha servido sino para corromper el derecho, prostituir nuestras instituciones y engendrar la más caótica y confusa contradicción de principios. Por ejemplo, para no citar sino algunos casos, ahí están las recompensas para quienes suministren informaciones que permitan la captura de ciertos delincuentes y lleven a determinar su responsabilidad. El ofrecimiento llega hasta proveer que cambien de domicilio fuera del país y recibir hasta 500 salarios mínimos mensuales, exentos de todo impuesto en el respectivo año gravable. Aquí el deber moral de colaborar con la justicia, de no encubrir a ningún violador de la ley penal, se convirtió en un halagador negocio, porque quien quiera salir de su silencio cómplice, sabe que el Estado se lo remunera con munificencia y le guarda el secreto, inclusive permitiéndole el cambio de identidad.

Fuera de lo anterior, así hubiera sido parcialmente, como en una endemoniada tarea por abolir todo lo que dignifica el derecho, y resucitar, por el contrario, todo lo que lo degrada y envilece, han consagrado las presunciones en materia penal, como aquellas que señala un decreto, de haber obrado con determinados fines en la comisión de especiales hechos punibles; siguieron rastreando a todo lo largo de nuestras instituciones y se encontraron con la de prescripción de la acción penal y de la pena. Entonces decidieron, por su real gana, que también había que darle un rudo golpe declarándolas interrumpidas, si el juzgamiento y la condena se produjeron con persona ausente, incurriéndose aquí, nuevamente, en la violación del principio de igualdad ante la ley. Como en aquella avanzada jurídica de nuestra ley procesal, a la luz de la cual, a pesar del estado de contumacia, el imputado de un delito puede otorgar poder para que un defensor de su confianza lo represente dentro del respectivo proceso. Pero aquí, dentro de la acusación más grave que pueda existir contra una persona, como es la de dictarle un auto de detención con fines de extradición, el acusado, para poderse defender, tiene que presentarse personalmente a entregar el poder, es decir, hacerlo para que lo extraditen. Otras veces es la inocua prohibición de expedir copias de los procesos penales, invertir la carga de la prueba y muchísimos otros desaciertos de la legislación de emergencia, para cuyo análisis no tendríamos tiempo ahora. Pero, como es fácil advertirlo, todo esto ha sido como una velocísima y desenfrenada carrera hacia el eclipse del Estado de Derecho, hacia la decadencia de nuestras instituciones jurídicas, o, para decirlo más gráficamente, un zarpazo muy violento de la ley a los principios tutelares de la libertad y de la dignidad humanas, del sagrado derecho de defensa, filosofía liberal toda esta que no es del gusto de los autoritarismos que hicieron su curso y lo ganaron en la escuela de la seguridad nacional. Por ahí comparando legislaciones, he encontrado que buena parte de la nuestra de estado de sitio, es copiada de la de Chile, del general Pinochet.

Del libro cuyo lanzamiento es el motivo placentero de este acto, solo quiero destacar lo siguiente. En él se consagró un capítulo dedicado a las funciones que le corresponden al ministerio público y en el cual se hizo especial énfasis a su obligación de velar por la protección de los derechos humanos del recluso. Es como una advertencia que se le hace al Estado, por medio de sus funcionarios, para que

entiendan que la persona privada de su libertad, más que un presunto delincuente o condenado, es un hombre de derechos, es alguien que debe ser tratado con el miramiento debido a la índole de su condición humana. Para vigilar que ello se cumpla, los fiscales han recibido de la ley de procedimiento un mandato claro y rotundo, sin que para dicha labor puedan ser restringidos en lo más mínimo. Esas normas por sí solas, le infunden a dicho estatuto un contenido evidentemente espiritualista, porque busca mirar la justicia punitiva con rostro humano, recordando que quien entra en una prisión, inocente o culpable, sindicado o condenado, es un ser que vive una inmensa tragedia, la más grande en la existencia del hombre, como es la pérdida de su libertad, por lo cual sería una verdadera infamia agravarse la con un tratamiento violatorio de los derechos humanos.

Por lo anterior, yo me llené de un verdadero alborozo cuando en el proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno a las cámaras legislativas se elevó a canon de dicha Carta Política, la protección y defensa de los derechos humanos. Se hacía allí, inclusive, la enumeración de los Pactos Internacionales y Declaraciones Universales en los que se habían proclamado dichos derechos y que habían sido ratificados por leyes de la República. Era, ni más ni menos, la afiliación de Colombia a la cultura occidental con la cual nos colocábamos en la respetable galería de los países de todo el mundo que buscan construir su destino histórico sobre unas bases incommovibles de respeto por la dignidad humana.

Pero el Senado de la República, al aprobar en segunda vuelta el Proyecto de Acto Legislativo, decidió suprimir del mismo las normas originales relativas a los derechos humanos. Lo hizo con el argumento de que adoptando normas generales y de carácter internacional sobre dicha materia, no convendría para la ulterior aplicación de las leyes nacionales que tuvieran que ver con el manejo del orden público. Esto nos produjo desde luego una enorme decepción. Se había frustrado así un gran anhelo que estaba en la conciencia pública, que reflejaba el querer de una nación, que colocaba nuestra Carta Política en la más alta cumbre de respeto por los derechos humanos.

Cuando ello ocurrió, se oyó sí, la voz claudicante y sumisa del consejero presidencial para la defensa y protección de los derechos humanos. El funcionario que, por la altísima dignidad de su investidura, se esperaba haría un enérgico reclamo por la fulminante estocada que se había dado al proyecto original del gobierno, encubrió habilidosamente la decisión del Senado, cuando dijo que el tema de los derechos humanos podría dejarse para una de las propuestas que se le pudieran hacer al pueblo en un referendo. Y por lo que le escuchamos en los días de su aberrante solución, él estaba más interesado en buscarle cuestionamientos a los gravísimos informes de Amnistía Internacional, sobre la permanente violación de los derechos humanos en Colombia. Parece que la creación de tan pomposo cargo en la Presidencia de la República, hubiera tenido como principal objetivo desmentir todas las investigaciones que sobre dicha materia hacen los organismos internacionales sobre nuestro país.

Ha sido entonces una triste y lánguida comedia la que se ha montado alrededor de este doloroso e infortunado capítulo de nuestra vida institucional. Porque decir,

después que en 1948 se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que entre nosotros se deben someter al referendo del pueblo, es algo tan ingenuo e infantil, tan insensato y falto de razón, como decir que también se debe preguntar plebiscitariamente si preferimos la esclavitud o la libertad, la democracia o la dictadura, la enseñanza o el analfabetismo, si se quiere que haya justicia, que recuperemos el orden, que sigamos luchando por la paz.

Cuando censuramos la legislación de estado de sitio, por estar en contravía de las grandes conquistas jurídicas de la humanidad, por significar una especie de declaración de guerra contra el Estado de Derecho, no puede sino sorprendernos la extraordinaria coincidencia de lo que defendía CARRARA como nobilísima misión forense: "Niego, pues, abiertamente que pueda llamarse protectores del delito o de los delincuentes a los defensores de las libertades civiles que arremeten contra el empleo inútil e insensato de la detención preventiva, contra la mala fe y contra el fanatismo de los investigadores; contra las viles artes policíacas, disfrazadas de formalidades procesales y saludadas como prodigio de crítica judicial; contra los testigos anónimos u ocultos entre bambalinas, o contra los testimonios pagados o recogidos sin suficientes precauciones; contra las confesiones arrancadas mediante engaño o felonía, o mediante torturas malignamente prolongadas en los calabozos; contra las infamias de los confidentes y de los delatores premiados; en una palabra, contra toda esa selva salvaje de vejámenes y de sistemas tiránicos que sin hacer más cierto el castigo de los delincuentes, exponen a los hombres de bien a perennes molestias y a tremendos castigos".

Las aberrantes causas que motivaron las anteriores críticas y acusaciones que hace más de un siglo formuló el maestro CARRARA, para infortunio y desprestigio de nuestra noble tradición jurídica, se repiten ahora entre nosotros con la autoritaria y abusiva legislación de estado de sitio. Cualquiera puede ver que en el contenido de cada uno de los decretos de la legislación de emergencia y en los resultados de su desarrollo, se copia con realismo impresionante todo lo que en su época enjuiciaba la palabra luminosa y atormentada del Sumo Pontífice del Derecho Penal.

Pero yo vine aquí a un sincero acto de congratulación, debido a vuestra hermosa e indeclinable amistad, y no a entristecer el panorama jurídico colombiano con este estremecido Memorial de Agravios que acabáis de escuchar. No quiero entonces prolongar este catálogo de miserias, para que no se nos acentúe más ese sabor amargo de tantas defraudaciones, por ser los asombrados testigos de una abierta declaración de guerra contra nuestro Estado de Derecho. En esa guerra, tenemos que ser el bando contrario. Lo seremos sin las armas materiales que tienen de por sí una vida perecedera, que repugnan a la espiritualidad de nuestras vidas, pero lo sabremos hacer con otras que son indestructibles, por pertenecer a los dominios de la inteligencia, porque son la fuerza moral que nos da el Derecho y el impulso que recibimos de la justicia.

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ

¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?

(Reflexiones sobre los fenómenos de la separación entre validez formal y eficacia de las normas jurídicas) *

Michel Van Kerchove

La pregunta que plantea el título de este estudio puede parecer, a simple vista, como algo a la vez irónico y provocador: “¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?”. Mirando más de cerca, sin embargo, me parece posible ver en esta aparente ironía aquello que SÓCRATES pretendía, esto es, una forma de cuestionamiento a la vez ingenua y radical que nos permita invertir, de alguna manera, nuestra mirada espontánea sobre las cosas¹. Esta pregunta que, en principio, parece constituir una provocación a causa de su carácter paradójico, podría ser, entonces, una manera estimulante de aclarar el funcionamiento del sistema penal futuro, en relación con aquel que sin duda nos es más familiar.

Sin salirnos del tema de la validez, la representación del sistema penal que quisiera poner en tela de juicio es aquella que FRANÇOIS OST ha evocado en términos generales en el estudio precedente, con el fin de criticarla, según la cual habría un recubrimiento, si no real por lo menos deseable, entre la validez formal y la efectividad de las normas jurídicas².

* Aparecido en *Jalons pur une théorie critique du droit*, Universidad de Saint-Louis, Bruselas, 1987, págs. 317-351. Traducción de Mauricio García Villegas.

¹ Esta inversión de la mirada es igualmente sugerida por MICHEL FOUCAULT, a propósito de la función de la prisión y de las penas en general: “Admitamos que la ley esté destinada para definir las infracciones, que el aparato penal tenga la función de reducirlas y que la prisión sea el instrumento de esta represión; entonces es necesario constatar un fracaso (...) pero a lo mejor hay que *invertir* el problema y preguntarse para qué sirve el fracaso de la prisión (...) Habrá que suponer entonces que la prisión y el castigo, en términos generales, no están destinados a suprimir las infracciones” (*Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975, págs. 276-277).

² F. Ost, *Considerations sur la validité des normes et système juridiques*, en *J.T.*, 1984, pág. 5.

Para apoyar esta forma de representación de las leyes penales se pueden citar, por ejemplo, las declaraciones del consejero de Estado Treilhard quien, en la exposición de motivos del título I del libro II del Código de Instrucción Criminal, afirmaba:

“...ningún crimen, ningún delito, ninguna contravención debe quedarse sin un seguimiento... el primer deseo de la ley es el de que toda infracción a las reglas sea conocida, perseguida y juzgada... el primer libro del Código de Instrucción Criminal que está puesto a su consideración contribuye sabiamente a que ningún crimen, ningún delito, ninguna contravención, se queden sin ser perseguidos”³.

Lo ideal, y no la realidad, se encuentra aquí claramente afirmado: toda ley penal, una vez adoptada y revestida del sello de la validez formal, debe ser integralmente aplicada, es decir, convertida en algo absolutamente efectivo. El corolario lógico de este ideal reside en el principio de la legalidad de las persecuciones: corresponde al ministerio público investigar todas las infracciones de las cuales tenga conocimiento⁴.

Precisemos de una vez, sin embargo, para evitar cualquier malentendido, que solo intento apuntar en este estudio a la dimensión “sancionadora” de la ley penal y no a su dimensión “normativa”, “determinadora” o creadora de nuevas obligaciones, que en ocasiones también envuelve⁵.

Ahora bien, desde este aspecto “sancionador”, es necesario tener en cuenta que la efectividad de la ley penal no depende del comportamiento conforme de los particulares, sino más bien de la intervención conforme de los órganos del poder, encargados de la investigación de las infracciones, de su seguimiento, de su enjuiciamiento y de la ejecución de este⁶.

Por esta razón, la efectividad de la ley penal, tal como la percibo en estas líneas, no puede apreciarse realmente sino cuando la norma sancionada por ella se encuentra dotada al menos de un cierto grado de ineffectividad.

El sentido de la cuestión que plantearé es entonces el siguiente: ¿la validez formal de una ley penal tiene alguna razón de ser, independientemente de su efectividad? ¿Se puede no solo *concebir* una disociación eventual entre estos dos polos de la validez, lo cual parece evidente, sino también llegar hasta *justificarla*? La pregunta, entendida de esta manera, no deja de tener relación con aquella de la abrogación posible de una norma jurídica por causa de desuso. Se trata, en efecto, en los dos casos, de observar las relaciones posibles entre la validez formal y la

³ G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. XXV, 1827, pág. 344.

⁴ A pesar de la interpretación contraria que le ha sido rápidamente dada, “el código de instrucción criminal parece dominado, independientemente de lo que haya pensado la doctrina clásica, por el principio de la legalidad de la persecución” (M-L RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, 1967, pág. 226).

⁵ P. E. TROUSSE, *Les Nouvelles, Droit Pénal*, t. 1, vol. 1, Bruxelles, 1956, pág. 66; R. MERLE et A. VITU, *Traité de Droit Criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit Pénal général*, 4ème éd., Paris, 1981, pág. 207.

⁶ F. RIGAU, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974, págs. 157-158; P. E. TROUSSE, *op. cit.*, pág. 66.

efectividad de la norma jurídica. Sin embargo, mientras que el fenómeno de la abrogación por desuso sugiere que, al menos en ciertas condiciones, la pérdida de legitimidad de la norma repercute sobre su validez formal y que de esta manera estos dos polos *no pueden ser disociados*, la pregunta que deseo abordar tiende a sugerir el fenómeno inverso, es decir, que estos dos polos son, al menos parcialmente, *disociables*, lo cual, en perspectivas por lo general muy diferentes se ha intentado justificar.

Sin embargo, como veremos, esta pregunta no recibirá necesariamente respuestas categóricas; la idea que se desprenderá de este estudio será, más bien, según la expresión de R. VOUI, la de que la ley penal no está hecha para ser aplicada “siempre en todas las circunstancias y a cualquier precio”⁷. Esta idea ilustra igualmente la tesis de CARBONNIER cuando afirma que “la frase banal según la cual las reglas del derecho están hechas para ser aplicadas, aunque parezca una perogrullada, no es una verdad. Al menos no es una verdad general”⁸.

Por otra parte, esta pregunta está lejos de poder recibir una respuesta única y uniforme; la diversidad de modelos teóricos a los cuales se acogen estas respuestas, ponen suficientemente en claro las diferentes concepciones de la ley penal y de los diferentes fundamentos del derecho a castigar; modelos estos que además no son necesariamente exclusivos los unos en relación con los otros, dentro del funcionamiento real de las instituciones penales.

Al respecto, me contentaré con referirme a tres modelos diferentes que ocupan un lugar importante dentro de la problemática de la aplicación de las leyes penales, sin olvidar la posibilidad de concebir otras interpretaciones. Estos tres modelos se fundan en interpretaciones que pueden ser calificadas respectivamente como axiológica, instrumentalista y simbólica. Me propongo examinarlas sucesivamente.

1. MODELO AXIOLÓGICO

Una primera interpretación del fenómeno de disociación que evoqué anteriormente, consiste en abordarlo en términos de *valor*, y por lo tanto a partir de un modelo que calificaré como axiológico.

A simple vista, sin embargo, este modelo es el que más rebelde parece a la justificación de una separación eventual entre validez formal y efectividad de la ley penal.

En efecto, de acuerdo con esta perspectiva, la ley penal se concibe generalmente como tendiendo “a la protección del orden social”⁹ y al sancionamiento de los atentados contra los “bienes jurídicos esenciales” tales como la seguridad del Estado, el orden y la seguridad pública, las libertades fundamentales, la fe pública,

⁷ R. VOUI, “Le ministère public dans l'exercice de sa ‘magistrature particulière’ en matière répressive”, en *J.T.*, 1953, pág. 83.

⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans riqueur*, Paris, 1969, pág. 101.

⁹ P. E. TROUSSE, *op. cit.*, pág. 66.

¿LAS LEYES PENALES ESTÁN HECHAS PARA SER APLICADAS?

el orden familiar, la moralidad pública, la vida, la integridad física, el honor y la consideración de las personas, la propiedad y la lealtad en las relaciones jurídicas¹⁰.

Además, la aplicación efectiva de la pena al autor de la infracción es, al menos según la teoría clásica del derecho penal, considerada en sí misma como la condición de realización de un valor esencial de justicia retributiva, fundada en una exigencia de equivalencia al menos simbólica entre la falta y el castigo. Como lo sugiere KANT, por ejemplo, "La pena jurídica... debe ser infligida (al criminal) por la sola razón de que ha cometido un crimen"¹¹.

De ahí que si adoptamos esta concepción, parece resultar lógicamente que toda inaplicación de la ley penal constituye a la vez un atentado contra los valores de los cuales ella es un instrumento esencial de protección y una injusticia fundamental, en el sentido de que ella deja impune una falta. Se podría agregar, según una interpretación más reciente, que la inaplicación de la ley penal, cuando ella no es más que parcial, atenta contra una exigencia de igualdad de tratamiento, que ocupa un lugar igualmente importante dentro de un sistema jurídico como el nuestro.

Sin embargo, estas consideraciones no constituyen un obstáculo para la justificación de un cierto grado de inefectividad de la ley penal, la cual puede fundarse, no sobre los valores que acabo de evocar, sino sobre otros valores corrientes, tales como el de la libertad, la seguridad o la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad, valores estos que, sin ser inherentes a la idea misma de represión penal, ocupan, o en todo caso están llamados a ocupar, una posición central dentro de los sistemas penales tal como fueron concebidos a principios del siglo XIX.

En este punto podemos citar el concepto de culpabilidad, el cual, por la exigencia conjunta de sus tres elementos constitutivos: material, moral y legal, implica una primera forma de limitación a la aplicación de las sanciones penales.

Por otra parte, en relación con el procedimiento penal, podemos citar las múltiples restricciones a aquello que los norteamericanos llaman el "*due-process of law*" y que recubre ampliamente la noción europea de proceso equitativo: limitaciones relativas a la competencia de los órganos encargados de perseguir las infracciones y de imponer las penas, limitaciones que se derivan de la prescripción de las infracciones, de la autoridad de la cosa juzgada, de las reglas relativas a la carga de la prueba (en particular la presunción de inocencia) y a los modos de prueba admisibles, del carácter contradictorio del procedimiento, al respeto del derecho de la defensa.

Dentro de cada uno de estos elementos encontramos numerosas ilustraciones de lo que CARBONNIER llamó "fenómenos de autolimitación"¹², que son, incontestablemente, la fuente de un cierto grado de inefectividad de las leyes penales.

Ahora bien, la justificación de esta forma de inefectividad está por lo general fundada en un valor de libertad conforme al cual la sociedad acepta sacrificar en

¹⁰ *Ibidem*, pág. 69.

¹¹ E. KANT, *Métaphysique des moeurs*, primera parte, *Doctrine du droit*, trad. de A. Philonenko, Paris, 1971, pág. 214.

¹² J. CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 23.

parte la protección del orden público e, incluso, eventualmente una concepción estricta de la justicia retributiva. Como lo ha dicho acertadamente HERBERT PACKER, "límites definidos han sido impuestos al poder del Estado sobre el individuo, como consecuencia de ello, la efectividad absoluta del control social se encuentra sacrificada en interés de la protección de una sociedad razonablemente libre"¹³.

La parte de inefectividad y el espacio de no aplicación de las leyes penales [*non-enforcement*] que puede ser justificada a la luz de una interpretación axiológica, corresponde a la diferencia que JOSEPH GOLDSTEIN ha propuesto entre los conceptos de *total enforcement* y de *full enforcement*¹⁴.

Si, en función de las limitaciones que he mencionado, la idea de una aplicación generalizada [*total enforcement*] de las leyes penales se encuentra excluida, la idea de una plena aplicación de estas leyes [*full enforcement*] aun podría ser concebida: el espacio de plena aplicación de las leyes será, a simple vista, aquel en el cual las diferentes instancias del sistema represivo están no solo autorizadas sino también obligadas a dar plena aplicación a las leyes penales.

Sin embargo, como lo veremos, las fronteras de la inefectividad justificada no terminan en este punto.

2. MODELO INSTRUMENTALISTA

Al modelo axiológico que acabamos de evocar se puede oponer, al menos parcialmente, un modelo de tipo instrumentalista.

Esta oposición ha sido claramente resaltada por KANT, en el pasaje ya aludido, cuando afirma que "la pena jurídica no puede ser jamás considerada simplemente como un medio para realizar otro bien, sea para el criminal o sea para la sociedad civil ... (puesto que) el hombre no puede ser jamás tratado como un medio para los fines de otro". La consecuencia implacable que KANT deduce de esto es la de que "incluso si la sociedad civil debiera disolverse con el consentimiento de todos sus miembros ... el último homicida debería previamente ser ejecutado, con el fin de que cada uno ponga a prueba el valor de sus actos"¹⁵.

El modelo instrumentalista que el filósofo de Königsberg ataca como falso, aparece de esta manera en toda su especificidad: la aplicación de la sanción penal no es ya considerada como un bien en sí mismo, en el sentido de que ella aseguraría la justicia retributiva de la infracción, sino que se considera, en este caso, como el instrumento de realización de un bien que le es, de alguna manera, exterior,

¹³ H. L. PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, 1968, pág. 249.

¹⁴ J. GOLDSTEIN, "Police discretion not to invoke the criminal process", en B. ATKINS y M. PROGREBIN (ed.), *The invisible justice system. Discretion and the law*, s.1., 1978, pág. 67. "La total aplicación, cuando es posible, se encuentra también precluida por las restricciones del debido proceso (...) estas restricciones de aplicaciones generales y específicas, marcan las fronteras, generalmente ambiguas de un área de total aplicación en la cual la policía no solo está autorizada sino que tiene el deber de hacer cumplir totalmente la ley penal". (N. del T.: del original en inglés).

¹⁵ E. KANT, *op. cit.*, págs. 214-215.

esto es, la prevención general o individual de las infracciones. La definición misma de estas infracciones, es decir la incriminación penal se supone dominada por una interpretación utilitarista: solo los comportamientos realmente perjudiciales para la sociedad son susceptibles de poder ser erigidos en infracciones.

Esta concepción instrumentalista de la sanción penal conduce a apreciar sus méritos en términos de *eficacia*, es decir, de aptitud de este instrumento para realmente alcanzar el fin que le ha sido asignado. Su dimensión utilitarista nos lleva a reconocer sus méritos en términos de "costo-beneficio", o sea, por medio de la toma en consideración respectivamente de las ventajas que se desprenden de su aplicación y del costo financiero, social y humano correspondiente.

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias que se pueden desprender de un modelo como este, desde el punto de vista de la justificación eventual de la ineffectividad de las leyes penales?

A simple vista, este modelo, como el precedente, es más propicio para la condena que para la justificación de este fenómeno.

En efecto, si nos remitimos a los principales representantes del movimiento de descriminalización¹⁶ tal como se ha desarrollado en los Estados Unidos, especialmente entre los años 1960 y 1970, resulta que este movimiento se funda en argumentos principalmente utilitaristas por el hecho de condenar la ineffectividad considerable de un gran número de leyes penales y recomendar, por vía de consecuencia, su derogación.

Esta crítica se ha centrado principalmente en el fenómeno de "sobrecriminalización" o de inflación penal en la medida en que se han invadido las esferas de moralidad privada y las relaciones socioeconómicas. En estas dos materias muy particularmente, en efecto, estos autores han considerado que la intervención del derecho penal era, según la expresión de MORRIS y HAWKINS, a la vez costosa, ineficaz y criminógena¹⁷.

Costosa, en razón del número de infracciones cotidianas cometidas en esas dos materias, y del efecto administrativo, policivo y judicial que sería, en principio, necesario para su represión.

Ineficaz, porque la mayoría de las infracciones son *victimless crimes*, es decir, infracciones sin víctimas directamente identificables, o cometidas con el consentimiento de sus eventuales víctimas (como las infracciones sexuales consentidas entre adultos), lo cual vuelve, a la vez, difícil su detección y poco eficaz su represión; además otras infracciones son, con mayor razón, consideradas como el producto de deficiencias mentales o psicológicas (como la "ivresse publique" por ejemplo)

¹⁶ Citaremos especialmente F. A. ALLEN, *The borderland of criminal justice. Essays in law and criminology*, Chicago, London, 1964; H. L. PACKER, *op. cit.*; S. H. KADISH, "The crisis of overcriminalization", en *The annals of the american academy*, 1967, págs. 157-170; J. H. SKOLNICK, *Coercion to virtue: The enforcement of morals*, en *S. Cal. L. Rev.*, vol. 41, 1968, págs. 588 y ss.; E. M. SCHUR, *Crimes without victims*, Englewood Cliffs, 1965; N. MORRIS y G. HAWKINS, *The honest politician's guide to crime control*, Chicago, 1970.

¹⁷ N. MORRIS y G. HAWKINS, *op. cit.*, pág. 2.

o de una situación socioeconómica desfavorable (como la vagancia), circunstancias de las cuales el autor de la infracción no es, en principio, sino muy parcialmente responsable. La represión de tales infracciones no podría entonces tener sino una poca efectividad en términos de prevención, tanto general como individual.

Finalmente, la intervención del derecho penal es criminógena en cuanto que las dificultades a las que se enfrenta la detección incitan a las autoridades a cometer, ellas mismas, infracciones para llegar a sus fines (provocación a cometer infracciones, por ejemplo en materia de droga o de prostitución, o invasiones ilegales de la vida privada, en ciertas infracciones sexuales). Criminógena también, en cuanto que la estigmatización resultante de la represión penal tiene por efecto desocializar muchos individuos y suscitar una criminalidad "secundaria" o derivada, que sin duda no habrían conocido jamás si esas infracciones iniciales no hubiesen sido reprimidas.

Sin embargo, si bien estos diferentes datos permiten explicar cuáles leyes penales permanecen con un alto grado de inaplicación, ellos no significan una justificación. En efecto, la idea aparece claramente en los representantes de este tipo de análisis: el fenómeno de ineffectividad es fundamentalmente patológico, y la adopción de una ley penal no tiene razón de ser sino en función de su aplicabilidad efectiva y con un costo aceptable. Además, estos autores se apegan con frecuencia a la cuestión del efecto de contagio que podría tener la ineffectividad de estas leyes específicas: la tolerancia que manifestarían las autoridades en relación con estas puede conducir a debilitar, tarde o temprano, la efectividad del sistema penal en su conjunto. En otros términos, este tipo de análisis conduce a considerar que la eficacia de las leyes penales, concebida como su aptitud para prevenir las infracciones, es algo inseparable de su efectividad. Esto conduce igualmente a considerar que la efectividad de las leyes penales no se puede separar de su validez formal, y este es claramente el sentido que hay que dar a las conclusiones que se desprenden; esto es, que las leyes penales inaplicables o aplicables con costos excesivos deben ser radicalmente derogadas, con lo cual se produce la descriminalización de las conductas correspondientes.

Sin embargo, este tipo de conclusiones no es el único al cual puede conducir una interpretación en términos utilitaristas o instrumentalistas.

En efecto, a partir del momento en el que la aplicación de la ley penal se analiza en términos de eficacia y ya no en términos de retribución, es perfectamente lógico que la preocupación de eficacia no necesariamente dirija la aplicación plena o la plena efectividad de las leyes.

Por otra parte, creo que podemos decir que si los autores que hemos mencionado no han llegado a esta conclusión, es sin duda porque, siendo generalmente reticentes a admitirla abiertamente, se han inspirado en consideraciones axiológicas, tales como la preocupación por la protección de la vida privada o la exclusión de modos de aplicación de leyes que implican un carácter discriminatorio o contrarían las exigencias inherentes a un proceso equitativo [*due-process values*].

Me parece que una visión más puramente instrumentalista de la ley penal conduce, por el contrario, a justificar un muy alto grado de ineffectividad.

A la idea de que, al menos dentro de ciertos límites, la ley penal debería ser aplicada indiferentemente a todas las infracciones y a todos los delincuentes, en la medida de su culpabilidad, se substituye lógicamente, en efecto, la idea de que la ley penal está hecha para ser aplicada con soltura y discernimiento, teniendo en cuenta a la vez la diversidad de infracciones, de circunstancias concretas en las cuales han sido cometidas, y de la personalidad muy variable de sus autores, es decir, esencialmente de su diferente grado de peligrosidad social.

A un modelo general e indiferenciado de aplicación de las leyes penales se substituye, entonces, un modelo individualizado y selectivo que permite aquello que FOUCAULT llamó "una gestión diferencial de los ilegalismos"¹⁸.

Me parece que esta diferenciación se apoya en la pareja de modelos extremos de aplicación de leyes penales, que yo calificaría, recurriendo a dos metáforas, de "militar" y de "lúdica".

El modelo "militar"¹⁹ parte de la idea de que el delincuente es un "enemigo" que hay que neutralizar e, incluso, eventualmente eliminar²⁰. Sin embargo, mientras que en la tradición proveniente de ROUSSEAU, se tiende a considerar *a priori* a todo delincuente como un enemigo público²¹ y a asignar a las fuerzas del orden la tarea de "atacar al enemigo en todos los frentes a la vez"²², una política criminal utilitarista exige no ser disperso y escoger como blanco solo a los "individuos peligrosos"²³.

Desde este punto de vista, como bien lo ha sugerido THURMAN ARNOLD, conviene considerar la ley penal, no como una norma que debe ser aplicada porque ella gobierna la sociedad, sino como un arsenal de armas con el cual será posible encarcelar a ciertos individuos peligrosos que amenazan a la sociedad²⁴.

¹⁸ M. FOUCAULT, *op. cit.*, pág. 277.

¹⁹ Algunos lo calificarían como "dogmático"; cf. especialmente M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics*, Urbana, 1964, págs. 46-47.

²⁰ Cf. especialmente J.R. GUSFIELD, *Symbolic crusade. Status politics and the american temperance movement*, Urbana-Chicago-London, 1963, pág. 69. El delincuente que Gusfield califica de "enemigo" es aquel que contesta la legitimidad de la norma incriminadora y que no manifiesta ninguna forma de arrepentimiento. Es interesante observar cómo un representante del ministerio público, como el abogado general L. de Wilde, cita expresamente la ausencia de arrepentimiento del delincuente entre las circunstancias que justifican, según él, la iniciación de la persecución penal (L. DE WILDE, "Het sepotbeleid", en *Panopticon*, 1982, pág. 516).

²¹ Cf. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, París, 1963, pág. 79: "todo malhechor que ataque el derecho social, se convierte por sus fechorías en rebelde y traidor de la patria, deja de ser su miembro cuando viola sus leyes, e incluso le hace la guerra...; y cuando se mata al culpable se le hace menos como ciudadano que como enemigo" (el subrayado es nuestro).

²² Th. W. ARNOLD, "Law enforcement, and attempt at social dissection", en *Yale Law Journal*, vol. XLII, 1932, N° I, pág. 9.

²³ *Ibidem*, pág. 8. En este sentido el señor abogado general Jardin, escribía recientemente que "el ministerio público debe ser sensible al estado peligroso resultante de tal o cual forma de delincuencia, esta percepción de la peligrosidad debe intervenir en la elección de la respuesta penal" ("La politique criminelle du ministère public", en *Liber amicorum Frédéric Dumon*, t. I, Anvers, s. d., pág. 454).

²⁴ Th. W. ARNOLD, *op. cit.*

De aquí resulta, según este mismo autor, que "el hecho de que existan más leyes de las que pueden ser aplicadas no es una desventaja, sino una ayuda para el órgano aplicador de la ley, puesto que ello le proporciona una gran cantidad de armas ofensivas contra cualquier individuo". Y agrega: "En último término, las leyes desuetas pueden ser puestas nuevamente en vigor y utilizadas para fines jamás imaginados por sus autores, para luego volver a caer en la obscuridad cuando el interesado haya sido puesto tras las rejas"²⁵. Esto es lo que se ha llamado la "Estrategia Al Capone", en recuerdo del célebre "gangster" neutralizado por medio de la aplicación de una ley fiscal, en vista de la imposibilidad para recoger pruebas suficientes relacionadas con sus ventas ilícitas de alcohol.

Como puede observarse en esta perspectiva, la validez formal de la ley penal está claramente dissociada de su plena efectividad. Solo se busca una aplicación selectiva de la ley penal, en nombre de un principio superior de eficacia.

Sin embargo, este mismo principio de eficacia exige que se pueda, al mismo tiempo, recurrir a otro modelo de aplicación de la ley penal que yo llamaría "lúdico".

A la imagen de una guerra emprendida contra enemigos a los que se pretende eliminar socialmente, puede oponerse la imagen de un juego que se lleva a cabo entre contrincantes a los cuales se pretende vencer, pero manteniendo la inclusión al grupo al que pertenecen²⁶.

A diferencia del anterior, este modelo señala un lugar importante a la negociación, al compromiso, a la rehabilitación, incluso al perdón puro y simple. No se excluye tampoco la posibilidad de una cooperación entre el autor de la infracción y las autoridades represivas, llegando de esta manera a una verdadera "utilización" de la delincuencia por el sistema penal, como lo ha revelado FOUCAULT²⁷.

Para seguir en un registro lúdico, podemos pensar en el juego de la "cadena", acorde con el cual toda persona atrapada por el conductor del juego debe ayudar a este a atrapar a los otros participantes.

No es difícil apreciar cómo múltiples instituciones jurídicas han acondicionado progresivamente sus posibilidades de compromiso y de aplicación diferenciada o selectiva de las leyes penales: los mecanismos de abandono de la persecución penal (y el principio de la oportunidad de la persecución que le sirve de justificación) de la libertad condicional, del *sursis a statuer*, de la suspensión de la imposición, de la gracia, de la advertencia, de la transacción, incluso del *plea bargaining*, tal como funciona en los Estados Unidos, son, a mi juicio, algunas maneras de las cuales el sistema penal asegura institucionalmente su "autoneutralización" parcial, para tomar la expresión de JEAN CARBONNIER²⁸, en el sentido de que él instituye y justifica en sí mismo la posibilidad de su no aplicación. Este fenómeno ha tomado incluso tal amplitud que un abogado general no dudaba en afirmar recientemente

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cf. M. EDELMAN, *op. cit.*, pág. 47; J.R. GUSFIELD, *op. cit.*, pág. 68. El delincuente que promueve este tipo de tratamiento es calificado de "deviant repentant".

²⁷ M. FOUCAULT, *op. cit.*, págs. 277 y 285.

²⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 25. Sin embargo, el autor parece excluir de su análisis los fenómenos que acabamos de analizar (pág. 27).

que el principio de la oportunidad de la persecución en materia penal había pasado de una concepción negativa, en la que su abandono constituía la excepción, hacia una concepción positiva, según la cual su abandono se convierte en la regla y su aplicación pasa a ser la excepción que conviene justificar²⁹.

3. MODELO DE INTERPRETACIÓN EN TÉRMINOS DE EFICACIA SIMBÓLICA

A los dos tipos de interpretación precedentes se puede agregar un tercer modelo que intenta, más allá de las dimensiones instrumentales, dar cuenta de las dimensiones simbólicas del fenómeno penal.

Uno de los autores contemporáneos, que sin duda se ha situado más claramente dentro de esta perspectiva, es ÉMILE DURKHEIM. Inscribiéndose en contra de la concepción utilitarista, DURKHEIM, no dudó en afirmar que "la pena... no sirve o sirve muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores; desde estos dos puntos de vista su eficacia es dudosa y en todo caso mediocre. Su verdadera función, agrega, es la de mantener intacta la cohesión social manteniendo toda la vitalidad de la conciencia común... es el signo que certifica que los sentimientos colectivos, que la comunión de los espíritus en la misma fe permanece intacta, y de esta manera, repara el mal que el crimen ha hecho a la sociedad"³⁰.

Esta afirmación del mencionado autor, deja entender que la ley penal no solo debe ser entendida en su significación "literal", que consistiría, según una interpretación instrumentalista, en prevenir la realización de una infracción. Ella debe ser entendida, principalmente, según él, de acuerdo con una significación segunda, que consistiría en su eficacia simbólica, que podría ser definida como su aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizadoras o desvalorizadoras.

Sin embargo, en la medida en que DURKHEIM solo retiene entre sus representaciones aquellas que son susceptibles de valorizar el sentimiento común de pertenencia a un grupo, parece difícil encontrar en su obra el fundamento de una justificación de la inaplicación de las leyes penales. Por el contrario, parece que toda forma de ineffectividad es, desde su punto de vista, de una naturaleza tal que sirve para debilitar la conciencia común y por lo tanto aparece, en esta perspectiva, como un factor de disfunción social.

Numerosos autores, por el contrario, han intentado continuar este tipo de reflexión, pero partiendo esta vez, de lo que pudiéramos llamar una concepción pluralista de nuestras sociedades en oposición, tanto a una concepción "consensualista" de tipo durkheimiano, como a una concepción "conflictualista" de tipo marxista.

²⁹ L. DE WILDE, *op. cit.*, pág. 51.

³⁰ E. DURKHEIM, *La division du travail social*, Paris, 1967, pág. 76.

A este respecto, me apoyaré ampliamente en una parte de un estudio que he consagrado recientemente a este tema³¹.

El modelo pluralista, al cual me refiero, intenta sobrepasar la simplificación excesiva que parecen implicar los modelos "consensualista" y "conflictualista" cuando se trata de dar cuenta del funcionamiento actual de nuestra sociedad. Lejos de llegar a negar la existencia de zonas de conflicto o de consenso, este modelo se esfuerza en dar cuenta de la diversidad de estas situaciones en una sociedad caracterizada a la vez por el orden y el desorden, el consenso y el disenso³². Desde luego esta situación no entraña una diversidad generalizada de opiniones y de actitudes³³. Ella supone especialmente un funcionamiento en dos niveles³⁴: implica un acuerdo sobre ciertos valores centrales³⁵ y ciertas "reglas de juego"³⁶. Compromisos sobre ciertas normas, y una pluralidad de actitudes a veces más conflictivas en relación con las otras normas, en relación con los sistemas de legitimación; ella puede igualmente traer, al mismo tiempo, una relativa conformidad "pública" y un pluralismo "privado"³⁷. Sin excluir la posibilidad de conflictos violentos o la ocasional intervención autoritaria del Estado, este modelo reserva un lugar importante a los procedimientos de negociación entre los diferentes grupos sociales y a las soluciones de compromiso³⁸. Esto supone asimismo que las contradicciones sociales no se manifiestan estrictamente en función de intereses socioeconómicos y

³¹ M. VAN DE KERCHOVE, "Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste", en *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Revue de l'Université Libre de Bruxelles, 1984, págs. 123-171, particularmente págs. 159-169.

³² Cf. especialmente J. D. DOUGLAS, *American social order. Social rules in a pluralistic society*, New York-London, 1971, págs. 246-247.

³³ Cf. P. RICOEUR, "Science et idéologie", en *Revue Philosophique de Louvain*, t. 72, 1974, pág. 334: "peut-etre aucune société radicalement pluraliste, radicalement permissive, n'estelle possible. Il y a a quelque part de l'intolérable".

³⁴ Cf. J. REMY, L. VOYE y E. SERVAIS, *Produire ou reproduire?* t. 1, Bruxelles, 1978, pág. 108.

³⁵ *Ibidem*; J. D. DOUGLAS, *op. cit.*, pág. 289.

³⁶ Cf. J. L. SEURIN, "Pour une analyse conflictuelle du rapport majorité opposition en démocratie pluraliste", en *La démocratie pluraliste*, Paris, 1981, pág. 122. "La característica de las democracias pluralistas existentes es el respeto de unas ciertas reglas de juego. Esto implica siempre un total acuerdo de los adversarios sobre el funcionamiento de las instituciones"; cf. igualmente A. VACHET, "La démocratie bloquée: les ambiguïtés du pluralisme politique", en *Le pluralisme*, Montreal, 1974, pág. 193: "En el interior de un consenso de un sistema de valores y de creencias, los conflictos entre los grupos son formalizados por la sumisión a las reglas del juego que permiten minimizar los desacuerdos espontáneos por medio de soluciones de compromiso que no deben ser nunca demasiado ofensivas para ninguno de los participantes". Una buena ilustración de esta sumisión necesaria a las "reglas de juego" nos la da el art. 21 de la ley del 16 de julio de 1973 que garantiza la protección de tendencias ideológicas y filosóficas. En efecto, la ley da protección solo cuando los utilizadores y las tendencias ideológicas y filosóficas aceptan los principios y las reglas de la democracia. (Cfr. Ch. DAUBIE, *Le pacte culturel: de sa genèse à son application*, en *Res Publica*, t. XVII, 1975, pág. 181).

³⁷ Cf. Ch. DAVIS, "The Philosophical foundations of pluralism", en *Le pluralisme*, Montreal, 1974, pág. 243.

³⁸ Cf. especialmente W.A. KELSO, *American democratic theory. Pluralism and its critics*, Westport-London, 1978, pág. 13; J. L. SEURIN, *op. cit.*, pág. 117; J. REMY, L. VOYE y E. SERVAIS, *op. cit.*, pág. 108; Th. J. LOWI, *The end of liberalism. The second republic of the United States*, 2 ed., New York-London, 1979, pág. 35; J. R. GUSFIELD, *Symbolic crusade*, ed. cit., pág. 178.

¿LAS LEYES PENALES ESTÁN HECHAS PARA SER APLICADAS?

según una pertenencia a las clases³⁹, sino también y en gran medida, en función de criterios culturales y étnicos y de acuerdo con una pertenencia lingüística, étnica, religiosa, regional o "estatutaria" particular⁴⁰. Finalmente, este modelo supone, a diferencia de un modelo conflictualista que prevé la existencia de una verdadera "polarización" de los grupos en conflicto en dos bloques, partiendo de una "superposición" de las pertenencias y de las identificaciones de los individuos a los diferentes grupos y volviendo difícil los compromisos, la existencia de imbricaciones (*overlappings*) parciales a este nivel, capaces de reducir la extensión de los conflictos y favorecer los compromisos⁴¹.

La evolución de un país como Bélgica, por ejemplo, donde las líneas de separación étnico-religiosa, socio-económica, lingüístico-cultural y regional han contribuido sucesivamente a estructurar la vida social y política y continúan mezclándose en la actualidad, sin recubrirse mutuamente, parece encontrar en un modelo como este una representación relativamente adecuada.

Ahora bien, la existencia de este modelo pluralista ha permitido a numerosos autores, a la vez, explicar y justificar, en parte, ciertos fenómenos de ineffectividad de las leyes penales, al término de un análisis que pone el acento en las dimensiones simbólicas del funcionamiento del sistema penal. Incluso, si bien es cierto que este tipo de interpretación ha sido catalogado como algo perteneciente a la prehistoria por utilitaristas como HART⁴², parece imposible dejar de tenerlo en cuenta. Para convencerse de ello es conveniente, primero que todo, apreciar cómo en las zonas de consenso social, la eficacia material o instrumental de las leyes penales y su eficacia simbólica tienden por lo general a fortalecerse mutuamente.

Si tomamos el ejemplo de la represión penal de la criminalidad violenta en relación con las personas, parece que el efecto instrumental de la norma, que es el de asegurar, o al menos fortalecer la protección de la vida y de la integridad física de las víctimas potenciales, converge, la mayor parte del tiempo, con efectos simbólicos de consagración del valor fundamental de la vida y de la libertad individual, de fortalecimiento de los lazos sociales alrededor de estos valores, de "denuncia moral" de todo atentado contra ellos; y de "exclusión social" del individuo que atente contra ellos. El efecto preventivo de la norma, como su aplicación efectiva en caso de transgresión, se encuentran efectivamente confortados por estos diferentes efectos simbólicos⁴³ pero, recíprocamente, es verdad igualmente que la aplicación

efectiva de la norma penal, en caso de transgresión, tenderá a revivir sus efectos simbólicos.

Está suficientemente claro que esta convergencia de efectos encuentra su aplicación en el muy amplio consenso del cual parece gozar la norma penal en este caso.

En otros casos, sin embargo, parece que estos dos tipos de eficacia pueden entrar en conflicto⁴⁴ y, en último término, disociarse al menos parcialmente.

Así se explica aquel caso en el cual, a diferencia de la situación precedente, la incriminación de un comportamiento tal como el aborto en Bélgica, hoy en día, por ejemplo, sea objeto de un amplio desacuerdo; o que ciertos intereses, valores o formas de legitimación simbolizadas por esta incriminación, presenten un carácter conflictivo más o menos acentuado.

En este caso, no hay duda de que los efectos instrumentales y simbólicos de la norma se debilitan mutuamente. La denuncia moral en relación con los atentados contra la vida, que encierra la norma penal, puede ser, esta vez, percibida como un símbolo de valorización solamente de una parte de la población, depositaria de una ética o de una religión determinada. Ella puede ser percibida también como un símbolo de desvalorización, de desconfianza, o de sujeción de la población femenina en su conjunto y de su parte más desfavorecida socialmente, en particular. Convirtiéndose cada vez más en un símbolo de la división social, antes que de cohesión, la norma penal necesariamente se ve afectada en su eficacia instrumental, tanto en su capacidad para suscitar espontáneamente comportamientos conformes, como en su capacidad para reprimir las infracciones cometidas⁴⁵.

Inversamente, toda forma de reactivación de su eficacia instrumental que se traduciría en un aumento de las sanciones o en un aumento de la severidad de las penas es, sin duda, capaz de producir ciertos efectos simbólicos, pero tiene el peligro de comprometer definitivamente otros efectos. Retomando la terminología de GOFFMAN, podemos decir que ella se convierte cada vez más en un símbolo de *status* y cada vez menos en un símbolo "colectivo"⁴⁶. Sus efectos simbólicos de división pueden, en este caso, superar sus efectos de cohesión.

⁴⁴ Cf. especialmente W. G. CARSON, "Symbolic and instrumental dimensions of early factory legislation: a case study in the social origins of criminal law", en R. HOOD (ed.), *Crime, criminology and public policy. Essays in honor of Sir Leon Radzinowicz*, London, 1974, pág. 112: "No existe una coherencia necesaria entre la disposición de un grupo hacia el carácter simbólico de la norma y su postura en relación con el potencial instrumental de la misma" (pág. 136); "No existe ninguna razón *a priori* para suponer que las actitudes hacia las ramificaciones instrumentales y simbólicas de la legislación irán siempre en la misma dirección". (N. del T.: del original en inglés).

⁴⁵ Cf. F. DUMON, "De l'État du droit" en *J. T.*, 1979, pág. 476, al respecto se constata, deplorándolo al mismo tiempo, que cuando el poder judicial "cumple la función que la ley le impone, se sale a la calle, se manifiesta y se paraliza su acción con el apoyo activo de ciertos medios, incluso científicos".

⁴⁶ E. GOFFMAN, "Symbols of class status", en *The British Journal of Sociology*, vol. II, n. 4, 1951, pág. 294: "Los símbolos de rango, visiblemente dividen al mundo social en categorías de personas, así ayudan a mantener solidaridad en el interior de una categoría y hostilidad entre diferentes categorías. Los símbolos de rango deben diferenciarse de los símbolos colectivos, los cuales sirven para negar la diferencia entre categorías de tal manera que muchas de ellas pueden ser unidas en una sola comunidad moral". (N. del T.: del original en inglés).

³⁹ Cf. especialmente R. A. DAHL, "Le pluralisme revisité", en *La démocratie pluraliste*, Paris, 1981, págs. 67-68; J. R. GUSFIELD, "On legislating morals: the symbolic process of designating deviance", en *California Law Review*, N° 56, 1968, pág. 61; R. DAHRENDORF, *Class and class conflict in industrial society*, Stanford, 1959, pág. 202.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Cf. especialmente J. D. DOUGLAS, *op. cit.*, pág. 301; M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics*, ed. cit., pág. 175; J. R. GUSFIELD, *Symbolic crusade*, ed. cit., pág. 107, que hablan, en el mismo sentido, de "solidaridades parciales".

⁴² H. L. HART, *Law, liberty and morality*, Stanford, 1963, pág. 83.

⁴³ Cf. especialmente H. L. PACKER, *The limits of the criminal sanction*, ed. cit., pág. 44: "No es solo la amenaza de la sanción o su real imposición lo que contribuye al total efecto disuasivo, sino también todo el proceso criminal que se presenta como un paradigma del bien y del mal". (N. del T.: del original en inglés).

Este antagonismo permite comprender la multiplicidad de los compromisos que implica la práctica penal. Entre estos, algunos sirven para disociar, al menos parcialmente, los dos tipos de eficacia mencionados. En ocasiones, esta disociación se realizará por medio del fortalecimiento de la dimensión instrumental del problema abordado y del rechazo de su dimensión simbólica. Más precisamente, esta dimensión simbólica volverá a sus componentes menos conflictivos y, en último caso, será reducida a las significaciones simbólicas propias de la misma instrumentalidad: símbolo de objetividad, de imparcialidad, de humanismo y de unanimidad⁴⁷. En ocasiones, por el contrario, esta disociación parcial se traducirá en la desaparición, o al menos en el debilitamiento, de la eficacia instrumental de la norma; de esta solo subsistirá la eficacia simbólica.

Ahora bien, me parece que esta segunda hipótesis se puede vincular con el fenómeno de ineffectividad de las leyes penales objeto de un amplio desacuerdo social. En este caso, la disociación entre los efectos instrumentales y simbólicos de la norma penal coincide con una disociación entre dos *actos* jurídicos diferentes: la *adopción* de la norma, de un lado, y su *aplicación*, del otro; o, si se prefiere, con una disociación entre la validez formal de la norma y su efectividad.

Producto de una aplicación malograda, costosa, imposible, la norma penal ve, en efecto, lo esencial de su razón de ser en la función simbólica lograda con su misma adopción y con el mantenimiento de su validez puramente formal.

En realidad, este fenómeno sobrepasa ampliamente las cuestiones penales. Esto ha sido especialmente aclarado por G. BOURDEAU, a propósito de lo político: “numerosas reglas son hoy expedidas por el poder sin disponer de los medios materiales para hacerlas efectivas ni de la autoridad necesaria para su aplicación”. Este autor concluye que, en numerosos casos, es menos exacto decir que “la política ha fracasado en sus intenciones”, que reconocer que “ella no pretendía llevarse a cabo”⁴⁸. Esta dimensión “espectacular”, “ritual”, o “mágica” de la promulgación de la norma jurídica se manifestaría también, según MURRAY EDELMAN, en el hecho de que el grado de publicidad que rodea la adopción de las leyes es por lo general inversamente proporcional a su efectividad instrumental, y en particular a su impacto real sobre la asignación de recursos⁴⁹.

Si podemos deducir la hipótesis general de que la adopción de numerosas reglas cumple por ella misma la función simbólica de “dar a creer”⁵⁰ y de producir la impresión de que las reivindicaciones o las necesidades sociales previstas por las

⁴⁷ Aparentemente, es a través de este poder simbólico de “despolitización” como la técnica y la ciencia funcionan actualmente con carácter de “ideologías”. Cf. J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, trad. J.R. Ladmiral, París, 1973, pág. 57; G. BOURDEAU, *La politique au pays des merveilles*, París, 1979, pág. 194.

⁴⁸ G. BOURDEAU, *La politique au pays des merveilles*, ed. cit., pág. 50.

⁴⁹ M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics*, ed. cit., pág. 26: “En la historia legislativa de estatutos reguladores particulares, las disposiciones menos significativas en relación con ciertas asignaciones de recursos, son las más divulgadas, y las más significativas son las menos divulgadas”. (N. del T.: del original en inglés).

⁵⁰ G. BOURDEAU, *op. cit.*, pág. 50.

reglas han sido satisfechas⁵¹ independientemente de sus posibilidades reales de aplicación⁵², esta hipótesis puede ser fácilmente trasladada al campo del derecho penal.

Como lo ha señalado L. H. C. HULSMAN, “la criminalización puede ser utilizada por el legislador como solución *aparente*. Con frecuencia el legislador se encuentra presionado por la opinión pública o por ciertos grupos para actuar contra un fenómeno indeseable sin que este disponga de los medios eficaces para hacerlo o sin que esté dispuesto a pagar el precio de esta acción. En estas condiciones, el legislador puede criminalizar para calmar la opinión”⁵³.

Sin embargo, este “*apaisement de l'opinion*” no parece depender necesariamente de una intervención sobre el plano instrumental. En numerosos casos parece que la opinión se contenta con ver cómo la norma, *con toda claridad*, cumple una función esencialmente, casi que exclusivamente simbólica, de condenación pública del comportamiento prohibido⁵⁴.

En su bien conocida obra, consagrada al movimiento de templanza en los Estados Unidos, J. R. GUSFIELD muestra cómo la adopción de la legislación prohibicionista fue suficiente por sí sola para satisfacer a sus defensores, sin que ellos hubiesen sentido una gran premura por hacerla aplicar⁵⁵.

Más cerca de nosotros, el informe proveniente de los doce miembros de la Comisión Nacional para los Problemas Éticos, relacionado con la reforma de la ley en materia de aborto, luego de constatar un abismo entre la ley actual y la práctica⁵⁶, consideró que no obstante esta circunstancia no había aquí un argumento pertinente para su derogación. En efecto, el informe pone de manifiesto de manera significativa que, “en esta materia, la afirmación del derecho es más importante que la sanción. La sanción no tiene por objeto principal la represión. Ella contiene, ante todo, la afirmación del derecho”⁵⁷. “Ce faisant”, los autores del informe parecen conscientes de que, más allá del “alcance concreto” que una ley como esta

⁵¹ J. P. HENRY, “Vers la fin de l'État de droit?”, en *Revue de Droit Publique et de Science Politique en France et à l'étranger*, t. XCIII, 1977, N. 6, pág. 1227.

⁵² *Ibidem*, pág. 1224.

⁵³ H. L. C. HULSMAN, *Défense sociale et critères des décriminalisation*, en *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, París, 1975. En el mismo sentido, *cfr. Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, 1979, pág. 44. Cf. igualmente A. M. HEINZ, *Governmental responses to crime. Legislative responses to crime: the changing content of criminal law*, Washington, U.S. Department of Justice, 1982, pág. 11; “La promulgación puede... ser una afirmación simbólica del interés público acerca de un problema. Estos intentos son probablemente muy diferentes de aquellos que se relacionan con la respuesta que da solución a un problema y más bien representan un beneficio para los legisladores”. (N. del T.: del original en inglés).

⁵⁴ Cf., por ejemplo, L. DENNING, *Report of the royal commission on capital punishment*, pág. 53, citado por H. L. HART, *Law, liberty and morality*, ed. cit., pág. 65: “Es un error considerar el propósito sancionatorio como si fuese disuasivo, reformativo, o preventivo simplemente. La justificación última de toda sanción no es la disuasión sino la enfática denuncia de un crimen por parte de la comunidad”. (N. del T.: del original en inglés).

⁵⁵ J. R. GUSFIELD, *Symbolic crusade*, ed. cit., pág. 119.

⁵⁶ *Doc. parl. Senado*, 1976-1977, N. 954, pág. 281.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 263.

pueda tener "por la vida de los ciudadanos y el futuro del país", ella posee también (y sobre todo, agregaría yo esta línea lógica) "un alcance simbólico profundo para toda la colectividad"⁵⁸, en cuanto que ella implica "la opción oficial por una jerarquía de valores"⁵⁹.

Ahora bien, como ha sido señalado por varios autores, el carácter pluralista de una sociedad es, incontestablemente, un factor capaz de suscitar este tipo de estrategia, denominada como "evasión organizada de las normas" [*patterned evasion of norms*]⁶⁰.

Se ha dicho, en efecto, que una estrategia como esta podría tener un carácter funcional en el marco de una sociedad relativamente homogénea, en donde las numerosas normas penales solo reciben la adhesión de ciertos sectores de la población.

Si la afirmación pública de la norma, confortada eventualmente por ciertas sanciones esporádicas y "rituales", es suficiente para dar satisfacción a unos, la aceptación tácita de una amplia violación de esta es suficiente para satisfacer a otros, o al menos para no exacerbar su descontento⁶¹. Se trata, entonces, de una forma de compromiso entre la represión efectiva de los comportamientos prohibidos por una lado, los cuales ponen en peligro tanto la revelación y el crecimiento del tamaño de la oposición a la norma, como la existencia misma de este⁶² y, por otra parte, la derogación pura y simple de la norma que sería percibida por sus adherentes como un desacato oficial a los valores con los cuales ellos se identifican⁶³.

Esta situación, que finalmente conduce a lo que normalmente se conoce como "una descriminalización de hecho"⁶⁴, no se encuentra, claro está, libre de inconvenientes. Más allá de los posibles reproches por irracionalidad, de hipocresía y de pérdida de la autoridad de las leyes en general, no es difícil apreciar cómo este fenómeno solo aporta una satisfacción provisional a cada uno de los grupos presentes. La eficacia simbólica de la norma no puede sobrevivir a largo plazo, a no ser que sea reactivada, al menos circunstancialmente, con su aplicación efectiva. Ahora bien, una aplicación circunstancial será tanto más difícil de ser aceptada por sus adversarios, cuanto que ella será portadora, en este caso, de una evidente

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 144.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ R. M. WILLIAMS, *American Society. A sociological interpretation*, 3 ed., New York, 1970, pág. 420.

⁶¹ *Ibidem*, págs. 421 y 431. Cfr. igualmente CH. PERELMAN, "La réforme de l'enseignement du droit et «la nouvelle rhétorique»", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20, 1975, pág. 116, en donde se resume esta estrategia en los siguientes términos: "a unos se satisface votando un texto severo, a los otros, acordando una especie de inmunidad contra las persecuciones legalmente previstas".

⁶² J. R. GUSFIELD, *Symbolic crusade*, ed. cit., págs. 121-122; R. M. WILLIAMS, *op. cit.*, págs. 430-431.

⁶³ Cf. S. L. HILLS, *Demystifying social deviance*, New York, 1980, pág. 37: "Para explicar la persistencia de leyes ampliamente violadas y frecuentemente aplicables, es importante hacer énfasis en la función simbólica de estos estatutos penales en contraste con funciones más instrumentales de control social". (N. del T.: del original en inglés).

⁶⁴ Cf. *Rapport sur la decriminalisation*, Strasbourg, 1979, pág. 6.

arbitrariedad. Tal parece ser el laberinto en el cual se encuentra actualmente la "descriminalización de hecho" del aborto en Bélgica⁶⁵.

Me parece conveniente agregar, además, que en una dimensión menos radical y más difusa, "la inflación penal"⁶⁶ que caracteriza nuestra actual sociedad, proviene de esta estrategia y, a su vez, la mantiene en una especie de movimiento circular.

¿El recurso instintivo y casi automático del legislador a la sanción penal para respaldar cada una de sus intervenciones⁶⁷ no se explica por el hecho de que la mayor parte de los grupos favorables a esta intervención —bien sean progresistas o conservadores— depositan en la presencia de la sanción un valor simbólico sin par⁶⁸, independientemente de su eficacia en un plano instrumental? En esta perspectiva, al legislar sin "criminalizar" se corre el riesgo de ser percibido como la manifestación simbólica de una falta de consideración por el comportamiento prohibido. Al "descriminalizar" se corre el riesgo, a *fortiori* de testimoniar una aprobación pública del comportamiento anteriormente prohibido⁶⁹.

⁶⁵ Es importante señalar que la iniciativa parlamentaria original, que pretendía suspender temporalmente la aplicación de los artículos del Código Penal relacionados con el aborto (*Doc. parl.*, S.E., 1979, n. 38/1 y *Doc. parl.*, 1981-1982, n. 195/1), ocasionaban dificultades comparables pero inversas. En efecto, si bien esta solución satisfacía principalmente a los partidarios de la despenalización, a causa de la suspensión de toda eficacia instrumental de la ley, ella podía ocasionar igualmente el debilitamiento considerable de su eficacia simbólica.

⁶⁶ J. PINATEL, *La société criminogène*, Paris, 1971, pág. 242.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 243. Cf. igualmente F. A. ALLEN, *The borderland of criminal justice*, ed. cit., pág. 4: "No deberíamos asumir que esta gran expansión de la responsabilidad penal proviene de un orden racional. Todo lo contrario es casi cierto. Así, es más que una metáfora poética sugerir que el sistema de la justicia criminal pueda ser visto como un atareado Atlas sobre cuyos hombros hemos acumulado una abrumadora carga de responsabilidades relacionadas con la política pública en sus varios aspectos. Esto lo hemos hecho desconsideradamente, sin preguntarnos si la carga podía ser efectivamente soportada," ... (pág. 129). "Con frecuencia disposiciones penales han sido agregadas casi como ideas tardías [*afterthoughts*] a los estatutos" (N. del T.: del original en inglés). N. MORRIS y G. HAWKINS, *The honest politician's guide to criminal control*, ed. cit., pág. 27: "Nuestra actual ley criminal es el resultado de una serie de accidentes, de exageraciones, de emociones y de la cómoda costumbre política de agregar un castigo a toda proposición legislativa". (N. del T.: del original en inglés).

⁶⁸ Cf. especialmente CL. FAUGERON, *Postface*, en L. H. C. HULSMAN y J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues, le système pénal en gestion*, Paris, 1982, pág. 80: "La escena penal puede, en ciertos casos parecer como privilegiada, en la medida en que ella es menos ordinaria y aparece como más apremiante que la escena civil. También es más escandalosa, y por lo tanto aporta más publicidad, golpea la opinión". Este principio se aplica no sólo a la criminalización de un comportamiento, sino también, a la severidad de las sanciones penales previstas. Cf., al respecto, J. ANDENAES, "General prevention-illusion or reality?", en *J. Crim. L.C. and P.S.*, vol. 43, 1952, pág. 192: "El castigo es una expresión del rechazo social de un acto y el grado de este rechazo se encuentra expresado por la magnitud del castigo". (N. del T.: original en inglés). Cf. igualmente President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *Crimen and its impact. An assesment*, Washington, 1967, pág. 105: "The imposition of jail sentences may be the only way adequately to symbolize society's condemnation of behaviour in question".

⁶⁹ Esta significación simbólica, propia de la abrogación de una ley penal, ha sido aclarada por numerosos autores. Cf. especialmente R. CROSS, "Unmaking criminal laws", en *Melbourne University Law Review*, 1961-1962, vol. 3, pág. 416; L. H. C. HULSMAN, *Defense société et critères de decriminalisation*, ed. cit., pág. 26; P. DEVLIN, *The enforcement of morals*, London-Oxford-New York, 1968, pág. 18; G. JHONSON y J. NEWMAYER, "Pleasure, punishment and moral indignation", en *Sociology and social research*, vol. 59, N. 2, 1975, pág. 92; M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics*, ed. cit.,

Inversamente, sin embargo, esta inflación penal, que evidencia con mayor razón la diversidad creciente de los intereses protegidos que la extensión del consenso social, da cuenta de una aplicación cada vez más incómoda y correlativamente aumenta su función simbólica.

Parafraseando a un autor, podríamos concluir que la mayoría de las leyes penales inaplicadas —o poco aplicadas— sobreviven para satisfacer objeciones morales en relación con ciertos comportamientos establecidos. Ellas no son aplicadas porque cierta parte de la población persiste en mantener sus conductas y ellas no son abrogadas porque otras fracciones persisten en mantener sus valores morales⁷⁰.

En conclusión, los tres modos de interpretación diferente antes mencionados permiten dar cuenta y justificar, parcialmente, tres fenómenos diferentes de ineffectividad de las leyes penales, que pueden ser denominados respectivamente como fenómenos de autolimitación, de autoneutralización y de evasión organizada; fenómenos que me parecen simultáneamente presentes dentro de un sistema penal como el nuestro, así su evolución histórica dé a cada uno de estos diferentes fenómenos un relieve diferente de acuerdo con cada época.

Me parece que el error estaría entonces en considerar que es indispensable una elección, desde el punto de vista teórico, entre estas diferentes interpretaciones, incluso aceptando que, según un punto de vista práctico o ético-político, podemos estar tentados a preferir una u otra. Toda forma de interpretación única, bien sea de tipo axiológico, instrumentalista o simbólico, estaría condenada a dejar inaplicados ciertos aspectos del fenómeno o a hacerlos aparecer como vacíos de todo sentido.

pág. 32; D. J. NEWMAN, *Introduction to criminal justice*, Filadelfia-Nueva York-Toronto, 1975, pág. 64; L. BERKOWITZ y N. WALKER, "Laws and moral judgements", en *Sociometry*, 1976, pág. 411; M. COHEN, "Moral aspects of the criminal law", en *Yale Law Journal*, vol. 49, 1940, pág. 1017; D. OAKS, *The popular myth of the victimless crime* en F. E. ZIMRING y R. S. FRASE, *The criminal justice system. Materials on the administration and reform of the criminal law*, Boston-Toronto, 1980, pág. 109. Cf. igualmente *Report of the committee on homosexual offences and prostitution*, London, 1957, págs. 23 y 24. El resultado de este proceso fue descrito en términos muy sugestivos por T. W. ARNOLD, *The symbols of government*, Nueva York-Burlingame, 2ª ed., 1962, pág. 159: "Parece que una característica constante de los códigos penales es la de ser palimpsestos, con una cosa escrita sobre otra y con pocas cosas derogadas..." (N. del T.: del original en inglés).

⁷⁰ Con relación a la cita auténtica, cf. Th. W. ARNOLD, *op. cit.*, pág. 160: "Muchas leyes no aplicadas sobreviven con el fin de satisfacer objeciones morales con relación a ciertos modos de conducta. Estas leyes son inaplicadas porque queremos mantener esta conducta y no son derogadas porque queremos preservar nuestra moral". (N. del T.: del original en inglés).

Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable

Juan Oberto Sotomayor Acosta *

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe prácticamente unanimidad doctrinal en el sentido de recurrir a la noción de peligrosidad a la hora de fundamentar las medidas aplicables a los sujetos declarados como inimputables¹. A lo sumo, especialmente en países como Italia y España, se discute si se trata de una "peligrosidad presunta" o no; es decir, si la imposición de una medida al inimputable sucede de manera automática, pues en estos casos el legislador presume de *derecho* que se trata de sujetos "peligrosos" o si, por el contrario, es necesario establecer dicha peligrosidad en cada caso concreto².

En el caso colombiano, por su parte, el tema del tratamiento jurídico-penal de la inimputabilidad ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal, especialmente en lo relativo a la indeterminación temporal de las medidas³, en la cual el criterio de la

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

¹ Vid. al respecto. J. TERRADILLOS, "Tratamiento jurídico-penal de la enajenación", en AAVV: *Comentarios a la legislación penal*, t. v, vol. 1, Madrid, Edersa, 1985, págs. 124 y ss.

² Cfr. J. TERRADILLOS, "Tratamiento jurídico-penal...", *cit.*, págs. 144 a 148.

³ Cfr. J. GAVIRIA/P. GUERRERO, "El loco y la justicia", en *NFP*, N° 12, Bogotá, 1981, págs. 411 a 432; J. G. ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por los locos", en *NFP*, N° 13, Bogotá, 1982, págs. 549 a 565; N. AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Temis, 1982, págs. 95 y ss.; 2ª ed., 1986, págs. 97 y ss.; el mismo, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Temis, 1984, págs. 39 y ss.; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1982, págs. 320 a 329; 2ª ed., vol. II, 1989, págs. 93 a 105; C. MEJÍA ESCOBAR, "El criterio de necesidad como base para aplicar la medida de seguridad", en *NFP*, N° 25, Bogotá,

peligrosidad ha tenido un papel protagónico, bien sea porque se reivindique expresamente para limitar de alguna manera las medidas de seguridad⁴, o bien porque, a pesar de no utilizarse la expresión "peligrosidad", la misma subsiste en el fondo de algunas argumentaciones⁵.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el criterio de la peligrosidad ha visto en el último tiempo considerablemente reducida su influencia en el caso de los sujetos imputables, sobre todo a medida que el concepto de culpabilidad se ha hecho compatible con un derecho penal preventivo⁶, su radio de acción se ha circunscrito casi exclusivamente al ámbito de los sujetos declarados inimputables. Por ello puede sostenerse, en consecuencia, que el llamado "juicio de peligrosidad" se presenta como un producto directo de la declaración de inimputabilidad, constituyendo uno de los motores del sistema penal paralelo que funciona para los "incapaces de culpabilidad"⁷. Siendo así, cabe preguntarse entonces por los fundamentos de la noción de peligrosidad y por las razones de su supervivencia en materia de inimputabilidad, teniendo en cuenta, especialmente, la problemática relativa a los llamados "enfermos mentales", dado que es en este campo donde tal noción goza de una mayor aceptación.

2. LA PELIGROSIDAD DEL INIMPUTABLE

El tratamiento jurídico-penal de los inimputables en general, pero particularmente de los "enfermos mentales", ha tenido como base una supuesta peligrosidad

1984, págs. 427 a 429; J. ARENAS SALAZAR, "El anexo psiquiátrico de la Picota: ¡una vergüenza nacional!" en *NFP*, N° 30, Bogotá, 1985, págs. 498 a 510; E. SANDOVAL HUERTAS, "Comentario bibliográfico", en *DPC*, N° 25, Bogotá, 1985, págs. 153 a 158; P. E. AGUILAR LEÓN, "Suspensión de la medida de seguridad de internamiento en manicomio criminal, a pesar de subsistir la enfermedad", en *RCAPV*, N° 13, Cali, 1985, págs. 506 a 516; I. GONZÁLEZ AMADO, "Algunas inquietudes sobre el fenómeno de la imputabilidad", en *DPC*, N° 27/28, Bogotá, 1985/86, págs. 83 a 92; F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Temis, 1986, págs. 261 a 270; J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, "Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano", en *NFP*, N° 33, Bogotá, 1986, págs. 297 a 322; L. CALDERÓN CADAVID, *Los inimputables en los nuevos estatutos penales*, Medellín, Diké, 1987, págs. 134 y ss.; y C. A. GÁLVEZ ARGOTE, "Las medidas de seguridad temporalmente indeterminadas", en *NFP*, N° 38, Bogotá, 1987, págs. 495 a 503.

⁴ Así, N. AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad...*, cit., págs. 39 a 42, y J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., cit., pág. 102.

⁵ Tal es el caso de F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 261 a 270. Para A. REYES ECHANDÍA (*Derecho penal*, parte general, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 265), por su parte, "Resulta, pues, que a la luz de nuestro sistema penal los inimputables responden penalmente y que la suya es una responsabilidad *sin culpabilidad*" (subrayado textual). En el planteamiento de este autor, sin embargo, queda sin resolver con base en qué se impone la medida al inimputable, razón por la cual llega a un tratamiento bastante semejante al de la "peligrosidad presunta", así no utilizara tal expresión.

⁶ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, "Culpabilidad y prevención en derecho penal", en *CPC*, N° 12, Madrid, 1980, págs. 41 y ss.

⁷ Cfr. J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*. Tesis doctoral, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1989, págs. 235 a 250.

de estos sujetos. Esta consideración del inimputable como un individuo peligroso, es decir, como un ser que encierra un "riesgo social" específico, es sin embargo cuestionada desde diversos aspectos:

Desde el punto de vista *psiquiátrico*, por ejemplo, se ha afirmado que "la peligrosidad del enfermo mental es un mito social"⁸, habida cuenta de que su tasa de incidencia es en cualquier caso menor si al individuo no se le sustrae de su medio sociolaboral y familiar. En este sentido se pone de manifiesto que la tantas veces argumentada peligrosidad del sicótico, por ejemplo, no es más que un subproducto de la ideología sobre el "loco", heredera de la consideración del mismo como totalmente enajenado, y alimentada por la angustia que el presunto sano experimenta ante el propio sicótico. Esta consideración, como destaca CASTILLA DEL PINO, deriva en el error mayúsculo de creer que cualquier incumplimiento de una regla social en un "enfermo mental" es expresión de un síntoma de "enfermedad mental". O para decirlo más claramente, que dada la catalogación de un individuo como "enfermo mental", la valoración de cualquier agresión de su parte es considerada "gratuita" y, en consecuencia, quedan eximidos los componentes del grupo (social, familiar u hospitalario) de su responsabilidad como provocadores⁹.

Por tal motivo se ha concluido, pues, que la relación "actitud social de loco = peligro" no resiste el más mínimo análisis desde el punto de vista de la psicología y la psiquiatría sociales, al cargar sobre el individuo el problema, prescindiendo de otras variables sociales que le afecten, además de su trastorno síquico. De ahí que desde el punto de vista *forense*, como denuncia algún autor¹⁰, parece cuando menos excesivo que un técnico en psiquiatría acepte convertirse en juez de peligrosidad e imponga vigilancia y castigo, a no ser que considere la psiquiatría como un simple mecanismo de represión.

Asimismo, en el plano *criminológico* se ha puesto claramente de manifiesto que la pretendida sustentación científica de la peligrosidad de los "enfermos mentales" no existe en realidad. Ciertamente, tras analizar exhaustivamente los porcentajes de delincuentes primarios y multirreincidentes que se dan entre "enfermos mentales" de diversa intensidad e índole, las investigaciones criminológicas han concluido que las llamadas "enfermedades mentales" no asumen estadísticamente un peso decisivo sobre la criminalidad reincidente¹¹, puesto que esta no es superior, en términos porcentuales, a la del resto de la población.

⁸ C. CASTILLA DEL PINO, "La ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual", en R. BERCOVITZ, *La marginación de los locos y el derecho*, Madrid, Taurus, 1976, pág. 19. En igual sentido, J. C. CARBONELL MATEU/J. L. GÓMEZ COLOMER/J. B. MENGUAL I LULL, *Enfermedad mental y delito*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 185.

⁹ C. CASTILLA DEL PINO, "La ideología de la locura...", cit., págs. 19 y 20.

¹⁰ Vid. J. C. CARBONELL MATEU/J. L. GÓMEZ COLOMER/J. B. MENGUAL I LULL, *Enfermedad mental...*, cit., págs. 185 y 186. En iguales términos, T. BANDINI/U. GATTI, "Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malato di mente", en *DDDP*, año 2, N° 2, 1985, págs. 356 a 361.

¹¹ Cfr. R. BERGALLI, *La recaída en el delito: modos de reaccionar frente a ella*, Barcelona, 1980, págs. 110 y ss.

Por consiguiente, si el riesgo social que supuestamente representa el trastornado síquico no puede referirse a la probabilidad de que cometa nuevamente un hecho delictivo, pues ello ha sido desmentido científicamente, ¿cuál es el peligro de que es portador el “enfermo mental”? Todo parece indicar, en este sentido, que el verdadero peligro que el llamado “loco” representa está en función de su alejamiento del orden moral y público imperante, lo cual implica como reacción *defensiva* la estigmatización y descalificación de quien se aparta de dicho orden, para confirmar así su validez¹². Así lo demuestra, además, el surgimiento de la institución manicomial, la cual vino a resolver el problema *político*¹³ que planteaba el “loco”.

Por algo —dice BASAGLIA— durante siglos, locos, delincuentes y otros marginados compartieron el mismo lugar, en donde la diferente naturaleza de sus “anormalidades” era ocultada y nivelada por un elemento común: la desviación de la *norma* y de sus reglas. De ahí que, una vez separadas cárcel y manicomio, continuarán conservando la misma función de tutela y defensa de la norma: según el racionalismo iluminista, la cárcel debía ser la institución de castigo para quien trasgredía la norma encarnada en la ley penal. “El loco, el enfermo del ‘espíritu’, aquel que se apropiaba de un bien atribuido comúnmente a la razón dominante (el extraño que vivía según normas creadas por *su* razón o por *su* locura) comenzaron a ser clasificados como *enfermos*, para los cuales es necesaria una institución que defina claramente los límites entre razón y locura y donde poder relegar y encerrar con una nueva etiqueta a quien contravenía el orden público bajo criterios de peligrosidad enferma o escándalo público”¹⁴. Por consiguiente, lo que el “enfermo mental” realmente encarna es una contradicción que no puede mantenerse abierta porque, a causa de su relación directa con el orden público amenazado, ella debe ser inmediatamente definida y codificada para neutralizar el más importante de sus significados: la discusión de las reglas absolutas que garantizan este orden¹⁵. Es este, por tanto, el peligro del cual es portador el “loco”; de ahí también la tendencia a la confusión entre “loco”, “enfermo” y “delincuente”.

Todo parece indicar que es a la lógica antes referida a la que obedece la tesis de la “peligrosidad presunta” y que, por tanto, parecieran tener razón aquellos que exigen la comprobación de la “peligrosidad criminal” del inimputable como requisito previo a la imposición de una medida de seguridad, con el fin de evitar la aplicación automática de la misma. Ello nos coloca entonces frente al problema de la posibilidad de determinación de la peligrosidad.

¹² De esta forma, el catalogado como inimputable es doblemente estigmatizado y segregado: como delincuente y como “anormal”. En tal sentido, J. TERRADILLOS, “Tratamiento jurídico-penal...”, cit., pág. 133.

¹³ Cfr. F. ÁLVAREZ-URÍA, *Miserables y locos*, Barcelona, Tusquets, 1983, pág. 113.

¹⁴ F. BASAGLIA/F. BASAGLIA ONGARO, *Los crímenes de la paz*, México, Siglo XXI, 1981, pág. 80 (subrayado textualmente).

¹⁵ F. BASAGLIA/F. BASAGLIA ONGARO, *Los crímenes...*, cit., pág. 84.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA PELIGROSIDAD

Las dificultades en la determinación de la peligrosidad de un sujeto, es decir, de determinar la probabilidad de que cometa un hecho delictivo en el futuro, constituye una de las críticas más antiguas a la noción de peligrosidad, especialmente en lo referido al riesgo que tal juicio de pronóstico supone para las garantías individuales, pues, consistiendo la peligrosidad en la probabilidad y no en la certeza de un evento, se hace depender la sanción de un elemento incierto. Así, ya a comienzos del presente siglo EXNER sostuvo que “el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso”¹⁶, objeción que según los positivistas adolece de falsedad en su base, pues, según ellos, las penas y medidas asegurativas no se establecen en vista del delito posible o probable, que es incierto, sino con referencia al peligro actual, que es cierto¹⁷.

Lo realmente cierto, sin embargo, es que la peligrosidad no deja de ser, cuando menos, una noción bastante “misteriosa” y profundamente paradójica, puesto que implica al mismo tiempo la afirmación de la presencia de una cualidad inmanente al sujeto (es peligroso) y una simple probabilidad, un dato aleatorio, ya que la prueba del peligro no se tendrá más que fuera de tiempo, es decir, cuando el acto se haya efectivamente realizado. Por ello, en estricto sentido, como advierte CASTEL¹⁸, solo pueden existir *imputaciones de peligrosidad*, esto es, *hipótesis* de que existe una relación más o menos probable entre tales o cuales síntomas actuales y tal o cual acto futuro; pero, incluso si se teme una recaída, existe siempre un coeficiente de incertidumbre entre el diagnóstico de peligrosidad y la realidad del paso al acto.

Lo anterior es suficiente para concluir que el juicio de peligrosidad tampoco resiste el más mínimo análisis científico, pues la única conclusión posible en este sentido es la de que, al menos en el estado actual de las ciencias sociales, es imposible un pronóstico científico de la delincuencia futura y, por tanto, de la peligrosidad. La mayor parte de los autores coincide en este sentido, destacando además que el pronóstico sobre la conducta futura del individuo queda sometido a la intuición personal del juzgador, hasta el punto de que algunos han llegado a afirmar que cuando el juez o siquiatra formula un juicio de peligrosidad sucede lo mismo que cuando una persona lanza una moneda para tomar una decisión¹⁹, con lo cual

¹⁶ Citado por A. JORGE BARREIRO, “La Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social”, en AAVV: *Comentarios a la legislación penal*, t. II, Madrid, Edersa, 1983, pág. 496, nota 78. En esta misma dirección, en fecha más reciente, M. LÓPEZ REY, “Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad”, en CPC, N° 19, Madrid, 1983, págs. 19 y ss.

¹⁷ Al respecto, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso (nueva fórmula para el tratamiento penal preventivo)*, Madrid, Juan Pueyo, 1922, págs. 94 y 95.

¹⁸ R. CASTEL, “De la peligrosidad al riesgo”, en AAVV: *Materiales de sociología crítica*, Madrid, La Piqueta, 1986, págs. 221 y 222.

¹⁹ T. BANDINI/U. GATTI, *Psichiatria e giustizia...*, cit., pág. 360. Sobre el carácter intuitivo del juicio de peligrosidad, véase, además, a T. VIVES ANTÓN, “Métodos de determinación de la peligrosidad”, en AAVV: *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, Universidad de Valencia, 1974.

se ha querido poner al descubierto la alta dosis de irracionalidad que la noción de peligrosidad ofrece. En razón de lo cual se ha denunciado asimismo, con razón, que el de peligrosidad es un concepto "amorfo", "sospechoso", "tautológico", y que en definitiva se trata de una noción de "sentido común" que, por tanto, no tiene ningún respaldo científico²⁰. Es más, en vista de lo anterior, puede decirse inclusive que la peligrosidad no es más que un *pretexto* para adoptar una medida de seguridad, constituyendo de este modo mucho más una *legitimación* que una razón objetiva.

Tratándose pues la peligrosidad de una noción de "sentido común" que depende ante todo de la intuición personal del juzgador, es indudable que en ella juegan un papel principal los estereotipos. En efecto, si tenemos en cuenta que la criminalidad es un "bien negativo" distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses establecidos por el sistema socioeconómico y según las diferencias sociales existentes entre los hombres²¹, no hay duda de que la etiqueta de "peligroso" recaerá principalmente sobre los individuos pertenecientes a los estratos más bajos de la población. Esta apreciación cobra vital importancia si tenemos en cuenta que diversas investigaciones empíricas han demostrado que existe la tendencia de los jueces a esperar un comportamiento conforme a la ley de parte de los individuos pertenecientes a los estratos medios y superiores, mientras acontece lo inverso respecto de los individuos provenientes de los estratos inferiores de la sociedad²². Ello viene a demostrar, entonces, que es el *status social* del sujeto lo realmente determinante en el juicio de peligrosidad, por más que ello trate de ocultarse con explicaciones "científicas".

Pero es que, además del carácter clasista y acientífico del juicio de peligrosidad, se trata también de un pronóstico en el que el individuo afectado lleva todas las de perder, dado que mientras el fracaso de un pronóstico favorable al sujeto (que niega su peligrosidad) queda evidenciado por la comisión de nuevos delitos, el error de los pronósticos desfavorables (que afirman la peligrosidad) queda siempre en la oscuridad. No hay forma de demostrar, por ejemplo, que quien en virtud de

un pronóstico desfavorable permanece internado durante años en un establecimiento de custodia, no habría delinquido durante ese período de tiempo si hubiese vivido en libertad. Se trata pues de que "En caso de duda, más vale actuar, puesto que si se comete un error al intervenir sin razón, sin duda no se sabrá jamás ('siempre podría haber cometido tonterías'), mientras que si uno se abstiene y el acto se produce, la falta es manifiesta y el psiquiatra (o juez) es el responsable"²³. De esta manera, la peligrosidad como juicio proyectado hacia el futuro puede predicarse indefinidamente de un individuo hasta cuando se produzca el delito temido.

La creencia en la posibilidad de un pronóstico acerca de la futura conducta de un sujeto parte de una posición determinista del comportamiento humano que, precisamente por esta circunstancia, se cree posible predecir "científicamente". La existencia del hombre, no obstante, no se agota en los arduos procesos naturales de reacción y adaptación, pues guarda una relación diferente y más compleja con su circunstancia, en la que el hombre se presenta como un ser capaz de crear y asignar significados, de comprender lo que le rodea, e incluso su propia condición. Esta capacidad exclusiva del hombre de ninguna manera impide que la existencia humana algunas veces se manifieste totalmente adaptable o, aunque raramente, totalmente reactiva. Pero, como ha dicho MATZA, "la simple reacción y la adaptación no deben confundirse con la condición propia del hombre. Deben considerarse, en cambio, una alienación o agotamiento de esa condición. Un sujeto enfrenta activamente su circunstancia; por lo tanto, su capacidad peculiar reside en modificar, tratar de crear y, en realidad, trascender su circunstancia. Esa posibilidad propia del hombre no siempre se materializa, pero siempre existe"²⁴.

4. LA PELIGROSIDAD COMO "GARANTÍA"

Conforme a lo dicho, el recurso a la prueba de la "peligrosidad criminal" como medio para impedir la aplicación automática de las medidas de seguridad al inimputable, o la indeterminación temporal de estas, puede ser considerado, a lo sumo, como producto de las buenas intenciones de unos buenos juristas, pues en la práctica dicho argumento encuentra pocas posibilidades de cumplir con su noble cometido, ya que el problema de fondo radica en la noción misma de peligrosidad.

En cuanto a la exigencia de la peligrosidad como medio para impedir la aplicación automática de la medida, especialmente cuando esta consiste en el internamiento, la verdad es que, si bien teóricamente se puede diferenciar el estado del sujeto, por una parte, y el pronóstico de peligrosidad, por otra, en la práctica ambos requisitos se confunden en uno solo, dado que las valoraciones de peligrosidad están directamente asociadas con el "estado peligroso" del sujeto (padecer una "enfermedad mental", por ejemplo). En efecto, al objetivarse el concepto de peligrosidad a través especialmente de las clasificaciones de peligrosos sociales, se traslada

²³ R. CASTEL, "De la peligrosidad...", cit., pág. 222 (el segundo paréntesis no es del texto).

²⁴ Citado por I. TAYLOR/P. WALTON/J. YOUNG, *La nueva criminología (contribución a una teoría social de la conducta desviada)*, Buenos Aires, Amorrortu, 1976, pág. 47.

págs. 393 y ss.; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, "Medidas de seguridad y Estado de Derecho", en AAVV: *Peligrosidad social...*, cit., págs. 345 a 352; I. MUÑAGORRI, *Sanción penal y política criminal*, Madrid, Reus, 1977, págs. 119 y ss.; G. QUINTERO OLIVARES, "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal", en AAVV: *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, págs. 575 a 577; G. KAISER, *Criminología (una introducción a sus fundamentos científicos)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, págs. 104 y ss.; y, ampliamente, M. BERTOLINO, "Profilì vecchi e nuovi dell'imputabilità penale e della sua crisi", en *RIDPP*, Milano, 1988, págs. 252 a 263.

²⁰ Cfr. O. DE LEONARDIS, "Statuto e figura della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche", en *DDDP*, año 2, N° 2, 1985, págs. 325 y 326. También, T. HERNÁNDEZ, *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977, págs. 19 a 23 y 31, nota 16.

²¹ Cfr. A. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986, págs. 167 y ss.

²² Vid. A. BARATTA, *Criminología crítica...*, cit., págs. 186 a 188.

hacia ellas la fundamentación ideológica, que en el caso que nos interesa es aquella que ve en el sujeto que sufre trastornos síquicos un individuo peligroso por el hecho de padecer dichos trastornos. Así sucede porque, como dice HERNÁNDEZ²⁵, lo que clasifica no es un fenómeno "real" externo a las subjetividades valorativas de quienes se clasifican, dado que tales clasificaciones de peligrosos se hacen depender del "sentido común" de quienes tienen el poder de efectuarlas, el que, en todo caso, les es impuesto por la ideología dominante en una determinada sociedad histórica. Así se explica, además, la intención encubierta en las categorizaciones escogidas y en la imprecisión como característica formal del "discurso" peligrosista.

Fácil es advertir, entonces, que la pretendida confrontación entre la criticada "peligrosidad presunta" y la reivindicada "peligrosidad comprobada", termina convirtiéndose en un sofisma de distracción, pues a la larga se trata de dos vías para llegar a una misma conclusión, así una de ellas sea más expedita que la otra. El "enfermo mental" es considerado peligroso porque así lo ha definido la ideología dominante con el fin de poner "a salvo" la norma y el orden que el "enfermo mental" cuestiona; por lo tanto, dicha peligrosidad es inherente a la imagen creada del "loco" y por consiguiente, en el fondo, da igual que ella se presuma por la ley o que se declare judicialmente, si al fin de cuentas los resultados no diferirán en absoluto, pues por ambas vías le será impuesta una medida de seguridad al inimputable.

Por otra parte, si de lo que se trata es de determinar la duración de la medida, cabe preguntar ¿cuándo un individuo deja de ser peligroso? ¿Cuándo puede decirse que el sujeto se ha adaptado a la vida social o que no cometerá delitos en el futuro? Y en última instancia, ¿será igualmente válida la tesis de la peligrosidad frente a la situación de un "enfermo mental" recluso en un manicomio, por ende sin posibilidades de curación y sin que pueda afirmarse fundadamente que no cometerá delitos en el futuro?²⁶ En otras palabras ¿qué sucede con el inimputable que no deja de ser "peligroso"?

En realidad, la noción de peligrosidad no constituye un límite real a la duración de la medida por cuanto, como atinadamente señala DE SOLÁ, "la peligrosidad, en cuanto juicio proyectado hacia el futuro, puede predicarse de un individuo indefinidamente, hasta que se produzca el delito temido —cuando la probabilidad se convierte en certeza de algo ya pasado— o, al menos, mientras no cesen las condiciones objetivas y subjetivas que hacen al sujeto acreedor de tal juicio. Puesto que estas condiciones resultan de una gran complejidad, muchas de ellas ajenas a la personalidad del propio individuo, el principio de peligrosidad no puede suponer una garantía frente a la exacerbación del recurso a las medidas de seguridad.

²⁷ Asimismo, una vez realizado el pronóstico desfavorable, la decisión de aplicar una medida de seguridad se toma con miras al futuro, precisamente para contrarrestar la peligrosidad declarada; de modo que no hay ningún criterio directamente extraíble del principio de peligrosidad que marque un límite previo al rigor temporal, e incluso de contenido, de la medida a imponer²⁷.

²⁵ T. HERNÁNDEZ, *La ideologización*, cit., págs. 23 y 29.

²⁶ El interrogante lo formula P. E. AGUILAR LEÓN, "Suspensión de la medida de seguridad...", cit., pág. 513.

²⁷ A. DE SOLÁ DUEÑAS, "Consideraciones críticas a las medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal de 1980", en AAVV: *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria*,

La peligrosidad no es, pues, ninguna garantía. Es más, si lo que se pretende es evitar el tratamiento diferencial que hace más gravosa la situación de los inimputables, ello resulta imposible de lograr mediante la idea de peligrosidad, por ser esta precisamente una de las nociones que generan dicho tratamiento. La mejor prueba de ello se encuentra en que tanto la propia idea de peligrosidad como las consecuencias que genera en el sistema de derecho penal impiden la extensión cabal del principio de legalidad, puesto que por obra de su indeterminación deja indefenso al individuo frente al poder absoluto del Estado. En consecuencia, pretender hacer compatible el principio de legalidad con la idea de peligrosidad es, como lo indica VELÁSQUEZ²⁸, pretender conciliar un postulado que vela por la racionalidad del derecho, la certeza y la seguridad jurídica, con una institución completamente irracional apoyada en fundamentos indemostrables.

La necesidad de fijarles un límite máximo a las medidas de seguridad es un problema de *seguridad jurídica* y una exigencia del Estado de Derecho, que ni la finalidad supuestamente curativa o terapéutica de la medida o la peligrosidad del sujeto pueden llevar a ignorar. Así como la finalidad "rehabilitadora" asignada a la pena no envuelve la aplicación indefinida de la medida, es decir, hasta que el sujeto se encuentre "rehabilitado", así tampoco la finalidad "terapéutica" de aquella puede significar su indeterminación temporal. Lo mismo podría argumentarse contra el temor defensivo de que el inimputable vuelva a delinquir, pues tal objeción podría formularse también, con el mismo o mayor fundamento, respecto de los reos que fueron considerados imputables, dado el elevadísimo número de reincidentes que se supone eran "cuerdos". Habrá que concluir entonces, con QUINTERO OLIVARES²⁹, que no hay motivo para no tratar a todos igual, es decir, o indeterminación por razones de "curación" mental o social para todos o para nadie, o bien limitación de la duración de la pena y de la medida en todo caso.

t. II, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1983, págs. 897 y 898. Es tan cierto que la peligrosidad no constituye ningún límite al rigor temporal de la medida, que incluso la mayoría de autores que utilizan tal noción con ese fin, recurren de todas formas al delito cometido como referencia. Tal es el caso, por ejemplo, de F. MUÑOZ CONDE ("Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo", en *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria, 1985, pág. 70), quien entiende que "Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso". Igual cosa plantea J. TERRADILLOS ("Tratamiento jurídico-penal...", cit., pág. 161), pues si bien argumenta en favor de adecuar la duración de la medida a la previsible duración de la peligrosidad, sostiene a continuación que la misma no podrá ser superior a la pena correspondiente, "pues de otro modo se penalizaría más el riesgo temido que el realizado". En Colombia, J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (*Derecho penal fundamental*, 2ª ed., cit., pág. 102) ha dicho, en igual dirección, que un "inimputable que padece trastorno mental o inmadurez psicológica debe ser tratado hasta que deje de ser 'peligroso'; sin exceder del máximo que como pena correspondería al imputable por el mismo hecho...". Como puede apreciarse, en estos planteamientos lo que realmente limita la duración de la medida es la referencia al delito cometido y no la peligrosidad.

²⁸ F. VELÁSQUEZ, "El principio de legalidad jurídico-penal", en *NFP*, N° 32, Bogotá, 1986, pág. 260.

²⁹ G. QUINTERO OLIVARES, *Reflexiones sobre el monismo...*, cit., págs. 581 y 582.

La "determinación" temporal de las medidas según la peligrosidad del autor es sin duda inconstitucional³⁰, pues en estos casos, como hemos visto, tal determinación no ocurre. No se olvide que del art. 26 de la Constitución Nacional, así como del art. 1º del Código Penal, se deduce que el presupuesto de toda *condena* o *sanción*³¹ no puede ser otro que la existencia de un injusto, es decir, de un hecho típico y antijurídico, y que por consiguiente tanto la pena como la medida de seguridad quedan sometidas al principio de legalidad penal, el cual, como es bien sabido, trae como contenido esencial la exigencia de concreta y exhaustiva *determinación* legal de la conducta prohibida o exigida y de la sanción correspondiente, como manifestación y exigencia político-democrática de certeza de conocimiento del propio ámbito de libertad frente al arbitrio-arbitrariedad del Estado³². En este sentido, además, la falta de fijación de un límite máximo a la duración de la medida está en contra también del principio de igualdad del art. 26 de la ley 74 de 1968, pues, ¿qué duda cabe acerca de que siempre que una medida de seguridad sobrepase la medida de la pena correspondiente al imputable por la realización del mismo hecho, dicho exceso constituirá una sanción impuesta *exclusivamente* por la condición síquica del sujeto o por su supuesta peligrosidad, caso en el cual se está ante una evidente discriminación por una circunstancia personal o social, prohibida expresamente por la norma de rango constitucional antes mencionada?

En consecuencia, presentar la peligrosidad como una garantía más del "derecho penal liberal" no deja de ser un verdadero fraude, tratándose como se trata de una noción eminentemente ideológica, que la única garantía que realmente ofrece es la de otorgarle poderes omnímodos al Estado en su intervención sobre los individuos calificados como tales.

5. FUNCIÓN IDEOLÓGICA DE LA NOCIÓN DE PELIGROSIDAD

La conclusión que surge de lo dicho hasta el momento no es otra que la del carácter ideológico de la noción de peligrosidad. Para comprobar esta afirmación basta remontarnos al momento histórico en que surgen las primeras concepciones sobre la peligrosidad, que, como se sabe, es el comprendido entre finales del siglo XIX y principios del XX en Europa, cuando el capitalismo liberal alcanza su apogeo y comienza a manifestar situaciones de crisis que se especifican socialmente.

El desarrollo de un nuevo tipo de formación económico-social, y específicamente la materialización de su efecto en el ámbito delincencial, exigió una nueva estrategia

³⁰ Cfr. C. A. GÁLVEZ ARGOTE, "Las medidas de seguridad...", cit., págs. 495 y ss.

³¹ Sobre el carácter de sanción de las medidas aplicables al inimputable, véase a N. AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad...*, cit., págs. 47 a 51; y, más ampliamente, a J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad...*, cit., págs. 340 a 353.

³² Vid. L. ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *REDC*, año 3, N° 8, Madrid, 1983, págs. 16 y 17. Sobre la exigencia de determinación en derecho penal, F. VELÁSQUEZ, "El principio de determinación del hecho punible", en *DPC*, Nos. 27/28, Bogotá, 1985/86, págs. 135 a 152.

de control social (la *defensa social*), cuya expresión jurídica la constituyó el positivismo criminológico. Dado que los fundamentos y principios del positivismo naturalista son suficientemente conocidos, no nos detendremos ahora en ello. Basta recordar, simplemente, el hecho de que en la búsqueda de la cualidad que hace "distinto" al criminal de la mayoría adaptada, el positivismo no pudo escapar a la tentación de explicar en términos ahistóricos y apolíticos la criminalidad, en la medida que asume su adhesión a los valores dominantes como naturales. Lo diverso, por lo tanto, debía ser buscado en el criminal mismo, en su naturaleza biosíquica, en su carácter, en su historia personal, de forma que la *patologización del criminal* encontró en esta reducción su fundamento epistemológico³³. Se ofrece así un modelo de naturaleza humana que, en cuanto postula el consenso respecto del orden social dado, permite a la sociedad, históricamente determinada, presentarse como inimpugnable.

A partir de estos presupuestos, lo peligroso será entonces definido conforme al orden existente, convertido en absoluto y natural, a la vez que dicha peligrosidad será explicada por medio de factores individuales, a los cuales necesariamente se atribuyen los problemas y conflictos que surgen en dicho orden. Ello permite a la noción de peligrosidad, por un lado, vaciar de contenido histórico-social los comportamientos y estados categorizados como peligrosos, mitificándolos y, en última instancia, deformando la realidad al individualizar y "naturalizar" lo peligroso en ellos; por otro lado, de esta forma también se logra justificar en términos no represivos ("terapéuticos") el control de tales conductas y/o sujetos. He aquí, por tanto, la importante función ideológica³⁴ que ha desempeñado siempre la noción de peligrosidad: en primer lugar, fundada en su posibilidad de explicitación legal en categorías de sujetos peligrosos, justifica el orden sociopolítico imperante, pues al delimitar "personalidades peligrosas" acepta y proyecta la existencia de un tipo universalmente válido de "personalidad sana", "no peligrosa", conjuntamente con la "normalidad" de sus componentes (costumbres, actitudes, creencias, etc.); y, en segundo término, a través de su apariencia de concepto científico, justifica racional y emocionalmente un mecanismo de control social paralelo a la pena, las medidas de seguridad, pero sin las garantías propias de la primera, lo cual hace que las posibilidades de intervención sobre el individuo sean todavía mayores.

Pero sin duda alguna la mayor funcionalidad ideológica de la noción de peligrosidad tiene que ver con su adaptabilidad a las circunstancias y necesidades de cada momento histórico, pues en tal sentido constituye un mecanismo que abre las puertas a lo que ideológicamente es necesario considerar como tal, permitiendo así un control amplio y sin restricciones de todo aquello que ponga en tela de juicio el orden social establecido.

Precisamente esta última función es la que explica la paradoja de que la noción de peligrosidad se encuentre cada día más cuestionada desde el punto de vista científico

³³ Cfr. M. PAVARINI, *Control y dominación (teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico)*, México, Siglo XXI, 1983, págs. 43 y ss.

³⁴ Cfr. T. HERNÁNDEZ, *La ideologización...*, cit., pág. 32.

co, pero que goce de óptima salud en el plano operativo³⁵. En esta dirección se ha puesto de manifiesto últimamente la manera como la idea de peligrosidad ha sido paulatinamente adaptada a la nueva estrategia de control social ("difuso"), a la que ha conducido la crisis del modelo de Estado asistencial; en efecto, dado que el viraje que se está desarrollando en las sociedades tardo-capitalistas se dirige ya no al control del sujeto individualmente considerado, sino de grupos enteros, poblaciones, ambientes, etc., la peligrosidad va dejando de ser, en general, una noción referida a un individuo en particular, para serlo respecto de determinadas situaciones o grupos de riesgo³⁶. Es decir, para ser sospechoso ya no es necesario manifestar síntomas de peligrosidad o de anomalía, pues basta con presentar algunas características que los "especialistas" responsables de una política preventiva han instituido en factores o situaciones de riesgo. Lo peligroso es ahora el grupo, el barrio, el partido, etc.

Esta misma adaptabilidad de la noción de peligrosidad a las necesidades de control en cada momento histórico determinado es la que ha permitido, por otra parte, que en América Latina la denominada "Doctrina de la Seguridad Nacional"³⁷ haya incorporado la noción de "individuo peligroso" a través de la de "enemigo interno", ahora representado no tanto por el marginado social sino por el disidente político o ideológico. A pesar de ello, las peculiaridades psicológicas que se atribuyen a este nuevo sujeto peligroso no apuntan predominantemente a la imagen del guerrero, del patriota, del idealista y ni siquiera del mercenario, como lo exigiría dicha doctrina, habida cuenta de su supuesto de guerra interna; por el contrario como destaca ROJAS, el diagnóstico del nuevo "delincuente" es el del criminal repudiado por la sociedad, el incapaz que no alcanza a constituirse en sujeto, que es inferior a los demás y que no puede hacer uso de su libertad³⁸. De esa manera se cumple también con la doble función ideológica, ya enunciada, de la noción de peligrosidad: por un lado, al descalificar no solo como peligroso sino también como anormal al disidente político o ideológico, se proyecta, esta vez por medio del terror, el conformismo y se niegan las perspectivas de cambio; y, por otra parte, semejante ampliación de la peligrosidad ha permitido en el subcontinente latinoamericano la aplicación de una nueva clase de medidas de seguridad, consistente en la *desaparición forzada de personas*, en aras de la moderna defensa social: la *seguridad nacional*.

6. CONCLUSIONES

Por todo lo dicho concluimos que la peligrosidad, en definitiva, no es más que una noción que entrega poderes omnímodos al Estado en el control de los

³⁵ O. DE LEONARDIS, *Statuto e figura...*, pág. 326.

³⁶ O. DE LEONARDIS, *Statuto e figura...*, cit., págs. 340 y ss. y R. CASTEL, *De la peligrosidad...*, cit., págs. 233 y ss.

³⁷ Sobre la misma véase, por todos, a E. GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, págs. 93 a 116.

³⁸ F. ROJAS, "El Estado en los ochenta: ¿un régimen policivo?", Bogotá, Cinep, 1980, págs. 164 y 165.

ciudadanos. De ahí que toda tentativa de modificación del tratamiento jurídico-penal de los sujetos catalogados como inimputables debe pasar, necesariamente, por la supresión total del paradigma de la peligrosidad. Ello implica, obviamente, replantear también el fundamento y alcances del concepto tradicional de culpabilidad, pues, como dice HAFKE, este solo ha podido desplegar su eficacia protectora a costa de la desprotección del autor "incapaz de culpabilidad", quien de esta forma ha quedado a merced del terror, de la instrumentalización y de la manipulación de las llamadas medidas de seguridad y mejora: cuanto más proteja el concepto de culpabilidad, menos protegidos estarán quienes no tienen la suerte de ser culpables. Los incapaces de culpabilidad tendrán más razones para temer las medidas que los culpables la pena³⁹.

Es por ello por lo que suscribimos la opinión de BUSTOS⁴⁰ cuando entiende que culpabilidad no es reprochabilidad sino *responsabilidad*, la cual supone un *sujeto responsable*, con una determinada conciencia social, y por lo mismo con una determinada capacidad de respuesta conforme a ella; al tratarse de una conciencia social, se alude a algo concreto y relativo que obliga descender al ámbito cultural, a las interferencias culturales y a los conflictos sociales del sujeto, pues siempre hay un hombre con una determinada capacidad de respuesta, conforme a su conciencia social. Así, dado que la conciencia del sujeto surge del proceso social, de su relación social, la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre; en consecuencia, la reacción penal que se ejerce por el comportamiento injusto está basado no solamente en la protección de los bienes jurídicos, sino también en la formación social de la conciencia del individuo y por eso mismo no puede tener otro sentido que contribuir a su desarrollo.

Lo anterior encierra, pues, el salto cualitativo que supone admitir ya no únicamente una mera responsabilidad legal⁴¹ o una vacía "culpabilidad incompleta"⁴²,

³⁹ Citado por F. MUÑOZ CONDE, "Culpabilidad y prevención general", en AAVV: *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pág. 165.

⁴⁰ J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, págs. 371 a 377.

⁴¹ Así, N. AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad...*, cit., págs. 51 a 55.

⁴² Así, J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., cit., págs. 234 a 241. En realidad, el concepto de "culpabilidad incompleta" que utiliza este autor se asemeja al de "atribuibilidad" formulado por R. MAURACH (*Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ariel, 1962, págs. 31 y ss.), pero pierde gran parte del sentido que tiene en la construcción del autor alemán, en la medida que la culpabilidad es entendida como mero nexo sico-normativo entre el ajor y el hecho. En realidad, en el planteo del autor colombiano tal "culpabilidad incompleta" es solo un grado de imputación subjetiva, que le permite trabajar con dos conceptos diferentes de dolo: uno natural, en el caso de los inimputables ("culpabilidad incompleta") y otro valorado, tratándose de imputables ("culpabilidad completa"), a lo cual, sin embargo, puede llegarse por otras vías, inclusive más expeditas. Pero es que, además, queda sin resolver el problema lógico de por qué una "culpabilidad incompleta" no da lugar a una "pena incompleta" y sí a una medida de seguridad, teniendo en cuenta que el art. 61 del C. P. establece el "grado de culpabilidad" como criterio para fijar la pena. Lo más grave, sin embargo, es que una culpabilidad así entendida oculta la problemática real del sujeto como actor social, en la medida que circunscribe la responsabilidad al ligamen entre individuo y acción, prescindiendo

sino la responsabilidad del sujeto como actor social, independientemente de que se trate de un menor o un individuo con trastornos síquicos. Ello no implica, por cierto, la equiparación entre imputables e inimputables, pues si bien es cierto que a ambos se les exige responsabilidad, también lo es que la forma de ejercerla y la exigibilidad social de otro comportamiento es distinta en cada caso. La imputabilidad, como juicio de incompatibilidad por excelencia⁴³, marca el tope máximo de responsabilidad; por lo mismo, las garantías del sujeto imputable son las mínimas que se otorgan al autor de un delito. De ahí, por un lado, la exigencia de mayores garantías para el inimputable y, por otro, la exigencia de una respuesta penal de entidad y naturaleza necesariamente diversa a la pena, sin que esto último lleve a desconocer su carácter sancionatorio, en cuanto se aplica en razón de un delito. Lo contrario, insistimos, viola el principio de igualdad, pues hace del inimputable un sujeto de peor condición que el imputable, lo cual choca directamente con garantías de rango constitucional. La inimputabilidad impone mayores garantías, esto es, un enjuiciamiento y una sanción acordes con la especial racionalidad del sujeto, que evite al máximo su estigmatización. Por consiguiente, no puede, como ha venido sucediendo hasta el momento, agravar más la situación del sujeto.

Por las razones que se dejan expuestas, en ningún caso la medida puede exceder la duración de la pena que le hubiere correspondido al sujeto en el caso de que hubiera sido declarado imputable, y deberán cesar en cualquier momento, aun antes de este tiempo, cuando la misma deje de ser *necesaria*⁴⁴ para la efectiva tutela del *derecho a la salud*⁴⁵ del sujeto. Este criterio resulta fundamental en este ámbito, pues debe entenderse referido no solo a la *necesidad de tratamiento*, sino también

del espacio social como marco de referencia. Se pasa por alto que, como dice F. MUÑOZ CONDE (*Culpabilidad y prevención...*, cit., pág. 51), "La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es la sociedad, o mejor la correlación de fuerzas sociales existente en un momento histórico determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad".

⁴³ Al respecto, J. BUSTOS RAMÍREZ, "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en el mismo: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, págs. 87 a 114.

⁴⁴ Cfr. F. VELÁSQUEZ, "El principio de legalidad...", cit., pág. 261 y C. A. GÁLVEZ ARGOTE, "Las medidas de seguridad...", cit., pág. 498. No obstante, es necesario insistir en que, en Colombia, el criterio de la necesidad se encuentra con el problema del tiempo mínimo de la medida, razón por la cual opera, en estos casos, en un sentido negativo, es decir, como "no-necesidad".

⁴⁵ Desde este punto de vista hay que tener en cuenta, eso sí, que la salud, al igual que los recursos materiales o la educación, es un bien en disputa, cuyo acceso a los dominados se encuentra limitado en función de los intereses de los dominantes. Como dice J. TERRADILLOS ("Tratamiento jurídico-penal...", cit., págs. 131 y 132), "En una sociedad en que los bienes son escasos, la administración de la salud queda sometida a condicionantes económicos, de modo que los débiles o marginados económicamente llevan la peor parte. En la toma de decisiones, unos colectivos representan a otros cuyos intereses y valores no siempre comparten, y los representantes políticos de los grupos dominantes extienden sus decisiones al tratamiento sanitario de los grupos dominados". Al respecto, con carácter general, M. A. DURÁN, *Desigualdad social y enfermedad*, Madrid, Tecnos, 1983.

a la *necesidad de la medida concreta que se haya de imponer* (desde el punto de vista de la salud del sujeto y no de la defensa social), criterio éste que limita la aplicación indiscriminada de la medida de internamiento, hasta el punto de que la misma debe considerarse de imposible aplicación en nuestro país, ante la inexistencia de establecimientos o clínicas *adecuados*⁴⁶, conforme lo exige el art. 93 del C. P.

Finalmente, la exigencia de responsabilidad en relación con los sujetos declarados como inimputables en ningún caso significa extender hacia ellos el ámbito de aplicación del derecho penal, pues en realidad nunca han estado por fuera del mismo, y sí en cambio restringir el área de las sanciones penales solo a los actores responsables⁴⁷, poniendo fin, de una vez por todas, a la existencia anacrónica y ambigua del sistema punitivo paralelo para los inimputables, ajeno, por lo demás, a las garantías mínimas del derecho penal.

⁴⁶ Cfr. J. G. ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por los locos", cit., págs. 549 y ss. y J. ARENAS SALAZAR, *El anexo psiquiátrico...*, cit., págs. 498 y ss.

⁴⁷ Vid. A. BARATTA, "Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti della legge penale", en *DDDP*, N° 3, 1985, págs. 461 y 462.

Reflexiones sobre la legítima defensa

(Su mayor amplitud) *

Jaime Sandoval Fernández **

1. DERECHO PENAL Y REGLAS PERMISIVAS. PROTECCIÓN DE INTERESES SOCIALMENTE RELEVANTES

Nuestra argumentación no exagera las expectativas en torno al derecho penal, no espera el albor de la protección eficaz de los intereses más relevantes socialmente, idealizando un derecho penal ecológico¹, del trabajo, económico y similares, en torno al cual nos pronunciamos. Por el contrario, entiende que este solo puede contribuir relativamente en tal sentido, integrándose a una perspectiva extrapenal de reconstrucción de los problemas, en procura de respuestas adecuadas². Tal criterio pone en revisión la protección de bienes jurídicos pretendida

* Ponencia presentada al III Seminario de Derecho Penal Internacional celebrado en Barranquilla, del 1º al 3 de septiembre de 1989.

** Profesor de derecho penal de las Universidades del Norte y Libre de Barranquilla.

¹ Dice WOLF PAUL ("La irresponsabilidad organizada", ponencia presentada a las V Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Mar del Plata, 4 al 6 de abril de 1989, págs. 1 y 2): "Mi tesis consistía, en lo esencial, en que era posible salvar el medio ambiente y con ello la sobrevivencia del género humano. Esta tesis ha mostrado su ingenua falsedad; este derecho no tiene ni la potencia ni la voluntad para solucionar solo alguno de los innumerables problemas de la postmoderna era química genética; solo tiene un carácter simbólico. El derecho vigente y los tribunales no condenan sino que protegen a los responsables de las tragedias ecológicas". Vid. también, S. POLITOFF, "Sistema jurídico penal y legitimación política en el Estado democrático de Derecho", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 45, Bogotá, 1989, pág. 323.

² A. BARATTA, "Por una teoría materialista de la criminología y del control social", en *Estudios Penales y Criminológicos*, U. de Santiago de Compostela, 1989, pág. 65.

desde el viejo catálogo de tipos penales; cuáles deben ser incluidos o mantenidos, porque efectivamente en esos casos el derecho penal sirve para algo, y cuáles, a su vez, deben ser excluidos. Este examen incluye el de las normas permisivas, en el que nos preguntamos cuál ha de ser su cometido en la protección y defensa de los intereses más relevantes socialmente³.

La mayor amplitud y aplicación de las reglas permisivas, en especial la legítima defensa y el estado de necesidad, podría convertirlas en importantes instrumentos de reducción del derecho penal⁴, en cuanto al ámbito de la prohibición (tipos penales), su antijuridicidad y, consecuentemente, en sus implicaciones sancionatorias, aspectos especialmente significativos en aquellas situaciones en que la defensa de los intereses de mayor relevancia social por parte de sus portadores directos encuentra sólido respaldo en el ordenamiento jurídico, que los protege como intereses jurídicos, y cuya defensa es deseable social y jurídicamente.

En estos casos la contribución que puede prestar el derecho penal consiste en permitir y proteger los comportamientos realizados para contrarrestar la agresión o el peligro, siempre y cuando se observen los requisitos exigidos por cada una de las justificantes.

Mediante el concurso de otras instancias de intervención social, más adecuadas para la satisfacción de los derechos afectados, se podrá impedir o solucionar, según el caso, el conflicto que da origen a la legítima defensa; mientras, el derecho penal deberá inclinarse en favor de los derechos injustamente agredidos o puestos en peligro.

El que tanto el estado de necesidad como la legítima defensa no hayan tenido mayor protagonismo en el sentido antes señalado tiene que ver, entre otras razones, con la despreocupación "desde arriba" por la protección de aquellos intereses, la cual se refleja en todas las instancias de control social. También se puede vincular a ello el creciente escepticismo de quienes son sus portadores directos, los realmente empeñados en protegerlos, quienes evalúan con absoluta desconfianza y desdén inclusive los "pocos logros" posibles desde el derecho penal.

La influencia que continúa teniendo en nuestros días antiquísimas teorías que reducen los límites de la legítima defensa, aplicándola solamente en casos individuales y aislados también ha contribuido a restarle una mayor trascendencia social

³ J. SANDOVAL FERNÁNDEZ, "Anotaciones críticas al fundamento y naturaleza de la legítima defensa", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 37, Bogotá, 1987, págs. 303 y 304.

⁴ En forma similar se inscriben en esta reducción "desde dentro" del derecho penal, la mayor amplitud de las causales de inculpabilidad o irresponsabilidad, mediante la asunción de criterios político-criminales. Son provechosos en este sentido los comentarios de S. POLITOFF, "La culpabilidad en los países socialistas", Seminario de la U. Autónoma de Barcelona, junio de 1989, al art. 5º del Código Penal en la República Democrática Alemana. Cuando el individuo, a pesar de que la sociedad le da posibilidades para actuar diversamente de como lo hizo, no obstante se comporta en contra de la ley, antes que todo debería comprobarse si efectivamente la sociedad le ha proporcionado aquellas posibilidades; de lo contrario no podría exigirle responsabilidad al sujeto.

Igualmente, la ampliación de las situaciones de no imposición de pena y en general de todos aquellos instrumentos que desde el mismo derecho penal pudieran servir a tal propósito.

a esta causa de justificación, no obstante haber sido cuestionadas dichas teorías desde hace rato por la doctrina⁵.

Aúnase a todo lo anterior la turbia manipulación que se ejerce sobre algunos conceptos, desviándolos muchas veces de su propia razón de ser y creando una total confusión alrededor de lo que realmente significan y para qué sirven. Es este el caso de la legítima defensa, que, en Colombia, últimamente se ha pretendido vincular a comportamientos claramente antijurídicos y delictivos.

Ante semejante descripción, tan poco alentadora, cualquier propuesta que cuente con el derecho penal de por sí parece un tanto desquiciada; sin embargo, nuestro planteamiento se adhiere tal vez al "no hay más", al escaso espacio que proporciona el derecho penal:

— Defensa ante todo *del derecho penal* frente a los ataques contra las garantías individuales.

— Defensa *frente al derecho penal*, lo que significa contención y reducción de su ámbito de intervención tradicional, sobre todo de sus efectos negativos y costos sociales sobre las capas más débiles de la sociedad.

— Defensa *a través del derecho penal*, en la medida en que por el momento este puede ser considerado aún como una respuesta legítima, y sin alternativa, a los problemas sociales en el ámbito de un modelo integrado de respuesta frente a ellos, manteniendo la idea de la superación del sistema penal existente⁶.

Pero, recalquemos, defensa *del, frente al y a través* del derecho penal, apoyada en las iniciativas propias de los portadores directos de los intereses socialmente más relevantes, es decir que el derecho penal, por intermedio de las normas permisivas, problemática que nos compete, simplemente reconozca y por tanto proteja los comportamientos que defienden intereses jurídicos de tanta magnitud, contra agresiones y peligros.

A continuación nos referiremos a los "bienes defendibles en la legítima defensa"⁷. Inicialmente haremos un esbozo de las corrientes doctrinarias que se han ocupado del problema, con el propósito de sustentar la mayor amplitud de la justificante, anteriormente propuesta. Luego nos ocuparemos de las situaciones concretas en que consideramos se ejerce la legítima defensa o el estado de necesidad y que sin embargo no han recibido ese tratamiento preferente, mientras que en otras ocasiones en que se realizan comportamientos claramente delictivos, algunos han pretendido catalogarlos como legítima defensa.

⁵ Véase, por ejemplo, a A. REYES ECHANDÍA, "El problema social de la violencia en el Tolima y Sumapaz", tesis de grado, Bogotá, 1960, sin publicar.

⁶ A. BARATTA, ob. cit., págs. 66 y 67.

⁷ En este primer aspecto seguiremos básicamente nuestra ponencia "Bienes defendibles y derechos fundamentales", presentada al Seminario sobre "Constitución y derecho penal", celebrado en la U. Autónoma de Barcelona, 9 y 10 de junio de 1989.

2. BIENES DEFENDIBLES⁸. CONCEPCIONES DOCTRINALESA) *Defendibilidad de los bienes juridicopenales exclusivamente o de todos los intereses jurídicos*

En la temática que nos concierne, una primera pregunta polariza y agrupa por afinidades y contrastes a la doctrina⁹: ¿son defendibles todos los intereses jurídicos (derechos constitucionales, civiles, penales, etc., es decir, todos los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico) o solamente los bienes juridicopenales?

1. En un extremo están quienes consideran defendibles solamente los bienes juridicopenales. Entre estos autores pueden diferenciarse:

a) Quienes exigen que la conducta agresora constituya delito (ha de ser típica y antijurídica)¹⁰ se basan en que la función preventiva general otorga poderes muy amplios a quien obra en legítima defensa, que solo parecería admisible ante los bienes jurídicos más importantes, los penales, y ante las formas más graves de ataque, las tipificadas. Agregan¹¹ que tal exigencia se deduce de la ley al exigir, en la defensa de bienes, que la agresión constituya delito, conforme lo establece el art. 8º, num. 4-1 del Código Penal español (C.P.E.).

b) Una segunda vertiente no exige expresamente que la agresión constituya delito¹². Esta posición, llevada al extremo y considerando defendibles los bienes penalmente protegidos sin exigir la tipicidad de la agresión, podría ampliar la defendibilidad. En efecto, como casi todos los bienes jurídicos gozan, de alguna forma, de protección penal, aunque solo sea enunciativa o parcial, si fuera complementada por todo el ordenamiento jurídico llevaría, en sus resultados, a la teoría de la defendibilidad de todos los bienes jurídicos¹³.

2. En el extremo opuesto se colocan quienes consideran defendibles todos los intereses jurídicos, entre ellos, aunque no exclusivamente, los penales; por tanto, no es necesario que la agresión constituya delito¹⁴.

⁸ Entendidos como aquellos que pueden ser objeto de legítima defensa, es decir, que pueden admitirse (pueden defenderse) o es posible la legítima defensa. Reciben denominaciones distintas, de acuerdo con la particular preferencia del autor: bienes jurídicos defendibles, derechos o intereses defendibles, etc.

⁹ El que hagamos particular referencia a la doctrina española se explica por la gran influencia que esta tiene en la nuestra, sobre todo en la más reciente; por ello el estudio comparativo que realizamos.

¹⁰ E. GIBERNAT, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, U. Complutense, 1979, pág. 55; D. M. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1978, pág. 517; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Edit. Civitas, 1988, pág. 343.

¹¹ En desacuerdo en este aspecto, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pág. 343.

¹² J. MONTES (*Derecho penal español*, parte general, Madrid, Martín de los H., 1917, vol. I, pág. 454): "el Código Penal la extiende a todos los derechos a los que se aplica"; A. BENITO Y CURTO (*Elementos de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Librería General, 1901, pág. 87): "que se ponga en peligro la integridad personal del agredido"; y J. VALDÉS RUBIO (*Derecho penal*, Madrid, Impresión del Asilo, 1913, pág. 172): "solo cuando la pérdida sea irremediable, vida y honestidad".

¹³ Expresamente en contra de esta visión, D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 528, requiriendo la tipicidad en la agresión.

¹⁴ Así, gran parte de la doctrina alemana: H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 123; R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, parte general, Barcelona,

3. Desde un punto de vista crítico del derecho penal, no nos satisface la opinión restrictiva de los bienes defendibles (solamente los penales protegidos en los tipos), pues ordinariamente olvida, cuando resalta la entidad de los bienes jurídico-penales ante el resto del ordenamiento jurídico, que ellos no representan los bienes de mayor relevancia social dignos de ser protegidos por aquel. Acogemos aquí las observaciones provenientes de la criminología crítica, en el sentido de que mediante la selección de los intereses jurídicos tutelados, los de máxima importancia para la sociedad apenas quedan fragmentariamente protegidos en las descripciones legales, no tienen respaldo en ninguna norma penal o la tienen en forma insuficiente¹⁵. Además, en el ordenamiento jurídico se encuentran regulaciones en contextos diferentes del derecho penal propiamente dicho, que ofrecen una más amplia y mejor protección de derechos relevantes en la sociedad; por ello consideramos provechoso partir de todo el ordenamiento jurídico y extraer el máximo posible de protección a los derechos, para poder defenderlos más ampliamente ante agresiones injustas; la sola perspectiva penal minimiza estas expectativas.

Limitarnos a la sola defendibilidad de los bienes jurídico-penales sería renunciar en gran parte a la defensa de los intereses más relevantes socialmente, hacia lo cual orientamos la propuesta de ampliación de las reglas permisivas.

Así, podríamos partir de los derechos constitucionales (Tít. I de la Constitución española [C. E.] y Tít. III de la Constitución Colombiana [C. C.]), comprendidos en ellos los derechos fundamentales, interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados¹⁶,

Edic. Ariel, 1962, pág. 378; G. STRATENWERTH, *Derecho penal*, parte general, Madrid, Edit. Edersa, 1982, pág. 140; E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. I, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 454; H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, t. I, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981; A. MERKEL, *Derecho penal*, Madrid, Edit. La España Moderna, s/f, pág. 233; J. WESSELS, *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, pág. 94; y F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, t. II, Madrid, Edit. Reus, s/f, pág. 346. En la doctrina española: L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. IV, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1961, pág. 122; L. SILVELA, *El derecho penal*, Madrid, Tipografía de R. de la Fe, 1903, pág. 155; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, t. I, Madrid, 1969, págs. 816-817; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966, pág. 99; F. CASTEJÓN, *Derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1931, pág. 117; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed. Madrid, Edit. Akal, 1986, pág. 274; J. CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de MAURACH*, pág. 365; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, PPU, 1984, pág. 370; y J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte general, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, pág. 236. En la doctrina colombiana: A. REYES ECHANDÍA, "El problema social...", cit., pág. 51; el mismo, *La antijuridicidad*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 233-235; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 415; y J. ROMERO SOTO, *Causales de justificación en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1981, págs. 52-212.

¹⁵ E. SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 29 y A. BARATTA, ob. cit., pág. 62-63.

¹⁶ En Colombia L. C. PÉREZ (ob. cit., pág. 415) ha dicho certeramente que en general son bienes o intereses defendibles, aquellos a que se refieren la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los pactos internacionales referentes a la misma materia.

de los bienes juridicopenales, civiles, etc.; en fin, de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Concuerdar esta visión con la afirmación de que las causales de justificación provienen de cualquier parte del ordenamiento jurídico y no solo del derecho penal. Así, el art. 8º num. 11 del C. P. E. y el art. 29, num. 1 y 3 del Código Penal colombiano, establecen como suficiente para que se configure una causal de justificación, que se trate de un deber, derecho, oficio o cargo; ¿cómo determinar estos casos sin remitirnos a todo el ordenamiento jurídico? En igual sentido, el art. 8º num. 4 del C. P. E. expresamente utiliza el vocablo "derechos" ("que obre en defensa de la persona o derechos"); en forma similar el art. 29, num. 4 del C. P. C., que habla de "la necesidad de defender un derecho, expresión que también se utiliza en la regulación del estado de necesidad en el num. 5 del mismo artículo; a diferencia del C. P. E. que habla en este caso de "bien jurídico", obligando a la doctrina a darle un sentido más amplio al vocablo utilizado.

Agreguemos que nos identificamos con quienes interpretan la expresión "delito" del art. 8º, num. 4-1 del C. P. E. (referida a los bienes) en sentido amplio, es decir, comprensiva de delito y falta; en todos los demás casos la agresión no requiere el carácter de delito¹⁷. De conformidad con el C. P. C. hay todavía mayores razones para no acoger de plano la exigencia de delito en la agresión, pues ni siquiera en los bienes lo prevé.

En conclusión, nos manifestamos por la defendibilidad de todos los intereses jurídicos.

B) Defendibilidad de los intereses individuales solamente o también de los sociales

Una segunda pregunta divide a la doctrina: ¿son defendibles solamente los intereses, bienes o derechos individuales¹⁸, o también los sociales o comunitarios¹⁹?

¹⁷ E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I, vol. I, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1971, pág. 361; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 541; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 122; J. ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 274; y M. MAGALDI, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, págs. 71-282; y MIR PUIG, ob. cit., pág. 370.

¹⁸ Es el parecer de quienes expresamente excluyen la defensa de bienes comunitarios en sí, aunque excepcionalmente algunos la aceptan en los bienes patrimoniales del Estado. Vid. A. QUINTANO RIPOLES, ob. cit., pág. 109; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 537; D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 510-533; MIR PUIG, ob. cit., pág. 365; J. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., págs. 232-233 (aunque en la edición de 1989 abandona este criterio); y J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pág. 330.

¹⁹ Autores que llevan al extremo la defendibilidad de todos los intereses jurídicos, manifestándose de manera expresa por la defendibilidad de bienes comunitarios: M. DE RIVACOBIA, *Del fundamento de la legítima defensa*, Bilbao, U. de Deusto, 1965, pág. 279-281. En Alemania, F. VON LISZT, ob. cit., pág. 346; R. MAURACH, ob. cit., pág. 379. En otros autores se deduce de su planteamiento: L. SILVELA, ob. cit., pág. 155; J. DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1960, pág. 817. En Colombia, L. C. PÉREZ, ob. cit., pág. 415. Algunos se refieren a bienes en concreto, como A. REYES ECHANDÍA ("El problema social...", cit., pág. 192), quien señala como defendibles: la tierra, la paz, el trabajo, la justicia; en *La antijuridicidad*, cit., pág. 192, se muestra partidario de defender la seguridad interior y exterior del Estado. Otros, aunque se pronuncian sobre bienes en concreto, sientan criterios generales que pueden ser aplicados a otros bienes, como es el caso de J. ROMERO SOTO (ob. cit.), quien extiende la legítima defensa a bienes del particular que coincidan con el interés general y por

Lógicamente, aquellos que anteriormente se pronunciaron por la sola defendibilidad de los bienes juridicopenales, limitarán la segunda respuesta a los bienes jurídicos, individuales o sociales, *penales*.

1. Quienes toman partido por la sola defendibilidad de los intereses jurídicos o derechos individuales, lo hacen principalmente por las siguientes razones:

- El texto legal así lo impone;
- La legítima defensa de bienes jurídicos comunitarios está encomendada a órganos del Estado;
- El momento histórico de su origen la estableció solo para los bienes jurídicos individuales; y
- Su fundamento²⁰.

a) Comenzaremos por el último de los argumentos, presentando al margen algunas observaciones²¹.

Se ha sostenido que el fundamento de la legítima defensa es doble: tiene un aspecto individual, consistente en la necesidad de defensa de un bien jurídico particular, y otro aspecto supraindividual, cual es la defensa del ordenamiento jurídico. Por intermedio de la defensa del *bien jurídico personal, particular, individual*, también se defiende el ordenamiento jurídico²². Sin embargo, una lectura de las iniciales teorías fundamentadoras de la legítima defensa nos permite hacer algunas observaciones. Por un lado, dada la gran influencia de la teoría carrariana²³ en España, se entendía que la defensa era *individual* en el sentido de *privada* —desde el individuo—, a diferencia de la defensa pública (estatal), que normalmente debía proteger al individuo y sus bienes jurídicos. Como aquella solo era explicable en circunstancias especiales en que "falta la protección estatal", las teorías fundamentadoras acogieron este requisito como fundamento o bien como presupuesto; mas lo que nos

tanto son bienes que hacen parte de ese interés general, como por ejemplo: seguridad, vida, comunicación (pág. 95). En el derecho de huelga, como interés colectivo indivisible, especie de legítima defensa colectiva o social, entendido el interés colectivo como objeto indivisible, común e indirectamente ligado a todos aquellos que recurren a la huelga (págs. 113-114); también en el trabajo, recta administración de justicia (pág. 213).

²⁰ D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 81, 533, 537 y 543.

²¹ J. SANDOVAL FERNÁNDEZ, "Anotaciones...", cit., pág. 287.

²² D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 80. Este fundamento ha sido seguido por la doctrina más reciente: MIR PUIG, ob. cit., pág. 365; J. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 232 (aunque en la edición de 1989 abandona este criterio) y J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 481.

²³ F. CARRARA (*Programa de derecho criminal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 201 y 202), autor de la teoría de la defensa subsidiaria, según la cual "el derecho a castigar que tiene la autoridad social, emana de la ley natural, la ley eterna del orden que debe ser completada por la sanción impuesta a quien la infringe. Pero la autoridad solo podrá actuar cuando haya habido agresión contra el derecho y cuando por consiguiente, en el momento de la violación se habría empleado legítimamente la defensa privada, si hubiese sido materialmente posible". Cuando la defensa pública no es eficaz y la privada puede serlo, recobra esta su lugar para defender sus derechos, cesando así el derecho que le asiste a la sociedad para castigarla.

interesa destacar ahora es qué se protege o defiende en esa excepcionalidad, esto es, en el momento en que la defensa privada recobra su lugar. La clase de respuesta dada a este interrogante permite agrupar en dos extremos a las teorías fundamentadoras:

1) Teoría del fundamento individual²⁴, según la cual se defiende al individuo en sí o sus bienes jurídicos.

2) Teoría del fundamento supraindividual²⁵, según la cual se defiende el ordenamiento jurídico.

Estas dos posiciones dieron paso más tarde a las teorías iniciales del doble fundamento²⁶, integrando las dos anteriores e intentando superar su unilateralidad, hasta llegar, finalmente, al ya señalado fundamento actual.

Como se ha visto en el origen y posterior proyección del fundamento de la legítima defensa, considerarle *individual*, en el sentido de *privada* o *desde el individuo* —adjetivación con la que estaríamos de acuerdo— no ofrece mayor problema. Cosa bien distinta es si aquel calificativo se utiliza para señalar como defendibles únicamente los bienes jurídicos individuales. En efecto, son fácilmente representables situaciones en las que desde el individuo se pueden defender derechos, intereses, y bienes sociales o colectivos, y por intermedio suyo también el ordenamiento jurídico, confluyendo en el doble fundamento. ¿De dónde surge entonces y cómo se explica ese otro agregado en el fundamento de la legítima defensa? Creemos encontrar la explicación en el hecho de que el momento histórico del surgimiento de la legítima defensa y hasta bastante tiempo después, los bienes jurídicos de mayor importancia para el derecho penal²⁷ y para el conjunto del ordenamiento jurídico eran los individuales, por lo cual era obvio que se privilegiase su defensa; pero, además, los bienes jurídicos considerados sociales o comunitarios sobre los cuales se centró la pretensión de su defendibilidad fueron el Estado, el ordenamiento jurídico, el orden

²⁴ E. CUELLO CALÓN, ob. cit., págs. 355-756; F. PUIG PEÑA, *Derecho penal*, parte general, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 334; DE BENITO, *Defensa legítima*, Barcelona, Enciclopedia Jurídica Española, 1910, pág. 493; L. SILVELA, ob. cit., pág. 156; A. GROIZARD, *El Código Penal*, Salamanca, t. 1, Imp. Esteban, 1895, pág. 218; J. PACHECO, *El Código Penal*, Madrid, Imp. Tello, 1881, pág. 150; F. CASTEJÓN, ob. cit., pág. 108; A. QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., págs. 967 y ss.; N. ALCALÁ ZAMORA, "Legítima defensa y proceso", en *Estudios penales*, Bilbao, U. de Deusto, 1965, págs. 3-4; M. MAGALDI, ob. cit., págs. 16-213 y J. ROMERO SOTO, ob. cit., págs. 16-213.

²⁵ BENITO Y CURTO, ob. cit., pág. 87.

²⁶ En Colombia, A. REYES ECHANDÍA (*La antijuridicidad*, cit., págs. 142-143), aunque parezca que se inclina más a la perspectiva del fundamento supraindividual, es más correcto situarle en los orígenes del doble fundamento; el objeto de la legítima defensa coincide con el objeto del derecho, la protección de bienes jurídicos: "con su acción confirma el derecho". L. C. PÉREZ (ob. cit., pág. 413) no habla expresamente del fundamento de la legítima defensa; tampoco precisa si cuando habla de defensa del interés general se refiere a la defensa del ordenamiento jurídico y si cuando se refiere a la propia hace alusión a los bienes jurídicos personales (aunque este último aspecto lo afirme en los bienes jurídicos defendibles).

²⁷ Acogemos el argumento histórico, pero para preguntar si en el momento actual la legítima defensa debe quedarse adscrita al momento histórico de su surgimiento, o sin desconocer este origen adecuarse a las nuevas exigencias sociales y jurídicas.

público²⁸, ante los cuales, desde un planteamiento democrático, había que apuntarse a su no defendibilidad.

Sin embargo, el actual momento social-jurídico plantea otras premisas, que llevan a considerar como demasiado restringido un fundamento en los solos bienes individuales. En esta época los intereses jurídicos comunitarios o sociales han tenido una mayor relevancia, por lo que la discusión sobre su defendibilidad, si bien en principio podría considerarse concluida con la exclusión de los bienes tradicionalmente considerados colectivos, también está hoy referida a otros bienes en los que no parece acertada su exclusión: el medio ambiente el trabajo, el derecho de huelga, la vida, la salud. Además, una democracia participativa tiene que garantizar la protección y disfrute de los intereses de mayor relevancia social, más aún cuando estos ya están reconocidos de manera considerable, aunque formal y no materialmente, como intereses jurídicos, cuya defensa legítima, ejercida por sus portadores directos, se constituye en importante instrumento al servicio de la construcción democrática.

En síntesis, nos parece que desde el fundamento de la legítima defensa se puede afirmar que tiene un aspecto personal-individual constituido por la necesidad de defender derechos personales²⁹, y un aspecto más general consistente en que también se protege el ordenamiento jurídico.

b) En cuanto a las razones legales, a lo ya dicho cuando tratamos la teoría de la defendibilidad de todos los intereses jurídicos solo queremos agregar que el C. P. E. utiliza la expresión "derechos": "El que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos", lo mismo que el C. P. C.: "por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno". Les asiste entonces sobrada razón a los doctrinantes que no encuentran en estos textos distinción alguna entre los derechos personales que se pueden defender³⁰, excepción hecha del C. P. E. respecto de los bienes. En principio, por tanto, son defendibles todos los derechos.

c) Por último, el argumento según el cual la defensa de bienes jurídicos comunitarios está encomendada a órganos del Estado y por tanto el individuo no puede

²⁸ MIR PUIG, ob. cit., pág. 372; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pág. 331; J. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 233; y D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 533-535.

²⁹ Expresión que no debe ser entendida como sinónimo de *bienes jurídicos individuales*, tal como lo entiende LUZÓN PEÑA. La legítima defensa no está restringida a los bienes juridicopenales (protegidos en los tipos) y mucho menos se limita a los solo bienes juridicopenales individuales. La objeción se extiende a todos los autores que se identifican con su planteamiento.

³⁰ A. REYES ECHANDÍA (*La antijuridicidad*, cit., págs. 177-178) sostiene que no existe limitación alguna respecto de los bienes personales susceptibles de defensa: todos los que sean predicables de la persona. Así lo manifiesta este mismo autor en *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 223. Por su parte, L. C. PÉREZ (ob. cit., pág. 415) afirma que el concepto de persona abrió los horizontes de la justificante; persona es el individuo como ser social. Los bienes objeto de tutela son todos los que asisten al hombre por el hecho del nacimiento y de su existencia. Finalmente, J. ROMERO SOTO (ob. cit., págs. 51, 94, 213 y 214) manifiesta que no es necesario que la ofensa comprenda determinadas categorías de intereses, ya que al respecto no se hace distinción alguna; defendibles son todos los derechos. El texto legal, al decir "un derecho", no hace especificación alguna.

defenderlos³¹, está estrechamente unido a los bienes jurídicos tradicionalmente considerados colectivos: ordenamiento jurídico, orden público, Estado y demás bienes jurídicos similares, mediatizados en su ejercicio y defensa por órganos especializados del Estado constituidos para tal fin, sobre los cuales el individuo no tiene otra participación diferente de la de incidir en su conformación, y muchas veces ni siquiera esto, siendo los criterios de ejercicio-defensa y la toma de decisiones pertinentes evaluados y asumidos por esos órganos.

Ahora bien, si se quisiese extender aquel criterio a los derechos sociales o colectivos que hemos presentado como defendibles, no resultan igualmente válidos los argumentos arriba esgrimidos. En efecto, tratándose de *derechos personales*, el individuo tiene participación directa en su ejercicio y por tanto en su defensa, aunque se trate de una participación con otros, plural, pues en estos casos es el derecho de todos y cada uno lo que se defiende, cuestión de la cual no se puede apropiarse un órgano del Estado, que a lo sumo podrá contribuir en tal propósito.

Algo similar aconteció con un criterio insito en el anterior, cual es el de "conveniencia social", que nosotros preferimos denominar de "conveniencia a la democracia participativa". En este sentido, si además de imponerse como bienes jurídicos instituciones y órganos de control garantizadores de un sistema político social que favorece ciertos intereses hegemónicos en desmedro de otros más relevantes socialmente, también se regula su legítima defensa, se consolidaría una democracia restringida, facilitada por el amparo jurisdiccional que le daría esta permisión, por lo que no sería conveniente si nos proyectamos hacia una democracia participativa. Esto ocurriría si se defiende un *tipo de Estado* que obedezca a las orientaciones descritas, una determinada concepción de orden público, una moralidad, la seguridad interior o exterior del Estado, etc. Por el contrario, los derechos socialmente aludidos contribuyen a esa democracia participativa, permitiendo que se incluyan y garanticen materialmente intereses socialmente relevantes que antes quedaban excluidos, siendo por tanto "conveniente" su defendibilidad.

De todas maneras, tanto la "defensa encomendada a órganos del Estado" como la "conveniencia a la democracia participativa" cumplen como criterios policriminales una importante función en la delimitación de los bienes jurídicos defendibles, como lo veremos posteriormente.

C) Los derechos defendibles

Hemos visto al comienzo que dos preguntas agrupan y polarizan a la doctrina en la temática que nos ocupa. Al contestarlas nos manifestamos por la defendibilidad

³¹ Así se pronuncia la doctrina cuando alega que la defensa: no es solicitada; no es conveniente; se basa en inseguros presupuestos subjetivos; criterios vagos; defensa en principio con los recursos de que dispone el Estado; en extremo subjetivo; contribuiría más al perjuicio que al beneficio; no le compete al individuo; encierra una abierta contradicción entre la facultad del particular y a la de la autoridad. Véase, entre otros, a R. MAURACH, ob. cit., pág. 379; C. ROXIN, "Las restricciones ético-sociales a la legítima defensa", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, Madrid, 1982, pág. 303; W. SAUER, *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1956, pág. 303; y D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 540.

de *todos los derechos*, y no solo los penales, protegidos por los tipos, lo cual incluye entonces, además de los *derechos individuales*, los sociales o colectivos. Queremos no obstante puntualizar algunos aspectos, buscando delimitar más claramente nuestra posición:

1. Cuando se dice "todos los derechos" no se pretende dar la idea de una sumatoria de derechos, una especie de recolección en cada una de las ramas del derecho, cuya totalidad constituiría los defendibles. Simplemente se pretende partir de todo el ordenamiento jurídico como conjunto, intentando lograr una sistematización a partir de la cual se obtengan los *derechos personales, individuales y sociales* (denominación esta última que preferimos por resultar más acorde con la sistematización de la justificación, el texto legal y los criterios complementarios de política criminal), siempre y cuando dicha sistematización se haga en sentido amplio, es decir, comprendiendo los derechos constitucionales-fundamentales, interpretados conforme a la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados; de los bienes jurisdiccionales, etc.; en fin, de todo el ordenamiento jurídico.

2. El texto legislativo es amplio, pues concede la defensa a la persona y sus derechos sin limitación, excepción hecha de los bienes y moradas en el C. P. E.

3. La sistematización de la justificante contribuye a la delimitación de los derechos defendibles. Así, por ejemplo, no puede defenderse unilateralmente el ordenamiento jurídico, ya que desde el fundamento falta el principio de protección de un derecho personal.

4. En cuanto a la defendibilidad de los derechos individuales existe relativo acuerdo en la doctrina. Sin embargo, es mejor aclarar que no queremos dar a entender que la legítima defensa solamente regula la actuación de un individuo contra otro³², o eventualmente de varios, teniendo como referente el *derecho de un solo individuo* (así tradicionalmente la legítima defensa de la vida, el patrimonio, etc., de una persona o de un tercero con o por aquella). También comprende la agresión a bienes jurídicos de *grupos sociales o colectividades*, no como entes abstractos ("sentimientos del pueblo", "la nación", etc.), sino como *grupos de individuos-persona* (grupo social) determinado o determinable; por ejemplo, la vida o la salud de un barrio o pueblo específico. Aquí ya no se trata de la simple defensa del *bien mío o de otro* sino del de todos y cada uno de aquellos individuos.

No pasa lo mismo con la defendibilidad de los derechos sociales o colectivos. Por ello, en procura de su delimitación se pueden ensayar diversas perspectivas:

a) Desde el punto de vista penal es posible colocar los bienes jurídicos como referencia principal, por haber sido estos donde mayormente se ha desenvuelto la polémica. Nuestro intento concluyó en considerar defendibles:

— *Los bienes jurídicos base y condición de subsistencia del sistema* (los tradicionalmente denominados bienes jurídicos individuales): vida, salud, honor, etc., extendiéndolos a situaciones en las que se defiende no solamente el bien jurídico

³² A. QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., págs. 98, 99 y 109.

de una persona, sino de *todas y cada una* de las que integran un grupo social o colectividad;

— Algunos *bienes jurídicos colectivos* propiamente dichos, entre los que destacamos el medio ambiente y el trabajo, quedando excluidos en su totalidad los *bienes jurídicos institucionales* (administración de justicia, fe pública, etc.) y los *bienes jurídicos de control* (autoridad, seguridad exterior e interior del Estado, etc.)³³. Esta experiencia, a pesar de los esfuerzos por darle una mayor proyección, se quedaba lógicamente en el mismo sitio donde metodológicamente había comenzado: en los bienes jurídicopenales, dejando por fuera toda la regulación extrapenal del ordenamiento jurídico; quedaba como una elaboración que confrontaba, en su propio terreno, a la teoría de la sola defendibilidad de bienes jurídicopenales, presentando una propuesta de extenderla a la defensa de colectividades en razón de bienes jurídicos de gran relevancia social; pero, en últimas, demostraba los límites y dificultades infranqueables de aquella teoría en la finalidad perseguida. Ciertamente, desde una visión sistemática de los bienes defendibles, esta perspectiva sirve de muy poco.

b) A similares consecuencias se puede arriesgar una perspectiva que tome los derechos constitucionales fundamentales como criterio de solución, preguntándose si son defendibles “en sí mismos”, minimizando o despreciando una orientación sistemática que tenga en cuenta todo el ordenamiento jurídico. Un primer pronunciamiento nos dirá que no es posible, porque los derechos fundamentales establecen una relación entre los particulares y el Estado, no de los particulares entre sí; además, son indeterminados. Sin embargo, esta aseveración podría objetarse, al menos por discutible, mostrando cómo la doctrina acepta el criterio de la relación mediata entre particulares, o yendo inclusive más allá³⁴; de igual forma sería confrontable la afirmación de que todos los derechos fundamentales son indeterminados. Pero, sea cual fuere la postura asumida, no se puede concluir que los derechos constitucionales fundamentales de nada sirven en la delimitación de los derechos defendibles o, por el contrario, que ellos en sí mismos son suficientes para delimitarlos.

c) Más aconsejable resulta³⁵ la perspectiva de los derechos como sistema, es decir, sin aislar los derechos constitucionales de los bienes jurídicopenales, estos de la regulación civil, etc., de todos entre sí, ni negar sus jerarquías y especificidades. Así, por ejemplo, derechos como la vida, integridad física y moral (art. 15 del C. E.); honor (art. 18-1 de la C. E. y Tít. III de la C. C.) están desarrollados

³³ Sobre los conceptos de bienes jurídicos base y condición de subsistencia del sistema y bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema y, entre estos últimos, los referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema (institucionales), a la organización del aparato estatal (de control) y a la satisfacción de las necesidades de carácter social y económico (colectivos), véase a J. BUSTOS RAMÍREZ, “Los bienes jurídicos colectivos”, en el mismo, *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, pág. 181.

³⁴ J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relación entre particulares*, Madrid, Edit. Civitas, 1986, pág. 42. A. E. PÉREZ LUÑO *Los derechos fundamentales* (Madrid, Edit. Tecnos, 1988, pág. 22), quien sostiene que en el Estado social y democrático cuando los derechos fundamentales son amenazados por centros de poder, el poder público debe garantizarlos.

³⁵ Sin que con ello queramos restar importancia al debate aludido, sino más bien por considerar que en la problemática de los bienes defendibles es posible hallar una mejor solución por otras vías.

por el C. P. E. (Tít. VIII cap. I y Tít. X) y por el C. P. C. (Tít. XII y XIII). El medio ambiente (art. 45-1 de la C. E., desarrollado en el C. P. E. en el Tít. V, cap. 2, sec. 2 y por el C. P. C. en su Tít. VII). El trabajo (art. 35-1 de la C. E. y Tít. V, cap. 2 sec. 3 del C. P. E.; y Tít. III de la C. C. y Tít. X, cap. VI del C. P. C.). Si seguimos expandiéndonos a las otras regulaciones del derecho laboral, administrativo, civil, etc., llegamos a la conclusión de que se trata de *derechos claramente determinados, válidos en las relaciones entre particulares y de estos con el Estado*; por tanto, son derechos exigibles mediante la legítima defensa o el estado de necesidad, siempre que se llenen los demás requisitos que les son propios.

Hay casos en los que pareciera que la única manera de sustentar la defendibilidad del derecho es la de presentarlo como derecho constitucional fundamental, pues a primera vista solo está consagrado en la Constitución; sin embargo, por la vía de la sistematización habría una solución mejor. Así, en el derecho a la educación (art. 27 de la C. E.) o a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la C. E.)³⁶, por ejemplo, antes que todo debe haber otro referente en el ordenamiento jurídico, en lo atinente a derechos humanos, en el resto del ordenamiento jurídico interno, en la misma Constitución en articulados que contribuyan a su precisión, como podría ser el caso del art. 35-1 de la C. E. (derecho al trabajo), de conformidad con toda la legislación laboral, penal, administrativa, etc., en fin, en todo lo concerniente a esta materia; y precisamente allí se plantea la obtención de una *remuneración suficiente* para satisfacer las necesidades y las de la familia, no siendo ello cosa distinta del salario, en el cual queda abarcada la educación y el poder gozar de una vivienda digna.

Por último, creemos que antes de elaborar un listado de derechos defendibles, labor interminable, sería más atinado que en la búsqueda de soluciones frente a los *problemas de nuestra realidad social-jurídica*, se diseñen finalmente los criterios más convenientes para su aplicación.

Los criterios politocriminales antes explicados completan la delimitación; así, tanto “la defensa encomendada a órganos del Estado” y el de “conveniencia democrática” sirven para completar la exclusión de derechos no personales, como, por ejemplo, el orden jurídico, el orden público, el Estado como tal, los denominados bienes jurídicos institucionales y de control y el resto de derechos similares.

3. MOVIMIENTOS SOCIALES EN EJERCICIO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA O DEL ESTADO DE NECESIDAD Y FORMAS DELICTIVAS NO JUSTIFICADAS

A) *Movimientos sociales: legítima defensa o estado de necesidad*

1. Hemos insistido en que somos partidarios de un modelo de democracia participativa. Afirmarlo requiere una particular preocupación porque los intereses de mayor relevancia social logren ser satisfechos y protegidos convenientemente.

³⁶ Motivo de polémica en el Seminario sobre “Derecho penal y Constitución”, celebrado en la U. Autónoma de Barcelona, cit.

Adelantamos además que las reglas permisivas, en especial la legítima defensa y el estado de necesidad, pueden constituirse en destacados instrumentos para aquella perspectiva, en la medida que se trate de la defensa de intereses jurídicos agredidos o puestos en peligro.

Se trata de buscar el “consabido” y “trajinado” encuentro entre realidad social y derecho, entre aquella y el derecho penal, para lo cual es imprescindible una “voluntad social para la democracia”, cuya carencia seguirá haciendo de las “reformas” al derecho y de todos los intentos por ligarlo a la solución de los problemas sociales, proyectos fallidos o “retóricas esquizofrénicas” que ocultan esa “otra personalidad”, lo que realmente quieren: promover una democracia restringida que ignora y atropella los intereses que dice proteger. Es pues la búsqueda de una convivencia realmente democrático-participativa, de la tolerancia entre los hombres, el pluralismo, lo cual constituye la base de la concepción jurídica aquí expuesta. Luego, desde esta perspectiva queremos hacer un análisis de la defensa de ciertos derechos efectuada por sus portadores directos, mediante movimientos sociales que han sacudido a Colombia en procura de una democracia esquivada³⁷. Se trata de unos cuantos ejemplos entresacados de la inagotable realidad social, pero desde luego podrían ser muchos más.

2. ¿Qué reclaman?

Sin perjuicio de que en cada uno de estos movimientos se puedan encontrar intereses específicos que los diferencian de los demás, resulta fácil hallar en todos ellos un denominador común: sus ordinarias reclamaciones se originan en la falta de agua, luz, alcantarillado, aseo público, salud pública (hospitales, medicinas, medidas preventivas, etc.), escuelas (creación o puestas en funcionamiento), trabajo (o mejores condiciones de él), la vida, entre tantas otras exigencias de similares características y a las cuales se van agregando otras más en el transcurso de los acontecimientos, como son el respeto al derecho de reunión, asociación, expresión, la libertad de personas a las que, no obstante realizar comportamientos justificados, se les priva de la libertad; en fin, una espiral de reclamaciones de nunca acabar, mientras no se solucionen los problemas sociales que son su centro y prolongación.

3. En un Estado que se dice social y democrático, o que por lo menos aspira a ello; o como el nuestro, que supuestamente interviene en la economía, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía con el fin de lograr el desarrollo integral; para dar pleno empleo a los recursos humanos y materiales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico

³⁷ Nuestro presidente de la República, en un discurso que luego se le extravió, había dicho: “El verdadero reto de las instituciones colombianas no es el de evitar los paros reprimiéndolos, sino cómo evitarlos tramitando las reivindicaciones por los canales de la institucionalidad. Hoy lo que está exigiendo el pueblo colombiano es protagonismo. Que no sea un convidado de piedra en las decisiones que más lo afectan y quiere; en estos paros y marchas que el Estado sea su interlocutor”; véase “Marchismo-Leninismo”, en Revista *Semana*, núm. 317, Bogotá, 1988, pág. 28.

e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular (art. 32 de la C. C.), la satisfacción de las necesidades esenciales para la subsistencia del individuo. Todo ello, pues, debe ocupar un lugar preferente en la intervención estatal. Si, por el contrario, al reforzar en demasía la satisfacción de ciertos intereses en detrimento de otros no logra alcanzar ese cometido, se habrá mostrado incapaz de proporcionar el mínimo esencial que le pudiese proyectar hacia una democracia participativa, con lo cual la intervención del Estado se torna intolerable en los sectores que margina. Es el caso de los países de democracia restringida en Latinoamérica, incluyendo el nuestro. La situación es diferente en la mayoría de los países europeos, que por lo menos conservan ese mínimo. De todas maneras, el Estado se convierte así en vulnerador de los intereses que declara proteger y de los individuos —sus portadores directos—. Propugnando una democracia social y participativa bien puede impedirse esta situación.

Lo anterior se confirma cuando el Estado no garantiza en los aludidos sectores el funcionamiento eficaz de los servicios públicos, que satisfagan las necesidades esenciales mínimas del individuo; no se trata de fallas propias en el servicio que puedan subsanarse poco a poco, sino de su inexistencia o mal funcionamiento crónico. Por ejemplo, en muchos barrios y pueblos no hay agua potable (ausencia de acueducto, o este no funciona o funciona mal). No hay luz (porque no llegan las instalaciones o no es posible pagar sus costos). No hay alcantarillado. El aseo público tampoco funciona adecuadamente (las basuras se acumulan en cualquier parte). En algunos barrios las epidemias cunden; no existen medios para poder adquirir medicamentos; los hospitales son insuficientes (“no hay camas”, se dice); no hay medidas preventivas eficaces que toquen fondo en medio de tantas privaciones. En muchas zonas no hay escuelas o no hay oportunidad de estudiar, o si las hay, ¿para qué estudiar cuando las expectativas sociales son tan pocas? La universidad está vedada para grandes sectores de la sociedad. De esta forma podríamos seguir describiendo nuestra cruda realidad hasta la saciedad.

La situación se agrava todavía más si añadimos la desidia, la torcida aplicación que órganos del Estado o sus funcionarios les dan a los planes que podrían paliar la insatisfacción, produciendo nuevas fuentes de vulneración.

Otro tanto acontece con las actuaciones de grupos de poder particulares, que por su incidencia en el Estado, en sus órganos y funcionarios, o directamente, vulneran los mentados intereses: pensemos en el empresario que en su exacerbado afán de lucro simula motivos suficientes para lograr el cierre definitivo de la empresa, dejando en la calle a sus operarios, cuando lo que busca es sustraerse a las prestaciones sociales de los trabajadores, al pago de salarios y demás cargas contraídas; quien conculca el derecho de asociación o de huelga; el que destruye materias primas o productos con el fin de aumentar los precios; el que contamina con su empresa, lesionando a los seres humanos o a la naturaleza.

En todos los casos anotados se trata de la vulneración de *derechos personales defendibles*: es la vida (como existencia o calidad de vida), la salud, el derecho a la educación, el trabajo, la libertad de pensamiento, reunión, asociación, el derecho de huelga, a conservar el medio ambiente cuando éste incide grandemente en la calidad de vida y de cualquier otro derecho en la amplia gama de los defendibles.

La realización de políticas y comportamientos provenientes del Estado, sus órganos o funcionarios o de los grupos de poder mencionados, constituye agresiones o situaciones de peligro de derechos defendibles, contra las cuales los portadores directos pueden ejercer la legítima defensa o el estado de necesidad, según el caso.

4. Cómo defender estos derechos es cuestión sobre la cual no es posible ofrecer una respuesta precisa. Inicialmente hay una limitación en el texto legal: que la defensa sea proporcionada a la agresión (art. 29-4 del C. P. C.), por lo que debe ser la praxis social la que dé la última palabra sobre las formas de defensa. Para dar una idea sobre la multiplicidad de formas ofrecidas por la vida real, resaltamos a continuación algunas de las posibles reacciones a las situaciones que venimos comentando:

a) Conexiones fraudulentas de agua y luz. El caso más frecuente es el "perico": los habitantes de los barrios hacen su propia instalación y extraen la energía del cable más cercano (actividad de sumo riesgo en la que muchos han perdido la vida). ¿Podría decirse que estas personas realizan un hurto (art. 349 del C. P. C.)?

b) En el caso de los trabajadores ante el empresario, si estos se oponen al cierre de la empresa y deciden ponerla en funcionamiento mientras la justicia laboral despeja su razón jurídica, ¿podría imputárseles como delito el obligar al celador a que permita el acceso de los trabajadores, no obstante su airada y firme oposición? ¿Obligarlo a que abra las dependencias, entregar las llaves, etc.? ¿Realizar todos estos comportamientos en la persona del empresario que en forma provocadora intenta impedir la penetración en la empresa? ¿Ocasionar daños en las cosas (puertas, cerraduras, etc.), necesarios para poner en funcionamiento la empresa? ¿Habrá delito contra la autonomía personal? ¿Constreñimiento ilegal (art. 276 del C. P. C.)? ¿Daño en bien ajeno (art. 370 del C. P. C.)?

c) Frente a la contaminación producida por una empresa, impedida por un grupo de trabajadores o vecinos del barrio afectado o un grupo ecológico tipo *Greenpeace*, etc., pues de lo contrario hubiera producido consecuencias funestas para vidas humanas, flora y fauna (calidad de vida y existencia), ¿se les podrá imputar violación de habitación o sitio de trabajo si fue necesario acceder a las dependencias? ¿Constreñimiento ilegal si hubo necesidad de vencer la oposición de alguien (jefe de personal, etc.)?

d) Oponerse a la destrucción de materias primas y productos, inclusive por intermedio de la fuerza, y si se trata de mercancías para el consumo de la población distribuir las entre los más necesitados, ¿podrá considerarse hurto (arts. 349 y 350 del C. P. C.) o constreñimiento ilegal?

e) La ocupación de hospitales, clínicas y demás centros con el fin de obtener pronta y eficaz atención, por ejemplo en unidades que cuentan con los mejores equipos, requeridos para la ocasión pero que solo están al servicio de "especiales grupos de personas" dados los altos costos de servicios, que se niegan a dar atención a los pacientes de escasos o ningún recurso. Piénsese en los casos de tragedias masivas, epidemias, etc., en que los segundos son decisivos y, sin embargo, no hay vacilación en decir: diríjase al hospital X, que este caso no nos pertenece; lo que equivale a decir: donde usted debe ir, aunque sea después de muerto. ¿Podrá calificarse como delito la ocupación realizada en estas circunstancias?

f) Cuando para dar a conocer a la opinión pública la agresión o el peligro sobre los derechos defendibles o como instrumento de presión (defensa) se utilice la vía pública (concentraciones, manifestaciones, etc.), o incluso para garantizarlos materialmente cuando también son negados estos derechos, ¿se podrá considerar tal conducta como delito o contravención?

Ahora bien, de sobra está decir que en todos estos ejemplos y en las demás situaciones similares, cuando afirmamos que se trata de agresiones (o peligros) a *derechos personales defendibles*, damos por supuesto que deben concurrir todos los requisitos exigidos por la legítima defensa o el estado de necesidad, según el caso, para que se configure la justificante; es igual que cuando se dice que la vida es un derecho defendible, caso en el cual no se está afirmando que se actúa siempre en legítima defensa, inclusive cuando no se cumple el requisito de la agresión, la racionalidad de los medios, etc.

B) Los grupos paramilitares o de autodefensa: comportamientos delictivos, no justificados

1. Totalmente diferentes de las conductas caracterizadas anteriormente como justificadas (en ejercicio de la legítima defensa o del estado de necesidad) se nos presentan los comportamientos llevados a cabo por "grupos paramilitares", también denominados "grupos de autodefensa", razón por la cual resulta inadmisibles en derecho penal hacerlos aparecer como formas de legítima defensa colectiva, como pretenden algunos voceros de las altas esferas sociales³⁸.

Quizás el equívoco inicial está en identificar la autodefensa (en su acepción más amplia: defensa de sí mismo, pero utilizada también en el lenguaje corriente para describir disímiles comportamientos) con la legítima defensa, concepto estricto del derecho penal, integrado por precisos caracteres de orden legal, jurisprudencial y doctrinal. No toda autodefensa es legítima defensa; solo lo será si cumple con los requisitos de aquella.

El primer estudio que conocemos en el derecho penal colombiano en el cual se considera que una concreta manifestación social-política de la autodefensa —la guerrilla campesina del Tolima y Sumapaz— es una forma de *legítima defensa*

³⁸ Así, por ejemplo, el fragmento de la carta dirigida al señor presidente de la República, en el artículo "El drama cordobés", publicado en la Revista *Semana*, num. 352, Bogotá, 1989, pág. 28, encabezado de la siguiente manera: "Los ganaderos de la región están tratando de no recurrir a la fórmula paramilitar", en el que se afirma: "Estamos dispuestos, Señor Presidente, incluso a renunciar a esa *legítima defensa colectiva* usada en otras regiones con reconocido éxito", opinión que significa un tácito reconocimiento de la supuesta legitimidad de los *grupos paramilitares* y la *justicia privada* (subrayado nuestro). Lo cual corrobora lo que ha venido sosteniendo esta Revista en otros números (365, mayo 2-8 de 1989, pág. 36; 364, abril 25-mayo 1 de 1989, pág. 27; 351, enero 24-30 de 1989, pág. 23; y 345, diciembre 13-19 de 1988, pág. 39), en los que sostiene que una de las expresiones de las "autodefensas" ha tenido lugar con la reacción de ganaderos, hacendados y empresarios tradicionales, quienes han visto rebasada su capacidad de tolerancia por el constante boleteo de los alzados en armas. Estas afirmaciones las confirma el coronel Klein, instructor de los mencionados grupos, quien agrega que altos funcionarios del gobierno y militares tenían conocimiento de su actividad (*El Tiempo*, agosto 26, 27 y 28, Bogotá, 1989; y *El Espectador*, agosto 26 y 28, Bogotá, 1989).

colectiva, se encuentra en la tesis del maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA, donde ya se vislumbraba el futuro jurista que sería. Esta caracterización la hacía con base en tres justificaciones: política, constitucional y penal, analizando en esta última la correspondencia existente entre los requisitos de la legítima defensa y la autodefensa campesina³⁹. Nosotros, en esta oportunidad, solo nos referiremos, siguiendo la metodología propuesta por el profesor REYES, a la justificación penal, para contrastando, demostrar que lo conocido actualmente como “autodefensas” nada tiene que ver con la legítima defensa.

2. Contrastando los requisitos de la legítima defensa con los comportamientos de los grupos de “autodefensa” o “paramilitares”, encontramos:

a) *Fundamento* 1) Ya dijimos que a partir del fundamento de la legítima defensa no es posible defender el ordenamiento jurídico unilateralmente, pues falta el principio de protección. Si alguien estima que las autoridades públicas son incapaces de aplicar el ordenamiento jurídico con suficiente rigor y eficiencia, no podría reemplazarlas en su función acudiendo a la legítima defensa.

2) El concepto de *defensa privada* recalca que desde el individuo se defienden sus derechos y con ellos el ordenamiento jurídico que los protege; confluyen ambos. No se pretende en cambio reemplazar o prescindir de la defensa pública o estatal. Conforme a esta visión resulta imprescindible, para actuar en legítima defensa, cumplir con los requisitos que impone el ordenamiento jurídico.

Bien diferente es el criterio de *justicia privada*⁴⁰, en el que se reemplaza la autoridad estatal, imponiendo:

— Un catálogo de normas, distinto del ordenamiento jurídico estatal, que prohíbe las conductas lesivas de sus intereses: denunciarlos, juzgarlos, detenerlos o cualquiera otra clase de medida en su contra; de normas que facultan la comisión de delitos para el logro de sus fines: homicidios, constreñimientos, secuestros, etc.

³⁹ Resumiendo en demasía, los argumentos son los siguientes:

— *Justificación política*: el gobierno no es más que una delegación del poder; el mandante es el pueblo que le traspasa una parte de su autonomía. Cuando se rompe el contrato al pueblo le queda: cambiar el gobierno mediante elecciones o la revolución; si la primera vía es negada, no hay otra que la acción de masas, de un pueblo despojado de sus más elementales derechos.

— *Justificación constitucional*: la maquinaria estatal se dio a la tarea de violar sistemáticamente la vida, honra y bienes de los ciudadanos, no a defenderlos; por lo que el pueblo debe asumir el papel constituyente primario por las vías de hecho.

— *Justificación juridicopenal*: cuando el pueblo exige sus derechos esenciales en nombre de la democracia y es desoído, la actuación de la guerrilla aparece como legítima defensa colectiva; es una reacción de muchedumbre, identificada por la defensa de intereses.

A continuación el profesor REYES analiza la correspondencia entre los requisitos de la legítima defensa y el movimiento de autodefensa: fundamento, bienes a que se extiende; violencia actual e injusta que ponga en peligro la persona, el honor o los bienes, y la proporcionalidad entre la defensa y la agresión (“El problema social...”, cit., págs. 49, 55, 59, 63, 68 y 74). Posteriormente, en *La antijuridicidad*, cit., pág. 215, consideró que el estudio de su tesis había hecho un enfoque correcto de la legítima defensa colectiva, transcribiendo párrafos de aquella.

⁴⁰ La Corte Suprema de Justicia al referirse a los grupos paramilitares ha considerado que proceden por fuera del *status* jurídico, degenerando en formas de delincuencia y de justicia privada. Vid. Acción de inexecutable contra algunos artículos de la ley 48 de 1968 y del decreto 3398 de 1965, mayo 25 de 1989, pág. 16. Magistrado ponente, Fabio Morón Díaz.

— Un aparato que administra “su justicia”, que va desde las altas esferas jerárquicas hasta los jefes y mandos de cada uno de los grupos.

— Un procedimiento sumario y oculto.

— Unas penas consistentes en el terror generalizado, además de lista de sentenciados, amenazas, sufragios, etc. Pena de muerte que cobija al sentenciado, sus parientes, allegados o cualquier otro inocente ciudadano que pase por el lugar elegido para cumplir la “sentencia”.

Por lo general estos grupos son expresión de una concepción autoritaria del poder, que impone sus intereses por medio de la fuerza y no de la participación social-democrática, contra la cual se pronuncian; esto nos explica que formen un solo frente o sean la prolongación de aquellas visiones sociopolíticas que desde hace tiempo vienen enarbolando en Colombia las ideas del autoritarismo; se trata de nefastas orientaciones que han cegado la vida de insignes demócratas, empeñados en llevar el país hacia un mañana sin retorno.

b) *Los derechos defendibles* 1) Hemos dicho que son defendibles todos los derechos individuales y sociales, excepto los bienes jurídicos como el ordenamiento jurídico, el orden público, el Estado como tal (su seguridad exterior e interior), la nación y demás bienes similares, en razón de que no son derechos personales y porque los criterios politicocriminales complementarios, esto es, el de “la defensa encomendada a órganos estatales”⁴¹ y el de “no conveniencia a la democracia”, los excluyen como derechos defendibles⁴².

2) Ha sido muy discutida en nuestro país por estos días la problemática de la defensa nacional, y concretamente el decreto 3398 de 1965, tema del cual se ocupó recientemente la Corte Suprema de Justicia⁴³. Del art. 3° de este decreto, en concordancia con sus arts. 25 y 33-344, podría deducirse, como en efecto se

⁴¹ Así, por ejemplo, parecía ordenarse la Corte Suprema de Justicia cuando, al referirse a los paramilitares, expresa: “su pretensión de sustituir la acción legítima del ejército, la policía nacional y de los organismos de seguridad del Estado, que son las autoridades a cuyo cargo se encuentra la función exclusiva del restablecimiento del orden público” (providencia cit., pág. 16).

⁴² Aunque estimamos suficientes las razones para excluir la defendibilidad del orden público, agrega todavía más el criterio político criminal del “perjuicio más que beneficio” en la defensa de este bien por parte del particular, confirmado empíricamente en este caso. La Corte, recogiendo un sentir generalizado, afirma de los grupos de “autodefensa”, que son “grupos criminales que contribuyen con su presencia a agravar la situación de orden público” (C. S. J., cit., pág. 16).

⁴³ Fallo anteriormente citado.

⁴⁴ “Art. 3°.—Todos los colombianos están obligados a participar activamente en la defensa nacional, cuando las necesidades públicas lo exigen para defender la independencia nacional y las instituciones patrias”.

“Art. 25.—Todos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrán ser utilizados por el gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad”.

“Art. 33-3.—El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de Comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”.

hizo, que los particulares podían ejercer la defensa de la nación, otorgada por la C. C. al ejército⁴⁵; que dentro de la “participación activa” en la defensa nacional los particulares podían tomar las armas —más aún, las de uso privativo de las Fuerzas Armadas— por su propia cuenta o bajo la asesoría de miembros del ejército (“comandos autorizados”), que los utilizaría para estas “actividades”⁴⁶.

Pero lo que el texto constitucional realmente ordena es que en esa especial situación de “necesidad pública”, todos los colombianos están obligados a tomar las armas, haciendo parte del ejército, instituido como “órgano del Estado”; para esta clase de defensa serán llamados los reservistas, se ampliará el personal de servicio, etc. He allí la verdadera obligación-deber. La actividad del particular queda pues limitada a colaborar o cooperar, sin participar en actividades agresoras⁴⁷.

En síntesis, la defensa de la nación no es una facultad que se pueda ejercer en legítima defensa, ni tampoco es una obligación-deber que le impone el Estado al particular.

c) *Agresión injusta, actual o inminente*. La agresión, entendida como toda puesta en peligro de derechos, proveniente de una conducta humana, debe reunir determinadas características, entre ellas la de injusticia⁴⁸, actualidad o inminencia⁴⁹ (art. 29-4 del C. P. C.). Si la agresión injusta no ha existido o no es inminente o actual, no puede invocarse la legítima defensa como justificante. En las formas antes vistas de “autodefensa” no existe agresión injusta (cuando, por ejemplo, una persona los denuncia, captura, juzga, etc.), o aquella ya no es actual o inminente; por tanto no hay necesidad de defensa, lo cual torna su actuación en agresiva y retributiva⁵⁰.

⁴⁵ Art. 165 de la C. C.: “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar”.

Art. 166 de la C. C.: “La Nación tendrá para su defensa un ejército permanente. La ley determinará el sistema de reemplazos del ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares”.

⁴⁶ Es una constante en este decreto la utilización de “definiciones que todo lo pueden comprender”, ha dicho el magistrado Gustavo Gómez Velásquez en el salvamento de voto al fallo de la Corte que venimos comentando, lo que facilita interpretaciones contraproducentes.

⁴⁷ Es necesario que mediante una orientación democrática se insista en una nueva regulación para la defensa nacional (de conformidad con Gómez Velásquez, salvamento de voto aludido, pág. 1).

⁴⁸ E. MEZGER (ob. cit., pág. 55): “Cuando contradice las normas jurídicas de valoración”; R. MAURACH (ob. cit., pág. 379): “valorada en sentido objetivo-negativo por el ordenamiento jurídico”; H. H. JESCHECK (ob. cit., pág. 465): “la que vulnera objetivamente el ordenamiento jurídico”. Esto, para citar solo a algunos autores, entre los muchos que opinan al respecto. Para nosotros es aquella que contradice el ordenamiento jurídico en su conjunto.

⁴⁹ Entre los muchos autores que se ocupan del tema, H. H. JESCHECK (ob. cit., pág. 466): que amenaza de forma inmediata, tiene lugar efectivamente o todavía continúa; empieza desde que se presenta el peligro; J. BUSTOS RAMÍREZ (*Manual*, cit., pág. 234): basta que haya indicios suficientemente claros de la proximidad de la agresión: una agresión sigue siendo tal mientras no se ha consumado totalmente la lesión al bien jurídico; S. MIR PUIG (ob. cit., pág. 370): peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido; A. REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, cit., págs. 147 y 148: actual, *strictu sensu*, es la que ya ha comenzado y no ha concluido aún, la que se concretó en daño real y persiste todavía; inminente, cualquier gesto, actitud o amenaza que evidencien daño inmediato en la persona.

⁵⁰ Según la Corte: “su carácter retributivo y agresivo” (C. S. J., cit., pág. 16).

Sintetizando, los comportamientos de los grupos paramilitares o de “autodefensa” no son expresión de la legítima defensa colectiva, sino una clara actividad antijurídica-delictiva.

Queremos finalmente resumir una idea central de este trabajo: hemos caracterizado los movimientos sociales primeramente señalados, como importantes expresiones orientadas hacia la construcción de una democracia participativa, que permita la satisfacción de los intereses socialmente significativos; luego, cuando estos últimos están protegidos en el ordenamiento jurídico (intereses jurídicos-derechos defendibles), la defensa ejercida por sus portadores directos, frente a agresiones y peligros, puede efectuarse ejerciendo la legítima defensa o el estado de necesidad.

Por el contrario, los grupos paramilitares constituyen claras expresiones delictivas, no justificadas, contrarias a un ideal democrático-participativo.

El dilema, más allá de la ostensible diferencia en las caracterizaciones jurídico penales analizadas, en situaciones tan disímiles, sigue siendo: democracia participativa o autoritarismo.

DEBATES

Cuestión droga: los límites de un manifiesto y la necesaria profundización de un debate *

Roberto Bergalli **

Algunos meses después de su firma, he sido destinatario de un *manifiesto por una nueva política sobre la droga*. Este documento fue suscrito por 35 juristas reunidos en un "Encuentro sobre Alternativas a la actual Política Criminal en materia de Tráfico de Drogas", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga el día 2 de diciembre de 1989. Con el envío de tal *Manifiesto* y en el caso que compartiera su contenido, se me solicitaba una adhesión por escrito y una toma de contacto con la Comisión Coordinadora del mismo.

Puesto que básicamente estuve de acuerdo con el contenido, envié mi adhesión a quien fuera el remitente del documento. No obstante, al propio tiempo, me permití manifestar algunas reflexiones que entonces me había provocado el llamado *Manifiesto*, formulando, en consecuencia, unas sugerencias y solicitando respuesta a estas. El documento ha sido, mientras tanto, publicado (v. *Anuario de Derecho Penal*, t. XLII, fasc. III, Madrid, 1989, págs. 1187-1191)*** y mis reflexiones propuestas no han tenido, por ahora, repercusión alguna; quizá la puedan tener, mas, mientras tanto, desearía difundirlas no solo para que sean sencillamente conocidas, sino con el pretendido fin de provocar la profundización del debate que proponía en mi respuesta-adhesión al *Manifiesto* ya público.

* Publicado en *Jueces para la Democracia*, núm. 9, Madrid, Edisa, 1990.

** Profesor de la Universidad Central de Barcelona.

*** Publicado también en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, Temis, 1990.

1) El citado Encuentro de Málaga fue, por lo visto, una reunión específica de juristas y presumiblemente cerrada a una asistencia de profesores de derecho penal y jueces o magistrados especializados en la jurisdicción punitiva y en la ejecutivo-penal (o de vigilancia penitenciaria, en lenguaje legislativo). De hecho, el *Manifiesto* está firmado por 21 de los primeros y por 14 de los segundos, algunos exponentes conspicuos de la Asociación "Jueces para la Democracia". Por lo demás, el título de la convocatoria a tal Encuentro planteaba un tratamiento de la "política criminal en materia de tráfico de drogas".

Por lo tanto, era difícil esperar que de la reunión surgiese algo más que un cuestionamiento a dicha política criminal. No obstante, de la lectura del *Manifiesto* puede extraerse la idea de que sus firmantes han pretendido ir más lejos, con lo cual, ciertamente, se advierte una particular sensibilidad —tradicionalmente ausente en los medios académicos y judiciales— por aspectos que se evaden del rígido tratamiento normativista de los temas encarados en el Encuentro, propio al tipo de formación que reciben los estudiosos del derecho en la Universidad y que ha pasado a ser un rasgo característico de la cultura jurídica de nuestro ámbito. Se me podrá alegar que si el derecho está constituido por normas, es natural que quienes se preparan para tratar con ellas no pueden menos que ser formados en el conocimiento de sus estructuras y de su interrelación con otras semejantes. Pero, más allá de la perogrullada que esta alegación encierra, también ella indudablemente encubre la anomalía cultural que supone el seguir formando a los juristas del siglo XXI sin que estos sepan indagar sobre los procesos de creación y aplicación del derecho, en los cuales influyen con peso decisivo unas variables que provienen de la estructura económica, de la política y de la cultural de una sociedad y que solo pueden ser abordadas con categorías e instrumentos que suministra un entramado disciplinario compuesto por la antropología y la psicología social, la economía política, la sociología jurídica, la teoría del Estado, etc.

Como se sabe, las perspectivas o puntos de vista que todas esas disciplinas pueden proporcionar para el conocimiento de la realidad que facilita la producción y empleo de normas jurídicas, están ausentes en la formación de nuestros juristas (también en el de nuestros científicos sociales) y pese a los reclamos que se formulan para incluir en los planes de estudio de nuestras facultades de derecho (idem en las de ciencias sociales y políticas) un tipo de enseñanza semejante, ellos siguen sin ser satisfechos.

Por tales motivos, los colegas y magistrados amigos que han revelado una peculiar sensibilidad para proponer una nueva política criminal sobre las drogas, deberían hacer esfuerzos semejantes para lograr que nuestros futuros juristas reciban una formación mucho más plural y abierta de forma tal que, a la hora que lleguen a tener una participación de peso en la creación y aplicación de normas, no reflejen las tendencias represivas manifestadas, por ejemplo, en la reforma española de 1988 al Código Penal que el *Manifiesto* en cuestión se encarga de criticar muy acertadamente. Hay que tener en cuenta, en sostén de lo que digo, que la gran mayoría de los firmantes de ese documento —por lo menos de los casos que yo conozco

(y creo que estos constituyen una buena parte de ellos)— son estudiosos y profesionales que han abrevado sus conocimientos no normativos fuera de la universidad española y que han acrecentado la sensibilidad que destaco en el contacto con otros medios culturales distintos al de nuestras academias.

Estas primeras reflexiones surgidas de la lectura del *Manifiesto* no hacen posiblemente parte del fondo de los asuntos que este documento me propuso. No obstante, no las creo extemporáneas sobre todo cuando el propio *Manifiesto* pretende abordar ciertos aspectos que intrínsecamente no son de naturaleza jurídico-penal en tema de una "nueva política sobre la droga", aun cuando para concretar esa pretensión únicamente se rozan o más bien se soslayan los terrenos de la economía, de la política y de la cultura de la sociedad española. Me explicaré.

2) Es verdad que el *Manifiesto* dirige toda su atención a subrayar el fracaso que en España —y en todo el mundo— ha obtenido la acentuación de la política represiva de los últimos años. Para ello, recurre a señalar que con esa política no se han alcanzado las metas supuestamente perseguidas, cuales eran erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas; que la droga se ha convertido en un producto muy caro, originando la aparición de poderosas organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón y causando o agravando la marginación social; que, como consecuencia, los recursos del sistema judicial penal se ven desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas, mientras los reclusos provenientes de la misma empeoran las condiciones de habitabilidad en las prisiones; que la población en general sufre directamente, tanto el aumento de la delincuencia dirigida a procurarse dinero para adquirir droga, cuanto las medidas indiscriminadas de control de esa delincuencia; que el Estado de derecho se ve conmovido ante todo por que la acentuación de la vía represiva no se detiene ante los principios garantistas del derecho penal y, además, por que el poderío económico de los traficantes les permite corromper instituciones esenciales de la democracia; que, asimismo y en otro sentido, la protección de la salud a la que se aspira con tal política represiva resulta notoriamente distorsionada no solo porque no se respeta el principio de que la salud solo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada, sino también por cuanto es precisamente la prohibición la que al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte a la droga en un producto de escasa calidad lo cual genera daños tanto más importantes a la salud (sobredosis y muertes consecuentes, SIDA, hepatitis B, etc.); que igualmente en el nivel internacional son del mismo modo negativo los efectos de la prohibición pues a través de la cuestionable distinción entre drogas duras y blandas se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental, mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última; que, de la misma manera, se producen nefastos efectos sobre los esfuerzos dirigidos a la prevención pues, por una parte, fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud y, por la otra, permite eludir la responsabilidad de la propia sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos

vos; que, finalmente, esa política represiva se limita a la adopción de una intervención-asistencia centrada en un porcentaje mínimo de consumidores —los más deteriorados— e impide la asunción de objetivos que tiendan a mejorar sus condiciones sociales y privilegia la confusión entre asistencia y control con claros efectos perniciosos.

2.1) Ahora bien, al repetir la exposición de todos estos argumentos empleados por el *Manifiesto* para descalificar la política represiva seguida en España e internacionalmente sobre la droga (así se expresa el documento), he tenido por objeto destacar los límites dentro de los cuales ese escrito ha sido formulado. En un primer momento, no podría discutirse el hecho de que tales límites venían impuestos por el carácter y el marco del Encuentro en que se firmó ese escrito y por la condición o profesión de sus firmantes aunque estos, como he querido resaltarlos, han pretendido sobrepasarlos. Pero —y aquí retomo las reflexiones emitidas antes (v. 1)— a poco que se ahonde en los diferentes aspectos que configuran lo que con propiedad se denomina contemporáneamente como *cuestión droga*, no puede menos que aceptarse que ella está constituida por otros elementos tanto o más centrales que aquellos exclusivamente jurídicos o, si se quiere, político-criminales e incluso que de los que, por extensión, los subscriptores del *Manifiesto* habrían deseado abarcar.

En efecto, nadie ignora que cualquier impulso legislativo tendente a exacerbar instrumentos penales respecto de las toxicodependencias contribuye en esencia a afirmar una particular cultura de la exclusión y de la punición de todos quienes viven en una condición de malestar social y/o de marginalidad. En el fondo, aunque por lo menos para algunos, con marcada evidencia, el prohibicionismo latente en todo tipo de impulso semejante está revelando una orientación ideológica acorde con unas políticas generales y, particularmente, con una política social negativa propia al modelo de dominación que se está expandiendo universalmente.

Después del *Diktat* del zar William Bennet —alto comisario USA para la *War on Drugs*— decretando la caza de brujas contra todo consumidor de cualquier tipo de drogas y luego de la espectacular alocución televisiva del presidente Bush, en septiembre de 1989 (similar a aquella de Ronald Reagan el 2 de octubre de 1982), mostrando la papelina de *Crack* hallada frente a la Casa Blanca, quedó claro que la “guerra santa” iba a tener una orientación directa a la persecución de los clientes adictos provenientes de sectores privados de todo tipo de asistencia o intervención social que pudiera paliar los efectos de sus condiciones marginales. Esta nueva estrategia respecto de los toxicodependientes —de todos modos ya diseñada en los tiempos de la crisis energética en 1973, con la implantación del modelo Reagan-Thatcher de políticas restrictivas el cual se basa sobre una injusta distribución del rédito y se reproduce junto a dinámicas individualistas o de todas maneras antisociales— tuvo una rápida difusión tanto en la periferia como en el centro. Efectivamente ha sido así pues, por una parte, en América Latina se ha presenciado la expansión de operaciones antidrogas de carácter bélico, proyectadas desde la *Drug Enforcement Agency* (DEA) pero firmemente apoyadas en Washington, con la colaboración de algunos gobiernos locales, para encubrir el verdadero negocio que supone el mercado interno interamericano y no intervenir en el reciclaje del narco-dinero que realiza la banca privada. De esta forma se ha llegado a situaciones

como la de Bolivia, cuando a mitad de los años ochenta las mayores minas de estaño fueron cerradas por el gobierno de conformidad con las disposiciones de los bancos internacionales y así 30.000 mineros quedaron en paro. Faltando el trabajo en industrias alternativas, la gran masa de mineros invirtió sus indemnizaciones en la tierra y en la producción de coca; de tal modo, mientras la política antidroga de Bush declaraba la guerra a la producción de coca, la deuda externa y la política de austeridad generaron nuevos cultivadores de coca (cfr. J. PETRAS, “Delito, austerità e narcotraffico”, en: *Il Passaggio*, Rivista di dibattito politico-culturale, numero doppio Anno II nro. 6, nov./dic. 1989 - Anno III nro. 1, gen./feb. 1990, Roma, 65-69, esp. 65). Pero también se llegó a extremos de verdadera intervención, si se consideran las operaciones de “asistencia” que elementos de la DEA han cumplido en Perú y Colombia o si se analiza en profundidad la invasión de Panamá por 25.000 infantes de la marina de los Estados Unidos a “sangre y fuego”, en diciembre del año pasado, como una operación antidroga antes que como una ayuda para “restaurar” la democracia y desalojar al dictador Noriega (tal como así lo reconoció el propio Melvin Levitsky, subsecretario de Estado para el tema de las drogas, cfr. *El País*, del 8.v.90, pág. 11).

Mientras tanto, en el resto del mundo occidental se produjo la transformación de la imagen del adicto como enfermo-dependiente para tratar y curar, el delincuente que se identifica a partir de una posesión de dosis. El proceso de construcción social de semejante imagen tuvo una rápida recepción en Europa. En España, ella ya se adelantó con claridad mediante la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo. Pero, internacionalmente, se afirmó con el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra el narcotráfico, aprobado el 18 de diciembre de 1989, signado también por España. Ahora, este proceso ha quedado sellado con la ley que acaba de aprobar el Parlamento italiano, mediante la cual todo tipo de adicción (y, en consecuencia, de posesión) se convierte en delito (art. 12), con lo cual claramente se acepta el modelo represivo impuesto desde los Estados Unidos y manifiestamente diseñado sobre políticas sociales restrictivas las cuales, a su vez, reflejan desarrollos de un modelo económico que supone una gran polarización de la riqueza como de la miseria.

Ahora bien, si el concepto de bienestar común ya no depende entonces de determinadas políticas sociales y si por lo tanto la idea de realización del *Welfare State* se encuentra en crisis permanente, es coherente que la cuestión droga se encare desde meros enfoques prohibicionistas lo cual, por cierto, no solo traduce una visión reduccionista de ella sino que sobre todo impide abordarla en todos sus aspectos, generando así únicamente análisis desde perspectivas unidisciplinarias. De esta manera, la dialéctica prohibición-legalización pasa a ocupar todo el espacio del planeta droga con lo cual se explica (que no se justifica) la hegemonización del mismo por el discurso jurídico-penal.

2.2) Mas el debate en torno a la cuestión droga es fundamentalmente de carácter cultural y no puede restringirse a alguno(s) de sus aspectos. Ese debate ha sido muy vivo en la sociedad italiana, con motivo de la discusión del proyecto recién convertido en ley a pesar de la polémica que desató dentro y fuera del Parlamento, involucrando no solo a políticos sino a todo preocupado por la cuestión social.

Sin embargo, no veo que un debate semejante se abra en España pese a los anuncios por ejemplo del ministro de Sanidad para penalizar ciertas formas del consumo público de drogas (cfr. *El País* y *La Vanguardia* de 11.V.90), lo que viene siendo apoyado por ayuntamientos como el de Madrid (v. *El País*, 14.VI.90) y por algún partido político, como el Partido Popular en Barcelona (v. *El País*, 16.VI.90) o después de la Conferencia Mundial, celebrada en Londres en el mes de abril pasado y que concluyó con una amplia y ambiciosa declaración (subscrita también por España) en la cual si bien se estudiaron las distintas estrategias para enfrentar el problema se acabó descartando cualquier tipo de legalización del consumo (v. *El País*, 12-13.IV.90, pág. 7). Es verdad que en la segunda mitad de 1989 tuvo una cierta repercusión en la prensa el contraste de posiciones entre unas más permisivas —sustentadas incluso por la mayor organización sindical (Sindicato Unificado de la Policía, SUP, v. *El País*, 18.XII.89, y de las cuales el Encuentro de Málaga fue un ejemplo (v. *El País*, 4.XII.89)— y otras radicalmente prohibiciones (cfr. por ejemplo las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales Socidrogalcohol, *El País*, 10.XII.89, aunque una ponente en ellas llegó a sostener “que el debate actual se ha polarizado en dos posturas contrarias que no conducen a ningún lado”, o las más anteriores del propio delegado para el Plan Nacional de Drogas (v. *Legalización, una propuesta que choca frontalmente contra la realidad*, en *El País*, 29.XII.88) que acaba de ratificar recientemente aunque haya definido a la política estadounidense para combatir el narcotráfico como “política de pistola basada en la represión a ultranza, que no resulta” (v. *El País*, 9.VI.90). Pero, en todo caso, esa atención periodística fue simplemente un reflejo del debate que se estaba produciendo fuera de las fronteras españolas, dentro de las cuales semejante debate (como se acaba de señalar con las citas anteriores) siguió discurriendo por penalizar o no el consumo; es decir, que se mantuvo de modo reduccionista en los límites de una discusión político-criminal.

Me parece imprescindible, si de verdad quiere debatirse en torno a la cuestión droga, profundizar en el choque entre dos concepciones culturales que se expresan sobre ella pero también sobre otros ámbitos de la vida individual y social de los ciudadanos, antes que manifestarse —aunque se haga con toda seriedad y preocupación— simplemente sobre políticas criminales. La primera de esas concepciones es la que se dirige a afirmar el instrumento de la punición como disuasión para toda conducta que infrinja los juicios morales que controlan la convivencia y el orden social; la otra, es la que aparece orientada por el principio de la autonomía de la voluntad y de una educación individual tales como para no propiciar en las personas libres el requerimiento, antes bien el rechazo de cualquier sugerencia represiva o punitiva. No hay que olvidar que el punto central de un debate como el propuesto es que ese choque cultural no se produce ciertamente en un contexto teóricamente *neutral* del conflicto político y social que hoy se encuentra abierto en España, sino que representará en los hechos —más allá de las intenciones de algunos legisladores— un viático extraordinario para cuantos políticos han venido propiciando, desde hace tiempo (en concordancia con las directivas europeas, de las que las reuniones de los ministros de Interior y Justicia en el denominado grupo

TREVI son sus fuentes) unas modificaciones radicales en tema de extranjería y terrorismo. La sinonimia u homogeneidad en el tratamiento europeo de estos últimos temas con la cuestión droga, más allá de la necesaria relación de intervención policial como expresiones de la criminalidad internacional organizada (lo cual ha convertido a España de tierra hospital en frontera exterior de Europa, teniendo que transigir así con las particulares relaciones que la vinculan al Magreb y a Hispanoamérica), excede el enfrentamiento de aspectos como el narcotráfico y/o el blanqueo de los capitales producidos por este negocio e incide en el campo de las grandes batallas por el derecho a una educación laica, libre de toda injerencia autoritaria, auto-reflexiva y plenamente respetuosa de la autonomía de la voluntad individual.

2.3) Por último, como se sabe, el decantamiento de la cuestión droga hacia el plano punitivo y la polémica entre legalización o prohibición, la llevan a convertirse en otra “emergencia” con lo cual, otra vez, se destaca como un problema cultural, tal como ha ocurrido con emergencias similares como la del terrorismo en la cual la excepcionalidad penal solo ha sido cuestionada en España por sus aspectos antigarantistas. Pero, como ya me he permitido decirlo hace algún tiempo (cfr. R. BERGALLI, *Emergencia: una cultura específica*; “Presentación” a J. R. SERRANO PIEDECASAS, “Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación”, colec. Sociedad-Estado, nro. 3, PPU. Barcelona, 1989, I-XVII), una cultura de la emergencia, como cultura específica, se verifica con la intrusión de elementos de origen externo a las condiciones de coherencia y orientación de una cultura que rápidamente alteran la organización de las experiencias y la dirección de los comportamientos de unos individuos insertos en la estructura de una sociedad históricamente determinada (esp. pág. VI). Por eso, es seguramente en el campo del fenómeno toxicodependiente (como uno de los aspectos salientes de toda la cuestión droga) donde más se han revelado en España los dos elementos centrales de una forma de control (o de gobierno) por vía de la “emergencia”, cuales son las decisiones del llamado Plan Nacional de la Droga o las reformas legislativas de urgencia (cuando no de excepción), como la citada Ley Orgánica 1 de 1989, y las que se anuncian y la puesta en marcha, con sentido autoritario, de sentimientos colectivos que suponen el consenso a todo trance bajo la forma exclusiva y penetrante de las campañas de ley y orden; de la galvanización moderada de estratos, ambientes y categorías sociales; y de una forma de actividad conservadora que, a menudo, tiene como interlocutora a una “mentalidad de izquierda” (esp. pág. XIII).

Todo esto, más la ineptitud de la estrategia concreta y de los órganos dispuestos para ejercer el control, están exasperando la opinión pública hasta el límite de demandar medidas e intervenciones de tipo excepcional (aunque quizá temporalmente se la pueda calmar con macro-operativos policiales y judiciales como el desatado en estos días en que escribo estas líneas, desplegado en Galicia bajo los esotéricos nombres de “Operación Mago”, “Operación Rodríguez” o “Nécora”.

Debo también aquí citar como muestra del despliegue de una cultura de la emergencia en España para la cuestión droga, el empleo de categorías o procedimientos inusuales para la investigación policial o judicial, tales como la introducción

de la figura del arrepentido-colaborador (como se acaba de verificar en el origen del macro-operativo al que acabo de aludir, el cual se construye con los datos suministrados por un elemento vinculado a la red de narcotraficantes que decidió "colaborar", cfr. "Interior crea una nueva identidad al arrepentido de la operación Galicia", en *La Vanguardia*, 15.VI.90 o como lo ha empleado la jurisdicción para rebajar condenas a traficantes colaboradores, cfr. "Rebajada la condena a un traficante que colaboró con la policía", en *El País*, 15.VI.90, pág. 21) o bien la creación de un servicio de espionaje específico contra el narcotráfico, como el que acaba de proponer el Servicio Central de Estupeficientes de la Policía Nacional (cfr. *El País*, 1.VI.90). Me parece, en consecuencia, que cuanto se está produciendo en España en torno de la cuestión droga es la constatación de cuanto me adelanté a decir (en *op. cit.*) como producción de una *cultura de la emergencia*.

Las reflexiones que acabo de vertir y que no son más que una ampliación de las que me permití participar cuando expresé mi adhesión al *Manifiesto por una nueva política sobre las drogas*, tienen por objeto una profundización de los aspectos que apenas rozó o más bien soslayó o que ni siquiera abordó ese documento. Repito que el necesario debate que debe abrirse en España en torno a la cuestión droga debe sobrepasar los límites de un único cuestionamiento a la política criminal pues, de quedarse encerrado dentro de tales límites —como parece preverlo la realización futura de otros encuentros entre penalistas que se están proyectando—, sin el aporte de otros estudiosos de la sociedad y de los fenómenos culturales que en ella se producen, consciente o inconscientemente se continuará colaborando en la construcción social de la cuestión droga como un problema del que no se desentrañan sus aspectos esenciales y sobre el cual solo se manifiestan discursos autoalimentadores.

Junio 17 de 1990.

Constituyente y derecho penal (Invitación a un debate)

Juan Oberto Sotomayor Acosta *

I. TEXTO DEL ACUERDO ENTRE LOS PARTIDOS POLÍTICOS MAYORITARIOS SOBRE EL TEMARIO A DEBATIR POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, EN LO RELACIONADO CON LA JUSTICIA Y EL DERECHO PENAL

2. JUSTICIA Y MINISTERIO PÚBLICO

2.1 Posibilidad de dotar a la rama jurisdiccional y al ministerio público de los instrumentos jurídicos necesarios para hacer frente al terrorismo y a la criminalidad organizada, permitiendo que la ley regule mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba para determinar el origen legítimo de bienes, procedimientos de identificación y sanción de interpuestas personas, la negociación de penas por colaboración eficaz, el levantamiento del velo corporativo, el perdón judicial, el juez plural, la protección de la identidad de jueces y testigos, el pago de recompensas y el aumento significativo de sanciones penales, fiscales y pecuniarias. También para la creación de un régimen especial para la lucha contra el terrorismo que involucre la alternativa de creación de jurisdicciones especializadas, excepciones al principio de responsabilidad subjetiva, creación de tipos penales para prevenir y sancionar actos terroristas y procedimientos especiales que señalen los derechos constitucionales que pueden ser suspendidos para poder enfrentar con eficacia estas conductas delictivas. Así mismo, deferir a la ley la diferenciación entre el delito político, el delito común y el de terrorismo.

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

2.2. Posibilidad de establecer las bases del sistema acusatorio por medio de la fiscalía general de la nación o de otros procedimientos alternativos de investigación criminal. Posibilidad de atribuir a la ley la implantación de manera gradual del sistema que considere más conveniente y de señalar los delitos que serán sometidos a dicho sistema. Se podrá conservar el sistema inquisitivo para el tratamiento de determinados delitos y, en todo caso, se garantizará el respeto del principio universal del debido proceso.

2.3. Funciones del ejecutivo, para ser efectivo el principio constitucional del artículo 119, numeral 2°.

— Posibilidad de radicar la dirección de la investigación criminal en cabeza del ejecutivo para quitarle el carácter exclusivamente judicial a dicha actividad, con el fin de colaborar con la rama judicial.

— Revisión de los procedimientos para la concesión de indultos por la comisión de delitos políticos.

2.4. Posibilidad de permitir la participación de la comunidad en la intergración, organización y funcionamiento de la administración de justicia a través de instituciones, como “jueces de paz” que fallarán en equidad, y posibilidad de elegir popularmente algunas categorías de estos “jueces”.

2.5. Posibilidad de consagración del principio de democratización del acceso a la justicia y de delegar en la ley la facultad de determinar los casos en los cuales los ciudadanos requieren representación profesional y la manera de asegurar la efectividad de este principio.

2.6. Posibilidad de reconocer constitucionalmente que la instrucción adelantada por entidades administrativas o autoridades de policía para imponer sanciones debe respetar el debido proceso y las demás garantías constitucionales y, por ende, tiene valor probatorio ante los jueces.

2.7. Posibilidad de modificar el artículo 7° de la Constitución en lo relativo a división territorial de la administración de la justicia y de hacer más flexible la estructura de la rama, contemplando entre otras, la creación de jurisdicciones especializadas.

2.8. Posibilidad de atribuir a la ley la regulación de las siguientes materias:

— Nominación de despachos.

— Calidades, periodo, régimen punitivo de funcionarios, entre otros.

2.9. Posibilidad de trasladar competencias del legislativo al ejecutivo o al judicial para que, con base en “leyes marco”, se regule la organización y el funcionamiento de la rama jurisdiccional o de estudiar mecanismos alternativos para asegurar el fortalecimiento de la rama.

2.10. Posibilidad de crear mecanismos para asegurar la autonomía de la rama, tales como:

— Creación de organismos de dirección y administración.

— Ejercicio de la potestad reglamentaria en materias atinentes a la organización administrativa.

— Manejo presupuestal.

— Ampliación de la carrera judicial a todas sus instancias y administración de la misma.

— Revisión de la paridad política en la Corte Suprema de Justicia, en el Consejo de Estado y en el Tribunal Disciplinario.

2.11. Ministerio público.

— Posibilidad de revisar el régimen del ministerio público.

— Posibilidad de establecer nuevas atribuciones para asegurar la protección de los derechos humanos, el ejercicio de la potestad disciplinaria y la defensa de los intereses colectivos.

— Posibilidad de que el procurador y el máximo organismo disciplinario de la rama jurisdiccional impongan directamente sanciones disciplinarias, con base en el principio de “verdad sabida y buena fe guardada”, con el fin de preservar la moralidad en el ejercicio de funciones públicas. La ley señalará los casos en los cuales excepcionalmente se aplicará este principio.

— Posibilidad de fortalecer la procuraduría para promover la sanción del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, con inversión de la carga de la prueba, negociación de penas por colaboración eficaz y procedimientos para la identificación y sanción de interpuestas personas.

4. DERECHOS HUMANOS. POSIBILIDAD DE ESTUDIAR

4.1. La complementación del título tercero de la Carta mediante la consagración expresa de nuevos derechos políticos, económicos, sociales y culturales, la ampliación de los existentes y la incorporación de precisos deberes de los ciudadanos y de la sociedad.

Dentro de los nuevos derechos se incluirán, entre otros, los siguientes: el derecho a la educación, al medio ambiente sano y adecuado; al trabajo, a la salud, a la seguridad social; a la huelga, excepto en los servicios públicos esenciales; a la protección del patrimonio cultural; al acceso a la información, salvo la contenida en documentos reservados según la ley; los derechos del menor y del niño, etc.

4.2. Consagración expresa del derecho a la vida y a la integridad personal y delegación en la ley de su desarrollo, teniendo en cuenta, entre otros, los avances de la ciencia y la tecnología dentro de un marco de respeto por la dignidad humana.

4.3 El fortalecimiento de la Procuraduría General de la Nación para velar por la protección de los derechos humanos o la creación de otras instituciones encargadas de tutelarlos, tal como la defensoría de los derechos humanos.

4.4. El señalamiento de algunos derechos humanos que necesariamente serán aplicados de manera inmediata sin necesidad de reglamentación legal.

4.5. La consagración del recurso de amparo para la protección directa y oportuna de los derechos constitucionales en casos concretos.

4.6. El establecimiento de la obligatoriedad de su observancia por particulares y funcionarios públicos, con la fijación de un régimen de sanciones.

4.7. La extensión de los alcances del principio de prevalencia del interés público o social sobre el interés privado, como criterio orientador para la interpretación de las normas sobre derechos, tal como fue consagrado para la propiedad.

4.8. Establecimiento del principio según el cual, en tiempo de paz, solo el Congreso podrá reglamentar el ejercicio de los derechos humanos.

4.9. La consagración de la doble nacionalidad.

4.10. La consagración de acciones populares para la defensa de los intereses colectivos.

4.11. La consagración de la obligación del Estado de proteger los recursos naturales.

8. ESTADO DE SITIO

8.1. Posibilidad de realizar las siguientes modificaciones al artículo 121 de la Carta.

— Precisión de su carácter transitorio y posibilidad de prorrogarlo.

— Establecimiento de un tratamiento gradual para aplicar frente a las diversas situaciones de alteración del orden público.

— Precisión de los derechos y las garantías que serán inmodificables bajo el estado de sitio.

— Determinación con exactitud de aquellos derechos y garantías que podrán ser restringidos y suspendidos.

— Reunión del Congreso o de la comisión legislativa por derecho propio.

— Obligatoriedad de rendir un informe sobre las causas y el alcance de las medidas y obligación del Congreso o de la comisión legislativa de pronunciarse sobre dicho informe.

— Preservación del control automático de constitucionalidad.

— Fortalecimiento de la acción de la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos.

— Asimilación del derecho de gentes al derecho internacional humanitario.

8.2. Posibilidad de revisar el artículo 28 y de instaurar la intervención inmediata del procurador general de la nación en los casos de su utilización.

II. INVITACIÓN A UN DEBATE

El texto del acuerdo entre los partidos políticos mayoritarios sobre el temario a debatir por una futura asamblea constituyente no deja de ser preocupante, al menos en lo que se relaciona con la justicia y el derecho penal. Dicho acuerdo

ha sido dado a conocer a la opinión pública en momentos en que el país enfrenta la mayor crisis de su historia: el desbarajuste institucional en todos los ámbitos, la inexistencia de una verdadera administración de justicia y de una democracia participativa, unidos a la permanente y sistemática violación de los derechos humanos y a una estructura socioeconómica escandalosamente desigual e injusta que se ha pretendido perpetuar a toda costa, explican en gran parte el estado de violencia generalizada que actualmente vivimos. Si bien esta violencia viene desde tiempo atrás y hunde sus raíces en los orígenes mismos del Estado colombiano, es cierto también que en el último tiempo ha sido alimentada por un nuevo fenómeno, el *terrorismo*, y su contrapartida directa, el *terror de la guerra contra el terrorismo*.

En efecto, so pretexto de la guerra contra el terrorismo el país ha sucumbido ante las garras del más pronunciado autoritarismo, cuya característica principal en el ámbito del control social está constituida por la ruptura con los principios liberales/garantistas del derecho penal, en la medida en que se han convertido en verdaderos obstáculos a las necesidades represivas del Estado actual, en el marco de una política que privilegia la garantía del Estado frente a la de los ciudadanos, y que se ha visto reflejada, entre otros, en los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, la exacerbación de la legislación de estado de sitio, que con la expedición del decreto 180 de 1988 y de los decretos que lo adicionan se ha convertido en un verdadero *código penal paralelo*, que paulatinamente ha desplazado a los códigos penal y de procedimiento penal en la regulación de la acción punitiva estatal, en razón de que la excepcionalidad que encierra la lucha antiterrorista no se ha limitado al espacio del terrorismo; por el contrario, la misma tiende a cobijar todo el sistema de derecho penal, con la consecuencia de desnaturalizar sus tradicionales principios, comenzando por el de legalidad (v. FERNANDO VELÁZQUEZ, "Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la defensa de la democracia", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 40, Bogotá, 1988, págs. 211-231), al predominar las normas excepcionales sobre las que, sin embargo, siguen postulándose como generales (v. LUIS ARROYO ZAPATERO, "Terrorismo y sistema penal", en *AAVV, Reforma política y derecho*, Madrid, 1985, págs. 155 y ss.). Así lo demuestra el hecho de que dicha legislación se aplique en nuestro país a personas distintas a las que se supone está dirigida (v. Jurisprudencia sobre "Legislación de orden público", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 45, Bogotá, 1989, págs. 387-403).

b) Por otro lado, dadas las amplias facultades que la legislación de estado de sitio otorga a los organismos de seguridad del Estado, al amparo de la guerra contra el terrorismo se han cometido numerosos abusos, que van desde los allanamientos masivos e indiscriminados de barrios enteros de algunas ciudades, hasta la tortura y las desapariciones, producto de la alarmante militarización no solo del aparato de justicia sino de toda la vida nacional.

Estos, entre otros, son también aspectos que de una u otra forma han amparado la permanente violación de los derechos fundamentales en Colombia, como reiteradamente lo vienen denunciando diversos organismos nacionales e internacionales de defensa de los derechos humanos, y el mismo procurador general de la Nación.

De ahí entonces que miremos con suma preocupación algunos puntos del proyecto de temario para la Constituyente (recalcados por el presidente de la República en su discurso de posesión), pues al mirar algunos de los relacionados con la justicia y el derecho penal salta a la vista que se trata de un intento más por *institucionalizar* las prácticas autoritarias actualmente reinantes. Propuestas como las de la inversión de la carga de la prueba, la negociación de las penas y en general el llamado “derecho penal premial”, el aumento de los delitos y de las penas, la responsabilidad objetiva, la administrativización de la instrucción criminal y el valor probatorio de diligencias extrajudiciales, etc., aparecen en su gran mayoría consagradas ya en el decreto 180 de 1988; luego, propugnar su consagración constitucional no busca otra cosa que convertir la antigarantista legislación excepcional en ordinaria, lo cual constituye el paso previo a la institucionalización del Estado autoritario (v. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987).

Pensamos que el punto central de toda esta problemática se encuentra en la disyuntiva: *Estado de derecho o Autoritarismo*. Nosotros, que optamos decididamente por el primero, pensamos que los aspectos esenciales de tener en cuenta por la Constituyente no son entonces los de cómo restringir o negar las garantías individuales sino el de cómo garantizarlas efectivamente. Y como en este último sentido la legislación antiterrorista ha sido un rotundo fracaso (al igual que lo ha sido en la represión del terrorismo, pues con ella este ha aumentado antes que disminuido), el primer paso en esta dirección debe estar encaminado hacia el desmonte de toda esta *cultura de la emergencia* (v. ROBERTO BERGALLI, “Emergencia: una cultura específica”, en J. R. SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1988).

Por consiguiente, consideramos que la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada debe adelantarse por la justicia ordinaria con base en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, ante el fracaso y disfuncionalidad demostrada de la legislación excepcional y las jurisdicciones especiales. La solución a estos problemas no puede buscarse en ningún caso en el aumento de los delitos y de las penas (¡más de lo mismo!) sino en el funcionamiento de la administración de justicia. Debe devolverse la dignidad a la justicia, lo cual implica, ante todo, dotarla de todos los recursos (económicos, humanos, técnicos, etc.) necesarios para el cabal cumplimiento de su misión, en el marco de una verdadera transformación democrática del Estado; y garantizar no solo la seguridad personal de los jueces sino también su plena independencia frente a los órganos del poder ejecutivo. La necesidad de desmilitarizar la investigación penal es innegable, mas ello implica poner en funcionamiento un cuerpo investigativo autónomo, que dependa del juez y no de los organismos de seguridad del Estado.

Asimismo, y como un medio de protección de las garantías individuales, la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales debe recaer exclusivamente sobre el Congreso (principio de reserva de ley), *aún y sobre todo*, en vigencia del estado de sitio, pues ninguna garantía supone el que ello sea así solo en “tiempos de paz”, como aparece en la propuesta, cuando vivimos permanentemente bajo el régimen de excepción.

Finalmente digamos que encontramos de vital importancia la propuesta que se hace de consagración del recurso de amparo y, en fin, de todas las otras iniciativas tendientes a garantizar la vigencia de los derechos humanos en Colombia. Si el consenso nacional del que tanto se habla tiene como fundamento el Estado de derecho —y no el autoritarismo—, debemos ser consecuentes con él; y, en esta dirección, como dice BOBBIO (“Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981, pág. 20), para proteger los derechos humanos no basta con proclamarlos; de lo que se trata más bien es de saber cuál es el modo más seguro de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. De ahí el por qué de las inquietudes arriba señaladas, con las que, en esta oportunidad, simplemente hemos querido invitar al debate sobre tan importante asunto.

El debate sobre “Constituyente y derecho penal” está abierto.

Agosto 9 de 1990

CRIMINOLOGIA

La oscura cobertura de la violencia

Rubén Darío Jaramillo C. *

“Y te digo: ese hombre que hace rato buscas, con tus amenazas, con tus bandos sobre el asesinato de Layo, ese está aquí; a lo que se dice es un forastero, un meteco, pero pronto se revelará hijo de Tebas y no alegrará con el descubrimiento. Porque ciego en vez de vidente, pobre en vez de rico, se dirigirá hacia una tierra extranjera, tanteando el camino con un báculo. Y se mostrará ser a la vez hermano y padre para sus hijos, y esposo de la mujer de que nació, sembrador del mismo campo que su padre y asesino. Y ahora entra a Palacio y medita todo esto; y si me coges en mentira, dí que ya nada sé del arte adivinatorio”.

(Toresias, en diálogo con Edipo)

INTRODUCCIÓN

La problemática de la violencia nacional y antioqueña se ha vuelto facilista. Todos hablamos sobre los conflictos que nos atañen con tanta holgura y con tantas interpretaciones posibles, que la terapia colectiva de la conversación cotidiana ha hecho del tema un agrídulce plato que condimenta con su buena dosis de fantasía y una pizca de morbo, presentándose agradable a los ojos del comensal-interlocutor.

Pareciera que viviéramos en un tiempo circular, pues, como a Edipo, aunque nos pronostiquen lo que va a ocurrir, no hacemos caso; ignoramos los derroteros de la Historia y mientras tanto, con mayor brío y saña, reanuda su ataque la pálida presencia de la muerte.

* Abogado de la Universidad de Antioquia.

Nosotros creemos que la violencia, al ser desequilibrio permanente de las condiciones de vida, forma de regulación y de solución de los conflictos, es un nuevo PODER, que impone una manera de ser, que adquiere cada vez más *status* de normalidad social y que con sus pautas de fuerza está originando hábitos, fundándose como VALOR.

Solo pretendemos una reflexión, no presumir ni dictar verdades en esta época de desencanto. Nuestra prosa, sumergida en el desparpajo, solo atina a despuntar preguntas, con el siguiente orden de ideas: en principio, recordaremos brevemente algunos abordajes metodológicos desde las ciencias sociales, la geopolítica y la medicina; a continuación, expondremos los que consideramos *factores dinámicos* de la violencia contemporánea y, finalmente, nos centraremos en una descripción de la situación en el Departamento de Antioquia y en la ciudad de Medellín, ayudados por estadísticas de Decypol, Planeación Metropolitana y estudios de la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia. Nuestra tesis es una antítesis: la violencia no es simplemente una trasgresión de la ley, de las costumbres y tradiciones de una comunidad; es mucho más: es *des-identidad* y pretende una nueva *identidad*, al ser instrumento *constituyente de relaciones sociales*. Ella sin límites, alocada y bulliciosa, de prostituta se vuelve reina, imponiendo una axiología desde el terror organizado.

Nos interesan, pues, los lesivos efectos de la violencia en el marco de la cultura y del comportamiento cotidiano.

1. ALGUNOS ABORDAJES METODOLÓGICOS

Bien es sabido cómo un punto de vista indica mirar el horizonte que se pretende contemplar o diagnosticar. Un punto de vista exige unas herramientas teóricas y unos ejes o ideas énfasis que señalan al rigor del pensamiento y al lector apasionado, "miradas", "formas de ver" lo que todos vemos pero que aprehendemos de manera diferente.

A) Conflictos de larga duración

Para los investigadores del Cinep (Bogotá), Fernán González, Fabio Zambrano y María Teresa Garcés y para María Teresa Uribe, destacada socióloga de la Universidad de Antioquia, los actuales conflictos deben enmarcarse en una historia de larga duración, en el largo proceso de la constitución de la nacionalidad colombiana y de la formación del Estado. Esta metodología profundiza nuestras raíces y anuncia un proceso histórico contradictorio, de ocupación de un territorio, de formación de una nación, de construcción de un Estado nacional, que está lejos de haber concluido. Su ejemplo modelo son los conflictos agrarios vs. colonización; la lectura, pues, de los fenómenos violentos actuales, se hunde en la perspectiva de comprender conflictos no resueltos, de percibir herencias y legados de antiguos conflictos, con nuevos matices. De ahí que las guerras civiles dirigidas por las clases gobernantes han sentado como conclusión y como conducta para nuestro pueblo, que la política

solo es "conflicto polarizado", "defensa cerrada de intereses" y no disputa abierta de ideas y hechos, polémica civilizada. El sufragio no originó consenso y, antes, por las armas se aprendió el quehacer político. Una endeble cultura política y la lucha por la sobrevivencia no permiten creer que el Derecho sea el regulador de los conflictos interparticulares; solo se acepta la desaparición del contrincante.

En esta metodología, varios son los problemas derivados; algunos son:

1. La construcción inconclusa de un Estado fuerte por encima de los grupos sociales.
2. La debilidad orgánica de la sociedad civil.
3. La ilegitimidad del Estado y sus instituciones.

B) Los actores sociales de los conflictos

EDUARDO PIZARRO LEONGÓMEZ, sociólogo del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Bogotá, precisa que un nuevo énfasis debe hacerse en la interpretación de nuestros conflictos: el de los *actores sociales*, sus móviles, sus intereses contrapuestos de orden coyuntural y la combinación de actuaciones violentas que estos actores realizan. A primera vista, parece que esta comprensión enfatiza la coyuntura ante la primera metodología que indica una visión estratégica de los conflictos, pero en el fondo son complementarias. PIZARRO muestra cómo condiciones objetivas de pobreza ha habido en América Latina y ejemplifica en el caso de Ecuador, y sin embargo no ha nacido ni ha habido un protagonismo político tan importante como el del movimiento guerrillero colombiano. Insiste en que se necesita alimentar las condiciones propicias para el conflicto potencial, con la intervención directa de sujetos que hacen del poder regional o comercial su único interés, pasando por encima de los intereses del resto de la comunidad. Actores políticos como los narcotraficantes y el movimiento insurgente, protagonizan choques de envergadura en zonas de colonización, o esmeralderos y narcotraficantes entre sí luchan con vehemencia por dominar regiones enteras. Los actores sociales imponen "finalidades propias" y rodean los conflictos de nuevas características.

Es así como desde este ángulo sociológico y de acuerdo con el informe presentado al Ministerio de Gobierno por una Comisión, se clasifican las formas y modalidades de los conflictos¹:

1. Violencia del crimen organizado contra políticos y periodistas.
2. Violencia del crimen organizado contra personas privadas (atracos, extorsión, "boleteo", etc.).
3. Violencia de las guerrillas contra el Estado.
4. Violencia de las guerrillas contra particulares: para financiarse, como represalias por delatar o colaborar con el ejército, etc.
5. Violencia de organismos del Estado en ejercicio de la guarda del orden público.
6. Violencia del Estado contra movimientos sociales de protesta.

¹ COMISIÓN DE ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA, *Colombia: violencia y democracia*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Universidad Nacional, 1987, pág. 19.

7. Violencia del Estado contra minorías étnicas.

8. Violencia de particulares no organizados: hurtos calificados, homicidios, lesiones, etc.

9. Violencia de particulares organizados: modalidad de escuadrones de la muerte.

10. Violencia de particulares en su vida privada como producto del consumo de alcohol, drogas, etc. (violencia intrafamiliar, a los menores, etc.).

C) La Doctrina de la Seguridad Nacional y los conflictos de baja intensidad

Una tercera teoría que interpreta el fenómeno de la violencia es la que desde años atrás elaboraron los norteamericanos y brasileros, acuñada como "Doctrina de la Seguridad Nacional", y que nuestras fuerzas armadas respaldan y utilizan en sus apariciones públicas.

Al estar vinculadas las fuerzas armadas del Estado colombiano a tratados internacionales de defensa del continente americano, hegemonizados en su dirección por Estados Unidos, imponiendo incluso políticas de orden público comunes, estamos ubicando la función de los ejércitos latinoamericanos en la aceptación explícita de esta cosmovisión que reúne un proyecto pendular: la guerra. Su eje es el conflicto Este vs. Oeste, la tajante escisión entre Occidente capitalista y Oriente comunista; de aquí nace, en la postguerra, la tesis de la guerra fría, hoy en crisis con las nuevas realidades internacionales. En resumen, hay una justificación del uso de la violencia que traspasa el límite de lo permitido en un Estado de Derecho, puesto que el monopolio de la fuerza estatal tiene sus controles en la teoría democrática.

La teoría de la seguridad nacional desarrolló tres nociones basílicas: la geopolítica, la geoestrategia y las fuerzas armadas como agentes estratégicos. La geopolítica hunde sus raíces en la historia antigua, pero es sistematizada globalmente por tratadistas como RUDOLF KJELLEN, CLAUS WITZ y LUNDENDORF. Los siguientes postulados hacen parte de su cuerpo teórico (nótese su concepción acerca de la violencia, herramienta de la política):

1. El hombre individual no existe.

2. Los pueblos son mitos, solo existen las naciones (!).

3. No se puede concebir al hombre fuera de la nación.

4. El atributo principal del hombre es el poder (!).

5. La esencia del poder es la lucha y la competencia (!).

6. Las naciones rivales entran en lucha por la subsistencia y la expansión territorial.

7. El Estado es un organismo, un super ser que necesita defenderse, crecer y luchar (!). La primera ley del Estado y de todo poder es su expansión con el fin de ocupar todo el espacio vital. (!)

8. Lo primero es la *seguridad del Estado*; lo segundo, la subsistencia de la población (!).

9. La guerra es la condición del hombre y los hombres se definen en dos categorías: *aliados* o *enemigos*. (!)

10. El antagonismo fundamental es: capitalismo vs. comunismo.

La geoestrategia regula la conducta de la guerra. La guerra actual se da en cuatro sentidos: guerra total, porque moviliza todos los ciudadanos, con todos sus recursos, y no hay distinción entre civiles y militares. Guerra total porque todos los países están involucrados en ella. Guerra total porque todas las actividades humanas son actividades de guerra. El enemigo está infiltrado en todas partes. Los actos económicos y culturales son actos de guerra, a favor de una nación o en contra de ella. Guerra total porque ya no hay diferencias entre paz y guerra².

Conceptos como los anteriores, algunos especialmente señalados (!), indican, a la luz de la razón, su contribución a la polarización del conflicto político colombiano; las claras diferencias entre justicia penal militar vs. justicia ordinaria; las contradicciones frente al proceso de paz entre el ejecutivo dirigido por Belisario Betancur y las fuerzas armadas, confirman que una visión arrogante y excluyente del ejército termina en la práctica en un terrorismo de Estado; de ahí las denuncias durante toda una década contra el Estado y sus cuerpos de seguridad por procedimientos violatorios de la dignidad humana: la tortura, el desaparecimiento forzado, el genocidio, la retención ilegal, la actuación cómplice con grupos paramilitares, etc.

La teoría de los conflictos de baja intensidad continuó en la línea de la anterior doctrina y desarrolló toda una concepción acerca de cómo mantener los conflictos internos de cada nación, graduarlos, clasificarlos, según el antagonismo, los peligros que se vislumbren (toma del poder) con nuevos métodos y nuevos énfasis. No en vano Perú y Colombia son modelos de orden público para desarrollar las denominadas "autodefensas rurales" o paramilitares, la "guerra sucia", etc.

D) Metodología desde la salud pública

La medicina salubrista, ocupada en estudiar el panorama de las tendencias e índices de morbilidad y mortalidad en una sociedad, posee su propia metodología descriptiva, que señala conclusiones desde el campo de la salud pública, pues toda sociedad civil necesita revisar su organización vital, sus enfermedades, las causas de muerte. Es característica especial de esta metodología no usar en forma exclusiva y relevante el concepto de "causa" o "causalidad", pues prefiere una noción abierta, por la pluralidad de factores en juego que determinan la "muerte" en los individuos y grupos sociales; es así como utiliza "factores de riesgo" para cruzar diferentes informaciones que permitan deducir el porqué de las pérdidas humanas, de la reducción de la productividad de los trabajadores, etc.

Esta metodología incluye la siguiente información³:

1. Tendencias de muertes violentas.

2. Distribución proporcional de las muertes violentas.

3. Tendencia de homicidios, suicidios y accidentes por región y total del Departamento.

² RUBÉN DARÍO JARAMILLO C., *La justicia penal militar en Colombia*, Tesis de grado, Medellín, Universidad de Antioquia, 1980.

³ AAVV, "La violencia en Antioquia, una crisis que compromete a todos", en *Revista de la Facultad de Salud Pública*, vol. 10 (2), 1987, pág. 110.

4. Incidencia mediana de homicidios por cada municipio, barrio, según el grado de riesgo.
5. Tasa de mortalidad por homicidio y correlación de algunas variables.
6. Distribución de homicidios por edad, sexo, región y participación proporcional en el total de muertes.
7. Tipo de arma empleada.
8. Relación entre homicidios y ocupación.
9. Pérdida prematura de años productivos.

En salud pública se agrupan las muertes violentas en: homicidios, suicidios, muertes por vehículo automotor y otras causas. Las variables utilizadas para comprender los elementos comunes a homicidios en el estudio del caso antioqueño fueron: extensión territorial en hectáreas; clima; votación según partidos políticos en 1986; consumo de bebidas alcohólicas; tipo de producción; tenencia de bienes y propiedades; hacinamiento; aspectos económicos asociados al municipio (ingreso, gastos en educación, deuda pública).

Es posible usar otras variables, pero lo interesante de estas son los resultados estadísticos.

En resumen, existen diversos enfoques para acercarse al problema de la violencia en Colombia. Consideraremos las dos primeras metodologías y la cuarta en nuestro análisis, sumado a conceptos de la escuela prospectiva.

2. FACTORES QUE DINAMIZAN LA VIOLENCIA

Acogiéndonos a la idea de que estructural e históricamente la violencia ha sido una vía de formación del Estado colombiano, base de la conformación desigual de las regiones productivas y de una sociedad civil enfrentada, consideramos una serie de hechos o acontecimientos como factores claves, que dinamizan las situaciones violentas en Colombia y en el Departamento de Antioquia. La combinación de estos sucesos de orden internacional, nacional y regional, permite asumir una visión integral del fenómeno.

A) Identificación de factores y acontecimientos que dinamizan la violencia

Creemos, con BURDEN y CAMPBELL, que las tres principales funciones del Estado capitalista son: apoyar el proceso de acumulación de capital, permitir su legitimación y crear las condiciones necesarias de seguridad ciudadana. En las dos últimas funciones se dan los principales cuestionamientos que afectan los procedimientos de la administración de justicia. Agrupamos a continuación en tres clases, los factores:

1. *Económicos*.
 - a. El desempleo.
 - b. El capital financiero.
 - c. Incapacidad del Estado para resolver demandas sociales.
 - d. Economía del narcotráfico.

2. *Políticas*.

- a. Contradicciones entre las tres ramas del poder público.
 - b. Ausencia de responsabilidad personal del funcionario público.
 - c. La insurgencia armada (movimiento guerrillero).
 - d. Carencia de una ética civil (crisis del sistema educativo).
- ### 3. *Ideológicos*.
- a. Políticas de control social centradas en los marginados.
 - b. Enfoque funcionalista de la crisis de la administración de justicia.

B) *Combinación de los factores explicativos del proceso*⁴

1. *Factores económicos*. a) Desempleo. En el Valle de Aburrá, en la década del 70, se presentó una tendencia a la conformación de un área metropolitana constituida por la interconexión de 10 municipios, con eje en la ciudad de Medellín. El acelerado proceso de urbanización fue condicionado por la estrechez del Valle, por factores geológicos y topográficos, por las migraciones y la concentración demográfica.

A pesar de que llegaba a su fin la política de sustitución de importaciones, la industria manufacturera del Valle de Aburrá en el período 1971-1980 representó una quinta parte del total nacional; esto ha permitido darle un carácter de economía industrial, aunque dedicado principalmente a la producción de bienes de consumo y no a la de bienes de capital, lo que refleja el atraso del Departamento de Antioquia y del Estado colombiano frente a otros países. Adicionalmente, la política de promoción de exportaciones permitió hacer crecer el producto industrial de la región y del país. Sin embargo, las recesiones y la estrechez del mercado interno golpearon duramente a la Antioquia empresarial.

Destacamos las posibilidades del departamento, previsible hace 6 años⁵:

“Hoy más que nunca, el Estado posee una capacidad de compra creciente en bienes cuyas características podrían servir de base para crear un mercado unificado, susceptible de planificación en el mediano plazo. Basta simplemente recordar la demanda que se generará en implementos eléctricos y mecánicos, por parte de proyectos de generación eléctrica, de infraestructura vial urbana (trenes metropolitanos, metros), de empresas de economía mixta para la explotación de los recursos naturales (Cerrromatoso, El Cerrejón, Ecopetrol, etc.) para atender los recursos que se movilizarán”.

En el caso de la ciudad capital, Medellín, la segregación espacial y de estratos socioeconómicos ha consolidado diferencias explícitas: unos sectores pobres localizados en la comuna nor-oriental, un estrato alto concentrado en la comuna de El Poblado y una red de transporte que ocupa el denominado “centro de la ciudad”, generando una atmósfera social agresiva en la vida cotidiana y unas diferencias de clase, de espacio público, de localización de vivienda y servicios públicos muy definidos.

⁴ RUBÉN DARÍO JARAMILLO C., *Proyecto Antioquia Siglo XXI*, fase primera-diagnóstico, Módulo: Justicia y violencia, Medellín, 1989, págs. 3 y ss.

⁵ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN Y OTROS, “Bases para el plan de desarrollo de Antioquia”, en *El Mundo*, Documento núm. 49, Medellín, septiembre 23 de 1982, pág. 22.

El especialista CARLOS LONDOÑO señala los factores principales del desempleo en Antioquia, así:

“En los últimos años la economía antioqueña se ha caracterizado por crecer lenta e inestablemente. Este comportamiento ha tenido consecuencias importantes sobre el mercado de trabajo urbano, no solo por los mayores niveles de desempleo de tipo cíclico, sino también por la tendencia creciente del empleo temporal”. Agrega más adelante: “La industria manufacturera es el renglón de actividad económica sujeto a mayor inestabilidad en los últimos años. Debido a la participación tan alta del producto industrial dentro del PIB de Antioquia, las fluctuaciones de la producción industrial se manifiestan en cambios en la misma dirección de la economía en su conjunto”⁶. La inestabilidad de la industria manufacturera por su dependencia de la demanda interna, el gasto público, etc., aunados a otros factores como el aumento de la PEA, el acceso de la mujer al mercado laboral, provocan altas tasas de desempleo que agobian a Medellín y al área metropolitana, como al Departamento. “El mercado de trabajo urbano es heterogéneo en su composición, en su comportamiento respecto al ciclo económico y en los mecanismos de ajuste. En él coexisten agentes con atributos distintos (de sexo, educación, edad) y actividades económicas con características disímiles (primarias, secundarias, modernas y no modernas, formales e informales)”⁷. Por tanto, son razones económicas las que dan origen a una falta de correspondencia entre las exigencias de los empleos requeridos y los atributos del trabajador (sobre todo en la década del 70); con posterioridad, se presenta un desempleo cíclico dada la incapacidad de la economía industrial y de otros sectores productivos de emplear una mano de obra en ascenso; ¿cuál es la salida?: la economía informal.

En el sector rural, finalmente, el propietario del minifundio no pudo afrontar las diferentes presiones (carencia de créditos, productividad, insumos, etc.) que se presentaron, lo que llevó a su desplazamiento a otras regiones del país y al aumento de la concentración de la propiedad territorial.

En síntesis, *el desempleo es un factor dinámico de la violencia social*, aunque no el único, pues hay que tener en cuenta la crisis del sector financiero, con la estrecha relación monopolios-Estado y el influjo del capital financiero.

b) *El capital financiero*. En Medellín funcionan numerosas instituciones financieras de buena cobertura, tanto para la ciudad como para los municipios aledaños, con especialidades diferentes: aseguradoras, sociedades de capitalización, corporaciones financieras, bancos privados y oficiales, sociedades de arrendamiento financiero, etc. El nivel promedio de la participación de este sector en la formación del producto interno bruto en la década 1970-1980, fue de 4.2%, siendo minoritario frente a otros sectores: industria manufacturera 41.5%, comercio 22%, alquiler de vivienda 12% y servicios personales 7.6%. El aumento de estas entidades financieras, debido a atractivos mayores como las tasas de interés accesibles y la ausencia

⁶ CARLOS LONDOÑO, “Bases para una estrategia de empleo: informe especial”, en *Revista Antioqueña de Economía y Desarrollo*, núm. 27, Medellín, 1980, págs. 40 a 50.

⁷ Ídem, pág. 44.

de controles estatales, condujo a que se presentaran los llamados “pánicos económicos”, concentración de la riqueza, fuga de capitales y restricciones para la banca central, como causa de una *delincuencia de cuello blanco*, que ocasionó lesiones graves en el ahorro público de sectores de escasos recursos y de la clase media. Tal falta de credibilidad en el Estado, a través de los nulos controles de la Superintendencia Bancaria, dio lugar no solo a la estatización de bancos, sino a la novedosa teoría de “socialización de las pérdidas y privatización de las ganancias”, que le costó al Estado subsidiar en miles de millones de pesos, para recuperar este sector financiero. Precisamente, los traslados presupuestales, los usos de préstamos o créditos creados con el objeto de llenar este tipo de vacíos, sumado a los errores estructurales de nuestra economía, nos acercan al tercer factor.

c) *Incapacidad del Estado para resolver demandas sociales*. El censo de 1985 (con serios defectos en sus resultados) indica que el 62.8% de los hogares colombianos tiene acceso al agua potable y que el 66.7% de quienes habitan estos centros urbanos están conectados a la red de alcantarillado; que mientras la tasa de analfabetismo descendió al 15.1%, la de escolaridad aumentó al 73.8%, verificándose así un mayor nivel de educación con un 42.8% de los habitantes con instrucción primaria, un 22.1% con secundaria y 2.9% con universidad; que hay 6.4 millones de viviendas, para una relación de 4.2 personas por cada una y, por último, que la esperanza de vida se sitúa hoy en 67 años. A pesar de ello, es igualmente cierto que existen en Colombia 12 millones de habitantes enmarcados en grados de pobreza absoluta, niveles de desempleo superiores al 12%, nula redistribución del ingreso *per capita* y pobres índices de crecimiento económico (5.0% o 5.5%). Por otra parte, las clases y sectores dirigentes mantienen el control hegemónico del Estado, en medio de una creciente espiral de violencia, que hace del país y de la ciudad de Medellín los más violentos del mundo. El problema de la justicia no es de administración o modernización del aparato jurisdiccional, sino de justicia social, factor *estructural que retrasa cualquier solución a corto plazo*, a largo plazo tendrá que haber prioridades en los planes de desarrollo y bienestar social. Reflexionemos en el siguiente cuadro, en la permanente presencia de luchas sociales, meramente reivindicativas, que buscaban mejores servicios públicos, que fueron reprimidas y en algunos casos “negociadas” con sus líderes⁸:

CUADRO N° 1

MOTIVOS QUE ORIGINARON PAROS CÍVICOS: 1971-1980

Relacionados con:	%
Acueducto, alcantarillado, energía	60.2
Transporte	12.6
Establecimientos educativos	7.8
Vías de comunicación	5.6

⁸ JAVIER GIRALDO y SANTIAGO CAMARGO, “Paros y movimientos”, Bogotá, Cinep, Serie Controversia, núm. 128, 1984, págs. 11 y 12.

Problemas diversos	5.6
Manejo de recursos naturales o localización industrial	4.8
Defensa de tierras	1.7
Conflictos obreros	1.7

Y preguntémosnos, a nivel nacional, ¿quiénes lideraban estos paros? ¿Militantes marxistas? No. Veamos un segundo cuadro:

CUADRO N° 2

Líderes	%
Juntas cívicas (gremios empresariales, concejales, personas notables, sindicatos, etc.)	46
Párrocos y concejales	10
Juntas de acción comunal	7
Estudiantes	7
Sindicatos	6
Campeños e indígenas	3
Otras organizaciones populares	2
Sin participación destacada de ningún sector	27

d) *El narcotráfico*. El tráfico de estupefacientes, dado el caudal millonario de capitales que moviliza, se ha transformado en el principal problema de la nación colombiana al estar unido al paramilitarismo; ha alcanzado una dimensión no solo continental sino mundial, y ha dinamizado las demás violencias, como lo expondremos más adelante. Según la DEA, en EE.UU. hay más de 26 millones de usuarios regulares, de los cuales 20 millones fuman marihuana, 6 millones consumen cocaína, y más de 10 millones son usuarios ocasionales; lo que hace que en la primera potencia del mundo, *la excesiva demanda produzca el aumento de la oferta y se haga inmanejable su control represivo*. Según un informe especial de la revista *Fortune*, este inmenso mercado representa un negocio de 100.000 millones de dólares anuales, el doble de lo que los estadounidenses gastan en petróleo. El mercado mundial del narcotráfico es de 500.000 millones de dólares, o sea el doble del valor de todos los dólares estadounidenses en circulación en el mundo. Aunque algunos consideran estas cifras un poco exageradas, todos coinciden en que las ganancias son astronómicas⁹.

Hay cálculos¹⁰ que señalan que de 20.000 millones de dólares que origina la cocaína en los EE.UU., alrededor de 4.000 millones son para los mafiosos colombianos. Por la denominada “ventanilla siniestra” del Banco de la República, se calcula que se legalizan anualmente unos 2.000 millones de pesos colombianos, dineros

⁹ DANIEL GARCÍA, “Estados Unidos y América Latina desde los setenta: el narcotráfico y las relaciones internacionales”, en *Revista Foro*, Bogotá, núm. 7, 1988, págs. 74 a 84.

¹⁰ Ídem, pág. 79.

que, quiérase o no, han contribuido a la estabilidad cambiaria del país —aporte a las reservas internacionales—, lo que ha sido coadyuvado por el manejo cambiario del decreto 444/67 que introdujo la devaluación “gota a gota”.

De unas fases de ilegalidad y de tolerancia, ha entrado el mafioso colombiano en una tercera: la legitimidad. Prueba de ello es la compra del 33% de las mejores tierras rurales: “En Córdoba, por ejemplo, hay mafiosos que tienen haciendas de 50.000 hectáreas; en el Magdalena Medio las hay de 20.000 y 30.000. De modo que es un caso grave. Pero mientras el Estado no tenga la capacidad de restablecer la justicia y de aplicar la ley, creo que se ha llegado a una especie de *modus vivendi*”, dice el presidente de la Federación Nacional de Ganaderos¹¹.

La mafia ha invadido el suelo del área metropolitana, contribuyendo al desorden urbano con exceso de centros comerciales, encareciendo los bienes raíces y la renta del suelo —hoy, por ejemplo, existe una sobreoferta de 5.000 apartamentos en la comuna de El Poblado—; ha trastocado los estilos de vida, destruido los valores tradicionales, impuesto “la vida fácil”, la consecución del dinero, el ascenso en la escala social y ha descubierto el delincuente “sicario”. En síntesis, ha convulsionado en forma grave la economía del departamento y del Estado colombiano y las relaciones de convivencia, tanto rurales como urbanas, haciendo de la *violencia un instrumento fundante de nuevas relaciones sociales*.

2. *Factores políticos*. El hombre desarrolla *mediaciones* necesarias para hacer del cosmos un “mundo”, y de este mundo una manifestación intencional de su personalidad. La política da sentido a la cultura y conduce a la historia. La política tiene una triple dimensión: es ámbito de lo social, es constitución y uso del poder; da estructura nacional a las relaciones sociales y ordena, por vía de la autoridad, la convivencia entre los hombres. La función del poder es, pues, producir *identidad* en el espacio social, permitiendo que la sociedad sea un conjunto lo más coherente posible.

a) *Contradicciones entre las tres ramas del poder público*. El ejercicio del poder público se lleva a cabo mediante sus órganos, los cuales integran competencias legales, funciones político-administrativas y se encarnan en funcionarios. Ante la crisis de la teoría clásica de la separación de poderes, el Estado colombiano, por medio de la reforma constitucional de 1968, posibilitó una concentración de funciones en la rama ejecutiva y una desnaturalización de las funciones en la rama legislativa, lo que *originó contradicciones entre estas ramas y la jurisdiccional*. Con ello, la rama judicial ha asumido un papel más independiente que le ha permitido cuestionar los desbordamientos de las ramas legislativa y ejecutiva, así como los abusos de la legislación excepcional del estado de sitio.

El incremento de las atribuciones del jefe del Estado comprende, entre otras funciones: intervención estatal obligatoria en el mercado y en todos los aspectos integrales de la economía, como son la institucionalización de la planeación, la

¹¹ RAIMUNDO SOJO ZAMBRANO, “La nueva violencia”, Documento *Hoy por Hoy*, núm. 1, Bogotá, s./f., págs. 15 y 16.

iniciativa legislativa en materia económica, financiera y monetaria y en el ahorro privado, y la creación del estado de emergencia económica, etc.

La importancia de la autonomía relativa de la rama judicial ha sido controlar el autoritarismo de las otras ramas, mediante un protagonismo político-jurídico: el control constitucional.

Las decisiones de inexequibilidad dadas en 1978 y 1981 respecto a las reformas constitucionales por la Asamblea Nacional Constituyente (1976) y a la reforma del gobierno de Turbay Ayala (1979), así como la reciente inaplicabilidad del Acuerdo de la Casa de Nariño (1988), o el debate por las conflictivas relaciones justicia ordinaria vs. justicia penal militar y las continuas providencias que han censurado la conducta abusiva de las fuerzas armadas, han sido señal inequívoca de independencia; pero desde otra perspectiva, tan conflictivas relaciones —mal asumidas por el ejecutivo y miembros del Congreso— no han permitido la materialización de reformas judiciales que se han venido proponiendo desde 1964.

b) *Responsabilidad personal de los funcionarios públicos.* La hegemonía en el poder de la alianza del Frente Nacional implicó una alternación presidencial cada 4 años, una cooptación judicial, una nula carrera administrativa y una ausencia de capacitación de los funcionarios públicos. El fortalecimiento de cuotas de poder —clientelismo— permitió que los errores en el ejercicio de las funciones públicas, así como las vías de hecho, ganaran un espacio dentro del Estado. Allí, donde la libre remoción y nombramiento de empleados públicos es botín de reparto, se hace nula la responsabilidad personal.

La irregularidad de la actuación de la Administración se traduce en falla en el servicio, apuntando a que la administración estatal solo sea responsable por culpa y excepcionalmente por riesgo. Dicha falla es funcional y orgánica, sin que importe el empleado que la encarne, y de ahí que se demande a la Nación cuando cualquiera de ellos lesione los derechos de un individuo.

En 1976, por sentencia del Consejo de Estado¹² a través de su magistrado Jorge Valencia Arango, se reconoció y enfatizó lo que ya era un hecho desde fines del siglo XIX hasta 1939, o sea la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, puesto que las fallas de los funcionarios públicos en el pleno ejercicio de sus tareas estatales debían ser reparadas cuando causaban daños a terceros. Esta decisión obligó a elegir cuidadosamente a los agentes y *vigilar su conducta*; pero no es esto lo que caracteriza en la realidad la conducta política y disciplinaria de los directores o funcionarios de mando en el poder ejecutivo. Así mismo, la responsabilidad directa que comenzó a aplicarse en 1944¹³, desarrolló la responsabilidad por los hechos de los órganos estatales. La polémica entre una y otra teoría originó el desarrollo de una tesis intermedia entre la subjetiva y la objetiva: la falla en el servicio, con sustento jurídico en el Título III de la Constitución Nacional —derechos civiles y garantías sociales—.

¹² CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 28 de octubre de 1976, en *Anales*, tomo XLI, págs. 614 y ss.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 15 de mayo de 1944, en *Gaceta Judicial*, tomo LVII, pág. 793.

Preguntémosnos: si la Nación, demandada por los errores y fallas de sus órganos indemniza al particular, al súbdito afectado, ¿por qué no hace solidario, en su patrimonio, al funcionario, existiendo normas para ello? Nuestro Estado da, pues, licencia para proceder arbitrariamente.

c) *El movimiento armado.* El pacto del Frente Nacional consolidó un bipartidismo excluyente de otras ideologías y formas organizativas. Los cambios sustanciales en la modernización que una sociedad civil reclama, y que en los Estados de la periferia se dan desigualmente, como son los cambios en las actividades de la pareja, en las tasas de fecundidad, morbilidad y defunciones, acceso de la mujer al mercado laboral, la alta urbanización y mejora de servicios públicos, *no se correspondieron simultáneamente* con cambios en la *mentalidad*, en la conceptualización de lo que significa convivir y en la tolerancia de ideas disímiles. Si el Frente Nacional les dio estabilidad a los partidos tradicionales y a sus clases dirigentes, coetáneamente cerró caminos y perspectivas a nuevas generaciones no formadas al interior de los partidos conservador o liberal. La estrechez del espacio político, la falta de garantías civiles y libertades políticas, en virtud del abuso del instrumento del estado de sitio y la interdependencia entre la violencia interpartidista y el movimiento guerrillero, fueron alimentando, al lado de hitos históricos —revolución china, revolución cubana, influencia del pensamiento marxista— toda una teoría y práctica políticas donde la lucha armada es el eje de la experiencia de organización y educación política de vastos sectores de la población pobre. Si bien es cierto que la guerrilla de los años 60 no es la misma que la de los 80, lo evidente es su crecimiento cuantitativo, el mosaico de proyectos políticos que reúne, el dominio geopolítico de algunas zonas del país y su acceso a los medios masivos de comunicación que fueron creando las condiciones necesarias para un diálogo cara a cara con el gobierno y para la apertura de un proceso de paz que esconde el aliento y la necesidad de una discusión: mayor democracia política, mayor democracia económica.

Al analizar específicamente la cobertura de la violencia política, observaremos sus efectos desastrosos sobre el mapa colombiano y antioqueño. De todas maneras, el nexo del movimiento armado con amplios sectores de la población no es claro orgánicamente y adolece de falta de continuidad, contundencia y homogeneidad. Además, las diferencias regionales cuentan a la hora del análisis, como en el caso antioqueño. Por más que la ceguera y la peste de la amnesia sean enfermedades muy colombianas, pretender minimizar la lucha guerrillera es un error histórico, puesto que el movimiento armado es un interlocutor válido, que si en tregua dialogó una vez con el gobierno Betancur, tendrá que ser escuchado y escuchar en otras oportunidades, dado su protagonismo y presencia en la vida nacional. El ideal de una paz negociada por la vía del consenso, abandonándose la estrategia de la vía armada, sigue siendo hipótesis vigente hoy.

d) *Carencia de una ética civil en la sociedad colombiana y antioqueña.* La religión católica dejó de ser, en la década del 70, el resorte de unidad familiar de los antioqueños y elemento integrador de la sociedad colombiana. Si alguna institución desconoció la modernidad, las implicaciones del proceso de urbanización y los cambios de valores en los últimos 20 años, fue la Iglesia Católica. Un episcopado

sin liderazgo en las generaciones jóvenes, con notoria pérdida de influencia en el sistema educativo, que ha guardado posiciones antitolerantes en política y en la interpretación de conflictos sociales, es un episcopado que no asimiló las consecuencias del Concilio Vaticano II, ni las conclusiones de la Conferencia General Latinoamericana realizada en Medellín en 1968. La crisis del catolicismo en los jóvenes y la ausencia de una cultura política democrática en los colombianos, en momentos de crisis como los de hoy, han sido la causa de los vacíos éticos que sumergen al ciudadano en el individualismo y la indiferencia ante el crimen organizado.

Pero no solo la crisis del sistema educativo y de la religión católica explican el fenómeno social de la indiferencia. La avanzada *desocialización que los medios de comunicación masivos* han realizado, haciendo "adultos" a los jóvenes e impúberes en corto tiempo, desnivelando aún más a una familia monogámica en crisis por otros factores, configura *la pérdida de la autoridad no solo en los niveles macro (política estatal) sino micro (vida familiar, colegio, relaciones afectivas, etc.)*. Creemos igualmente que la "ausencia de una cultura de la discusión, aunada a la incapacidad de reconocerle a la crítica su lugar primordial en el desarrollo individual y colectivo, es quizá una de las manifestaciones principales de nuestra cultura de la intolerancia"¹⁴.

3. *Factores ideológicos.* a) *Políticas de control social centradas en los marginados.* Dos concepciones en el manejo coyuntural de los obstáculos en la administración de justicia entran a ser interrogadas por ser factores cortoplacistas y retrasantes de una reforma definitiva. Una, son las políticas criminológicas centradas en los sectores marginados, y otra, el enfoque funcionalista de la crisis de la justicia, por influencia del discurso sociológico y técnico-funcional norteamericano.

La exaltación de la propiedad privada como el primer bien que ha de tutelarse jurídicamente, base de la libertad individual en las sociedades democrático-capitalistas, hace que las políticas criminales se concentren en perseguir selectivamente al criminal [lumpen] ubicado fuera de los niveles de adaptabilidad de la mayoría de la población y quien ataca dos valores fundamentales: la vida y la propiedad privada. La función principal del sistema policivo-judicial es la prevención y el castigo del delito, cualquiera sea el sujeto activo; pero ha sido en vano tal propósito, por la falta de rehabilitación y de recursos y por carencia de una criminología seria, que por lo menos aisle al delincuente nuevo del "avezado" mediante la evitación del haciamiento. Súmese, además, la vigencia hasta hace poco de teorías como el "peligrosismo", que solo reprimen doblemente y aniquilan al delincuente.

Una revisión general de las normas dictadas en el campo del derecho penal y procesal penal indica cómo, bajo el amparo del estado de sitio, las medidas excepcionales que reformaban el Código Penal trasladaban competencias, creaban nuevos tipos penales sin ningún rigor técnico de dogmática penal, reducían la prescripción,

¹⁴ FABIO LÓPEZ DE LA ROCHE, "Modernidad y cultura de la intolerancia", en Revista *Análisis*, núm. 50, Documentos Ocasionales, Bogotá, 1988, pág. 31.

etc., pues perseguían solo salir del atolladero dado por la acumulación de procesos. Medidas antiestratégicas que no resolvían los problemas de la justicia.

Similar tratamiento recibía la delincuencia política en la década del 70: los traslados de la competencia de la justicia ordinaria a la penal militar y los numerosos consejos verbales de guerra para enjuiciar generaciones alzadas en armas, de una manera ligera, con pronósticos anunciados de nulidades constitucionales y legales, eran indicativos de los errores en el manejo del orden público. Ante la inexistencia de una justicia social (problema estructural) y las falsas soluciones procesales (en la administración de justicia), al Estado se le multiplicaron los problemas y el orden público se le transformó, de rebeliones y sediciones, en discutir la necesidad de una *paz negociada*, la *guerra civil*, etc.

b) *Enfoque funcionalista de la crisis de la justicia.* Llamamos así el tratamiento del problema de una manera instrumental: leves aumentos del personal de agentes de la policía, de jueces, de dotación física de elementos necesarios de infraestructura, etc. El problema de la administración de justicia es el problema de la sociedad civil, no de sumar helicópteros o vehículos para perseguir delincuentes, aun reconociendo que estos medios son básicos. En primer lugar, es un problema de mentalidad, de concientización de los ciudadanos y de los funcionarios públicos respecto a que la norma jurídica es la reguladora de los conflictos; que el juez debe adquirir una categoría especial de ciudadano que infunda respeto por la majestad de la función. En segundo lugar, es un problema de democracia política que aumente la participación ciudadana sin la avaricia de medidas como la de juntas administradoras locales, que solo poseen funciones consultivas y de vigilancia, y sin el temor a la consulta popular o al referéndum. En tercer lugar, es un problema de voluntad política para tomar medidas radicales de transformación de las condiciones socioeconómicas de los colombianos. En cuarto lugar, es necesario precisar medidas ágiles que den respuesta a los conflictos agravados cada día, en las que predomine el derecho sustantivo sobre el derecho procesal, sin demeritar la validez de este último en la protección de las garantías de los ciudadanos.

3. LA VIOLENCIA EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

A) *Descripción general y violencia común*¹⁵

Entre 1960 y 1969, las estadísticas señalan en Antioquia un total de 18.762 muertes por todas las causas, lo que corresponde a una tasa de 79.4 por cada 100.000 habitantes; para la década siguiente el número de muertes asciende a 26.999 y la tasa pasa a 84.5; a su vez, entre 1980 y 1985 las cifras corresponden a 26.270 y 112 respectivamente.

Se confirman entonces la epidemia nacional y departamental de la violencia en sus distintas expresiones, medidora de "la calidad de vida de los antioqueños".

¹⁵ AAVV, "La violencia en Antioquia...", cit., págs. 107 y ss.

Al descomponer los datos de homicidios y muertes en accidentes de tránsito, es revelador descubrir que el riesgo de morir se ha incrementado con el tiempo (ver cuadros) y que hay factores que han ayudado a su crecimiento. Remitiéndonos a la investigación del Servicio Seccional de Salud de Antioquia y de la Facultad de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, es posible advertir que la subregionalización obedece a criterios propios de la seccional de salud —municipios como polos de desarrollo—, con mejor infraestructura, con mayores asentamientos poblacionales, etc., y no tiene relación con la distribución de los CASER. Este estudio dice: “Cuando se observan las tasas de los homicidios entre 1982 y 1985 en las diferentes regiones del Departamento, se pueden apreciar dos tipos de comportamientos: uno que representa picos bianuales en 1983 y 1985 y otros que se mantienen estables o en descenso en 1984 y 1985; pero lo más preocupante de todo es cómo todas las regiones incrementan su riesgo de morir por homicidios en 1985”¹⁶. En el primer grupo se destacan el Magdalena Medio, Suroeste, Bajo Cauca, Ancón Sur y Oriente. En el segundo grupo (estabilizado-descenso en 1982-1984) están: Porce Nus, La Meseta, Occidente, Urabá y el Valle de Aburrá:

CUADRO N° 3

MORTALIDAD GENERAL POR ACCIDENTES, SUICIDIOS Y HOMICIDIOS
DISCRIMINADOS POR ÁREA REGIONAL
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA SIN MEDELLÍN

Áreas	Población	1982					
		Defunc. Accident.		Defunc. Suicidios		Defunc. Homicidios	
		Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.	Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.	Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.
La Meseta	174.180	102	58.56	1	0.57	129	74.06
Porce Nus	141.706	87	61.39	4	2.82	91	64.22
Oriente	435.772	235	53.93	34	7.80	119	27.31
Ancón Sur	213.727	89	41.64	10	4.68	78	36.50
Suroeste	181.097	76	41.97	13	7.18	89	49.14
Occidente	163.986	88	53.66	2	1.22	70	42.69
Valle de Aburrá	591.447	293	49.54	24	4.06	266	44.97
Magd. Medio	73.808	35	47.42	0	0.00	41	55.55
Bajo Cauca	97.887	88	89.90	3	3.06	61	62.32
Urabá	211.896	106	50.02	6	2.83	118	55.69
Dpto. sin Med.	2.285.506	1.199	52.46	97	4.24	1.062	46.47

¹⁶ Ídem, págs. 116 y 117.

CUADRO N° 4

MORTALIDAD GENERAL POR ACCIDENTES, SUICIDIOS Y HOMICIDIOS
DISCRIMINADOS POR ÁREA REGIONAL
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA SIN MEDELLÍN

Áreas	Población	1983					
		Defunc. Accident.		Defunc. Suicidios		Defunc. Homicidios	
		Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.	Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.	Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.
La Meseta	174.988	87	49.72	6	3.43	74	42.29
Porce Nus	142.013	72	50.70	8	5.63	90	63.37
Oriente	460.154	262	56.94	44	9.56	135	29.34
Ancón Sur	213.449	134	62.78	9	4.22	85	39.82
Suroeste	181.374	61	33.63	16	8.82	105	57.89
Occidente	164.425	65	39.53	5	3.04	70	42.57
Valle de Aburrá	603.253	227	37.63	32	5.30	223	36.97
Magd. Medio	56.830	27	47.51	2	3.52	80	140.77
Bajo Cauca	99.690	93	93.29	3	3.01	76	76.24
Urabá	220.724	100	45.31	2	0.91	136	61.62
Dpto. sin Med.	2.316.900	1.128	48.69	127	5.48	1.074	46.36

CUADRO N° 5

MORTALIDAD GENERAL POR ACCIDENTES, SUICIDIOS Y HOMICIDIOS
DISCRIMINADOS POR ÁREA REGIONAL
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA SIN MEDELLÍN

Áreas	Población	1984					
		Defunc. Accident.		Defunc. Suicidios		Defunc. Homicidios	
		Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.	Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.	Nro. Defun.	Tasa por 100.000 Hab.
La Meseta	175.798	55	31.29	10	5.69	108	61.43
Porce Nus	142.326	57	40.05	6	4.22	64	44.97
Oriente	466.510	173	37.08	36	7.72	94	20.15
Ancón Sur	213.190	95	44.56	13	6.10	68	31.90
Suroeste	181.675	67	36.88	12	6.61	71	39.08
Occidente	164.881	57	34.57	3	1.82	75	45.49
Valle de Aburrá	615.399	248	40.30	26	4.22	199	32.34
Magd. Medio	58.058	19	32.73	2	3.44	38	65.45
Bajo Cauca	101.535	91	89.62	3	2.95	56	55.15
Urabá	230.012	99	43.04	5	2.17	138	60.00
Dpto. sin Med.	2.349.384	961	40.90	116	4.94	911	38.78

CUADRO N° 6

MORTALIDAD GENERAL POR ACCIDENTES, SUICIDIOS Y HOMICIDIOS
DISCRIMINADOS POR ÁREA REGIONAL
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA SIN MEDELLÍN

Áreas	Población	1985		1985		1985	
		Defunc. Nro.	Accident. Tasa por Defun. 100.000 Hab.	Defunc. Nro.	Suicidios Tasa por Defun. 100.000 Hab.	Defunc. Nro.	Homicidios Tasa por Defun. 100.000 Hab.
La Meseta	176.617	118	66.81	12	6.79	180	101.92
Porce Nus	142.647	136	95.34	10	7.01	143	100.25
Oriente	473.028	273	57.71	17	3.59	219	46.30
Ancón Sur	212.381	141	66.39	8	3.77	102	48.03
Suroeste	178.169	131	73.53	19	10.66	211	118.43
Occidente	165.354	105	63.50	9	5.44	145	87.69
Valle de Aburrá	627.878	433	68.96	31	4.94	379	60.36
Magd. Medio	59.314	40	67.44	5	8.43	47	79.24
Bajo Cauca	103.421	160	154.71	6	5.80	84	81.22
Urabá	244.187	249	101.97	7	2.87	218	89.28
Dpto. sin Med.	2.382.996	1.786	74.95	124	5.20	1.728	72.51

En 1987 se creía que Urabá era la zona más violenta del departamento, pero el siguiente cuadro señala otra conclusión y amerita que se analicen los diferentes factores que se intercambian en los hechos violentos:

CUADRO N° 7

TASA DE HOMICIDIO POR CADA 100.000 HABITANTES. 1987

ORDEN	REGIÓN	TASA
1	Suroeste	118
2	La Meseta	102
3	Porce Nus	100
4	Urabá	89
5	Occidente	88
6	Bajo Cauca	81
7	Magdalena Medio	79
8	Valle de Aburrá (sin Medellín)	60
9	Ancón Sur	48
10	Oriente	46

Sobra advertir que a mediados de 1988, a raíz de la agudización del conflicto social en Urabá, con las matanzas y muertes individuales, esta región ocupó el primer lugar en violencia.

Para el análisis de homicidios se encontraron 4 variables dinámicas que superan, en su asociación, la *significancia estadística* (era igual o menor a 0.10). Todos

sabemos que en estadística, al cruzarse variables, se analizan factores de riesgo relativos o absolutos. Al analizar por regiones, el *alcohol* es el factor más dinámico y en segundo lugar lo es la votación por los partidos tradicionales.

Las otras variables utilizadas fueron: extensión territorial (latifundio) y el clima medio. Habría que profundizar todas las variables, pero no nos cabe duda que el alcohol cada vez más juega un papel determinante de la pobre salud mental de los antioqueños, expresa el "machismo" paisa y rompe las relaciones de convivencia. En un estudio nacional sobre alcoholismo y farmacodependencia realizado en 1987, nos encontramos dos resultados de sumo interés: En primer lugar, el *alcohol es la sustancia que se consume en mayor proporción en los dos sexos*: "En promedio, de cada 1.000 personas estudiadas, 560 consumen bebidas alcohólicas. El cigarrillo ocupa el segundo lugar con 297 por cada 1.000, frecuencia que aumenta en el sexo masculino, llegando a 373 como cifra indicadora del consumo actual"¹⁷.

En relación con la edad, el siguiente cuadro muestra resultados graves, dado el aumento del alcoholismo en los jóvenes y su crecimiento en las mujeres:

CUADRO N° 8

CONSUMO DE SUSTANCIAS QUE PRODUCEN DEPENDENCIA.
PROPORCIÓN DE PREVALENCIA SEGUN GRUPOS DE EDAD.
COLOMBIA 1987 POR MIL

SUSTANCIA	12-15	16-19	20-24	25-29	30-37	38-49	50-64
Alcohol	291	608	693	697	653	549	431
Cigarrillo	46	249	362	428	394	337	266
Tranquilizantes	23	45	55	60	63	75	112
Basuca	0	12	13	8	10	3	0
Cocaína	0	2	5	5	5	0	0
Marihuana	5	12	25	20	15	5	0

Fijémonos cómo se duplica a partir de los 16 años el consumo de bebidas alcohólicas. Luego se da un crecimiento, y la disminución a partir de los 38 años es insignificante.

Antioquia es el departamento más bebedor de Colombia; semejante record es vergonzoso y está en relación directa con los homicidios, lesiones personales, violaciones carnales y accidentes de tránsito.

Al estudiar la violencia política nos daremos cuenta de la gravedad del fenómeno: *grupos paramilitares vs. militantes políticos*, así como *grupos guerrilleros vs. Estado y FF.AA.*

Es de resaltar que, según la distribución de los homicidios por edad y sexo, hay afirmaciones de la investigación de la Seccional de Salud que destacamos para

¹⁷ YOLANDA TORRES DE GALVIS Y LENN MURRELLE, *Estudio nacional sobre alcoholismo y consumo de sustancias que producen dependencia*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1988, pág. 215.

1985. Por ejemplo, los homicidios representan el 13% del total de muertes del departamento en el grupo de jóvenes y adultos, grupo que compone la población económicamente activa (entre 15 y 44 años), y cuya tasa media correspondiente es de 76.4 por cien mil habitantes: "En la mortalidad específica por edad y por causa, los homicidios ocupan el primer lugar en el grupo de 15 a 44 años y el segundo en las edades de 45 a 59 años con una participación del 10.5% y una tasa mediana de 73.1 por cien mil habitantes. En la población menor de 15 años, el mayor riesgo es en el grupo de menores de un año y los homicidios se ubican en el octavo lugar para la población de 5 a 14 años"¹⁸.

Según el arma utilizada, la conclusión es: para el período 70-85, en el departamento de Antioquia las dos terceras partes (65.4%) de los homicidios se producen por arma de fuego, una cuarta parte (23.9%) por arma cortopunzante, y el resto por otros medios. Respecto a los accidentes de tránsito, su gravedad es alarmante. Basados en un estudio de accidentalidad vial en Medellín y municipios circunvecinos (1981-1985), en el cual participaron entidades como Fasecolda, Facultad de Salud Pública, Metrosalud, Dirección de Transportes y Tránsito, recogemos algunos resultados¹⁹:

— Desde 1981 se han incrementado progresivamente las colisiones, a una tasa del 7.9%.

— El parque automotor ha crecido a una velocidad mayor que la población: 60.38% contra 11.12%.

— Ocho de los puntos críticos son glorietas en Medellín, lo cual se espera cambie con la construcción del Metro.

— Las principales lesiones que sufren las personas involucradas en accidentes de tránsito son: traumatismos, que corresponde a un 40%, con 5% internos y 15% intracraneanos; heridas un 21%, un 15% en la cabeza, múltiples un 6% y fracturas 6%.

— La mortalidad por accidentes de tránsito se da así: peatón 68%, conductor de moto 15% y pasajero 7%.

— Por grupos de edad, la mortalidad por accidentes de tránsito es mayor en grupos de 65 años (tasa mediana), pero es la primera causa de muerte en grupos de 5 a 14 años y la segunda en el grupo de 15 a 44 años.

— Las comunas de La Candelaria y El Poblado son las que presentan mayores casos de mortalidad por accidentes de tránsito.

— Recuérdese que el 69% de la atención en salud a la población es prestada por los hospitales del Estado, el 20% por instituciones de seguridad social y el 11% por el sector privado. Por otro lado, el Estado cuenta con 1.7 médicos por cada 100.000 habitantes, mientras que el sector privado tiene 8 médicos por cada 100.000 habitantes.

¹⁸ Ídem, pág. 126.

¹⁹ ÁLVARO E. RESTREPO Y OTROS, "Accidentalidad vial en Medellín y municipios circunvecinos: 1984-1985", en *Boletín epidemiológico de Antioquia*, vol. 12 (1), Medellín, 1988, págs. 137 a 143.

B) Violencia en Medellín

En la capital, las muertes por homicidios y por accidentes de tránsito tienden a crecer, siendo el homicidio la *primera causa de muerte desde 1985*. Con la antigua clasificación o división territorial en seis comunas, encontramos una tendencia en aumento, no solo en las comunas pobres, sino en todas, con excepción de la de Palmitas; todas las tasas se han incrementado desde 1981, aunque las comunas rurales son las que presentan el más bajo riesgo de muerte por homicidio. La América es un caso interesante, ya que, siendo urbana, tiene bajas tasas de homicidio y comprende barrios de clase media-baja y media-media. Las más altas tasas por barrios son los siguientes:

CUADRO N° 9

BARRIO	NIVEL SOCIOECONÓMICO	PUESTO
La Frontera	Bajo	1
Santo Domingo Savio 2	Bajo	2
Granizal	Bajo	3
La Pilarica	Alto	4
La Candelaria	Medio-Alto	5
Trinidad	Medio-Bajo	6
Tenche	Medio-Bajo	7
Noel	Medio	8
Guayabal	Medio-Bajo	9

Los demás son catalogados con tasas medias o bajas. Destaca la investigación cómo 23 barrios de clase baja tienen tasas bajas de homicidio, luego no solo las variables económicas (pobreza) explican el fenómeno:

CUADRO N° 10

VARIABLES	REGRESIÓN	SIGNIFICANCIA
Nivel socioeconómico	0.07	P.25
Índice desempleo	0.11	P.10
Densidad Poblacional por hect.	0.17	P.03
Analfabetismo	0.16	P.03
Establecimientos con venta de Licor	0.17	P.03
Ingreso Familiar	0.07	P.25

Las variables densidad poblacional, analfabetismo, venta de licor y desempleo son también muy significativas. Según Decypol, el 80% de las muertes violentas en Medellín son causadas con arma de fuego.

1. *El sicariato*. Es un producto del narcotráfico porque:

a) La ilegalidad del comercio de drogas y su amplia cobertura impone un *alto nivel de militarización*, para detener la explotación, distribución y venta fuera del territorio colombiano.

b) Los capitales gigantes que comprende la explotación de estupefacientes y su red de relaciones internacionales, obliga necesariamente a la creación de *ejércitos privados*, donde la "seguridad" del producto como la de los propietarios es vital para el mantenimiento del mercado; esto da lugar a una mentalidad de secta, de grupo cerrado.

c) La especialización de las funciones militares hace necesario, mas no suficiente, el "guardaespalda"; además, se dan enfrentamientos por rivalidades y competencias que se solucionan por las vías de hecho. Esta situación concibe una disciplina y coherente formación militar, que entre sus objetivos va realizando la confrontación con el Estado. Ahí nace la escuela de sicarios, forma de delegación de poder y de ejecución de un contrato: la muerte, que no es más que hacer desaparecer del escenario nacional a quien se oponga al mercado de la droga y origine opinión pública. Así, por ejemplo, el caso del exministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla y del gran periodista Guillermo Cano.

d) La acción emergente de carácter militar de estos sectores cuenta con infraestructura, esquemas organizativos propios y una metodología de la muerte: estudio de la persona a quien se debe matar, horarios acostumbrados, rutas que usa, direcciones comerciales y de domicilios principales, riesgos de la acción, cercanías a controles policivos, rutas de fuga, preparación para enfrentar interrogatorios de jueces, uso de motos de alto cilindraje con placas altas y falsas, etc.

e) El intermediario, quien contrata al sicario, no permite que este conozca el origen de la orden. Su obediencia es una forma de delegación del poder o de división del trabajo. Se diferencia así del contrabandista de la época del 60, quien actuaba intelectual y materialmente, ante la represión estatal.

f) Del crimen escogido en el contexto del narcotráfico, se pasa a otros niveles: eliminación de ciudadanos por razones políticas.

g) Llega un momento en que el sicario trabaja en forma independiente y combina su actividad con otros sólidos negocios: este nuevo frente de trabajo es el hurto de vehículos y la reventa de repuestos. Por \$ 400.000 hurta un Renault o un Mazda. Los intermediarios se encargan de sacarle el doble de ganancia a dichos vehículos.

2. *Las pandillas juveniles*²⁰. Encontrarse con 30 o 40 jóvenes entre los 15 y 21 años, armados de granadas, revólveres, ametralladoras y usando motocicletas de alto cilindraje, los cuales se toman por asalto un supermercado o un baile hogareño, donde cometen toda clase de delitos: lesiones, violaciones carnales, hurtos, homicidios; así como encontrarse con grupos juveniles todos vestidos de negro, con largas melenas, con adornos metálicos, fumando marihuana, identificados con la contracultura del Rock (cada vez más legitimado) y que igualmente compiten en los barrios y se arman, parecen escenas más de la cinematografía que de la realidad del Valle de Aburrá. Del total de delitos que se cometieron en 1985 (25.000), el 25% aproximadamente, fueron responsabilidad de infantes y jóvenes menores de 20 años.

²⁰ Entrevistas a profesores de secundaria y a pandilleros.

Cerca del 1% de la población de 10 a 20 años en el área metropolitana es delincuente. Se han detectado alrededor de 4.000 infantes y jóvenes en Medellín, organizados en pandillas que anuncian comportamientos delictivos según dice una investigación de la Corporación, Concertación y Participación.

Consideramos que hay dos clases de pandillas:

a) Unas dedicadas a toda clase de atropellos, que no reconocen autoridad alguna frente a la sociedad, integradas por desadaptados sociales, con síntomas evidentes de conductas sicopáticas; v. gr. "Los Nachos", que arrojan aceite sobre un ser humano, le lanzan un fósforo y luego le disparan. Bandas que laboran a manera de sectas y cuyas historias personales son las de desintegración familiar, fuertes castigos físicos, fuga del hogar, desconocimiento de la ley y de la justicia, falta de identidad de autoridad paterna y/o autoridad de cualquier otro tipo, generalmente integradas por 20 o más jóvenes.

b) Otras que son expresión contracultural, aun con conductas delictuales pero con comportamiento de búsqueda de identidad social que no les transmitieron ni en la familia ni en la escuela, y que lo expresan por medio de símbolos: vestidos especiales, adornos, sugerencias de imagen andrógina, música rock como su instrumento de comunicación intenso (¿religión?), fácil acceso a la conducta adulta, relaciones sexuales prematuras, ritos al recrearse y bautizos al ingresar en la barra. *Se dan tanto en la clase alta como en la baja.*

Es interesante destacar los nuevos valores que en entrevistas con profesores de bachillerato y jóvenes conseguimos:

— Dimensión temporal del "presente": el futuro no existe, el pasado es referente del actual momento. Así se asume para desligarse de la casa y de los patrones de autoridad. Cada día hay que hacerlo agradable.

— Predominio de las sensaciones sobre la razón: el placer es rescatado como elemento integrador de la vida; la vida es una fiesta que tiene continuidad solo en la vida cotidiana.

— El trabajo es para esclavos; burla contra la productividad.

— El dinero se adquiere en la profesión delictiva; se debe ganar plata en poco tiempo y fácilmente.

— Aceptación de la muerte como posibilidad cercana y riesgo permanente: se admira a quien se arriesga más de una vez a morir. En términos teológicos, "matar no es pecado", es aceptable, tolerable.

— La autoridad la otorga la barra, la visión de la secta o grupo y no la sociedad.

— Un motivo vital y norma de conducta es violar las costumbres, la ley civil.

— Defensa de un territorio, puede ser una manzana o dos, donde la barra asienta su domicilio principal y su dominio.

— Formación militar, simpatía por las artes marciales, los modelos "Rambo" "Bruce Lee", son valores.

— Educación visual alta: betamax, video y cine, que son medios de cultura. La lectura es para viejos.

— Culto y respeto por la madre: el padre no cuenta.

C) La violencia política en el departamento de Antioquia

Basados en algunas consideraciones de JESÚS A. BEJARANO²¹, podemos concluir que la violencia política en Antioquia es *secundaria* y no ocupa el nivel protagónico del narcotráfico y del sicariato, con todas sus manifestaciones. ROBERTO JUNGUITO²², al encuestar a empresarios agrícolas, pequeños propietarios agrícolas, políticos, etc., observó en su estudio que la percepción del conflicto agrario colombiano posee varias causas, y que allí la inseguridad a causa del "boleto", el secuestro, etc., no es la primera; por encima de su eficacia, están factores como la falta de estímulos e incentivos, ineficiencia institucional, comportamiento de los mercados internacionales, etc., variables que afectan más la producción.

En los cuadros siguientes²³ se han seleccionado cuatro factores como indicativos de la inseguridad y la violencia, que pueden originar incertidumbre: el secuestro efectuado por la guerrilla; acciones armadas (enfrentamientos; hostigamientos; actos terroristas; ataques a poblaciones); población rural bajo presión de la guerrilla; invasiones de tierra:

CUADRO N° 11

EVALUACIÓN DEPARTAMENTOS CON CONFLICTOS POR LA TIERRA
1987

Departamento	N° Municipios	N° Predios en conflic.	Área Total (Has)	N° Ocupantes
Atlántico	9	9	5.099	217
Antioquia	14	44	21.031	2.490
Bolívar	3	3	157	155
Cauca	10	34	3.244	2.707
Cesar	8	28	17.729	718
Cundinamarca	5	10	2.288	62
Córdoba	7	15	10.535	596
Huila	1	2	924	177
Magdalena	12	39	21.610	936
Meta	7	18	101.031	394
Nariño	1	2	70	15
Putumayo	3	1	210	24
Nte. Santander	4	9	2.760	208
Caldas-Risaralda	2	1	53	60
Santander	6	12	4.403	229
Tolima	1	1	386	55
Sucre	15	46	20.473	2.645
TOTALES	108	279	215.756	11.541

Fuente: INCORA - ANUC.

²¹ JESÚS A. BEJARANO, "Efectos de la violencia en la producción agropecuaria", en Revista *Coyuntura Económica*, vol. 18 (3), 1988, págs. 118 y ss.

²² Ídem, pág. 189.

²³ Ídem, págs. 189 y 190.

CUADRO N° 12

RESUMEN DE SECUESTROS, ACCIONES ARMADAS Y POBLACIÓN RURAL BAJO PRESIÓN DE LOS GRUPOS GUERRILLEROS^a

Enero 86 - Diciembre 87

Departamento	N° Secuestros	N° Acciones Armadas ^b	Población Rural bajo presión ^c (%)	Población Total bajo presión (%)
Santander	27	116	51.5	19.0
Cesar	26	28	24.9	10.0
Norte de Santander	24	63	33.8	11.0
Antioquia	17	340	16.5	5.5
Caquetá	16	33	88.0	45.0
Meta	13	33	59.9	21.0
Cauca	13	101	16.0	10.4
Arauca	13	87	61.8	26.4
Huila	10	52	52.0	23.0
Bolívar	10	25	14.0	4.7
Cundinamarca	6	60	14.6	8.0
Sucre	6	3	13.4	6.2
Córdoba	5	53	23.6	13.0
Tolima	5	33	18.6	8.3
Casanare	5	28	30.1	19.6
Putumayo	3	28	53.4	35.7
Guaviare	3	13	80.0	88.0
Caldas	2	11	32.0	12.0
Boyacá	1	26	16.3	10.0
Magdalena	1	9	14.4	6.0
Valle	1	121	20.9	3.8
Risaralda	1	6	22.2	7.0

(a) FARC, EPL, ELN y M-19.

(b) Incluye: Contactos armados, emboscadas, acciones terroristas, hostigamientos, ataque a instalaciones y poblaciones.

(c) Se obtiene de la población rural departamental en cada caso.

Fuente: DAS y estimativos de la Consejería Presidencial para la reconciliación, normalización y rehabilitación.

Nótese cómo Antioquia es un departamento con poca población total bajo presión de la guerrilla (5.5% en general y 16.5% en el ámbito rural), al igual que el Valle del Cauca (3.8%) y Bolívar (4.7%). Aunque es correcta la conclusión a que llega el autor respecto del secuestro: "es significativamente alta y representa el 7.9% de la población del país y el 23.6% de la población rural... Por otra parte, las invasiones de tierras afectaron en 1987 a 215.756 hectáreas, especialmente en Antioquia, Cesar, Sucre, Córdoba y Meta, en tanto que los secuestros afectaron

especialmente a los Santanderes, Antioquia y Caquetá, y en menor medida al Meta, Cauca, Arauca, Huila y Bolívar”.

La coyuntura actual señala a Antioquia como el primer departamento en secuestros, modalidad delictiva que se ubica en el marco de la guerra narcotráfico-gobierno.

Los más graves de los conflictos por violencia política se han centrado en Urabá y el Nordeste antioqueño (Segovia, Remedios, El Bagre, etc.), coincidiendo la polarización del conflicto con regiones donde la Unión Patriótica ha ganado alcaldías populares y ha habido fuerte presencia guerrillera. El desarrollo de la confrontación ha tenido que ver con grupos paramilitares, con la anuencia y complicidad de las fuerzas militares. Finalmente, señalemos que en el sector urbano no es relevante la presencia de la guerrilla en Antioquia; el narcotráfico y su onda de influencia sigue vigente en todos los estratos sociales, determinando muchas de las “violencias” existentes.

Afirmación final: al suscitar esta reflexión, advertimos los conceptos generales de cuatro metodologías y señalamos unos factores motrices que aceleran y explican la violencia colombiana. Finalmente, miramos el departamento de Antioquia con estadísticas que se interpretaron con un interés doble:

— Motivar a una visión interdisciplinar.

— Llamar la atención tanto acerca de la violencia estructural como de la violencia de la vida cotidiana; sin sujeto no hay ser social. Nos reafirmamos en la escandalosa conclusión de que la violencia ha originado conductas, hábitos y valores en la comunidad que nos debe interesar desterrar, erradicar. Mientras el diálogo civilizado o los controles sociales, éticos y legales perduren, la violencia pasa a segundo plano. Cuando ella rige, su yugo impone la imposibilidad de la convivencia; y la vida, ese hermoso aliento que el hombre cultiva con sus propios significados, se hace tránsito difícil. La muerte es la única amante que roe nuestros huesos, pero también se lleva con ellos nuestros ideales.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

Tránsito de leyes procesales en el tiempo

Es inexistente el veredicto emitido por un jurado de conciencia que en un proceso por homicidio, respondió: "sí lo mató, pero tenemos duda de su responsabilidad", lo cual comporta una declaratoria de nulidad desde el auto de citación a audiencia, que debe hacerse sin la intervención del jurado. No puede alegarse la aplicación del principio de favorabilidad porque las normas procesales se sustraen por su naturaleza a este juicio.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL

Octubre 25 de 1989

COMENTARIO: FERNANDO VELÁSQUEZ V.

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación presentado por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, contra la sentencia absolutoria dictada a favor de José del Carmen C. C. por el delito de homicidio cometido en la persona de Benjamín C. S.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 19 de octubre de 1986, en las horas de la mañana hubo un altercado entre los señores José del Carmen C. C. y Benjamín C. S. por razón de rivalidades comerciales. En las horas de la tarde, a las 6 y 30 aproximadamente, se encontraron nuevamente en forma ocasional, habiéndose enfrentado otra vez, por lo que según

la versión del primero, cuando él vió que Benjamín trató de sacar un arma, sacó su revólver y le disparó dos veces, causándole la muerte.

Durante la audiencia pública el fiscal pidió la condena del procesado, pero con la atenuante de ira e intenso dolor, mientras que el defensor, esgrimió la tesis de la legítima defensa subjetiva.

A la pregunta sobre la responsabilidad que se formulara al jurado, este contestó por unanimidad: "Si lo mató, pero tenemos la duda de su responsabilidad". Con base en este veredicto que el juez de conocimiento no consideró contrario a la evidencia de los hechos, dictó sentencia absolutoria, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior.

Contra ella recurre en casación el fiscal de la corporación, con sujeción a las previsiones del Código de Proce-

dimiento Penal de 1971, por razón de que el auto de cierre de investigación se ejecutorió antes de la vigencia del actual Código, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 677 de este Estatuto.

El procurador delegado al rendir su concepto no se refiere a la causal presentada por el recurrente, sino que alega que la sentencia incurrió en una causal distinta de nulidad al haber sido dictada con base en un veredicto que en su opinión es contradictorio, hecho este que según él lo hace inexistente, incurriéndose así, en su opinión, en una causal suprallegal de nulidad, por lo que pide que el fallo sea casado por esta causa.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente alega como causal única la contemplada en el numeral 4° del artículo 580 del mencionado estatuto procesal, según la cual hay lugar a casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Considera que la sentencia viola el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal que señala los deberes del ministerio público dentro del proceso penal, lo que a su vez viola el mandato del debido proceso establecido en el artículo 26 de la Carta, y los deberes establecidos para el ministerio público en el artículo 143 de este mismo estatuto.

Al fundamentar la causal dice textualmente: "El Honorable Magistrado Ponente al elaborar su proyecto lo hace basándose en inesactitudes (sic) probatorias, las mismas que tuvo en cuenta el señor juez del conocimiento y en las que fundamentó el señor fiscal adscrito a ese juzgado, su intervención en audiencia pública".

Luego entra a hacer un análisis del material probatorio que sirvió de base a la providencia impugnada para explicar por qué no compare la apreciación que en ella se le dió al material probatorio, para concluir con esta argumentación, que es la única parte en donde su alegato vuelve a referirse a la causal invo-

cada: "De ahí que esta agencia Fiscal siga insistiendo en que el veredicto emitido por los de conciencia es evidentemente injusto y además que la sociedad o mejor el Estado no tuvo la oportunidad para solicitar por intermedio de su representante lo que verdaderamente y jurídicamente en derecho le correspondía". En esto se concreta la violación de los deberes que el Fiscal del Tribunal le imputa al del Juzgado Superior.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El procurador primero delegado en lo penal (E), en su alegato dice textualmente: "En uso de la facultad ampliatoria consagrada en el artículo 571 ibidem, esta Delegada se limita a adicionar la demanda de la referencia en el sentido de pregonar también la concurrencia de nulidad suprallegal, a partir del acto de sorteo de jurado, para reputar fallido o inexistente el transcrito veredicto...".

Luego entra a afirmar que el veredicto es inexistente, pues cuando dice que "sí lo mató, pero tenemos duda de su responsabilidad", traduce, según sus propias palabras, en infantil actitud de significar: 'puede que sí sea responsable y puede que no', forma dubitativa, incierta y ambigua que mal puede ser resuelta mediante la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, toda vez que a nuestro juicio ello es privativo de los jueces de derecho, mas no de los de hecho".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Es evidente que la demanda de casación no puede prosperar por las fundamentales fallas de técnica que exhibe. En efecto, el Fiscal recurrente alega la causal 4ª de casación, por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, y las fundamenta en el cuerpo 2° de la causal primera, consistente en la violación indirecta de la ley por apreciación errónea de las pruebas. En esencia su argumentación se circunscribe a afirmar que el Fiscal del Juzgado Superior violó sus deberes

como agente del ministerio público, porque no analizó las pruebas tal como él cree que deben ser interpretadas.

Esta falta de técnica, que parece más un mecanismo artificioso para soslayar la reiterada tesis de la Corte de que en los juicios con jurado no cabe impugnar la valoración de la prueba porque en ellos la decisión se funda en su íntima convicción, hace inane el cargo, por lo que la Sala procede a rechazarlo.

2. Está llamado a prosperar, por el contrario, la causal alegada por el procurador delegado, la que la Sala analiza no como una ampliación de la presentada por el recurrente, pues se refiere a materia distinta, sino dentro de la facultad oficiosa que tiene la Sala para conocer de las nulidades que aparezcan claras dentro del proceso, reconocida jurisprudencialmente antes de que la ley reglara expresamente.

Considera el señor procurador delegado que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad por haberse fundado en un veredicto inexistente, puesto que "en el caso concreto, según dice textualmente, la veredicción se torna más que anfibológica porque ni afirma ni niega responsabilidad alguna".

El Código de Procedimiento Penal de 1971, aplicable al caso en estudio por mandato del artículo 677 del estatuto procesal actual, al regular la audiencia con intervención de jurado dispone que al contestar los integrantes de este al cuestionario que se le somete sobre la responsabilidad de cada uno de los procesados, deben responder con un sí, o con un no, pero de ninguna manera en forma dubitativa. Podrán agregar circunstancias diversas a las consignadas en el respectivo cuestionario, lo que no implica en manera alguna que puedan soslayar la obligación de definir en forma explícita lo referente a la responsabilidad de los procesados, so pena de que el veredicto deba declararse inexistente. La Sala, en providencia de septiembre 16 de 1988, con ponencia del Magistrado Rodolfo Mantilla Jácome, dijo sobre este punto:

"1. El veredicto, como expresión de los jueces populares, es una decisión de conciencia sobre la responsabilidad penal del procesado; respuesta que por ello no requiere estar sustentada sobre un rígido criterio lógico racional en la apreciación de las pruebas, ni construido con expresiones técnico-jurídicas; se requiere sí que sea contentivo de una 'afirmación categórica de responsabilidad', que tenga sustento probatorio, y que sea claro y preciso en sus términos; cuando ello no ocurre el veredicto resulta fallido.

"2. Tradicionalmente ha venido reconociéndose la existencia de tres categorías de veredictos fallidos, apuntando esta clasificación a la naturaleza del vicio que lo invalida y lógicamente a sus consecuencias procesales; se habla entonces de veredictos contraevidentes, contradictorios e inexistentes.

"3. El veredicto es contraevidente cuando niega la verdad de los hechos, no tiene por ello sustento probatorio, por el contrario se expresa en sentido inverso a la contundencia de la realidad probatoria. El juicio de contraevidencia es entonces un examen del veredicto con referencia a la realidad procesal, y no sobre la estructura misma del veredicto que en ese aspecto no ofrece reparo alguno.

"4. Por el contrario, el veredicto contradictorio es aquel que se niega a sí mismo, y que como concepto se afirma y se niega al mismo tiempo —lo contradictorio es por ello un juicio al interior mismo del veredicto—, sobre su propia estructura que está viciada, sin referencia alguna a la realidad procesal.

"5. Al tiempo que los veredictos inexistentes "son aquellos cuyo contenido conceptual se agota en un punto en que no es posible aprehender su verdadero y auténtico sentido. Comprenden siempre una decisión inacabada, a medias, pues la responsabilidad que atribuyen o niegan, no puede ser traducida al derecho con absoluta fidelidad".

En el caso en estudio es todavía más evidente la inexistencia del veredicto, pues ni siquiera atribuye o niega la responsabilidad en una forma inacabada; simplemente se abstiene de

TRÁNSITO DE LEYES PROCESALES EN EL TIEMPO

decidir sobre ella, al decir "tenemos duda de su responsabilidad".

El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal dispone que "en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquel diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". Por consiguiente, si dicho veredicto es inexistente, la sentencia carece de fundamentación, incurriendo por ello en la causal de nulidad constitucional establecida en el artículo 163 de la Carta que dispone que "toda sentencia debe ser motivada".

Esta nulidad se declarará a partir del auto de citación para audiencia inclusive, la que deberá convocarse nuevamente pero ya sin la intervención de jurado, pues las normas que regulaban este instituto procesal fueron derogadas expresamente por el artículo 37 del decreto 1861 de 1989, norma esta que por ser de índole procesal, es de aplicación inmediata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, sin que pueda alegarse para su no aplicación el principio de favorabilidad, porque las normas procesales se sustraen por su naturaleza a este juicio.

Conviene aclarar igualmente que solo pueden culminarse con intervención del jurado de conciencia las audiencias que estaban en curso para la fecha de iniciación de la vigencia del decreto 1861 mencionado (agosto 18 de 1989), pues en todos los demás casos en que dicha diligencia no se había iniciado,

o debió repetirse por razones de *contraevidencia* o *nulidad*, su práctica debe adelantarse sin la participación del jurado, no solo por mandato expreso del artículo 36 del decreto mencionado, sino porque la regla general del artículo 40 de la ley 153 de 1887 que ordena la aplicación inmediata de las normas procedimentales, solo admite como excepción "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas", las que se regularán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Quiere también la Sala aclarar que el jurado de conciencia no fue restablecido por el artículo 6° del decreto 1975 de 1989, como algunos lo sugieren, porque esta norma se refiere expresamente a la aplicación de las disposiciones anteriores en los procesos disciplinarios en que se haya proferido pliego de cargos, los cuales se regulan por el decreto 1888 de 1989, y no a los procesos penales.

Por lo expuesto, La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CASAR la sentencia recurrida, y decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de citación para audiencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

* * *

COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

El caso del cual se ocupa la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) en la publicación que antecede, es un buen ejemplo de una hipótesis delictiva que a lo largo de su investigación y juzgamiento ha estado sometida al rigor de tres normas penales de índole procesal: el Código de Procedimiento Penal de 1971, bajo cuya vigencia se efectuó el hecho y se cerró la investigación correspondiente; el nuevo Código de Procedimiento Penal; y, para concluir,

el decreto 1861 de 1989 que abolió la institución del jurado, bastante disminuida ya en la ley intermedia.

Se trataba, pues, de decidir cuál era la norma aplicable en tal tránsito de legislaciones procesales en el tiempo y de precisar si se podía imponer una de las tres leyes en conflicto al caso concreto como más favorable, supuesto que la ley vigente al momento en que conoció la corporación fue la tercera. Obviamente, y como el caso estuvo sometido al juzgamiento con la intervención del jurado de conciencia, optar por una u otra normatividad comporta consecuencias procesales distintas, algunas de ellas francamente desfavorables para el reo.

En efecto, en *primer lugar*, si se aplica la ley procesal de 1971 el veredicto emitido por el jurado en el sentido de que el procesado "*si lo mató, pero tenemos duda de su responsabilidad*", es completamente coherente y no vemos la posibilidad de tenerlo como contradictorio, contraevidente o inexistente, pues lo que hizo el tribunal popular fue declarar la responsabilidad material por la comisión del hecho e indicar que tenía dudas sobre la culpabilidad, lo cual, indefectiblemente, debía llevar a la absolución so pena de desconocer el art. 5° del C. P. y el principio del *in dubio pro reo* vertido en dicha legislación (arts. 215 y 216). Esto máxime que el C. de P. P. de 1987 de manera perentoria, y para evitar injusticias, estipuló en su art. 677 que casos como este se juzgaban por el "procedimiento anterior".

En *segundo lugar*, desconociendo el contenido del art. 677 citado, quedaba la posibilidad de sostener que la ley aplicable era el Código de 1987 con lo cual el veredicto emitido tampoco ofrecía dudas de ninguna índole en cuanto el art. 531 ídem, propiciador de vergonzosas formas de responsabilidad objetiva, estatúa que "*cada uno de los jurados deberá contestar los cuestionarios que le hayan sido entregados con un 'sí' o un 'no' exclusivamente. Cualquier agregado a la respuesta se entenderá como no escrito*". Por manera de que si el jurado dijo "sí lo mató", los demás agregados no podían ser atendidos por el juzgador. Aunque, como es de suponerse, el dispensador de justicia respetuoso del principio de culpabilidad y de la justicia material no podía condenar a un reo en tales circunstancias.

Y, en *tercer lugar*, bajo la hipótesis de que el juzgamiento se hiciera acogiendo el decreto 1861 de 1989, el mismo debió hacerse con la intervención única y exclusiva del juez de derecho. Ello no era pensable en el momento en que se adelantó tal estudio procesal puesto que aún no regía la nueva ley procesal.

Estas serían las tres posibilidades frente al caso planteado, partiendo del supuesto de que el "sí", al cual alude la providencia, sea afirmativo, pues en una de las transcripciones que hace la corporación aparece como condicional: "sí", lo que es bien distinto (véase página 285). Sin embargo, todo indica que lo correcto es la primera apreciación.

2. LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA

En torno a las tres alternativas, la alta corporación decidió, sin embargo, hacer una muy curiosa aplicación de la ley, contraria al ordenamiento jurídico vigente en nuestro país. Veamos:

A. Postula que debe aplicarse el art. 37 del decreto 1861 de 1989, puesto que en materia procesal no puede invocarse el principio de favorabilidad dado que "las normas procesales se sustraen por su naturaleza a este juicio". Aplica, pues, por este aspecto la tercera ley.

B. Sostiene, acudiendo implícitamente a la normatividad derogada (arts. 504 y ss.) y apoyada en una decisión del mismo organismo válida frente a dicha regulación, que el veredicto emitido es inexistente porque es anfibológico y no afirma ni niega la responsabilidad; que los jurados solo pueden responder con un "sí" o con un "no" (lo que es cierto en relación con la segunda ley, pero ¡no con las otras dos!) aunque, intuyendo el yerro, había dicho al comenzar (véase fl. 5 original) que los jurados "...podrán agregar circunstancias diversas a las consignadas en el respectivo cuestionario..." (idem). Curiosamente, sin embargo, afirma que el C. de P. P. de 1971 es el "aplicable al caso por mandato del art. 677 del estatuto procesal actual" (ibidem). Aplica, pues, en peligrosa amalgama, las dos primeras leyes.

C. Declara la nulidad de lo actuado a partir del auto de citación a audiencia y ordena que la nueva citación se haga sin jurado, aplicando la tercera ley. Súmese a ello la resurrección de la teoría de las nulidades constitucionales que ya no tiene sentido en la actual legislación.

D. Acude al art. 40 de la ley 153 de 1887 para postular que la única excepción a la aplicación inmediata de las leyes procesales, son las atinentes a los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas.

Analizando de manera objetiva y desapasionada la anterior aplicación de la ley se pueden concluir varias cosas:

La H. Corte ha derogado o dejado sin ningún efecto el art. 26-2, C.N., al afirmar que la favorabilidad no procede en normas procesales penales; por supuesto, tal disposición no hace distinción alguna y no la puede hacer el intérprete. Incluso, se desconocen las aparentes excepciones que algún sector doctrinario cree ver en los arts. 5º del C. de P. P. y 40 y ss. de la ley 153 de 1887, originando una corriente intermedia en este ámbito¹.

Igualmente, pese a que reconoce la aplicabilidad del Código de 1971 termina inaplicando tal normatividad, dejando sin ningún efecto lo establecido en el art. 677 del Código de 1987, e imponiendo al procesado la ley más desfavorable.

Agréguese, además, que el funcionario de primera instancia y el tribunal de segunda han quedado abiertamente desautorizados, todo por realizar la que creemos es una justa y recta aplicación de la ley.

3. EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

De lo hasta aquí dicho se deduce que, en el caso de autos, no había lugar a discutir la aplicación más o menos favorable de una u otra ley, no solo porque

¹ Sobre el punto FERNANDO VELÁSQUEZ V.: *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Bogotá, Temis, 1987, págs. 36 y ss. También NFP N° 37, pág. 387.

ya el legislador al redactar el art. 677 del actual C. de P. P. lo había resuelto sino por razones elementales de equidad y de justicia. Decidir en otra forma es preferir una resolución contraria a la ley que, a pesar de estar en firme y ser objeto de nuestro acatamiento como tiene que serlo, debe ser objeto del cuestionamiento adecuado como corresponde a cualquier crítica jurisprudencial realizada con honradez académica.

Pensamos que la norma penal es una sola (sustantiva, procesal o de ejecución penal), como se desprende de la Constitución que no hace tales distingos, sin que haya lugar a predicar, que unas son de mejor o de peor familia; o que, como creen algunos son neutras, incoloras e, incluso, "insaboras"². El planteamiento de la neutralidad de la norma procesal esconde una posición positivista a ultranza que conduce a resultados desastrosos y "cuyas implicaciones políticas son francamente inquietantes"³ como que detrás de las mismas se esconde una concepción purista, aséptica, que va de la mano de ideologías autoritarias insostenibles desde la perspectiva del Estado de derecho.

El orden jurídico penal es expresión de toda una realidad social y cultural concreta, está transido de valoraciones más allá de las "formas puras" y de toda esa gama de artilugios abstractos que a veces se invocan.

Por ello hemos venido planteando de manera reiterada la aplicación de la ley más favorable sin restricciones, porque es la misma jurisprudencia de la Corte la que con destellos luminosos y aguda claridad lo ha postulado desde hace mucho⁴. Proceder como lo ha hecho la H. Corte Suprema en el caso que nos ocupa es potenciar la inseguridad jurídica, desconociendo el sentido y el alcance del principio de legalidad, incurriendo en marcadas injusticias, sembrando desconfianza entre los administradores de justicia penal y fomentando el caos y la duda entre la comunidad jurídica.

Que esto ocurra en materia de la justicia penal, es una muestra más de que la crisis del aparato judicial es consecuencia de la desinstitucionalización generalizada del Estado. ¡Ojalá, para bien del derecho penal, que yerros como este, cometidos de la más buena fe y hasta explicables a la luz de las condiciones de zozobra en que laboran nuestros dispensadores de justicia penal, no se repitan! ¡Flaco servicio le estamos prestando al Estado de Derecho!

² Véase BEATRIZ QUINTERO DE PRIETO: "Teoría de la norma procesal" en *Revista Temas Procesales*, N° 5, Medellín, 1987, págs. 75 y ss. También JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ: "Neutralidad de la norma procesal" en la misma publicación, N° 7, Medellín, 1988, págs. 29 y ss.

³ Así, con autoridad, ÁLVARO VARGAS: "¿Es realmente neutra la norma procesal?" en *Temas Procesales*, N° 9, Medellín, 1989, págs. 5 y ss.

⁴ Recuérdese, por ejemplo, la decisión maestra de marzo 15 de 1961 con ponencia del magistrado GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, en "G. J.", No. 2238, págs. 163 y ss.

Juzgado Primero Penal Municipal de Bello (Antioquia)

Estado de necesidad por adicción a las drogas

Actúa justificadamente (estado de necesidad, art. 29, núm. 5 del C. P.) el sujeto que realiza una conducta típica (hurto a parientes) compelido por su adicción a las drogas y un medio familiar y social hostil que no le permite otro comportamiento, dependiendo de ello su propia supervivencia.

Dr. GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
Febrero 7 de 1990

COMENTARIO: GLORIA GONZÁLEZ AGUDELO *

SINOPSIS FÁCTICA:

Con gran patetismo refieren los progenitores del procesado y lo reitera él mismo, que desde la pubertad entró en choque Nelson Darío con su ambiente socio-familiar, tenía tendencias homosexuales y abominándolas su padre era fuertemente reprimido; en medio del conflicto fue gradualmente abandonándose al consumo de estupefacientes como la marihuana y luego el basuco.

Frente a la obtusa actitud de los padres, que ni él mismo censura, dados los esquemas y prejuicios de una

lánguida educación; a no pocos avatares se enfrentó Nelson ya adolescente, y no tuvo otro refugio que agazaparse en el vicio. En la medida en que los alucinógenos le prodigaban un aparente bienestar fue haciéndose más fuerte su compulsión, y terminó enfrentado al sórdido medio de la calle cuando los castigos se incrementaban y los dictados de su naturaleza lo condujeron a asumir actitudes femeniles; tanto que un día le dijo a sus padres que por fuera era hombre pero que en su interior se sentía mujer; entonces sus mayores cejaron en las reprimendas y dejaron que se fuera a "hacer su propia vida".

* Asistente del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

Por primera vez "cayó por batidas", y a no dudarlo fue el primer intento de adiestramiento para ser cliente del sistema penal, por aquello que en criminología se denomina etiquetamiento o estigmatización; y fue luego que debió permanecer dieciocho meses tras las rejas del penal, sometido ya se sabe a cuántas ignominias, se le había condenado por el delito de hurto, y "de algo le valió" el escarnio porque según su madre solo una vez le quitó un reloj a un joven del barrio y aquí obtuvo la segunda condena; pero de lo contrario solo a los suyos les robaba.

Aún siendo catalogado como muy colaborador en los quehaceres domésticos, Nelson Darío es definido por su madre como de temperamento muy violento, pues no solo se ha trezado en riñas con sus consanguíneos sino que *ha dirigido* contra sí mismo su furor al intentar suicidarse cortándose los brazos; en la misma indagatoria se observa que el indagado enseña una serie de cicatrices hechas al parecer con cuchilla, que van una tras otra desde la muñeca casi hasta el codo de la extremidad superior izquierda.

A tal punto se ha desadaptado Nelson Darío del seno de su familia que alza con cuanto bártulo ve propicio o útil para canjear por basuca o marihuana, y fue así como a finales de enero del año pasado se llevó unos zapatos nuevos de su mamá y unos pocillos de la vajilla; lo que colmó la paciencia del padre y lo llevó a formular denuncia por aquella época; mas como no ha parado mientes en sus actos rapaces deprecó nuevamente la intervención del poder punitivo estatal, pues según dice el padre ya no soportan más su comportamiento y a decir de la madre descansan cuando se le somete a encierro.

Como puede verse estamos enfrente de un típico caso de drogodependencia, como los cientos o miles que se asignan a este despacho, muchas veces porque se piensa equivocadamente que la herramienta punitiva es la panacea contra la hidra de la farmacodependencia; otras veces porque se le considera *ultima ratio* cuando fracasa el tratamiento clínico;

y en la mayoría de los casos porque el Estado es incapaz de propiciar la rehabilitación adecuada y no queda otra vía que la penalización.

Trataremos de otear en el legajo, en búsqueda de los elementos probatorios que en este momento procesal permitan tomar la decisión que no solo resulte acorde a derecho sino que realice el valor justicia; pues este *desideratum* debe estar en la mira del juez desde el inicio mismo del proceso, procurando que las normas instrumentales realicen siempre los derechos sustantivos.

DE LAS PRUEBAS:

Aunque es lánguida la foliatura en el número o cantidad de pruebas aportadas, consideramos que tiene gran riqueza probatoria, amén de la conmovedora confesión del procesado que si bien *per se* no puede ser único fuste incriminatorio, deja despejado en mucho el camino de la averiguación y sin riesgo a equívocos es la *probatio probata* al adosarse de otros medios de prueba como la testifical y documental.

Sin ambages ni inventivas el procesado reconoce que con tal de conseguir la droga que sacie su anhelo hurta a los miembros de su parentela administrativos o como él mismo dice "bobadas" como porcelanas, zapatos o pocillos de la vajilla, los que cambia por el dinero que no puede conseguir porque no trabaja ni sus padres le ofrecen, y con el cual consigue la droga. Afirma el encartado "...el todo es conseguir para ese vicio, yo por eso es que hurto cosas... es que cuando uno está bajo los efectos de eso, uno no quiere salir de ahí, no quiere sino estar en eso, nada más..." (fs. 8 vto.).

Es unívoco el acongojado recuento de la problemática familiar en boca de los progenitores José Alberto J. y Luz Norela C., ambos advierten que se ven compelidos a denunciar a su hijo porque ya no pueden soportarle más su comportamiento y "aunque da tristeza tenerlo que decir la madre solo vive en paz cuando tiene la certeza de que su hijo está en el

reclusorio" (fs. 11 fte.). También acotan que Nelson Darío a más de robar cuanto ve, los somete a ultrajes, dado que su carácter puede tornarse irascible y violento.

Mediante copia de la sentencia proferida en septiembre 25 del año retropróximo por el *Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello* sabemos que Nelson Darío fue condenado a *catorce meses de prisión* al ser hallado responsable del concurso real o sucesivo de hurtos contra el peculio o patrimonio de su familia. Concretamente se advierte en el proveído en cuestión que el 3 y 4 de abril de las pasadas calendas Nelson Darío se hurtó una porcelana en forma de buho estimada en cinco mil pesos y una pantaloneta evaluada en mil, de propiedad de madre y padre respectivamente.

Huelga reconocer que hasta ahora no se tiene dictamen médico-psiquiátrico que evalúe de acuerdo a criterios científicos si dada la adicción a fármacos del sindicado, ha sufrido mengua su capacidad intelectual y/o volitiva, al punto de que pueda considerarse inimputable.

Nosotros no pretendemos asaltar la ciencia médica, porque valga decir que el juzgador suele ser lego en cuestiones que comprometen el intrincado mundo de la psiquis del individuo, pues como lo advierte ENRIQUE GIMBERNAT en su opúsculo sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal "es una provocación que los juristas, en materias en las que no son especialistas, pretenden darles lecciones a los que sí lo son, o rechazar cualquier clase de diálogo con ellos decidiéndose 'irracionalmente' a favor del libre albedrío" (Edit. Temis, 1983).

No es cosa de poca monta la que se somete a nuestro análisis; máxime si se reconoce que se trata de la judicialización de un problema social, que compromete planos axiológicos, los que no deben asirse con estrechos criterios lógico-formales, como si pudiera válidamente enfrentar el problema de la drogadicción con la herramienta punitiva que suele ser la única con la que se dota al juez en nuestro sistema de control penal.

En nuestro ámbito la carga decisoria del juez gravita entre la libertad o el encierro, cuando debieran existir otras opciones que propendan por la curación del drogadicto en vez de la segregadora e inicua finalidad de aislamiento. Por ejemplo en la municipalidad de Bello, el problema tiene un cariz tan grave y complejo que nos hemos desgañado clamando ante quienes tienen injerencia en la definición de los delitos (legislador extraordinario) para que se establezcan programas de rehabilitación que sean verdaderas medidas de reinserción social, evitando el torpe y aparente paliativo del encarcelamiento que termina siendo el más pésimo remedio al mal de los ilegales que se realizan en razón de la drogodependencia o están imbricados con este fenómeno.

Habría razones para inferir que en el caso-examen, el sindicado está atado a tal punto al problema de la droga que tiene empeñado su libre arbitrio; así mismo pudiera sustentarse con base en respetables criterios científicos que el síndrome de abstinencia y la compulsión a conseguir la droga a como dé lugar pueden hacer mella en su capacidad de comprensión o de autodeterminación; pues como bien lo dice el médico César Augusto Giraldo (Revista *Nuevo Foro Penal*, N° 20, pág. 473) "En el farmacodependiente sindicado de un hecho punible, pero que por su avanzado estado de intoxicación ha llegado al punto de sicosis exotóxica, es lo más probable que esté obnubilada la capacidad de comprensión o de determinación, y por lo tanto podrá ser inimputable; algunas veces el habituado a sustancias que inducen dependencia física, actuará en un estado de síndrome de abstinencia —con el fin de conseguir la droga— que no le permite la capacidad de comprensión o de determinación. En las circunstancias anteriores existirá un trastorno mental transitorio, porque las psicosis exotóxicas suelen ser reversibles, pero seguramente existirán secuelas que imponen curas de desintoxicación y terapia de rehabilitación del estado farmacodependiente".

A grandes perplejidades se somete el análisis de la imputabilidad de un adicto a fármacos; y podría aprehenderse el análisis del problema desde una perspectiva filosófica, médico-psiquiátrica, sociológica o también lógica; tendríamos que pedir el auxilio de un perito que de antemano sabemos que tendrá dificultades sin par para discernir si el procesado obró o no bajo un estado de inimputabilidad. Generalmente los dictámenes de tal jaez son asombrosamente demorados y concluyen con rampante simplicidad que el procesado hubo de obrar concientemente y sin merma en su voluntad; así mismo, las consecuencias de declarar a alguien *inimputable* o deficiente físico o psíquico aparejaría peligros de los cuales ha dado cuenta la doctrina (ver los trabajos en tal sentido de los profesores NÓDIER AGUDELO BETANCUR y FERNANDO VELÁSQUEZ V.) dadas las incongruencias y desaciertos en el tratamiento del problema en nuestro país.

A nuestro juicio, debemos encarar la problemática de Nelson Darío no como un problema de imputabilidad, sino indagando hasta qué punto pueden erigirse sus desmanes en causal justificativa, de inferir que los cometió "por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar".

El conflicto de Nelson Darío nos hace recordar el acendrado poema "Un Hombre" del bardo antioqueño BARBA JACOB cuando expresa que "Los que no habéis gemido de horror y de pavor, como entre duras barras, en los abrazos férreos de una pasión inicua, ...no podéis comprender el sentido doloroso de esta palabra: *Un hombre!*".

A no dudar, Nelson Darío es un hombre en todo el trágico y también insondable sentido de la palabra, no obstante sus tendencias femeniles —"que los rubores vedan nombrar"— como una de las pasiones de que es cautivo; la otra es sin lugar a dudas el letal vicio o compulsión a los fármacos.

¿Cómo podría pensarse, sin que pese en

nuestra conciencia, que el procesado no respondió a una apremiante e insalvable necesidad? Si su perturbada esfera afectiva lo ha hecho refugiarse en el sórdido mundo de los alucinógenos, porque una vez está bajo sus efectos "ya no quiere salir de ahí". ¿Cómo pensar que debemos agregar una censura más y atiborrar de reproches al encartado, cuando hace mucho que está urgido de tratamiento psicoterapéutico? Podría objetárenos que apelamos a razonamientos extrajurídicos y hasta sofisticados, confundiendo dos institutos tan disímiles como complejos, a la sazón la *inimputabilidad* y el *estado de necesidad*, pero queremos demostrar que no es menester adentrarnos en el galimatías del primero de los mencionados institutos, cuando la forma de solucionar el conflicto que se nos plantea puede ofrecérsela el segundo.

Apriorísticamente las pruebas pueden indicarnos que las causas de las actitudes disvalorativas de Nelson Darío residen en su inmadurez afectiva, pues sus padres nos revelan su desadaptación al medio familiar y a su entorno social; y por ejemplo, él mismo dice: "...el todo es conseguir para ese vicio, yo por eso es que hurto cosas, porque como no tengo trabajo y ellos no me dan dinero entonces les robo para conseguir vicio" (fs. 8 vto.).

Este aserto, luego de escudriñar en la historia del sindicado no parece traído de los cabellos, pues veamos lo que afirma POROT acerca de la inmadurez afectiva: "Es aquel estado en el que se encuentra el individuo de inteligencia normal, a veces incluso superior, pero en quien ha quedado más o menos incompleta la evolución afectiva, es decir, la maduración de instintos, sentimiento y emociones... una fijación a la infancia que ciertos sujetos presentan bajo la forma de una persistencia de actitudes infantiles y una detención de la sexualidad, que permanece en sus estadios iniciales". (Cit. Rev. *Tribuna Penal*, núm. 2, 1984. pág. 21).

Pero si la calificación de la conducta conforme a diagnóstico clínico margina al juez, nosotros nos proponemos demostrar que el conflicto social que se desprende del comportamiento del reo está imbricado con una causal justificativa o contrarrestadora de la antijuridicidad del hecho, cual es el *Estado de necesidad*, del que dijo acertadamente el extinto magistrado HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ en providencia del Tribunal Superior de Medellín, el 4 de julio de 1979: "El estado de necesidad, como fenómeno jurídico, no lo determinan medidas matemáticas precisas, por ser de orden puramente subjetivo, que exige (sic) estudiarlo a la luz de cada caso particular".

En el orden de ideas anteriores, el caso particular de Nelson Darío revela que solo para satisfacer las demandas de su dependencia psíquica y física a las drogas hurta a los miembros de su parentela y concretamente a sus mayores. Casos hemos tenido en que drogadictos, desbordando toda esclusa y con mala catadura moral esquilmán a sus padres en grandes proporciones, y ya no son "bobadas" o trebejos los que se hurtan, sino que alzan con electrodomésticos, joyas, y amenazan con desocupar sus casas; pero en el *sub judice* vemos que Nelson Darío se limitó a robarse unos zapatos y un pocillo; y de esas acciones hasta la fecha no sabemos qué bártulos más ha permutado por pitillos de basuco; de todos modos, como lo asevera su padre a fs. 1 "se ha dedicado al consumo de la droga, la basuca y la marihuana, para cumplir con ese objetivo comete toda clase de atropellos..."; a su turno la madre expresa que "como tiene el vicio de la drogadicción entonces cuando no tiene para comprar, se me lleva lo que pueda" y más adelante observa: "él a mí me ayuda mucho en la casa, es la mano derecha mía, pero para poder hacer los destinos tiene que fumarse primero un cacho de marihuana, yo lo dejaba porque en realidad veía que si no era bajo ese efecto no hacía nada" (fs. 10 vto.).

Atrás anotábamos que la problemática de Nelson Darío resistía el análisis de todos los

aspectos que conforman el *estado de necesidad*, a la luz del art. 29 numeral 5° del Código Penal. Para la inteligencia de dicha disposición, hemos de transcribirla; nuevamente así: "El hecho se justifica cuando se comete: ...Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar".

Se requiere, pues, que se cierna sobre el agente un peligro grave e inminente que no pueda ser eficazmente contrarrestado sino mediante el comportamiento formalmente antijurídico, y que al peligro o amenaza no haya dado lugar con su culpa e imprudencia el agente. Quiere ello decir, frente al caso que nos ocupa, que Nelson Darío debe estar ante una situación de apremio que no vea más camino que el obrar antijurídico.

La *sindéresis* en la aplicación del derecho exige que el Juzgador decline de una apreciación según su propia lógica y sus valores para adentrarse en la axiología de quien comparece al estrado; de ahí que alguien pueda replicarnos cuál derecho le urge al reo privilegiar que no pueda afrontar de otra manera, al menos en proporción menos dañosa; pero nuestra respuesta ha de ser la de que ¿cuál camino le queda al drogadicto que se convierte en tósigo de su familia, que sufre el rechazo de todos y que se aferra a la droga como sustituto de su dura realidad?, pues indudablemente que abstenerse de una ilegalismo como el de hurtar a los suyos le puede reportar penalidades sin cuento, sumirlo en crisis de angustia y llevarlo a la misma muerte.

A qué punto ha llegado el conflicto de Nelson Darío, que sus brazos, de la muñeca al codo tienen la impronta de sus luchas interiores y el deseo de capitular con la muerte. ¿Acaso no podría considerarse la drogadicción como una actitud autodestructiva o de suicidio lento, cuando alguien ha interiorizado el concepto de que para los demás es una nulidad?

Nosotros no pretendemos otorgar patente de corso, para que nada detenga a la caterva

de jóvenes que hoy claudican frente a la droga; ni tampoco pensamos que la herramienta punitiva ha de marginar su intervención como *extrema ratio* en casos en que la propia voluntad hace tabla rasa de buenas condiciones otorgadas por el medio social y el propio núcleo familiar; pero todo le ha resultado hostil al procesado y ha debido saciar sus ansias mediante poco significativos (económicamente) actos de despojo contra miembros de su propia familia.

En un boletín que tenemos a la mano, de la Campaña Nacional contra la Droga se dice que quienes recurren al basuco no lo hacen por propósitos diferentes a la obtención de algún placer, de evadirse, o de responder a alguna presión social; en dicho documento se relacionan los perniciosos efectos de la letal droga así: "Aparece, a nivel físico, malnutrición, inmunodeficiencias, insomnios, temblores, aumento de la presión sanguínea y rigidez muscular; en la fase más grave se presentan convulsiones, falta de coordinación y alto riesgo de paro respiratorio y de paro cardíaco. A nivel psicológico se produce indiferencia sexual, alucinaciones de diversos tipos, ideas persecutorias, crisis de agresividad, y pérdida de la memoria".

Al glosar el documento en comentario, tenemos un dato alarmante, y es que dadas las peculiaridades químicas del basuco (su forma gaseosa, que produce una absorción rápida pero cuyos efectos desaparecen igualmente rápido), el tiempo para que un usuario de fin de semana se convierta en adicto es de 3-4 meses. Si observamos que Nelson Darío viene consumiendo sistemáticamente fármacos desde la pubertad y ya cuenta con 23 años, es dable colegir que presenta un alto grado de adicción, que lo lleva a requerir el vicio, como si del propio alimento se tratara, tornándose en una necesidad para su supervivencia. ¿Acaso entonces no es la supervivencia un derecho?

Ahora bien, Nelson Darío no se ha ido incursionando gustoso por la senda del vicio, sino por escapismo frente a las presiones de su medio. A fs. 9 fte. patentiza todo el pro-

ceso de su adicción, del que resulta víctima, sin que se avizore alguna culpa suya. Alguien decía "yo soy yo y mis circunstancias", pero ¿cuántos en el mundo son solo producto de las circunstancias y claudican frente a ellas, quedando como esquife al vaivén de una tormenta!? Dice el procesado: "...en medio de esa droga como que existe por un momento el deseo de salir, y siento desesperación y he tratado de quitarme la vida, por no poder salir de esto (muestra los brazos)... con mis padres nunca he tenido diálogo... les he temido... cuando ellos se enteraron de mis tendencias, me trataron más duramente, y me rechazaron, luego llegó la droga, y no los culpo, pero no he podido salir de esto... me fui yendo por ese camino, no he sabido devolverme".

A no dudarlo, Nelson Darío ha obrado compelido por la necesidad de proteger un derecho (la propia supervivencia); tiene connotación de actualidad o inminencia ese peligro que sobre él se cierne si no satisface las demandas de su adicción; no ha sido causante del peligro por su complacencia, y no ha desfasado la proporcionalidad entre el peligro y el daño causado (no han sido desmesuradas sus exacciones).

No consideramos que sea necesario hacer más disquisiciones respecto a la circunstancia excluyente de la antijuridicidad de los hechos noticiados; de donde se sigue que debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, armonizándolo con el ordinal 5° del artículo 29 del Estatuto Penal Sustantivo, declarando la improseguibilidad de la acción penal incoada contra Nelson Darío, por estar plenamente comprobado en el *dossier* que el hecho fue cometido bajo circunstancias de justificación, cuales son las que perfilan el llamado *estado de necesidad*.

Con base en los fundamentos expuestos, deberá recobrar la libertad el procesado, la cual será provisoria, a la luz del artículo 439 numeral 3° del Código Instrumental Penal, mientras penda la ejecutoria formal de este proveído.

Se le señalarán al procesado las obligaciones de estricto cumplimiento durante el término de ejecutoria, en acta de compromiso conforme al artículo 443 del C. Procesal Penal.

Como las normas deben adaptarse a las cambiantes realidades y hacerlas funcionales a los fines de la justicia, nada obsta para que una de las exigencias hechas al procesado sea la de acudir al Centro de Tratamiento de Farmacodependientes que en este municipio da sus primeros pasos bajo auspicios de las autoridades de la municipalidad. El Despacho constatará la ocurrencia del procesado a dicha institución.

En cuanto a la caución que ha de avalar el cumplimiento de tales obligaciones, debemos concluir que conforme al inciso segundo del artículo 419 de la pluri-nombrada codificación ritual, debe ser de naturaleza juratoria, pues es meridiana la carencia de recursos económicos del procesado para constituir caución prendaria.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello —Antioquia—

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Declarar que la acción Penal incoada mediante estas sumarias contra Nelson Darío J. C. no podrá proseguir, al estar plenamente comprobado que obró bajo circunstancia excluyente de antijuridicidad, conforme a lo descrito en el numeral 5° del art. 29 del Código Penal.

Segundo: Decretar la cesación de procedimiento en contra de Nelson Darío J. C. y en consecuencia ordenar el archivo de las diligencias una vez adquiriera ejecutoria formal este proveído.

Tercero: conceder al procesado la *libertad provisional*, sujeta al cumplimiento de las obligaciones que en acta de compromiso se le impondrá, y que deberá avalar mediante juramento solemne, conforme a lo expresado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

* * *

COMENTARIO

Resulta de gran importancia el pronunciamiento hecho en esta ocasión por la judicatura frente al fenómeno de la farmacodependencia, sacando al drogadicto del marco general y estigmatizante del narcotráfico para ubicarlo en su propio contexto.

A pesar de ser muchos los aspectos por analizar frente a este tema, vale destacar en la providencia transcrita los siguientes:

1. EL FARMACODEPENDIENTE Y LA INIMPUTABILIDAD

Desafortunadamente los hechos que sustentan esta sentencia son de una frecuencia alarmante, al punto de sobrepasar el ámbito familiar para constituirse en diagnóstico social. Ante esa perspectiva la judicatura asume una doble alternativa que facilita su trabajo al desconocer el sustrato subyacente a esta problemática: de una parte evade el problema obviando la circunstancia de la farmacodependencia y la posible incidencia de esta en el delito, con el argumento de no coadyuvar la impunidad dado el alto número de sindicados adictos; de otro lado, cuando se decide a enfrentarla, encasilla al procesado dentro del marco de la inimputabilidad con las graves

consecuencias que ello apareja no solo desde el punto de vista de la sanción a imponer, sino también de la negación de derechos y beneficios otorgados por la ley a los imputables y del recorte de garantías implícito en los dictámenes médico-legales y sus consabidas predeterminaciones.

En este sentido se rescata la posición del juez primero penal municipal de Bello cuando, apartándose de los lineamientos generales (aunque él lo hace más por razones de política criminal), ubica la inimputabilidad en el caso específico como fenómeno "residual", tal como lo ha venido sosteniendo NÓDIER AGUDELO, es decir, esta solo debe analizarse cuando se ha comprobado plenamente la existencia de un hecho típico y antijurídico y la ausencia de causas de exclusión de la responsabilidad (*Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 80).

2. EL ESTADO DE NECESIDAD

La solución jurídica dada en este caso muestra un cambio de actitud en la judicatura y un buen inicio para la discusión. Podría argumentarse que admitir el estado de necesidad en todos los casos sería abrir una compuerta a la impunidad, pues, necesariamente ha de admitirse su influencia en demasiados hechos delictivos. Sin embargo, el estado de necesidad como cualquier otra causal de justificación, debe reunir los requisitos exigidos por la ley (Art. 29 C. P. núm. 5), lo cual de suyo reduce el ámbito de aplicación objetivamente e implica el reconocimiento de la justificante siempre que las circunstancias fundamentadoras de ella se presenten.

El análisis de los requisitos específicos de esta causal frente al farmacodependiente crea polémica e implica toma de posiciones, pues, simplemente de considerar el alcance de esta justificante cabe preguntarse: ¿Qué pasa cuando el sujeto se ha puesto voluntariamente en este estado? Es necesario entonces definir en qué momento debe valorarse si el individuo intencional o culposamente creó la situación de peligro, porque hacer esta determinación hacia el futuro, cuando ya existe un estado de adicción con efectos precisos en el organismo imposibles de manejar conscientemente, debe llevarnos a concluir que la ausencia de droga en este caso y la imposibilidad de conseguirla llevará al sujeto a un síndrome de abstinencia determinante al momento de valorar el peligro para los bienes jurídicos que el sujeto quiere proteger y precisamente por ese estado de intoxicación el peligro no puede evitarse y tampoco fue buscado al ser consecuencia de ese proceso circular.

Ahora bien, si esa intencionalidad o imprudencia del sujeto debe valorarse cuando este incursiona en el mundo de la droga (inclusive años atrás), entonces el problema toma otro cariz, dados los múltiples factores que pueden inducir a este fenómeno y la decisión del juzgador sería moral o política pero no jurídica. En este sentido puede pensarse en quien empieza por simple curiosidad en plena pubertad, cuando las razones de índole psicológica lo excluyen inclusive de responsabilidad penal, o también en aquellos que debido a graves enfermedades se ven compelidos a las drogas para calmar sus dolores; y para patentizar esta encrucijada

piénsese —tal como en el caso que se comenta— en aquellos que frente a sus circunstancias personales, familiares y sociales sin alternativas posibles la buscan como paliativos a soluciones que el medio no les ofrece.

Un elemento para esta discusión nos lo ofrece el mismo sindicado en la sentencia transcrita:

"...en medio de esa droga como que existe por un momento el deseo de salir, y siento desesperación y he tratado de quitarme la vida... pero no he podido salir de esto me fui yendo por ese camino, no he sabido devolverme".

3. Indudablemente el mayor logro de la sentencia radica en su importancia desde el punto de vista político-criminal, porque implica una nueva manera de enfrentar la problemática del farmacodependiente en el contexto de su propia acción, ubicándolo como individuo social y no como parte de los esquemas institucionales en que se le encasilla políticamente para instrumentalizarlo; pero sobre todo es la utilización del derecho penal como *ultima ratio* y no como argumento válido para que el Estado continúe con el consuetudinario desconocimiento de sus deberes para con los asociados, traspasando a los tribunales la responsabilidad que le corresponde.

Realmente el consumidor no pasa de ser una víctima más en el engranaje del gran negocio de la "droga", por eso no debemos caer en el esquema reduccionista que pretende hacer de este el verdugo de la sociedad, cambiando la perspectiva macro en que se debe insertar esta problemática por la salida rápida de la criminalización del conflicto (adicto-familia).

Cuando esto ocurre olvidamos al hombre, al sindicado inerte frente al poder del Estado inmediatizado a través del aparato judicial, quien debe correr con los costos de una sociedad atemorizada y de un Estado ausente. Y es que resulta paradójico que sea *la pena* —precisamente con fines de retribución, prevención, protección y resocialización— de imposible cumplimiento en los casos de farmacodependencia, dado que el sistema carcelario tiende a la reproducción del fenómeno, la que venga a ofrecerse como solución a una problemática que tiene su origen en la incapacidad del Estado de atender las necesidades básicas de sus asociados, cuando no solo por la justificación misma del Estado que se erige como garantía para la sociedad civil, sino también como un mandato constitucional (art. 16), está obligado al cumplimiento de los deberes sociales y entre ellos primordialmente el aseguramiento de una vida digna para todos los ciudadanos.

La búsqueda de salidas jurídicas, tales como el estado de necesidad en este caso o la inexigibilidad de otra conducta como doctrinariamente se intenta, a pesar de las objeciones que en principio puedan presentar, necesariamente deben ubicar el problema de la farmacodependencia en los niveles que le son propios (y definitivamente no son los del sistema penal). Enfrentar al Estado y a la sociedad con su responsabilidad frente a los individuos que las conforman, es hacer conciencia de la responsabilidad social que nos compete frente al delito y esta debe asumirse.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN: *La perspectiva abolicionista. Hacia la supresión del sistema penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1989, 91 págs.

El profesor de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, ha puesto nuevamente sobre el tapete una discusión que desde hace algunos años se ha generalizado en diversos medios académicos vinculados con las disciplinas penales; nos referimos, como es obvio, a las tesis abolicionistas del sistema penal formuladas sobre todo por el profesor holandés LOUK HULSMAN. La diferencia es que ahora se intenta confrontar tales postulados con el derecho penal colombiano con miras a confirmar o infirmar su validez.

Formalmente hablando el trabajo consta de once acápite dedicados, respectivamente, a una introducción general al tema; el concepto, la ubicación, formas y presupuestos del abolicionismo; sus principios crítico-negativos; las posibles soluciones y propuestas; las críticas y respuestas a dicha corriente; los principios abolicio-

nistas aplicados al sistema penal colombiano; y finalmente, las conclusiones y la bibliografía referencial.

Se trata de un trabajo escrito con sobriedad, didáctico, inteligible aún para lectores no especializados, bien concebido metodológicamente. Sus destinatarios inmediatos son, por supuesto, los estudiantes que se inician en el derecho penal, la criminología y la política criminal para quienes constituye lectura obligatoria si es que aspiran a abordar estas disciplinas con una visión crítica, desmitificadora del aparato penal; y, decimos esto porque si algo se evidencia entre nosotros es la necesidad de producir un viraje radical de la metodología de la enseñanza del derecho en general, y del penal en particular, de tal manera que las diversas construcciones teóricas se expongan en contacto directo con la realidad.

Pero para lograr el anterior cometido se hace indispensable contar con herramientas adecuadas entre las cuales, como es de suponerse, la que hoy entrega a la discusión el profesor tolimense está llamada a jugar un papel importante.

A no dudarlo, el acápite más llamativo es el décimo en el cual se exponen los principios del abolicionismo desde la perspectiva del sistema penal colombiano (divididos en principios generales; relacionados con la creación de la ley; con la aplicación y ejecución de la misma), para lo cual se acude básicamente “a investigaciones, de campo y documentales, en especial, en Colombia, por colombianos” (pág. 35). Justamente, estos trabajos muestran cómo en nuestro país se ha venido generalizando un pensamiento jurídico-penal crítico que, desde la perspectiva de la criminología crítica, del derecho penal mínimo o del abolicionismo, permite evaluar con mayor claridad y hondura toda la pesada máquina penal proponiendo diversas soluciones que pronto deben cristalizarse en transformaciones reales, acorde con los cambios sociales que se avecinan.

No obstante lo anterior, se verifica con honda preocupación, el constante desfase entre muchos de esos discursos que se acuñan y la práctica cotidiana, si se tiene en cuenta que algunos de esos “críticos implacables” del sistema penal terminan a la hora de la verdad desdibujando el pensamiento crítico que pregonan a viva voz para, en cambio, legitimar lo que es objeto de censuras mientras casi en silencio contribuyen, por ejemplo, a construir lo que ÁLVARO LÓPEZ DORADO con honradez académica y política, con convicción y pulcritud ética, denomina como “derecho penal terrorista”, esto es, un derecho penal máximo que para vergüenza, entre otras cosas, ha abolido el delito político (Cfr. “El derecho penal terrorista” en *NFP* N° 42, págs. 454 y 455, mostrando ejemplos claros).

Por eso deben recibirse con regocijo planteos como los del profesor PÉREZ PINZÓN quien, sin duda, logra demostrar lo que se proponía: que el sistema penal colombiano es pasible de la crítica que el abolicionismo formula y confirma sus postulados, aunque el autor termina adhiriéndose al llamado “derecho penal mínimo” (págs. 2 y 84). Desafortunadamente, y lo decimos como crítica cons-

tructiva, el trabajo no arriba a cuestionamientos propios pues solo se limita, después de transcribir algunos criterios válidos por vía de autoridad mas no a título de conclusiones, con afirmar que “a pesar del origen foráneo de la corriente, puede y debe ser atendida en Colombia” (pág. 79).

El rigor académico impone, por lo menos desde la óptica del recensionista que no tiene que coincidir con la del autor, una valoración crítica del abolicionismo; es perentorio abrir el debate, máxime cuando se ha hecho un esfuerzo mayúsculo que no debe quedarse en el papel o en los usuales comentarios donde la pereza académica se pasea: en el “muy bien” o “muy bueno” o en el “no sirve para nada” a que estamos acostumbrados por parte de muchos escépticos o charlatanes de oficio.

Este trabajo es verdaderamente pionero y como tal debe concluir haciendo la crítica a los críticos y defensores del sistema penal, incluso a los que con dobles morales manejan el discurso dependiendo de los intereses de turno o, para recordar al máximo crítico del sistema penal en todos los tiempos: BECCARIA, dependiendo de la buena o de la mala digestión.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ
Medellín, marzo de 1990

JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ: *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, 1988, 144 págs.

En su manifestación, la conducta humana es compleja, como complejo es el estudio que sobre ella debe hacerse con el fin de subsumir en la descripción comportamental objetiva-subjetiva, “esa” particular conducta disvalorada en el derecho penal. Dentro del estudio que debe hacerse, existen categorías y conceptos que por las diversas aristas que presentan,

requieren de un cuidadoso análisis, so pena de incurrir —por su inobservancia— en interpretaciones y conceptualizaciones un tanto desviadas que podrían, en últimas, repercutir en aspectos de vital importancia tales como el de “hacerle pertenecer como suyo” el resultado (no solo fenoménico sino jurídico) acaecido al sujeto agente por la realización conductual en el mundo físico. Pues bien, uno de esos conceptos vitales a los que se alude, es la *causalidad*; y, es la causalidad, la imputación y la cualificación por el resultado, el tema que trata el profesor JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ en su monografía, que reseñaremos en estas líneas.

Advertimos la limitación que supone presentar un estudio —de una temática de por sí compleja— por medio de una reseña.

El profesor BENÍTEZ GÓMEZ, divide en tres partes su estudio: la primera hace referencia al “Estado actual de la doctrina de la relación de causalidad”; la segunda, a la “prueba de la relación de causalidad”, y, la tercera, la dedica al análisis de “Problemas específicos de los delitos cualificados por el resultado, en especial el artículo 348 del Código Penal español”, tema este que por referirse concretamente a la legislación y tratamiento jurisprudencial ibérico, no será objeto de reseña.

Así las cosas, digamos que el autor parte de que la base de que el derecho y, en especial el derecho penal, regula conductas y que estas —en cuanto a su exteriorización en el mundo fenoménico— son acontecimientos naturales. Pues bien, siendo esto así, la causalidad “propia” de los mismos debe ser la que le pertenece a las ciencias físicas naturales, entre otras cosas, porque no entiende —y lo considera un contrasentido— cómo puede existir una “causalidad normativa” ajena —por ser normativa— a la naturaleza misma de esos acontecimientos naturales o manifestaciones conductuales. Niega, por tanto, no solo la concepción de una causalidad normativa sino las diversas teorías sobre las que se podría construir este concepto, tales como la de la causalidad adecuada o adecuación, la de la relevancia y la

de la *conditio sine qua non* como método para la demostración de la relación de causalidad. No se puede —afirma— crear un concepto de causa distinto al que proviene, precisamente, de la naturaleza; es por ello que para él, la teoría de la equivalencia de las condiciones es la única que desde un punto de vista natural y científico explica la causa, entre otras cosas porque hablar de causas *adecuadas* o *relevantes*, es ontológicamente hablando un contrasentido; las causas *per se* no son ni *inadecuadas* ni *adecuadas*.

En síntesis, la teoría de la causalidad adecuada “no interfiere en la conformidad con la naturaleza de la tesis de la equivalencia de las condiciones, sino en su traslación al concepto de causalidad penal y, por tanto, en su traslación al terreno normativo de la tipicidad penal” (pág. 21). Así, pues, y conforme a lo anterior, las causas inadecuadas no serían típicas desde el punto de vista de la teoría de la adecuación; ahí radica su vital importancia como instrumento limitativo de la responsabilidad objetiva en los delitos cualificados por el resultado, comoquiera que, de no aplicarse la teoría de la adecuación, la de la relevancia o, en últimas, la de la imputación objetiva por el resultado, estaríamos en presencia de una clarísima responsabilidad objetiva puesto que, desde el punto de vista estrictamente causal, el resultado mayormente grave fue “producido” por el sujeto agente sin que haya sido —el resultado— realizado dentro de un ámbito de relación de causación normal; sería, por tanto, atípico dicho resultado.

También discurre el profesor GÓMEZ BENÍTEZ, en esta primera parte, sobre aspectos de interés tales como el significado del concepto de relación concreta de causalidad para la tipicidad; la cuestión de la pertenencia de las leyes causales generales a los tipos penales; una aproximación a los presupuestos político-criminales del problema causal; función y contenido de las leyes causales generales en la tipicidad penal, y, por último, un análisis desde el punto de vista de la causalidad de tres

sonados casos, entre ellos, el tristemente célebre procedimiento CONTERGAN (Taliomida).

En la segunda parte, el expositor realiza un pormenorizado análisis respecto de la vital importancia que en materia jurídico-penal comporta la prueba de la relación de causalidad; es así como aborda temas tales como la vigencia y límites del principio positivo de la apreciación en conciencia de las pruebas; la función y naturaleza del peritaje científico; la función de los conocimientos científicos generalmente admitidos; la prueba científica; el método científico en la prueba penal de la relación de causalidad; y, por último, lo referente a la prueba de la relación de causalidad y el principio *in dubio pro reo*.

En aras de la brevedad, y por la naturaleza misma de nuestro cometido, digamos que con respecto a la prueba de la relación de causalidad, sostiene GÓMEZ BENÍTEZ, que debe estar afinada y fundamentada en criterios absolutamente científicos, que no se vea refutada por su incompatibilidad con la ciencia o ciencias que muy probablemente habrían de explicar el nexo de causalidad. La prueba, pues, en ningún momento debe asentarse sobre baremos subjetivos, sin soporte científico alguno, so pena de adentrarse —con los perjuicios que ello implicaría—, en los terrenos de la arbitrariedad, que no son otros que los de la injusticia. Por tanto, para ser eficaces las pruebas deben tener una naturaleza científica de forma tal que pueda emitirse sobre ellas un concepto —también científico— que permita al juzgador ante un caso concreto y específico y de acuerdo con la libre valoración de la prueba, predicar la relación de causalidad. Se requiere que el juez pueda fundamentar lógica, racional e incluso científicamente la existencia de la relación de causalidad, no obstante no existir un reconocimiento científico general sobre la causa misma del resultado. Para decirlo en palabras del autor, “la prueba de la relación de causalidad se produce, pues, cuando tal refutación no tiene lugar, es decir, cuando en el conjunto de la

actividad probatoria aparece, también, fundamentada la *posibilidad* científico natural del nexo causal y no, por tanto, la *certeza absoluta* sobre la ley causal general y, en concreto, sobre el mecanismo del efecto producido” (pág. 59). —Las subrayas son nuestras—.

Para terminar, cabría preguntarse, cómo explicar la exigibilidad de una teoría fundamentada desde un punto estrictamente causal como es la de la equivalencia de las condiciones para el predicamento de causalidad en materia jurídico-penal, cuando —como él mismo lo acepta— es absolutamente imposible desde el punto de vista científico, determinar cuál o cuáles fueron las causas que llevaron a la producción en el mundo fenoménico de ese específico resultado. Creemos que el poder determinar la real causa del resultado acaecido no es, pues, un simple problema probatorio sino una imposibilidad estrictamente científica.

Sirva lo anterior para manifestar que la Revista saluda complacida la aparición de este trabajo que entra a engrosar la bibliografía hispanoamericana sobre tan espinosos tópicos y, a su vez, invita a los estudiosos de las ciencias jurídico-penales a su lectura; con la esperanza de que —sobre una viva e inteligente polémica— se camine por los senderos que conduzcan siempre a un mejor entendimiento de la conducta humana.

CARLOS JAIME TABORDA T.
Medellín, Abril de 1990

REVISTA DOCTRINA PENAL: *Teoría y práctica de las ciencias penales*, núm. 44, año 11, Buenos Aires, Depalma, 1988.

De excelente podemos calificar esta publicación argentina que dirige el profesor Ricardo C. Núñez. Dividida en ocho secciones, la Revista constituye valioso documento académico e informativo, particularmente como instrumento bibliográfico y de actualización en materia de publicaciones.

En su sección de DOCTRINA, encontramos cuatro trabajos que reseñaremos a continuación:

— Roberto Bergalli, “El control penal en el marco de la sociología jurídica”. Quienes hayan seguido de cerca el trabajo del criminólogo argentino, encontrarán en este artículo una perspectiva de enfoque diferente, como quiera que, sin abandonar la influencia retórica de la criminología marxista, aborda el tema a partir de tres hipótesis socio-jurídicas: la legitimación, el nivel de creación de la norma y el nivel de aplicación. Es preciso resaltar, en el contexto de su exposición, dos puntos concretos como son el problema de la ideologización del sistema de justicia, y el surgimiento en los países periféricos (léase Latinoamérica), de una tendencia autoritaria a extender inmoderadamente el control penal.

— Juan Carlos Ferré Olivé, “Los delitos contra la Hacienda Pública en el derecho español”. Un trabajo especialmente interesante para los españoles, cuyo sistema judicial enfrenta actualmente una lucha bastante desconsoladora contra la evasión fiscal. Como ensayo académico su calidad es indiscutible; no obstante, nos parece que su utilidad teórica en nuestro medio es bastante reducida.

— Mario Magariños, “Garantías constitucionales del derecho procesal penal”. Magnífico trabajo de derecho procesal el que realiza este autor. En cuatro acápites que se refieren al debido proceso, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el juez natural, se concretan ideas claras, sencillas y profundas sobre un tema que nunca deja de ser actual en la doctrina.

— Manuel de Rivacoba y Rivacoba, “Técnica y política en la reforma penal”. Tres hojas llenas de verdad componen este escrito del ilustre catedrático argentino. Rivacoba pone el dedo en la llaga de la legislación penal, para dejar en claro con pocas palabras que la ley penal no puede ser el producto exclusivo de la clase política, ni de una élite reducida de juristas y cuán preciso es distinguir el nivel de participación que tienen ambas en la génesis del ordenamiento punitivo. Es un artículo de lectura obligada.

En la sección de JURISPRUDENCIA merece comentario especial el estudio de Alberto Binder titulado “Ofensas a los gobernantes: crítica política e injusto penal”. Analizando un fallo de la Sala II de la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional. Binder se adentra en la difícil tarea de delimitar entre el contenido propio de la crítica política y aquello que es constitutivo de injusto penal. Un buen enfoque del problema, donde es preciso resaltar que el aporte de Binder radica en señalar cuáles son los elementos estructurales de la crítica política para, a partir de ellos, precisar ulteriormente cómo la crítica se adentra en el campo de lo ilícito, cuando esos elementos delimitadores se desdibujan.

Finalmente, resulta propio sugerir la lectura del “Proyecto de delitos de lesa humanidad” propuesto por el Colegio de Abogados del Uruguay, así mismo como los juiciosos comentarios que sobre él realiza Rodolfo Schurmann, en la sección de LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

SERGIO UPEGUI KAUSEL
Medellín, abril de 1990

LABORE ET CONSTANTIA