

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Fundador

Leihgabe Prof. Ambos

EDITORIAL

¿Una "Ley de Punto Final" en Colombia?
Kai Ambos.

57

DERECHO PENAL

Los valores humanos y el poder punitivo del Estado.
Ernesto Sáa Velasco

A propósito de la interpretación de la ley penal.
José Hurtado Pozo

Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992.
Emiliano Borja Jiménez.

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

El sistema penal contravencional en la ley 23 de 1991
(ley de descongestión de despachos judiciales).

Grupo de Estudios del Centro de Investigaciones Sociojurídicas
de la Universidad de Medellín

El estereotipo de la droga: ficción y realidad.
Alfonso Zambrano Pasquel

La Convención Internacional de los derechos de la infancia:
del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-
adolescencia como sujeto de derechos

Emilio García Méndez

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional: El decreto 2266 de 1991 es contrario
a la Constitución. (Salvamento de voto)

Carlos Gaviria Díaz

Comentario: Fernando Velásquez V.

Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales: Inobservancia
de la prueba obtenida ilegalmente.

José Fernando Reyes Cuartas

Comentario: Arnando Luis Calle Calderón

CO/XIV
F/Z

2345

JULIO

AGOSTO

SEPTIEMBRE

1992

Fundador
NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Coordinador
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ
MARIO SALAZAR MARÍN

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ

Auxiliares

Mario Alberto Arenas Alzate
Sandra Cristina Mora Soto
Luz María Mejía Salazar
Clara Luz Pérez Pérez

Pedidos y suscripciones: Editorial Temis
Apartado Aéreo 12008
Santa Fe de Bogotá

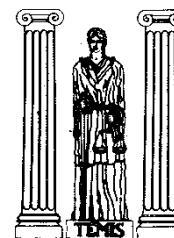
Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006
Medellín

AÑO X • Julio • Agosto • Septiembre • 1992 N° 57

Licencia 00577 de 1985

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



EDITORIAL TEMIS
Santa Fe de Bogotá
1992

A. A. 53006 Medellín

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

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

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

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

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

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

	PÁG.
¿Una "Ley de Punto Final" en Colombia? Kai Ambos	311

DERECHO PENAL

Los valores humanos y el poder punitivo del Estado. Ernesto San Velasco	319
A propósito de la interpretación de la ley penal. José Hurtado Pozo	327
Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992. Emiliano Borja Jiménez	319

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

El sistema penal contravencional en la ley 23 de 1991 (ley de descongestión de despachos judiciales). Grupo de Estudios del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de Medellín	369
El estereotipo de la droga: ficción y realidad. Alfonso Zambrano Pasquel	409
La Convención Internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. Emilio García Méndez	421

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional: El decreto 2266 de 1991 es contrario a la Constitución. (Salvamento de voto). Carlos Gaviria Díaz.	
Comentario: Fernando Velásquez V.	435
Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales: Inobservancia de la prueba obtenida ilegalmente. José Fernando Reyes Cuartas	
Comentario: Armando Luis Calle Calderón	443

BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

¿Una "Ley de Punto Final" en Colombia?¹

El 11 de junio de 1992 el Congreso de la República aprobó el proyecto de ley núm. 68 de 1992, "Por la cual se dictan algunas disposiciones en materia de procedimiento penal", habiéndose consignado en el texto del artículo primero lo siguiente:

"Cuando en cumplimiento de lo dispuesto en una ley que decreta amnistía, faculte al gobierno para conceder indultos o prevea la cesación de procedimiento en desarrollo de una política de *reconciliación*, se hubiere ordenado la cesación de procedimiento, habrá lugar en cualquier estado del proceso a la aplicación plena de los principios de favorabilidad y cosa juzgada. Así mismo, se agotará el ejercicio de la acción penal respecto de las personas beneficiadas frente a *todos* los hechos objeto de la misma y si fuere procedente se ordenará el archivo del expediente" (cfr. art. 1º de la ley 7 del 3 de julio de 1992. Subrayas fuera del texto).

A no dudarlo, de la lectura del precepto transcrito surgen dos preguntas claves de interpretación, tarea poco sencilla si se tiene en cuenta la formulación antitécnica y gaseosa de la norma: en primer lugar, cabe indagar quiénes son las "personas beneficiadas"; y, en segundo lugar, cuáles son los delitos incluidos.

En cuanto a las "personas beneficiadas", una lectura *literal* de la disposición no brinda ninguna respuesta clara, pues, así se alude a la "política de reconciliación", no se menciona a ninguna persona o grupo en particular; no obstante, una interpretación *histórica* y *teleológica* ofrece más claridad. En efecto, acudiendo al primer método debe recordarse el Proceso de Paz iniciado por el gobierno de Turbay a comienzos de los años ochentas, acompañado por las leyes

¹ Quiero dar mis agradecimientos al Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ, profesor de derecho penal en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín (Colombia), por su colaboración en la redacción final del presente texto.

37 de 1981, 35 de 1982, 49 de 1985, 77 de 1989, así como del decreto 213 de 1991, que finalmente encontraron su conclusión en el art. transitorio 30 de la nueva Constitución de 1991, el cual se refiere a los "miembros de grupos guerrilleros". Teleológicamente, a su turno, se puede leer en la Exposición de Motivos² que se trata de "aclimatar, por todos los caminos, la multiaplazada paz", lo cual incluye, por supuesto, acuerdos con los alzados en armas. Finalmente, dado el contexto político de la ley (un juez de orden público formuló pliego de cargos contra 31 miembros de la cúpula del M-19 y ordenó investigar al entonces presidente Betancur y a su ministro de Defensa, general Vega Uribe, por delitos cometidos en la toma del Palacio de Justicia en noviembre de 1985)³, es obvio que el objetivo es impedir una posible persecución penal de las personas mencionadas, por lo cual se puede, entonces, concluir que la ley beneficia a miembros del citado movimiento, así literalmente no mencione a ninguno en particular.

En cuanto a los delitos incluidos, o mejor dicho no excluidos, la norma es infortunadamente mucho más clara, pues se refiere a "todos los hechos objeto de la misma" (alude a la acción penal), es decir, incluye cualquier hecho punible, sin importar cuál sea su gravedad; este es, justamente, el aspecto que llama la atención y causa mayor preocupación. En efecto, el legislador, supuestamente "con el apoyo de todas las fuerzas políticas"⁴, decreta un impedimento general de persecución penal sin ninguna distinción en torno a las entidades delictuales, ignorando no solo la normatividad nacional existente, incluida la Constitución, sino también el derecho internacional de los derechos humanos, que es el sustento de ella.

Las leyes nacionales sobre la materia, ya mencionadas, lo mismo que el art. 30 transitorio de la Norma Fundamental, se refieren a "delitos políticos y conexos", excluyendo "delitos atroces" y los "homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima", los cuales no pueden ser objeto de amnistía, indulto o cualquier otro mecanismo de impunidad; gracias a esta normatividad, es bueno destacarlo, Colombia era considerado un país modelo en relación con la concesión de tales beneficios respetuosos del derecho internacional. Ello se explica, porque la exclusión de delitos particularmente graves es nada menos que el reconocimiento de diversos acuerdos de carácter supranacional en materia de derechos humanos —en su mayor parte leyes de la república—⁵ que, por

su índole de *ius cogens*⁶, prohíben la impunidad de los llamados "crímenes de lesa humanidad", incluyendo dentro de ellos violaciones graves a los derechos humanos, sobre todo de la población civil, como son el genocidio, la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones sumarias etc.⁷.

Para una mejor ilustración de lo planteado, bien vale la pena reseñar los acuerdos más importantes: en primer lugar, aparecen los cuatro *Convenios de Ginebra* de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977, que forman el derecho internacional humanitario y contienen un marco mínimo para la aplicación de los derechos humanos en caso de conflictos internos (art. 3 común)⁸; así mismo, en segunda instancia, cabe mencionar la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, de 1948, en la cual se define este hecho punible como un crimen internacional, y en su art. III se prevé la obligación de castigarlo. También, en tercer lugar, debe aludirse a la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad* del 26 de noviembre de 1968, que prohíbe en su art. IV la prescripción de la acción penal, o la de la pena, cuando se trata de los hechos punibles mencionados; y, para terminar, en cuarto lugar, puede verse la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* del 10 de diciembre de 1984, en cuyo art. 4º, inc. 2, se consagra la obligación expresa de castigar la tortura⁹.

De esta manera, en relación con lo anterior, no cabe duda de que la ley aprobada por el Congreso colombiano viola abiertamente el derecho internacional.

Ahora bien, si de buscar los antecedentes de dicha norma se trata, ellos tienen su cuna en las famosas y reprochables "Leyes de Impunidad", expedidas en Chile, Argentina y Uruguay en años pasados. Por ello, para ubicar al lector, es procedente

⁶ Según el art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, se considera una norma como *ius cogens* cuando es "accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted..." [aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto, como norma cuya derogación no está permitida]. Por lo tanto, el *ius cogens* tiene como condición un reconocimiento universal y que se refleje en la práctica de Estados (véase VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3 Auflage, Berlin, 1984, §§ 524-531). Dado el desarrollo normativo e institucional en la protección de los derechos humanos, sobre todo dentro del sistema de la ONU, los derechos fundamentales deben ser considerados como *ius cogens* (cf. art. 56 de la Carta de la ONU que, como parte del *ius cogens*, obliga a los Estados miembros a reconocerlos y respetarlos; véase VERDROSS/SIMMA, *op. cit.*, § 97; MATTAROLLO, en *Tribunal permanente de los pueblos*, Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad, Bogotá, 1991, págs. 387 y ss.).

⁷ Véase sobre el término "Crímenes de Lesa Humanidad" y la obligación de castigo: RIGAU en *Tribunal Permanente de los Pueblos*, Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad, Bogotá, 1991, págs. 332 y ss.; MATTAROLLO en *ibid.*, págs. 388 y ss.; HERMAN WEBER, "St. Helena oder Nürnberg? Die Grenzen der strafrechtlichen Verantwortung in Völkerrecht", in *Vereinte Nationen*, 6/1990, pág. 205.

⁸ Véase MATTAROLLO, en *ibid.*, págs. 394 ff. En cuanto a su aplicación a la guerrilla: FRANCISCO EGUIGUREN, "¿Puede sindicarse a los grupos terroristas como responsables de violaciones de derechos humanos?", en *Boletín 33* (junio 1992), Lima (CAJ), pág. 33; HERNANDO VALENCIA V. (1991b), "Status de las partes contendientes en el conflicto armado interno de Colombia", en *Boletín 29* (julio 1991), Lima (CAJ), S. 23.

⁹ Véase también el art. 6º de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura del 9 de diciembre de 1985.

² Ver *Anales del Congreso*, jueves 18 de junio 1992, págs. 2 y ss.

³ *Comisión Andina de Juristas*, Informativo Andino 67, junio 1992, pág. 3.

⁴ *Anales del Congreso*, cit., pág. 4.

⁵ Véase, en cuanto a la relación entre derecho internacional de derechos humanos y derecho colombiano: *Comisión Andina de Juristas*, seccional colombiana 'Grupo de Estudios Carlos Valencia García': *Concordancias y discordancias*, Bogotá, 1991.

recordar las regulaciones expedidas en dichas naciones: el *decreto-ley 2.191* del 18 de abril de 1978, expedido por el gobierno del general Pinochet, impide cualquier procedimiento penal contra personas que, en su calidad de autoras, cómplices o encubridoras, hayan cometido actos delictivos entre el 11 de setiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978¹⁰; la *ley 23.492* del 24 de diciembre de 1986, expedida durante el gobierno de Alfonsín, más conocida como "Ley de Punto Final", permite en la Argentina la extinción de la acción penal contra todo miembro de las fuerzas de seguridad, dentro de un plazo de 60 días, cuando se trate de cualquier delito cometido entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983 con ocasión de la lucha "antisubversiva"¹¹. Y, finalmente, la *ley 15.848* del 22 de diciembre de 1986, denominada "Ley de Caducidad", posibilita al Estado uruguayo renunciar al ejercicio de la acción penal respecto de los delitos cometidos hasta el primero de marzo de 1985 por parte de las fuerzas de seguridad¹².

Infortunadamente, nada de lo anterior se dijo en la Exposición de Motivos de la ley que motiva este comentario, habiendo preferido el legislador acudir a fórmulas gaseosas, a justificaciones de tipo político (como la paz y la reconciliación), a declaraciones ambivalentes, etc., a pesar de que debieron conocerse los contenidos de las normatividades nacionales e internacionales, así como las penosas motivaciones oficiales de las leyes expedidas en los países del Cono Sur, ya mencionadas; habría sido más honesto al menos consignar que se trataba de impedir la persecución penal de la cúpula del M-19, hoy aliado de la clase política dominante. ¿Por qué, cabe preguntar, no se le dice al país la verdad y se reconoce que en cumplimiento de un pacto político se han sacrificado principios trascendentales en materia de derechos humanos? La respuesta parece ser clara: el Congreso no quiere aceptar que ha desconocido dichos postulados, por lo demás ampliamente reconocidos en la Constitución, no obstante lo cual lo ha llevado a cabo, y todo parece indicar que nadie, incluso el órgano legislativo (!) se ha dado cuenta de ello.

Por ello, de la manera más respetuosa, cabe recordarles a los honorables congresistas que el respeto de los derechos humanos no es negociable y que el oportunismo político es el peor consejero cuando se trata de protegerlos; el marco legal existente,

tanto en el plano nacional como internacional, no es un mero formalismo ni tampoco lo es la obligación moral, política y jurídica de perseguir penalmente las transgresiones de los derechos humanos. El sentido de esta obligación es obvio: la posible sanción pierde su efecto intimidatorio si el autor del crimen ya sabe que será eximido de pena; ello es más grave cuando se piensa en leyes que, como la criticada, ni siquiera se toman el trabajo de mencionar a los beneficiados dejando —gracias a su carácter indeterminado y sus contornos imprecisos— las puertas abiertas para que en el futuro otros violadores de los derechos humanos (posiblemente uniformados) puedan con el mismo derecho acogerse a ellas.

El anterior es, justamente, el tipo de *impunidad* que facilita y favorece las violaciones de los derechos inalienables de la persona humana y dificulta su protección; por ello, cabe concluir, si se cometieron "delitos atroces", "crímenes de lesa humanidad", por parte de personas que hoy pertenecen a la clase política del país, tales hechos deben ser perseguidos y debidamente sancionados, independientemente de la filiación política de sus autores. En un Estado de derecho real la justicia no puede someterse a manejos caprichosos y arbitrarios, o ser objeto de negociaciones políticas.

¡Es urgente, pues, un debate nacional amplio y honesto sobre esta ley, de tal manera que mediante la convocatoria a un referéndum popular sea excluida del ordenamiento jurídico colombiano! ¡El precio de esta negociación política es demasiado alto para la protección y tutela de los derechos humanos!

Dr. jur. KAI AMBOS

Investigador del Instituto Max Planck
de Derecho Penal Extranjero e Internacional
Freiburg im Breisgau, R. F. A.

¹⁰ *Diario Oficial* 30.042 del 19 de abril de 1978 (Santiago de Chile). Véase también: MANUEL GUZMÁN V., "Decreto-ley 2191 de 1978 sobre amnistía", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, págs. 115-123 (1991); JORGE MERA F., "El decreto-ley 2191 de amnistía y los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derechos Humanos*, 11 (1989); HERNÁN MONTEALEGRE K., "Justicia y derechos humanos", en *Pastoral Popular* núm. 200, Santiago, 1990.

¹¹ *Legislación Argentina* 1986-B, pág. 1100. Véase también MARCELO SANCINETTI, "Validez y alcance del proyecto de «Punto Final»", en *Doctrina Penal*, núm. 37, enero-marzo 1987 (vol. 10), pág. 117; JULIO B. MAIER, "El proyecto de «Punto Final»", en *Doctrina Penal* núm. 37, enero-marzo 1987 (vol. 10), pág. 141.

¹² Véase MATTAROLLO, en *ibid.*, pág. 400; LUIS PREZ A., "Efectos del no cumplimiento de la ley de Caducidad de la Pretensión punitiva del Estado", en *SERPAJ*, Uruguay: *Derechos humanos en Uruguay*, Montevideo, 1989; FERNANDO URIESTE B., "La Ley de Caducidad ante los compromisos internacionales del Uruguay", en *ibid.*

DERRECHO PENAL

Los valores humanos y el poder punitivo del Estado

*Ernesto Saa Velasco**

1. EL PROPÓSITO TENTATIVO

Nuestra pretensión inmediata es la de contribuir de algún modo a la creación de una conciencia sobre la necesidad urgente de rescatar los valores humanos abatidos por la descomposición ética individual, social y, la más grave, la gubernativa.

Es un hecho sentido y palpitante el de la corrupción total; muchas pruebas suceden en el transcurso de los días, los años y las décadas, es un acontecer "patente" que exonera de toda prueba.

De sus múltiples efectos el más delicado es la indiferencia colectiva, prolongada en la nombrada "cultura de la muerte" o asimilación de la crisis; nos hemos acostumbrado al atropello de dones tan caros como los derechos esenciales, padecemos el dominio del estilo latinoamericano de convivir con la muerte y jugar la vida.

Impera el mundo de los contravalores y el consiguiente espectáculo de la "deshumanización de la civilización".

Nuestro intento se encamina a resaltar al ser humano, a motivar la reflexión sobre cómo encontrar los medios para armonizar o, por lo menos, acercar las instituciones a la persona humana.

2. EL HOMBRE, TITULAR DE DERECHOS SUPERIORES

Consideramos óptimos los conceptos que coinciden en el siguiente elemento cualitativo del hombre: "unidad biointelectiva, síquica y social", es decir, surgida de este mundo y, por lo tanto, en su trayecto-

* Profesor de la Universidad del Cauca

ría milenaria de evolución, quedaron impresas las leyes biológicas que, a su vez, tomaron otros y distintos caminos evolutivos transformándose dialécticamente sin negarlas en sus propiedades.

En un momento sin historia llegó a ese primitivo cerebro una chispa de luz inteligente; entonces, ese ser rudimentario tomó conciencia de sí mismo, nace el Yo; pero no estaba solitario, y otros semejantes le acompañaban, se agregan las nociones de Tú y de Nosotros; era ya dueño del intelecto, al conocimiento meramente sensitivo se suma el intelectual; aprehende las sustancias de las cosas, las compara, deduce, induce, sintetiza y analiza; el proceso del conocimiento va adquiriendo dinámica sin fin, elevándose y a veces pasando a terrenos de la ficción.

Entre los compañeros de grupo está la mujer, obra el instinto y engendra hijos, estableciéndose lazos de afecto y de intimidad; lo embrujan los episodios naturales, la belleza de la mujer, la ternura del niño, el amor de la madre. Es el complejo mundo síquico, lleno de sentimientos y de conductas exteriorizadas hasta hoy no explicadas.

Los miembros del grupo tenían que convivir, mantener la convivencia, actuar conforme a unos valores y fines, trabajar para el progreso; inventa entonces instituciones con plataformas axiológicas y de télesis; el hombre está dando pasos hacia zonas sociales-políticas.

Todos estos avances son concretados en instrumentos de trabajo para transformar y traer mejores situaciones; graba en pinturas, en la música, en la danza los trayectos del recorrido vital, imagina dioses y rituales ante el desenfreno de las fuerzas naturales, construye instituciones políticas y jurídicas; a todas esas manifestaciones les confiere un sentido que se esconde tras los aspectos externos y que solicitan ser extraídos e interpretados.

Sin lugar a dudas, había nacido un ser extraordinario, constructor de cultura, de la historia, de estructuras sociales.

Tan renovador nuevo ser, "materia altamente organizada", es, en sí mismo, un "microcosmos", con leyes, contradicciones, movimiento, etc.; en él está latente la dialéctica, su inobjetable existencia actuando en las esferas del universo, de las ideas, la política, el derecho.

La modelación de formas en las cuales cristalizan las dimensiones del hombre (arte, elementos culturales, sistemas ideológicos, ciencia, etc.) son denominados por el profesor RECASÉNS SICHES "vida humana objetivada", elaboraciones humanas que se desprenden del autor o autores vistos individualmente para tomar una extensión colectiva y pasar a ser "patrimonio social".

Las obras literarias, jurídicas, políticas, artísticas, "desafían el tiempo" guardando procesos sociales con sus ideales, causas y realizaciones; están allí objetivadas para ser investigadas y como fuentes profundas de conocimiento.

Retomando los consejos del inigualable BORGES, relativos a su noción de biblioteca, afirmamos que en cada obra yace, encantado, un genio de la humanidad; el investigador lo saca de su ámbito mágico para comenzar un diálogo fecundo, en el cual aquel relata, suministra su versión, pero estimula el cuestionamiento y lleva a continuar pensando.

Por consiguiente, la *Esfinge* habla, el *Quijote* nos señala la comprensión de lapsos históricos fascinantes, *Cien años de soledad* nos remonta a realidades traducidas formalmente en ficción, el tango nos traslada a la taberna llena de hombres envueltos por la soledad y los fracasos.

3. EL PENSAMIENTO SELECTO DE LA CIENCIA

El pensamiento marcha en ascenso, sube en espiral ensanchándose infinitamente, va superando fases, conquistando espacios no previstos en décadas pasadas.

En este sendero de búsqueda y refinación el hombre inventa, utiliza las leyes naturales, sociales, biológicas, las dirige y encauza.

Resultan así unas estructuras de tecnologías, dispositivos, utensilios, instrumentos que satisfacen las necesidades, ayudan y facilitan los éxitos de las tareas cognoscitivas.

La sociedad contemporánea cuenta con aparatos de manejos sencillos, capaces de responder a los caprichos y exageraciones.

De este modo, la "tecnología", categoría universal pronunciada por todos, incomprendida pero sentida, espléndida sorpresa por sus formidables productos, se ha apoderado del mundo; estamos frente a la guerra, la competencia y el cotejo de las tecnologías.

El hombre ha querido traspasar a esos aparatos su intelecto; las "máquinas inteligentes" "trabajan" con mayor cantidad y calidad, obtienen otros conocimientos y presuntamente reemplazan a la inteligencia.

Pero la naturaleza no permite el traslado puro de la inteligencia, de su esencia, y solo permite el otorgamiento de una "inteligencia mecánica o programada".

No obstante, es tan inmensa e intensa esa fuerza tecnológica, que dobléa al mismo hombre, quien se postra ante su obra rindiéndole culto; es el dominio del objeto sobre el sujeto, devastador "fetichismo tecnológico".

Su grado mayor es la entrega al objeto diseñado de sobrenaturales poderes, suficientemente extensos como para destruir el planeta con el sacrificio del hombre y sus valores; es, sencillamente, el olvido absoluto de que la tecnología es un medio pero nunca un fin en sí misma.

La rendición humana a las producciones humanas cubre calamitosamente todas las superficies; los extremos de la unidad, medio y fin, están invertidos.

4. EL DERECHO DEJÓ DE SER MEDIO PARA CONVERTIRSE EN FIN

El derecho es producción humana; por consiguiente, en cualquier orden jurídico debería circular el ideario de dignificar, engrandecer y ennoblecer al hombre.

Singularmente a partir del régimen democrático liberal, el ideal humanista es, teóricamente, el más ferviente deseo; en la democracia burguesa y en la socialista el centro de gravedad siempre es el hombre.

A pesar de lo sostenido doctrinalmente el orden legal es transformado en fin, a cuya realización tiene que llegarse, no importan las consecuencias que acarree el recorrido de su ruta.

Las exégesis, las escuelas técnicas, las posiciones dogmáticas jurídicas pregonan bondades y virtudes intrínsecas de la ley, amparadas con la presunción de ser disfrutadas, dadas sus propias naturalezas; así, ratifican el espacio abstracto del "deber ser", de la normatividad jurídica flotando aislada del mundo de los hechos, del "ser".

5. EL HUMANISMO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

El tema de los derechos humanos compone en esta Carta Política un verdadero "estatuto", con repercusiones notables en todos los campos; es apreciado como su "núcleo axiológico" o punto de referencia necesaria en cualquier aspecto de interpretación del orden jurídico, su fuerza de atracción es irresistible y concentradora.

Ese estatuto de derechos toma a la persona humana en su compleja totalidad: unidad bio-intelectiva-síquica-social.

Por su texto pasan excelentes facultades: la dignidad, la intimidad, la honra, el trabajo, la enseñanza, la información, la investigación y la familia; frases como las de reconocimiento y realización de la personalidad que recuerdan la vieja *Declaración de Virginia* cuando consagró la felicidad como anhelada prerrogativa y aspiración universal; y la preservación del medio ambiente, de su mundo, del cual surgió.

Sin lugar a dudas, es un foco constitucional de fuerza invencible.

Son pocas las palabras que resumen estos enunciados: "Estado Social de Derecho"; un Estado regido por leyes preestablecidas públicamente, el ejercicio de un poder político bajo una ordenación de competencias delimitadas, todo con un contenido radicalmente humanista.

Por otra parte, el hombre concreto, en situaciones económicas, sociales, culturales, síquicas, intelectivas y fisiológicas ciertas, es el destinatario principal de las leyes.

Correlativamente, es obligación del Estado establecer las condiciones específicas para que todos y cada uno gocen de los favores de la teoría humanista que inunda el articulado constitucional y legal.

El ciudadano más humilde debe sentir el respeto y el reconocimiento de su ser y de sus valores por el Estado, la sociedad y sus miembros.

6. LA DESHUMANIZACIÓN DEL DERECHO, DEL ESTADO Y DEL GOBIERNO

Reiteramos que, deplorablemente, la aplicación del derecho dejó de ser medio para dar vigencia a fines y valores, se lo rodeó de simulaciones, tornándose en herramienta descontrolada de la infamia, de la descomposición y de la indignidad; vivimos la deshumanización del Estado y del derecho.

Al averiguar las causas últimas del fenómeno, hallamos entre otras:

Las contradicciones de la misma Constitución; citamos una evidente: fue propósito defendido el de moldear las funciones extraordinarias y las de excepción (arts. 150, num. 10, 213 y 214).

La prohibición al Congreso de delegar funciones para expedir códigos mira inmediatamente a los códigos penales, en los cuales se definen los bienes, valores y fines protegidos mediante conductas colectivas o individuales delictivas por implicar lesiones a dichas especificaciones.

Este punto es de suma delicadeza y el mejor sitio para tratarlo es el Congreso, entidad deliberante, abierta, contradictoria, pluralista; mucho peligro encarna confiar su elaboración al gobierno, órgano cerrado, jerárquico, de discusión restringida y unilateral.

Es inobjetable: la intención indeclinable del constituyente de 1991 fue la de extirpar el estado de sitio, dispositivo usado por los gobiernos para la ruina de los derechos humanos; en tal dirección quiso trazar causas exactas para asumir esas potestades: solo los atentados colectivos contra las instituciones; sin embargo falló en la precisión, con lo cual dejó abierta la brecha para beneficio y solaz de los encargados de tergiversar y torcer lo propuesto.

Únicamente observamos cambio de nombres, la "conmoción interior" continuó el antiguo estado de sitio por obra de los falsos intérpretes y malabaristas jurídicos.

Sumamos un factor grave: el progresivo militarismo que acompaña a los gobiernos carentes de legitimidad social ante la creciente crisis, enfrentamientos institucionales, corrupciones internas y el actuar constante de contrapoderes.

Estamos presenciando la deshumanización del Estado y del derecho.

7. SU REFLEJO EN EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Repasemos las siguientes premisas:

A) El Código Penal y el de Procedimiento Penal son los canales que conducen a la eficacia de los derechos y garantías; los vacíos que puedan afectarlos, los desvíos en sus prácticas y deducciones, la ausencia de lógica sistematizadora, ponen a la deriva todo el conjunto constitucional de los derechos humanos; el fracaso o la poca fortuna en su expedición y experiencia apuntan contra el núcleo axiológico de la Constitución.

B) El hombre expuesto al poder punitivo del Estado tiene en dura incertidumbre su presente y porvenir, individual y familiar; la reclusión, la separación, la censura, y el desprecio sociales son elementos perturbadores lentos y tenaces de la estructura intelectual, síquica, biológica y social.

C) Por ello la Constitución es tan celosa en cuanto a las seguridades individuales del juzgamiento.

El art. 29 de la nueva Carta Política resplandece en ese núcleo axiológico; allí se congregan en interrelación, reciprocidad y complementación, las protecciones para el correcto juzgamiento.

El debido proceso, la publicidad, competencia innegable, tipicidad absoluta, penas definidas, controversia indudable de la prueba, nulidades constitucionales,

ley permisiva, presunción de inocencia, la defensa plena, la impugnación de la sentencia condenatoria, el derecho a ser juzgado por jueces y leyes de su país, apretada pero reveladora síntesis intachable del cuidado constitucional en el rumbo del poder punitivo.

El art. 228 nos indica una justicia independiente y la prevalencia del derecho sustancial; el 230 nos remite al sometimiento legal, pero no a la ley fría y rígida, sino a la interpretada racionalmente; hallamos en él la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho como criterios auxiliares de la actividad judicial.

Son valores que cristalizan en la realidad, en hombres de este mundo, en situaciones socio-económicas y culturales y previo examen de la complicada interioridad humana; el artífice, únicamente puede ser un gran intérprete.

8. LA REPRESIÓN OCULTA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Nada de fortuna ni de acierto exhibe la vigencia de este importante medio de guardar los derechos humanos.

La expedición, en virtud de delegación constitucional transitoria, ya configura para el mismo gobierno una causal de perturbación del orden público.

La denominada "justicia de orden público", que abarca escogidos delitos de carácter político y de protesta social, despliega disposiciones restrictivas preocupantes.

La regularidad de las conocidas como "disposiciones abiertas" con modelos de conductas castigables tan inciertas que multiplican las facilidades para incluir actos similares, parecidos o con conexidades accidentales.

El "juez desconocido" y oculto que borra burdamente la apreciada garantía del "juez natural", del juzgador en contacto ininterrumpido con el sindicato explorando las hondas raíces del sujeto, de sus contornos sociales, económicos y culturales. Un juez capaz de comprender globalmente y no de manera mecánica el acto-delito.

Los poderes extremos de la Fiscalía General, implantada con el sistema acusatorio, su estricta jerarquía, la jefatura de la policía técnica judicial, habilitada para tomar decisiones judiciales así sea al comienzo de la investigación, son hechos que rompen bruscamente la armonía del proceso.

No descartamos que unos funcionarios investiguen y otros juzguen, pero sin el corte drástico e incommunicados, como si se tratara de dos períodos diferentes.

Tampoco deseamos la actividad de la policía técnica judicial: se requiere de su concurso, pero en ningún caso autónomamente, porque a la tarea mecánica de constatación y recolección de pruebas y adelanto en diligencias preliminares deben llegar la inteligencia, la racionalidad y la dirección del juez o fiscal.

La prueba no puede reducirse a la rutina ni a la suficiencia en sí, requiere también del intelecto que la descifre y califique.

La modalidad de la "negociación de la pena" y el estímulo para confesar, delatar y denunciar mediante la oferta de rebaja y de dinero son actos estatales de perversión humana, de presión indebida, de coacción por medio del dinero, tolerantes de iniquidades y envilecimientos.

Este panorama revela sencillamente la práctica aberrante de un lema fascista, de una terrible y tenebrosa consigna:

Acudiendo a la noble causa de conseguir una correcta administración de justicia, se está ocultando y encubriendo la más grande persecución política y social.

Cuestión de esencia tan elevada como la justicia es tomada atrevidamente como pretexto para sancionar, neutralizar, perseguir y golpear a líderes sindicales, a dirigentes cívicos, a los movimientos de protesta colectiva.

No es mera coincidencia que con las reformas a la justicia marche rápida y efectivamente el fortalecimiento desmesurado de las fuerzas militares, de la policía y de las entidades de seguridad del Estado, mientras suben los índices de la delincuencia común y no cesan las condescendencias con el narcotráfico.

No admiten una explicación razonada, dentro de la posible compatibilidad en un programa de gobierno, de estos dos fortalecimientos: el de la justicia y el del ejército. Saltan a la vista, entonces, los oscuros designios de la ilegitimidad social gubernativa.

Nos corresponde presenciar el largo desfile de las reproducciones dialécticas del enjuiciamiento kafkiano; el territorio colombiano está colmado de un número indefinido de J. K., el enigmático personaje del también solitario e incomprensido autor de *El proceso*, quien, sin embargo, lo usó para mostrar su clarividencia. ¡Qué hermosa unidad dialéctica! Un misterioso personaje portador de un clarísimo mensaje.

Así termina su proceso, con el ajusticiamiento, sin haber visto por unos instantes a sus juzgadores y testigos, ignorando los móviles del juicio y la falta cometida:

"Uno de los hombres cogió a J. K. por el cuello y le hundió el cuchillo clavándolo un par de veces más. Con los ojos ya velados todavía pudo distinguir a los dos señores que se inclinaban sobre él, con las caras juntas, observando el final.

"¡Como un perro! musitó, como si la vergüenza fuere a sobrevivirle".

Preguntamos: ¿Cuántos colombianos padecen, bajo otras formas dialécticas, las rutas de J. K.?

A propósito de la interpretación de la ley penal

Prof. José Hurtado Pozo*

1. SUMISIÓN DEL JUEZ A LA LEY

a) *El juez solo aplica la ley*

En la base del principio de la legalidad se encuentra la teoría del contrato social y, en especial, la idea de la separación de poderes del Estado: el legislador establece las leyes y el juez las aplica¹. Este último, según MONTESQUIEU², solo es la "boca que pronuncia las palabras de la ley". En este sentido, BECCARIA afirma: "En efecto, en el caso de un delito, hay dos partes: el soberano que señala la violación del contrato social y el acusado que niega esta violación. Es necesario pues que exista entre ellos un tercero que decida el conflicto. Esta tercera persona es el magistrado, cuyas sentencias deben ser inapelables y quien debe solo pronunciarse sobre si hay o no hay delito. En consecuencia, la interpretación de la ley no es asunto del juez, quien se contenta con 'aplicarla'. En esta forma, la aplicación solo es posible cuando el legislador elabora leyes precisas y claras. Las leyes obscuras y la interpretación constituyen un mal que será aún más grande 'si las leyes no son redactadas en lenguaje popular'³.

¹ Si bien la interpretación es un problema de todo orden jurídico, resulta necesario para estudiarla mejor referirse, sobre todo, a un sistema jurídico particular. En el presente artículo nos ocupamos especialmente de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina suizas. Las conclusiones a que se llega tienen, a nuestro modesto entender, una validez que va más allá de las fronteras helvéticas.

² MONTESQUIEU, *Del'esprit des lois*, libro XI, cap. VI.

³ C. BECCARIA, *Des délits*, § V, pág. 56.

* Universidad de Fribourg, Suiza.

Las ideas racionalistas sobre la fuerza de la ley escrita, a fines del siglo XVIII, crearon la ilusión de que era posible elaborar códigos completos y perfectos⁴ y, gracias a estos, proteger de manera óptima a las personas y a sus bienes fundamentales, tanto contra los actos de terceros como contra los abusos del Estado.

Dentro de esta perspectiva, la aplicación de ley suponía un silogismo perfecto: "la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena"⁵. Si bien los penalistas no sostienen ya esta rígida concepción sobre el principio de la legalidad, ni conciben de manera tan estricta la sumisión del juez a la ley penal, este fetichismo legal aún sobrevive solapadamente. Esto permite preguntarse si el mundo del penalista no adolece, de cierto modo, de una especie de esquizofrenia: "De un lado afirma pomposamente el principio de la legalidad con sus inevitables consecuencias de precisión y certeza. Del otro, formula tipos legales que presentan una sublime vaguedad"⁶. El racionalismo trasnochado de las postrimerías del siglo XVIII no puede ser más admitido, en consideración tanto a los progresos alcanzados en el estudio del lenguaje, de la comprensión o de la argumentación, como a la evolución de las concepciones sobre la actividad de los juristas y el derecho mismo.

b) Necesidad de interpretar

El derecho penal, naturalmente mediante el lenguaje, prohíbe u ordena la realización de ciertos comportamientos. La ley penal, formulación escrita de estos mandatos, está dirigida a todos, e inclusive a los jueces que deben aplicarla. El lenguaje legal y la terminología jurídica no escapan, evidentemente, a la especificidad del lenguaje en general; es decir a su carácter abstracto y general. Si una de las funciones esenciales del lenguaje, de origen siempre convencional⁷, consiste tanto en clasificar objetos y sucesos como en relacionarlos, las palabras no tienen significados intrínsecos o esenciales en relación directa con las características de las cosas que nombran. Dichos significados no han sido descubiertos, sino que han sido asignados⁸.

El campo de aplicación de las palabras no siempre está totalmente definido, y muchas palabras están asociadas a más de un significado (ambigüedad semántica)⁹. El lenguaje es, en consecuencia, vago y ambiguo. La ambigüedad puede deberse, también, a la manera como se construyen gramaticalmente las oraciones (ambigüedad sintáctica). La vagüedad del lenguaje está condicionada, por ejemplo, por el hecho de que, en razón de la diversidad de los usos del lenguaje ordinario o del lenguaje técnico, los conceptos o los enunciados no permiten decidir si, además de ciertas "situaciones tipos", comprenden también otras situaciones calificadas

de "situaciones límites". Esto se debe a que los criterios que presiden el uso de las palabras no están totalmente determinados; dicho de otra manera, sus condiciones de aplicación no están delimitadas en todas las direcciones posibles, pues siempre pueden imaginarse circunstancias o casos ante los cuales el uso de la palabra no dicta su aplicación o inaplicación¹⁰. HART¹¹ habla, en relación con este hecho, de textura abierta del lenguaje y sostiene que "la incertidumbre al nivel de los límites constituye el precio a pagar para utilizar términos generales en cualquier forma de comunicación concerniente a las cuestiones de hecho".

Su naturaleza significativa no está precisada de antemano y definitivamente. Por el contrario, se halla condicionada, en particular, por el contexto (lugar y tiempo) en el que se las enuncia. Estas características del lenguaje no constituyen defectos, sino una ventaja trascendente¹².

En consecuencia, siendo la ley lenguaje, su aplicación supone siempre una interpretación. La idea, cara a MONTESQUIEU y a BECCARIA, según la cual el juez no hace sino aplicar la ley, supuestamente portadora de una solución para cada caso particular, es una ficción o una utopía. El legislador helvético, y especialmente los autores del Código Civil de 1907, tuvieron en cuenta las limitaciones de la ley al prever, en el art. 1º, los medios para superarlas. Aun cuando esta disposición trata sobre todo de la aplicación y la interpretación de la ley en derecho privado, no puede ser ignorada en materia penal. Es así como el Tribunal Federal afirma que "nada impide ... que el juez interprete la ley conforme a su sentido profundo. Las reglas de la interpretación legislativa son las mismas en derecho penal que en los demás dominios de derecho, salvo prescripción legal contraria", como ocurre en el art. 1º del Código Penal, que consagra el principio de la legalidad. Así, los jueces federales parten de la idea de que el principio de la legalidad en derecho penal no excluye la interpretación de la ley. Por el contrario, ellos dejan abierta la posibilidad de saber en qué medida esta interpretación es limitada por el principio de la legalidad¹³.

c) Aplicación de la ley

Las concepciones tradicionales sobre el silogismo jurídico¹⁴ también han evolucionado, pero sin que la idea original haya sido completamente abandonada: se trataría de una operación de naturaleza fundamentalmente lógica, axiológicamente neutra y, en consecuencia, conforme al principio de la legalidad. Considerar el

⁴ F. GÉNY, tome I, núms. 38 y 96.

⁵ BECCARIA, *Des delits*, § IV, pág. 53, nota 3.

⁶ MALINVERNI, *RIDPP* 31, 1988, pág. 375.

⁷ NINO, *Introducción*, págs. 247 y ss.; cf. SOLER, *Las palabras*, págs. 11 y ss.

⁸ ITURRALDE, *Lenguaje legal*, pág. 29.

⁹ Un buen ejemplo de ambigüedad semántica es, precisamente, el término "interpretación", en la medida que se lo emplea para designar tanto el proceso como el producto resultante.

¹⁰ ITURRALDE, *Lenguaje legal*, pág. 34.

¹¹ HART, *El concepto*, pág. 159. La distinción que hace este autor entre casos claros (núcleo de significación) y casos límites (zona de penumbra) debe ser relativizada; cf. LUZZATI, *La vaghezza*, págs. 141 y ss., en particular págs. 165-169; TWINING/MIERS, págs. 273 y ss.; OSI/KERCHOVE, *APD*, 27, 1982, págs. 397 y ss., 409.

¹² La polisemia es considerada como una ley del lenguaje y no como un accidente. Cf. KNAPP, *ArSP* 74, 1988, pág. 148. MALMBERG BERTIL, *La lengua y el hombre*, traducción española de *Spraket och människan*, 9ª ed., Madrid, 1984, pág. 115.

¹³ Cf. WAIBLINGER, *FJS*, 1192, págs. 4 y ss.

¹⁴ OST, *L'interprétation*, pág. 112.

silogismo jurídico de esta manera implica admitir, aun tácitamente, que la premisa mayor (la ley) y la premisa menor (la situación de hecho) son elementos precisos. Además, esta concepción supone ignorar que no es posible separar radicalmente la norma de los hechos. La determinación de la premisa mayor (hipótesis legal) no se efectúa mediante una simple explicación o aclaración de la disposición legal respectiva. En realidad, la búsqueda del "contenido" de la norma legal implica siempre hacer referencia a uno o más casos concretos (imaginados o reales). Y la determinación del estado de hecho exige siempre tener en cuenta el criterio normativo estatuido en la norma. Una relación recíproca especial se establece entre la norma y la situación de hecho. La descripción de esta última, en tanto que premisa menor del silogismo jurídico, solo es posible gracias a la norma legal y esta, la premisa mayor, solo es comprendida con ayuda de la situación de hecho. De esta manera, la determinación de los presupuestos de la conclusión —mediante la interpretación de la regla (premisas mayor) y de los hechos (premisas menor)— es, en realidad, concomitante a la operación de subsunción y supone tanto una actividad intelectual como una apreciación de valor. El aspecto fundamental no es el de decidir sobre el carácter lógico de la conclusión, sino más bien el de precisar las premisas. El silogismo jurídico constituye más una técnica para elaborar la decisión judicial que un procedimiento orientado a la búsqueda de los elementos que permiten llegar a la conclusión. Con su ayuda se pueden exponer mejor los argumentos de hecho y de derecho que justifican la solución admitida.

2. LA INTERPRETACIÓN

a) Noción

El término "interpretación" no se distingue por su claridad. Se lo emplea para designar una serie de actividades o el resultado obtenido¹⁵. Las diferentes definiciones propuestas han sido influidas por la toma de posiciones de cada autor en relación con ciertos aspectos particulares de la interpretación¹⁶, por ejemplo, el objeto¹⁷ materia de la interpretación, los fines¹⁸ que se le atribuyen o los métodos por utilizar.

Conforme a una jurisprudencia constante, el Tribunal Federal suizo sostiene que la interpretación de la ley penal por parte del juez está sometida al principio *nulla poena sine lege* previsto en el art. 1º del Código Penal. Sin embargo, de las reglas de interpretación establecidas por la jurisprudencia resulta que el juez

¹⁵ LUZZATI, *La vaghezza*, págs. 102 y ss.

¹⁶ MENNICKEN, *Das Ziel*, pág. 10.

¹⁷ Al respecto, no es de olvidar que la expresión lingüística (regla) debe ser diferenciada de lo que se ha querido expresar (norma); cf. TWINING/MIERS, págs. 190 y ss.

¹⁸ Si se habla de esclarecer, atribuir, explicar, reconstruir el significado de la regla, se sugiere que se trata de descubrir algo preestablecido, por el contrario, si se hace referencia al hecho de elaborar o de decidir, se supone una función creadora del intérprete; cf. TWINING/MIERS, pág. 224.

puede, sin violar este principio, "interpretar el texto legal de manera aun extensiva para deducir el sentido verdadero; es decir, solo aquel que es conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión. Pero, es indispensable que la solución así obtenida se imponga perentoriamente; es decir, que si fuera ignorada la aplicación de la ley no correspondería a la verdadera voluntad del legislador"¹⁹.

Esta manera de definir la interpretación es poco transparente. No constituye una explicación o descripción, sino una prescripción sobre cómo debe interpretarse la ley. Señalando los fines, así como la corrección y la eficacia del procedimiento, se evita mencionar y discutir abiertamente la particularidad y las funciones del conjunto de operaciones designadas con el nombre de *interpretación*.

Consideramos preferible, en principio, describir la interpretación como el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, atribuye un sentido a la disposición legal aplicable²⁰. Esta última, como formulación lingüística, es portadora de una significación que el receptor (intérprete) debe comprender para resolver jurídicamente el problema planteado. Es decir que "solo en la interpretación se concretiza y se realiza el sentido que se trata de comprender, pero este acto de interpretación permanece, así mismo, enteramente ligado al sentido del texto"²¹.

b) Fines de la interpretación

La búsqueda del sentido de la ley está condicionada, en particular, por la cuestión preliminar referente a la finalidad de la interpretación. De la respuesta que se dé a este problema dependen necesariamente la orientación y la amplitud del resultado de la interpretación²². Dos concepciones se oponen al respecto: la teoría subjetiva y la teoría objetiva.

b.1 *Teoría subjetiva*. Según esta concepción, "el fin de la interpretación consiste en determinar la voluntad real del legislador a la época de la elaboración de la ley, tal como los trabajos prelegislativos y legislativos pueden revelarla más allá del texto. La ley es un acto de voluntad imperativo que se impone al juez, cuya sola tarea es determinar esta voluntad, precisando así la significación de los términos de la disposición que debe aplicar al conflicto que le es sometido"²³. Esta concepción es criticada, primero, por la dificultad de identificar con exactitud la intención del legislador mediante el análisis de los trabajos preliminares y, segundo, porque esta voluntad histórica no es sino una ficción que esconde una realidad compleja y contradictoria²⁴. Es de señalar, además, la ambigüedad de la terminología em-

¹⁹ ATF 103, IV, 129.

²⁰ MENNICKEN, *Das Ziel*, pág. 101.

²¹ GADAMER, *Vérité*, pág. 175 (315); cf. VIOLA, *RIFD*, 1989, págs. 344 y ss.

²² WEINBERGER, *Norm*, págs. 176 y ss.

²³ GÉRARD, *Le recours*, págs. 80 y ss.

²⁴ GÉRARD, *Le recours*, págs. 82 y ss.

pleada: cuando se habla de voluntad se puede entender la intención con que el legislador ha intervenido; es decir, el hecho de querer dictar una regla. Pero también se puede comprender como la intención del legislador de dar a la regla un cierto significado y, por último, como el fin perseguido por el legislador mediante la dación de la regla. Este fin puede, a su vez, ser comprendido como el impacto esperado de la regla en el mundo externo (conducta de personas y consecuencias inmediatas) y, en sentido más amplio, como los efectos que pueda tener en relación con las demás reglas del ordenamiento jurídico²⁵. Esta perspectiva, ya imprecisa cuando se piensa en un legislador individual, deviene bastante vaga tratándose de un legislador colegiado (Parlamento).

A pesar de estas dificultades y considerando la real importancia de los trabajos preparatorios, es de rechazar la idea de que la voluntad del legislador es una mera ficción; pero tampoco es de otorgarle una excesiva importancia. No es de olvidar, así mismo, que su búsqueda consiste muchas veces en atribuir a la regla un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real, cuando solo se trata del sentido considerado por el intérprete como el correcto. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, solo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando —para lograr su aceptación— la autoridad del legislador.

b.2 *Teoría objetiva*. Según la teoría objetiva, la ley se desprende de sus autores en el momento de ser promulgada. Adquiere así una existencia distinta y su significación evoluciona en función de los cambios sociales. Esta significación no puede ser reducida a la voluntad del legislador histórico. Para determinarlo, el juez tiene la facultad de apreciar y de adaptar, conforme a la *ratio legis*, el texto de las disposiciones legales a las nuevas situaciones²⁶. La teoría objetiva ha sido frecuentemente criticada en razón de que niega de manera absoluta el hecho evidente de que la ley obtiene su fuerza del acto legislativo fundador y que este no es ajeno a una cierta manifestación de voluntad²⁷. Esta teoría envuelve igualmente el riesgo de que la adaptación constante del derecho a las necesidades de la hora actual “sea librada al azar de los casos sometidos al juez y culmine en resultados indeseados”²⁸.

b.3 *Cuestionamiento*. La separación radical de estas dos concepciones es artificial, pues no puede oponerse de manera absoluta la intención a la comunicación. La intención es un fenómeno del “mundo interno” del “legislador”. Para determinarla solo se puede penetrar en ese mundo —a menos de recurrir a especiales procedimientos esotéricos— por medio de la palabra (escrita u oral), manifestación externa del pensamiento del legislador. La comunicación no tiene, además, un sentido objetivo que baste descubrir. Su comprensión varía según los elementos tomados en cuenta:

²⁵ TWING/MIERS, págs. 259 y ss.

²⁶ GÉRARD, *Le recours*, pág. 83.

²⁷ MENNICKEN, *Das Ziel*, pág. 28.

²⁸ DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, pág. 79.

tanto aquellos presentes al momento en que fue expresada, como los existentes en el momento en que es comprendida. Intención y comunicación constituyen dos aspectos de un mismo fenómeno: de una parte, la intención se materializa en la comunicación y, de otra parte, la comunicación expresa y hace conocer la intención.

La precomprensión²⁹ necesaria a toda interpretación supone el conocimiento —entre otros factores— de las circunstancias sociales y de las concepciones jurídico-políticas que han condicionado el “nacimiento” del texto de que se trata. Sin embargo, para el intérprete no es cosa de revelar simplemente lo que ha sido efectivamente dicho por el otro (*in casu*, el legislador), sino más bien de evidenciar la idea de este “de la manera que le parece imponerse según la situación concreta de la conversación”³⁰. Desde este punto de vista, la actividad del intérprete no puede ser concebida como el descubrimiento de un sentido que se le impondría, sino como la producción de un sentido determinado por la situación del intérprete³¹.

Para continuar hablando de teoría subjetiva y de teoría objetiva debe cambiarse de criterio distintivo. Es indispensable considerar más bien los elementos privilegiados por el intérprete: si recurre sobre todo a las circunstancias relativas a la elaboración y promulgación (comunicación de la ley), se orienta hacia una percepción subjetiva de la interpretación. Por el contrario, su perspectiva es más bien objetiva cuando tiene en consideración esencialmente los elementos presentes al momento de comprender la formulación³².

b.4 *Concepción del Tribunal Federal suizo*. Frente a esta alternativa, el Tribunal Federal se pronuncia en favor de la concepción objetiva, pero sin abandonar completamente la teoría subjetiva. Según él, “si se quisiera deducir de su jurisprudencia una regla general, se podría decir, a lo más, que hace una reserva en relación a la interpretación histórica”, reserva justificada “pues es un hecho de la experiencia que los trabajos preparatorios informan muy raramente de manera precisa sobre la voluntad real y completa del legislador”³³.

Esta reserva resulta, en particular, estricta en la medida que el Tribunal Federal condiciona el respeto de esta voluntad (expresada por el legislador de manera clara y cierta e importante en derecho penal, donde prima el principio *nullum crimen sine lege*) al hecho de que no sea incompatible con el texto legal y que, además, no sea absolutamente inaceptable en la práctica³⁴. Así, “lo importante no es el sentido que el legislador histórico ha podido atribuir a una disposición, sino el que resulta de todo el sistema de la ley, en las circunstancias actuales”³⁵. Este

²⁹ GADAMER, *Vérité*, págs. 250, 307 y ss.; ESSER, *Vorverständnis*, págs. 136 y ss.; A. KAUFMANN, *Zirkelschluss*, págs. 7 y ss. Cf. LARENZ, *Methodenlehre*, págs. 87 y ss.; GIZBERT-STUDNICK, *ArSP*, 73, 1987, págs. 476 y ss.; ZACH, *RDS*, 96, 1977, págs. 320 y ss.

³⁰ GADAMER, *Vérité et méthode*, pág. 149.

³¹ GÉRARD, *Le recours*, pág. 90.

³² ROSS, *On Law*, pág. 118.

³³ ATF 83 IV, 128.

³⁴ ATF 83, IV, 128.

³⁵ ATF 83, IV, 128.

sentido o el atribuido a una disposición por el legislador solo puede constituir la respuesta al caso particular cuando es considerado como el "verdadero sentido de la norma". Se trata, en realidad, de uno de los sentidos en los que desemboca el proceso de la interpretación. Su selección depende de criterios lógicos y axiológicos que se revelan a través del análisis practicado mediante los métodos de interpretación.

Desde esta perspectiva se puede apreciar mejor qué quiere decir el Tribunal Federal al afirmar que "no excluye ningún método de manera absoluta, pero que recurre a los procedimientos de interpretación que le parecen, en el caso particular, los más apropiados para definir el verdadero sentido de la norma". Esta descripción del procedimiento interpretativo, infeliz para algunos³⁶, se aproxima más a la descripción moderna de la interpretación. La misma que se caracteriza, de un lado, por un factor de precomprensión [*Vorurteil und Vorwissen*], especie de hipótesis que debe ser confirmada o, llegado el caso, rectificada o completada como sentido de la disposición interpretada, y, de otro lado, por el recurso a los denominados "métodos de interpretación" a fin de determinar los argumentos³⁷ que permiten justificar mejor el "verdadero sentido de la ley" como fundamento de una decisión oportuna y justa para todos. Al respecto es de insistir en que el análisis del proceso interpretativo va siempre acompañado del análisis del proceso de justificación de la decisión tomada y, así mismo, que la precomprensión (representación anticipada del resultado considerado congruente) condiciona el ámbito y las orientaciones según las cuales se utilizan los textos legales, los métodos, la jurisprudencia y los criterios doctrinales³⁸.

c) Procedimientos de interpretación

Desde que SAVIGNY practicara la distinción se continúa hablando de los métodos gramatical, histórico, sistemático y teleológico. En derecho penal todo método de interpretación es, en principio, admitido. Si es de hacer una distinción entre la interpretación en el derecho penal y en las demás ramas jurídicas, esta se refiere sobre todo a los límites de la interpretación, no a sus métodos.

c.1 *Método literal o gramatical.* Este método consiste en la búsqueda del significado de los términos y del texto como un todo. Este análisis lingüístico es percibido como el primer paso que debe darse en todo proceso de interpretación, o como la determinación de su sentido natural en tanto límite de la interpretación. En el primer caso, no se hace sino repetir una evidencia. El segundo supone que se defina, previamente, qué se comprende por "sentido literal del enunciado"³⁹.

En ambos casos se plantea ante todo el problema de saber si el elemento literal (enunciado prescriptivo) constituye un elemento independiente de los demás factores

(histórico, sistemático y funcional), o si el elemento literal no es sino el resultado obtenido mediante el recurso a todos estos factores. En esta última hipótesis, el enunciado legal no puede constituir un límite absoluto de la interpretación.

Respecto a la primera posibilidad, es de tener en cuenta la manera como el sentido literal es determinado. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva, señalemos que este sentido puede ser considerado como el sentido de la expresión lingüística aislada de todo contexto, el sentido natural u ordinario de los términos, el sentido comprendido *prima facie* o, por último, el sentido conforme a los usos consolidados del lenguaje de los juristas⁴⁰.

La naturaleza del lenguaje señalada precedentemente excluye que el sentido del enunciado pueda ser establecido sin referencia al contexto en que es formulado, o solo considerando un supuesto sentido natural u ordinario⁴¹.

El significado pleno de un texto no solo está expresado en el texto mismo. Todo enunciado, todo término no adquiere pleno significado sino en un contexto determinado. He allí por qué "ejecutar una orden de manera a respetar la letra y no el sentido, constituye una trapacería. Está fuera de duda que quien recibe una orden debe realizar un cierto trabajo creador de comprensión"⁴².

Considerar el sentido literal como el compendio *prima facie* se refiere a la idea de que si el enunciado es claro no es necesario interpretarlo. La vagüedad congénita del lenguaje hace inadmisibles estas concepciones. No hay, pues, texto que no requiera ser interpretado. Negarlo, alegando que el texto es claro, no es correcto. El mismo hecho de decir que es claro "implica siempre una interpretación al menos implícita", y supone que ya ha sido comprendido en un sentido determinado, el mismo que ha sido reconocido como el "verdadero sentido" de la disposición. Esta interpretación no puede ser comprendida, además, como la simple comprensión literal implica una precomprensión confirmada, modificada o completada por el procedimiento de la interpretación⁴³.

El Tribunal Federal recurre frecuentemente a la noción de "texto claro", pero no siempre extrae las mismas consecuencias. A veces afirma la primacía del texto legal, en particular cuando pretende que el recurso a elementos externos está limitado a los casos en los cuales el texto legal no es absolutamente claro y que no puede ser comprendido racionalmente de una sola manera. En otras ocasiones admite la posibilidad de que los jueces se alejen del texto legal claro cuando "existen

⁴⁰ LUZZATI, *Vaghezza*, págs. 210 y ss.

⁴¹ ITURRALDE, *Lenguaje legal*, pág. 43. Este autor dice: "A menos de reducir la claridad del texto a la mera corrección sintáctica de su redacción, aquella nunca lo es de modo absoluto sino relativa al contexto, tanto lingüístico como extralingüístico".

⁴² GADAMER, *Vérité et méthode*, pág. 177.

⁴³ De manera más general, es de considerar que la precomprensión no constituye un criterio prescriptivo de lo que debe aceptarse. Permite más bien describir el proceso realizado por el intérprete y resaltar el carácter provisorio de la representación anticipada del resultado (Cf. ZACCARIA, *Interpretazione*, págs. 22 y ss).

³⁶ GRAVEN, *Note*, pág. 160; cf. STRATENWERTH, *AT*, 5, n. 37 y ss.

³⁷ WINBERGER, *Norm*, pág. 186; ZÄCH, *RDS* 96, 1977, pág. 314; cf. WROBLEWSKY, *ADP* 17, 1972, pág. 60.

³⁸ ZACCARIA, *Interpretazione*, págs. 21, 163.

³⁹ SCHROTH, *Probleme*, pág. 193.

razones serias para admitir que la interpretación conforme al texto no corresponde al verdadero sentido de la ley". Ellos van aparentemente más lejos, cuando dicen: "Pero este texto literal de una disposición legal no es solo decisivo para su interpretación. Su origen, su *ratio* y su fin, su relación con otras reglas de ley entran también en consideración y pueden justificar una interpretación restrictiva o extensiva".

"Sentido claro" significa, en este orden, más bien "obvio", "evidente", "racional". Es decir, cuando el sentido comprendido es conforme a los criterios prevalentes y no conduzca a resultados absurdos o socialmente inaceptables.

La idea del "texto claro" permite no solo percibir las insuficiencias del método gramatical, sino también las tentativas dirigidas a disimular estas insuficiencias⁴⁴. Según VAN KERCHOVE, "La falsa transparencia de los textos constituye así el refugio —aparentemente el más inocente— en el que se puede disimular el ejercicio dogmático de un poder que tiende a ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlos a todo control verdaderamente racional así como a toda discusión"⁴⁵.

La comprensión del sentido literal como el sentido conforme a los usos consolidados del lenguaje de los juristas nos parece poco precisa, por cuanto la determinación de las ideas admitidas por los juristas como prioritarias sobre un enunciado determinado supone, en realidad, precisar cuál es la "interpretación" (en tanto resultado) aceptada sin discusión o de manera significativamente mayoritaria. Una de las ventajas de admitir este criterio sería, por ejemplo, la de permitir una explicación bastante coherente del recurso a los otros factores para alejarse del enunciado legal (letra de la ley) y atribuirle un sentido renovador de acuerdo con la evolución social (sentido conforme al espíritu de la ley)⁴⁶.

Todo lo dicho no implica, sin embargo, negar la existencia de las reglas, supuesto indispensable de la interpretación. Reglas que, como formulaciones lingüísticas, constituyen el punto de partida de la interpretación. Este aspecto de las reglas es un factor esencial tanto en la determinación de los límites de la interpretación como también en la creación de problemas de interpretación⁴⁷.

Por último, en este dominio se olvida con frecuencia que muchas veces la determinación del texto se efectúa mediante la interpretación⁴⁸. En estos casos resulta bastante arduo aceptar que el texto es el que condiciona o limita la interpretación. Esto es particularmente notorio en Suiza, donde las leyes son redactadas en tres idiomas diferentes. Cuando existe discrepancia entre estas diversas versiones, la declaración de cuál es el texto que debe ser aplicado es el resultado de la interpretación. Es decir, se precisa críticamente el texto legal.

⁴⁴ OST, *L'interprétation*, pág. 102.

⁴⁵ KERCHOVE, *La doctrine*, pág. 49; cf. WAIBLINGER, *FJS* 1192, pág. 5.

⁴⁶ Cf. LUZZATI, *La vaghezza*, págs. 225 y ss.

⁴⁷ TWINING/MIERS, págs. 198, 203.

⁴⁸ ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 131.

c.2 *Método sistemático*. Según este método, la disposición legal es interpretada de acuerdo con el lugar que ocupa en el sistema legal y en relación con las otras normas legales⁴⁹. Dicho de otra manera, se trata de precisar el sentido de la ley tomando en consideración el contexto jurídico de la regla⁵⁰. El primer y fundamental problema que se presenta es precisamente la delimitación de este contexto jurídico, que puede ser circunscrito a las disposiciones cercanas a determinada norma, o ampliado a normas pertenecientes a otros dominios del derecho y aun a los principios generales.

DESCHENAUX intenta precisar la noción de interpretación sistemática en estos términos: "En un primer momento que prolonga la llamada interpretación literal, el juez interroga el contexto, relaciona las disposiciones, estudia la economía general de la ley (interpretación llamada lógica). En un segundo momento, deduce las ideas normativas que se encuentran en la base de la ley y sitúa en su perspectiva la disposición a interpretar. Es la interpretación propiamente sistemática a la que se refiere el Tribunal Federal cuando dice querer considerar las concepciones fundamentales de la ley y las relaciones entre sus diferentes partes, cuando se refiere a su «lógica interna»"⁵¹.

El punto de partida del análisis sistemático es la idea de que la ley o, más exactamente, el sistema jurídico, es un todo coherente. Sistema que comprende tanto la ley escrita y la costumbre como los principios y valores que pueden ser deducidos de estas mismas. El postulado de la plenitud del sistema jurídico reemplaza al de la plenitud de la ley escrita, cara a los partidarios del positivismo formal y de la exégesis⁵². Frente a las lagunas, insuficiencias, obscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, "el juez debe comportarse como si el derecho fuera coherente, completo, desprovisto de ambigüedades, equitativo y susceptible de conducir a una sola solución"⁵³. Atribuyendo al legislador la solución que él escoge como justa para el caso particular, el juez la presenta como compatible con el conjunto del sistema jurídico. Como medida extrema, se refiere a la conformidad del sentido de la norma con la Constitución, considerando que el legislador no puede establecer leyes contrarias a la ley fundamental.

En este sentido, el legislador es considerado como un ser excepcional, todo poderoso, omnisapiente, justo, dotado de un gran sentido práctico y consagrado a crear obras de una extraordinaria coherencia⁵⁴. Se trata de una ficción que permite al juez justificar el resultado de su interpretación mediante la invocación de un argumento de autoridad basado en el poder del legislador o del sistema jurídico. Como esta referencia al "legislador racional" suplanta la referencia a la "voluntad

⁴⁹ SCHROTH, *Probleme*, pág. 193.

⁵⁰ OST, *L'interprétation*, pág. 141.

⁵¹ DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, págs. 85 y ss.; ATF 90, IV, 187/JdT, 1965, IV, pág. 19.

⁵² OST, *L'interprétation*, pág. 116.

⁵³ OST, *L'interprétation*, pág. 108.

⁵⁴ HURTADO POZO, *Dogmatique*, pág. 39.

del legislador histórico", parece lógico que el texto claro (es decir, el que es considerado como reflejo fiel del sentido expresado por su autor)⁵⁵ sea descartado en beneficio del "sentido verdadero de la ley". Al respecto, recordemos la sentencia, anteriormente citada, en la que el Tribunal Federal afirma "que lo importante no es el sentido que el legislador histórico ha podido atribuir a una disposición, sino el que resulta de todo el sistema de la ley, consideradas las circunstancias actuales"⁵⁶.

Para evitar entendimientos equivocados señalemos que el criterio del "legislador racional" es solo una idealización, útil tanto para legitimar el "verdadero sentido" como para "expresar la fidelidad del juez al marco tradicional de nuestras instituciones y a los valores que les son subyacentes"⁵⁷.

Sin embargo, tampoco es de caer en el extremo de sostener, confrontándolo con los hechos, que el derecho es desordenado y contradictorio. De lo que se trata más bien es de poner en claro que afirmar su coherencia y plenitud absoluta significa admitir una ficción que solo resulta útil para ignorar la complejidad de la realidad social, su permanente cambio y el conflicto de intereses o valores sociales. Es necesario, por el contrario, tener en cuenta la tensión existente entre las reglas y la realidad social. Y, por último, que las relaciones innegables que tienen entre sí las reglas constituyen un elemento decisivo para la interpretación⁵⁸.

c.3 *Método histórico*. El método histórico ya ha sido, en parte, analizado cuando tratamos de la interpretación subjetiva. Mediante este método, se trata de buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador histórico)⁵⁹. Las fuentes de información son todos los documentos escritos donde se encuentran datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios...).

Como lo hemos señalado anteriormente, los trabajos preparatorios no informan de manera certera sobre la voluntad real del legislador. El Tribunal Federal expresa algunas reservas en relación con el método histórico, precisando así su posición ante el conflicto entre interpretación subjetiva e interpretación objetiva. Desde este punto de vista, se comprende la crítica dirigida por DESCHENAUX contra la posición del Tribunal Federal frente a los trabajos preparatorios, posición que carece de firmeza: "En las decisiones que se inspiran del método objetivo, el alcance de las opiniones expresadas durante el proceso legislativo son minimizadas, pues la ley debe ser interpretada a partir de ella misma. En otras decisiones, los trabajos preparatorios son al menos invocados para distinguir los sentidos literales o como

argumentos de apoyo"⁶⁰. FRANÇOIS CLERC, después de analizar la jurisprudencia del Tribunal Federal, correspondiente a los primeros años de vigencia del Código, opinaba en el mismo sentido, señalando que para los jueces federales los trabajos preparatorios podían "servir para esclarecer un texto obscuro, como medio auxiliar de interpretación, pero son sobre todo utilizados para aportar argumentos en favor de la decisión tomada a la luz de un texto presumido claro"⁶¹.

Si se abandona esta perspectiva para colocarse en la que hemos escogido, resulta fácil comprender la aparente falta de firmeza de los jueces federales. Las informaciones sobre el origen de las disposiciones legales constituyen elementos esenciales para la comprensión de estas disposiciones, en la medida en que su conocimiento, es decir la comprensión indispensable a toda interpretación, permite al juez justificar el sentido considerado como el verdadero sentido de la ley.

No es pues obligatorio para el juez tener en cuenta los trabajos preparatorios. Dispone, por el contrario, de una gran autonomía en la utilización de las informaciones jurídicas y axiológicas contenidas en esos trabajos. Los emplea tanto para mejor determinar el sentido aplicable al caso concreto como para ordenar correctamente los motivos justificantes de la decisión⁶².

c.4 *Método teleológico*. Según este método, para determinar el sentido de una disposición es indispensable esclarecer su finalidad. Si esta es precisada indagando sobre los fines que el legislador se fijó al momento de dictar la ley, no se hace otra cosa que buscar la voluntad del legislador, procedimiento que cae en el dominio del método histórico.

Cuando se habla de método teleológico, se piensa más bien en la finalidad actual de la ley o de la disposición legal. Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal. El intérprete puede así encontrar la solución del caso concreto de acuerdo con la escala de valores consagrada por el orden jurídico. Se habla en este caso de *ratio legis*, literalmente "razón de ser de la ley". La terminología y los criterios utilizados para definir el método teleológico no se caracterizan ni por su claridad ni por su precisión. Buscando esclarecer la situación, PERRIN pretende que "conviene, al menos teóricamente, de distinguir la *ratio legis*, que es el espíritu en el sentido verdadero, del fin propiamente dicho que es el objetivo general de la política legislativa perseguido por el autor de la ley"⁶³. Así, la *ratio legis*, sopesamiento de intereses efectuado por el legislador para alcanzar el fin general de la política legislativa, no se confundiría con este último, noción mucho más amplia.

Toda esta problemática está, en realidad, influida por la manera de tratar la dualidad entre la letra y el espíritu [*Wortlaut und Auslegung*], dualidad⁶⁴ consa-

⁵⁵ PERRIN, *L'interprétation judiciaire*, pág. 247.

⁵⁶ ATF 83, IV, 128.

⁵⁷ OST, *L'interprétation*, pág. 180.

⁵⁸ TWINING/MIERS, págs. 200 y ss.

⁵⁹ SCHROTH, *Probleme*, pág. 194.

⁶⁰ DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, pág. 85.

⁶¹ CLERC, *RPS* 64, 1949, pág. 17; WAIBLINGER, *FIS* 1192, pág. 6.

⁶² KERCHOVE, *La doctrine*, págs. 68 y ss.

⁶³ PERRIN, *L'interprétation judiciaire*, pág. 249.

⁶⁴ En teología se distingue, de un lado, la exégesis —interpretación estricta y literal del texto bíblico— y de otro lado, la hermenéutica —búsqueda de la verdad espiritual oculta en el texto—; cf. TWINING/MIERS, pág. 225. Sobre el origen de esta pareja dicotómica, ver LUZZATI, *Vaghezza*, págs. 202 y ss.

grada en el art. 1º del Código Civil suizo: "La ley rige todas las materias a las que se refiere la letra o el espíritu de una de sus disposiciones". Esta disposición que regula la aplicación de la ley implica la idea "que una oposición puede existir entre la 'letra' y el 'espíritu' de la ley, entre el sentido literal y el pensamiento que debía ser expresado"⁶⁵. El intérprete dispondría así de dos puntos de apoyo: primero, el sentido que se confiere a la ley corresponde al mandato precisado respetando la letra y, segundo, el sentido que es conforme al espíritu de la regla. De esta manera existirían "dos legalidades legítimas"⁶⁶. La regla deducida así por el intérprete está, pues, "virtualmente contenida en la ley"⁶⁷. De manera que en el dominio penal, junto a las incriminaciones expresas [*Gesetzstatbestände*], existirían incriminaciones que se deducen de una "justa interpretación de la ley", es decir, de conformidad con el espíritu de la disposición [*Auslegungstatbestände*]⁶⁸.

El término "espíritu" en sí mismo es bastante ambiguo. La confusión aumenta porque se habla también de "espíritu del legislador" o de "espíritu de la época" en que la ley fue establecida o es aplicada. El vocablo alemán "*Geist*" (espíritu) es, generalmente, considerado inexacto. Los juristas germánicos prefieren hablar de "*Sinn*" para mejor precisar la expresión "*Auslegung*", utilizada en el art. 1º del Código Civil, en lugar del término "*esprit*". Estas dificultades de orden terminológico producen curiosos resultados en las decisiones del Tribunal Federal y en las reflexiones doctrinales.

En cuanto a la jurisprudencia, cuando la decisión es redactada en francés, los jueces utilizan el término espíritu [*esprit*]⁶⁹ o la fórmula "sentido verdadero de la ley"⁷⁰. Si la decisión es redactada en alemán, se utiliza la expresión "*Sinn des Gesetzes*" o "*wahrer Sinn des Gesetzes*", expresión traducida muy naturalmente en el *Journal des Tribunaux* por "*esprit*"⁷¹ y "*véritable sens de la loi*", respectivamente⁷².

Ahora bien, el "*Sinn*", el "*sens*", el espíritu de la ley o el "sentido verdadero conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión"⁷³, es aquel que corresponde implícitamente al contenido de la norma⁷⁴ y resulta necesariamente de la interpretación conforme al texto del art. 1º del Código Civil, que habla de "*Auslegung*". Sin embargo, el Tribunal Federal y algunos comentarios redacta-

dos en francés conciben "el espíritu" como un elemento diferenciado del resultado de la interpretación. De lo contrario, ¿cómo comprender la definición de GRAVEN según la cual "la interpretación consiste... en determinar si la letra y/o el espíritu de tal disposición legal se refiere a la materia que debe resolver el juez"?⁷⁵ ¿Y cómo el Tribunal Federal podría, por ejemplo, hablar de "interpretación conforme o no conforme al espíritu de la ley"?⁷⁶.

Los problemas terminológicos, que hacen dudar de una noción tan frecuentemente utilizada como la del "espíritu de la ley", ocultan, en buena cuenta, tanto problemas relativos de manera general al derecho, a la actividad de los juristas y a la significación de sus funciones, como cuestiones más concretas relacionadas con la interpretación y el método teleológico. Entre estas últimas es de considerar, por ejemplo, la referente a la jerarquía de los denominados "métodos de interpretación" y la concerniente a los límites de la interpretación.

El sentido conforme al espíritu sería el resultante luego de ordenar y precisar los datos proporcionados por el significado literal del texto. Labor influida por consideraciones económicas, morales, sociales, de principio, de coherencia, de justicia formal o material. Esto supone necesariamente que, así concebido, el espíritu es siempre un elemento variable⁷⁷. En la práctica, se recurre frecuentemente al espíritu de la regla cuando se considera que la solución o las soluciones planteadas son inadecuadas o que conducirían a resultados absurdos o inaceptables socialmente.

c.5 *Jerarquía de los métodos*. Si se hace referencia a las concepciones tradicionales de la interpretación y a la presentación convencional de los métodos de interpretación, podría creerse que se está ante un procedimiento constituido en etapas herméticas (al inicio, comprensión del sentido literal y, al final, determinación de los fines de la ley), cuyo recorrido conduciría lógica y seguramente a la fijación del verdadero sentido de la ley.

Sin embargo, los diversos métodos no están ordenados según una jerarquía preestablecida y rígida. La preeminencia reconocida a uno de los métodos en detrimento de los demás es el resultado de una decisión ideológica determinada⁷⁸. Quien cree que la finalidad de la interpretación es la búsqueda de la voluntad del legislador dará la prioridad al método histórico. Por el contrario, quien estima que el fin de la interpretación es precisar el sentido objetivo de la regla privilegiará el método teleológico. Es el caso de la mayoría de los penalistas: a partir de la idea de que el derecho penal está orientado hacia la protección de bienes jurídicos, afirman

⁶⁵ DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, pág. 76.

⁶⁶ PERRIN, *L'interprétation judiciaire*, pág. 246.

⁶⁷ GRAVEN, *Note*, pág. 154.

⁶⁸ HURTADO POZO, *Dogmatique*, pág. 37.

⁶⁹ Cf. por ejemplo, en materia penal, ATF 103, IV, pág. 130.

⁷⁰ Cf. ATF 90, IV, pág. 188.

⁷¹ ATF 88, IV, 93/JdT 1962, IV, 125; ATF 95, IV, 68/JdT 1969, IV, 82.

⁷² ATF 87, IV, 118/JdT 1962, IV, 13; en esta misma sentencia el término "*Sinn*" es igualmente traducido por "*texte de la loi*", traducción criticada, a justo título, en JdT 1969, IV, 83, nota 1.

⁷³ ATF 88, IV, 93 (JdT 1962, IV, 125).

⁷⁴ Cf. TOUR/SCHNYDER, *Das ZGB*, pág. 31, que hablan de "*latenter Inhalt des Gesetzes*".

⁷⁵ GRAVEN, *Note*, pág. 153; si se pretende que el espíritu de la ley es el resultado de la interpretación, esta definición pierde todo significado: "la interpretación consiste en determinar si la letra o el espíritu de la interpretación se relacionan...".

⁷⁶ En alemán: "*eine Auslegung, die durch den Sinn des Gesetzes gedeckt wird oder nicht*". Cf. ATF 87, IV, 118/JdT 1962, IV, 13; ATF 95, IV, 73/JdT 1969, IV, 82; ATF 103, IV, 129.

⁷⁷ LUZZATI, *Vaghezza*, pág. 248.

⁷⁸ ZACH, *RDS* 96, 1977, pág. 333.

que la interpretación propia del derecho penal es la interpretación teleológica. Todas las demás no serían sino medios auxiliares⁷⁹.

El Tribunal Federal, con frecuencia de manera implícita y a veces de modo expreso, sigue igualmente esta última vía. Es el caso cuando señala que "lo importante no es la letra, sino el espíritu de la ley que se determina de acuerdo a los fines y a los valores que la inspiran..."⁸⁰.

A nuestro modo de ver, esta alternativa no corresponde del todo a la naturaleza de la interpretación. Se trata más bien de un falso conflicto, pues el sentido es comunicado mediante el texto y el contenido de la comunicación es determinado por un procedimiento a doble vía, en el que el intérprete integra los hechos y el texto. Para recorrer esta vía el intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos del texto legal, el que le parezca más conforme al caso por resolver. Este resultado no es el único "verdadero sentido de la ley", culminación inevitable de la interpretación. Los cambios de jurisprudencia prueban la inexactitud de esta concepción, a pesar de las afirmaciones de los interesados en el sentido de que se limitan a deducir el "verdadero sentido". Este no es "verdadero" sino en relación con el contexto jurídico y axiológico en el que la ley es aplicada.

3. LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN

a) Interpretación restrictiva o interpretación extensiva

En razón de la amplitud atribuida al sentido de la ley, se distingue entre interpretación restrictiva e interpretación extensiva. Esta distinción es frecuentemente presentada como un aspecto concerniente solo al resultado de la interpretación. En realidad se relaciona con problemas esenciales de la interpretación, con la manera como se define esta actividad y con la fijación de sus límites. Basta considerar las opiniones que cuestionan su legitimidad afirmando que "la interpretación debe ser declarativa, es decir limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y todo su sentido, sin agregar ni recortar nada"⁸¹. El Tribunal Federal, al admitir expresamente la posibilidad de interpretar extensivamente la ley aun en desfavor del prevenido, se acerca a este criterio precisando que lo decisivo es deducir el sentido verdadero y justo de la ley.

Desde este punto de vista, la discusión sobre la distinción entre interpretación restrictiva e interpretación extensiva no interesa sino en la medida en que, de esa

manera, se busca deducir directivas para dar la preferencia a una u otra interpretación. Esto sin ocultar el hecho de que se trata de un problema sobre todo de orden axiológico que, en derecho penal, pertenece al dominio de la política criminal. Por ejemplo, en la tradición jurídica francesa se admite que el juez interprete restrictivamente las leyes penales desfavorables y que nada le impide interpretar extensivamente las disposiciones favorables al inculpa⁸².

Si el fondo del problema concierne a la naturaleza, el fin y los límites de la interpretación, el análisis realizado para distinguir entre interpretación restrictiva e interpretación extensiva no constituye la mejor manera de abordar esta problemática. Es la razón de por qué solo nos hemos ocupado de este problema después de haber estudiado los otros aspectos de la interpretación.

El carácter artificial de la distinción se comprende fácilmente cuando se abandona la perspectiva tradicional de la interpretación. Sin embargo, si se quiere seguir practicando esta distinción, es indispensable precisar los criterios que permitan saber si la interpretación es restrictiva o extensiva. Generalmente, se toma como límite el texto legal. Cuando la interpretación no lo sobrepasa, se dice que es restrictiva y, por el contrario, se habla de extensiva cuando va más allá del texto.

Esta concepción supone que el texto, punto de referencia escogido, sea un límite neto y seguro. Pero como ya lo hemos señalado, el texto no es siempre en sí claro y preciso. Se trata más bien de un elemento variable y ambiguo que necesita ser precisado, y este es precisamente el papel de la interpretación.

Sin embargo, so pretexto de la imprecisión del lenguaje no se puede negar la realidad de la disposición legal. Un tal anarquismo normativo debe ser rechazado. Ya que, como lo afirma GADAMER, desde el momento en que una regla estatuida posee, como tal, un valor apremiante e indisoluble, el juez —aun cuando aporta un elemento creador de derecho— está sometido a la ley como todo otro miembro de la comunidad jurídica. Dicho de otra manera, aun cuando el texto sea por naturaleza impreciso, ofrece el punto de partida y el marco que el intérprete no puede abandonar. Considerando la especificidad del lenguaje, se puede denominar interpretación restrictiva aquella que reconoce como sentido de la ley el núcleo de su significación. Por el contrario, la interpretación es llamada extensiva si además comprende el sentido del texto los casos situados en la zona marginal de la significación. Así, el intérprete permanece en el nivel del núcleo que permite identificar las situaciones típicas (interpretación restrictiva) o va más allá para tomar en consideración las "situaciones límites" mediante la determinación semántica necesaria⁸³ (interpretación extensiva).

El Tribunal Federal se refiere con frecuencia a las nociones de interpretación restrictiva o extensiva para calificar las soluciones adoptadas y justificar la forma de interpretación practicada. Pero los criterios utilizados para realizar la distinción

⁷⁹ RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *Systematische Kommentar*, § 1, n. 34.

⁸⁰ ATF 95, IV, 73/JdT 1969, IV, 82; el texto alemán de la sentencia es el siguiente: "Massgeblich ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den ihm zugrunde liegenden Zwecken und Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann"; este texto es traducido de modo singular en el *Journal des Tribunaux*.

⁸¹ GRAVEN J., RPS 66, 1951, pág. 411; LOGOS/SANDOZ, PG, art. 1, n. 4.

⁸² STEFANI/LAVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, págs. 193 y ss.; PUECH, *Droit pénal*, págs. 101 y ss.

⁸³ OST/KERCHOVE, APD 27, 1982, pág. 399.

y para justificar la elección hecha no son siempre claros. A veces son el texto y el sentido de la ley los que "imponen una interpretación más restrictiva"⁸⁴, otras veces "son ante todo consideraciones de política criminal" que se oponen a la restricción del campo de aplicación de la disposición legal⁸⁵. Los criterios de los jueces federales para abandonar la letra de la ley por su espíritu no pueden ser, finalmente, comprendidos sino en la medida en que la noción de "letra" sea entendida como núcleo de significación del texto, mientras que las situaciones límites, ubicadas en la zona marginal de la significación, serían comprendidas por el llamado "espíritu de la ley".

Los criterios de la jurisprudencia son confusos no solo porque se descuida la naturaleza del lenguaje, sino igualmente en razón de la imprecisión reinante en la fijación de los límites de la interpretación. Se vuelve así de nuevo al problema del respeto del principio de la legalidad. Recordemos la posición del Tribunal Federal al respecto: el principio de legalidad solo prohíbe al juez "basarse sobre elementos que la ley no contiene; es decir, crear nuevos tipos legales o proponer una interpretación tan extensiva que el espíritu de la ley no sea más respetado"⁸⁶. Esto último sucede cuando el juez aplica a un caso concreto una disposición aplicable a otro caso por considerar que este último es similar al primero y que, en consecuencia, merece ser tratado de la misma manera. Aquí ya estamos en el terreno de la analogía.

Se trata, en buena cuenta, de determinar la manera como se concibe la interpretación y el papel que juega el intérprete. Si la interpretación no es un procedimiento rígido que culmina necesariamente en un resultado único (el verdadero sentido), el intérprete dispone de un margen de libertad que le permite inclinarse en favor de uno de los sentidos posibles del texto legal y escoger tanto los argumentos que pretende invocar como la manera de presentarlos⁸⁷. El intérprete participa así directamente en la creación del derecho.

El intérprete precisa los límites de la interpretación en la medida que el legislador no logra hacerlo en razón de la naturaleza particular del medio (lenguaje) que debe utilizar para comunicar sus mandatos. Pero esto no significa de ninguna manera que goce de una libertad ilimitada, pues su decisión debe ser integrada en el orden jurídico en general y considerar, en particular, los logros teóricos y prácticos en el dominio de la interpretación. El intérprete, vinculado a la ley como cualquier otro destinatario, debe reconocer las disposiciones legales y justificar siempre sus decisiones, que no pueden ser arbitrarias. Una cierta previsibilidad de las decisiones judiciales es así asegurada. Podemos entonces decir con HASSEMER: "sin embargo, la experiencia enseña que debe existir, al menos fácticamente, una vinculación del juez; pues la jurisprudencia no resuelve, de ninguna manera, los casos de modo

versátil y según las reglas que descubre de caso en caso. La «dirección de la jurisprudencia» puede ser reconocida en su orientación y marcadas sus estaciones"⁸⁸.

b) La analogía en derecho penal

La determinación de la noción de interpretación extensiva supone una doble delimitación: de un lado, en relación con la interpretación restrictiva y, de otro, con la libre búsqueda del derecho [*freie ergänzende Rechtsfindung*]. Esta última consiste en completar lagunas para regular situaciones para las que el derecho positivo no contiene ninguna norma aplicable. Según los criterios por nosotros admitidos, se trataría de casos que no caen ni en dominio del núcleo de significación del texto ni en el de la zona marginal. Dicho de otra manera, son casos que no tienen relación con el texto legal, punto de referencia y marco de toda interpretación.

En doctrina⁸⁹ se distingue este tipo de laguna, llamada *praeter legem*, de las lagunas *intra legem*. Estas se encuentran en "normas muy amplias que indican al juez la dirección general de la decisión a tomar, sin ser, sin embargo, lo suficientemente precisas para determinarla de manera plena"⁹⁰. Según GERMANN, las lagunas *intra legem* no se completan en el marco de la interpretación propiamente: pues estas lagunas necesitan, "fuera de la exégesis sistemática de los textos sobre la base de los valores al derecho positivo, una libre búsqueda complementaria *intra legem*... análoga a la libre búsqueda en el caso de lagunas *praeter legem*"⁹¹.

Nos parece que, una vez tomada en cuenta la naturaleza de la interpretación y del lenguaje, esta distinción es bastante artificial. Toda disposición legal constituye un esquema, un tipo abierto, no una descripción precisa y cerrada. La aplicación de una disposición implica necesariamente su concretización en relación con el caso *sub iudice*. Esta concretización se efectúa más fácilmente con respecto a los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto que con relación a los comprendidos en la zona marginal. Estos últimos son comparados con los casos típicos y la posibilidad de aplicarles la misma disposición está condicionada por la existencia de caracteres similares comunes. Dicho de otra manera, la subsunción del hecho en la norma (tipo legal) no puede ser comprendido como la material adecuación del hecho al "molde legal" (plena identidad). Se trata más bien de un juicio de apreciación analógica, pues basta solo cierto grado de coincidencia para admitir la correspondencia⁹². Esta similitud no se ubica solo en el terreno lógico o material, ya que se trata sobre todo de constatar la equivalencia a nivel normativo: juicio de valor que justifica someter el caso concreto al imperio de la norma aplicable al otro caso⁹³. Este razonamiento, por analogía, es propio de la interpretación⁹⁴.

⁸⁸ HASSEMER, *Rechtssystem*, pág. 83.

⁸⁹ NINO, *Introducción*, págs. 281 y ss.

⁹⁰ GERMANN, *Probleme*, pág. 389; cf. igualmente DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, págs. 91 y ss.

⁹¹ GERMANN, *Probleme*, pág. 389.

⁹² ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 180.

⁹³ LARENZ, *Methodenlehre*, pág. 256; MALINVERNI, *RIDPP* 31, 1988, pág. 379.

⁹⁴ ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 178.

⁸⁴ ATF 100, IV, 222/JdT 1975, IV, 144.

⁸⁵ ATF 95, IV, 9/JdT 1969, IV, 51.

⁸⁶ ATF 103, IV, 129 s; ATF 95, IV, 73/JdT 1969, IV, 82; ATF 87, IV, 118/JdT 1962, IV, 13.

⁸⁷ MALINVERNI, *RIDPP* 31, 1988, pág. 377.

Constituye uno de sus medios. Esto es particularmente evidente si se piensa en los casos de "interpretación extensiva"⁹⁵. En este sentido ARTHUR KAUFMANN afirma que el hecho de prohibir la analogía implica la prohibición de la interpretación⁹⁶.

El criterio para distinguir la analogía de la interpretación o, si se prefiere, de la interpretación extensiva no se encuentra, en consecuencia, en el plano del procedimiento o del medio empleado. Este criterio no puede estar constituido por el texto legal en sí, pues este es un elemento impreciso hasta el momento en que la disposición es aplicada al caso concreto. Ahora bien, esta aplicación se realiza verificando si el caso concreto presenta elementos análogos a los que caracterizan el acto incriminado mediante la disposición legal de que se trate.

Entre lo que se denomina "interpretación" (extensiva) y lo que se llama "analogía" solo existe una diferencia de graduación: el problema reside en determinar si la regla prevé o no el caso concreto. La respuesta es buscarla en la manera como se recurre al razonamiento por analogía. En la medida en que este es utilizado para determinar —mediante el juicio de valor propio del razonamiento analógico— que el caso concreto reúne las características señaladas por el tipo legal, estamos aún en el campo de la "interpretación". Por el contrario, se trata de "analogía" si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con base en la similitud de este caso con otro al que es aplicable aquella regla⁹⁷.

A pesar de estas explicaciones, no se puede descartar la idea de que los esfuerzos hechos para distinguir la interpretación extensiva de la analogía se basan en motivos metajurídicos o político-ideológicos y no en convincentes razones teóricas⁹⁸. Pero esto no significa que el intérprete (principalmente el juez) obre necesariamente de manera arbitraria. La ley no es simplemente una especie de proposición de diversas soluciones que el intérprete pueda ignorar a su antojo. Además, como ya lo hemos señalado, la aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios jurisprudenciales⁹⁹.

Dos ejemplos nos permitirán ver mejor el problema:

1) Matar dolosamente a una persona, según el art. 111, constituye un homicidio simple. Si la víctima se encuentra en estado comatoso profundo y el autor la priva de la vida vegetativa que le queda, se podría preguntar si su acto está o no comprendido por el art. 111. La noción de muerte clínica permite responder negativamente, pero se puede admitir que este caso está comprendido en la zona marginal del vocablo "persona"

⁹⁵ GERMANN, *Grundfragen*, pág. 121; *Kommentar*, pf. 12, núm. 5; STRATENWERTH, AT, pf. 4, núms. 32 y ss.; HASSEMER, *Einführung*, pág. 255; WAIßLINGER, *FJS* 1192, pág. 7.

⁹⁶ KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, pág. 277; cf. ZELLER, *Auslegung*, pf. 9, núm. 8, quien critica la terminología utilizada por KAUFMANN.

⁹⁷ ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 197.

⁹⁸ ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 197.

⁹⁹ HÖPFEL (*JurBI* 101, 1979, pág. 579) y HASSEMER (*Rechtssystem*, pág. 83) llegan a afirmar que el límite es fijado por el intérprete. Ver además: HASSEMER, *Rechtssystem*, pág. 83; STRATENWERTH, *Auslegungstheorien*, págs. 271 y ss.; cf. LARENZ, *Die Bindung*, pág. 309.

y, en consecuencia, de la disposición legal citada. Por el contrario, no se podría considerar la disolución de una persona jurídica como un caso límite comprendido en esa zona marginal.

2) En el dominio de las infracciones contra el patrimonio, el término "cosa" utilizado en el art. 141 comprende o no los créditos bancarios o, más bien, debe ser entendido como "objeto corporal". El Tribunal Federal ha afirmado, en una decisión aislada¹⁰⁰, que comete la infracción reprimida por el art. 141, quien dispone de un crédito que ha sido erróneamente inscrito en su favor. En cuanto a los hechos, los jueces federales han estimado que "del punto de vista económico, la transferencia de un crédito de una cuenta a otra equivale a un pago al contado"; en cuanto al derecho, ellos aceptaron que "aun la deducción por analogía es admisible" en el marco de una interpretación extensiva¹⁰¹.

Esta última decisión ha sido fuertemente criticada¹⁰². Los argumentos esgrimidos muestran bien que no es el texto legal el elemento decisivo para determinar hasta dónde puede ir el intérprete, ni para diferenciar la interpretación extensiva de la creación por parte del juez de una nueva infracción.

Frente a esta realidad, la prohibición de la analogía en derecho penal puede ser considerada de diferentes maneras. Si se trata de afirmar, en el sentido del positivismo formal, que el texto legal constituye el límite para separar la analogía de la interpretación, es de admitir que esta prohibición es una leyenda. En la doctrina, el criterio mayoritario considera que la prohibición de la analogía, en derecho penal, no puede ser respetado de manera absoluta¹⁰³. Por el contrario, si se acepta que la interpretación es un procedimiento condicionado por la precomprensión y el preconocimiento del intérprete, llevado a cabo mediante los diversos medios entre los que figura la analogía, se debe admitir la idea de que la prohibición de la analogía permanece como pilar fundamental del derecho penal¹⁰⁴. Se trata de un argumento esencial para obligar al juez a justificar de manera especial toda extensión de la ley¹⁰⁵ desfavorable al procesado, sin refugiarse en la cómoda afirmación de que se trata solo de una interpretación¹⁰⁶. Obligación complementaria a aquella impuesta al legislador para que describa en la ley el acto incriminado de la manera más precisa y menos ambigua. En este aspecto el juez deberá tomar particularmente

¹⁰⁰ ATF 87, IV, págs. 115 y ss./JdT 1962, IV, págs. 11 y ss.

¹⁰¹ ATF 87, IV, 118 y ss./JdT 1962, IV, págs. 11 y ss.

¹⁰² GERMANN, *RPS* 78, 1962, pág. 410; SCHUBARTH, *Die Systematik*, pág. 18; STRATENWERTH, *BT* I, pf. 8, núm. 4; SCHWANDER, *Strafgesetzbuch*, núms. 533a, 548b.

¹⁰³ PRIESTER, "Analogieverbot", in H. J. KOCH (ed.), *Juristische methodenlehre und analytische Philosophie*, Frankfurt a. M., 1976, pág. 66; JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 106; NAUCKE, *Einführung*, pág. 79; ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 200.

¹⁰⁴ HASSEMER, *Einführung*, pág. 256.

¹⁰⁵ Siempre que no se trate de una interpretación extensiva "unzulässig übertrieben"; cf. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, pág. 164.

¹⁰⁶ KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, pág. 68.

en consideración los criterios de "subsidiariedad y de proporcionalidad que rigen la protección del orden social mediante el medio radical del derecho penal"¹⁰⁷.

4. CONCLUSIÓN

De las ideas expuestas y de la manera como han sido desarrolladas, se comprende fácilmente que el objetivo del presente análisis no es el de presentar una concepción nueva sobre la interpretación. Se ha tratado más bien de explicar, de modo transparente y considerando hechos que nos parecen evidentes, el proceso de aplicación de la ley. A modo de resumen, señalemos:

1. El papel creador del juez está implícito en todo proceso de aplicación e interpretación del derecho. Para comprender la adecuación de la ley a los cambios sociales, no es indispensable recurrir a criterios metafísicos (por ejemplo, el espíritu de la ley, el fin, la *ratio*). Esta adaptación de la ley a la realidad constituye el efecto inmediato de la dinámica propia del condicionamiento recíproco existente entre la ley y los hechos.

2. La aplicación del derecho implica, además de un aspecto lógico, un elemento de poder que supone el compromiso personal del intérprete poseedor de un bagaje específico de conocimientos y de criterios axiológicos. Este proceso no puede ser reducido únicamente a su dimensión lógica, ya que la determinación de los elementos del silogismo judicial, en particular de la premisa mayor (la ley), no concluye necesariamente a un solo resultado. Es corriente, por el contrario, que se llegue a establecer diversos "sentidos posibles" de la ley. Esto se debe a la estructura propia del tipo legal (pensado como "tipo" y no como definición o concepto), al carácter abstracto y general de la norma, a la naturaleza equívoca, vaga y polisémica del lenguaje y a la evolución constante de la realidad que se busca regular.

3. El "verdadero sentido" o el "sentido justo" de la ley no puede ser justificado como si fuera el resultado de un proceso objetivo, neutro, recorrido con la ayuda de los métodos de la interpretación. Estos métodos no están jerarquizados de modo que su aplicación se haga en un orden progresivo y obligatorio. La prioridad dada a uno u otro método depende de las preferencias ideológicas del intérprete de acuerdo con los criterios que inspiran el sistema social y, en particular, el orden jurídico. Estas preferencias no conducen fatalmente a decisiones arbitrarias, en la medida en que el intérprete, el juez en especial, debe argumentar convenientemente la justificación de su elección. Esta debe ser percibida por las personas como una solución justa y oportuna. Es quizás en este punto de la argumentación en el que se deben buscar los elementos que hagan posible asegurar mejor los límites del poder estatal.

4. La interpretación es siempre la misma en los diferentes dominios del derecho. Es sin embargo comprensible que los fines propios del derecho penal y sus medios de coerción (privación y restricción de derechos fundamentales) condicionen substancialmente la aplicación y la interpretación de la ley. El hecho de tener en cuenta estos elementos y el análisis que se haga de ellos deben ser expuestos y discutidos abiertamente por el intérprete y los críticos de su trabajo. Este es justamente el objetivo y la función de la teoría de la argumentación cuyo estudio, entre los penalistas, está actualmente muy descuidado.

¹⁰⁷ GRAVEN, *Note*, pág. 165; HASSEMER, *Einführung*, pág. 257.

Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992

Emiliano Borja Jiménez*

El principio de culpabilidad, como principio básico que informa al conjunto del ordenamiento juridicopenal, suele venir enunciado por la doctrina científica como un juicio de reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico¹. A pesar de que no existe una expresa proclamación constitucional, se ha sobreentendido, sin grandes disidencias, que dicho principio se puede extraer del propio art. 10 de la Constitución española,

¹ Esta formulación clásica y normativa del principio de culpabilidad ha sido mantenida por un importante sector de la doctrina española: MANUEL COBO DEL ROSAL-TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 407; JOSÉ ANTONIO SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, parte general, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 41; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte general, 14ª ed., puesta al día por ALFONSO SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1990, pág. 432; ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, "Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad", en *ADPCP*, 1951, págs. 534 y ss.

Sin embargo, otro importante sector doctrinal ha rechazado esta concepción del principio de culpabilidad. A este respecto, y desde puntos de vista diferentes, SANTIAGO MIR PUIG, en *Notas al Tratado de derecho penal de Jescheck*, t. 1, Barcelona, 1981, págs. 584 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979, págs. 69 y ss.; del mismo, *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1980, págs. 146 y ss.; JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 2ª ed., Barcelona, 1977, págs. 35 y ss.; ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, parte general, Madrid, 1990, pág. 173; JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal*, parte general, Madrid, 1984, pág. 451; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Valencia, 1989, págs. 120 y ss.

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Valencia

en la medida en que aquí se propugna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona², la cual impide que la atribución de la consecuencia jurídica se realice a título de mera responsabilidad objetiva.

Tampoco existe en el Código Penal una clara afirmación del mentado principio³. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia lo extraen de ciertos preceptos del texto punitivo, y en este sentido se acude a la propia definición legal de delito, pues esta exige, según se desprende del art. 1º del Código Penal, que las acciones y omisiones penadas por la ley sean dolosas o culposas. Con mayor claridad, el mismo precepto, en su párrafo segundo y primer inciso, determina que no hay pena sin dolo o culpa. Algunas voces muy autorizadas han visto plasmado el principio de culpabilidad en el propio art. 2º del Código Penal, cuando faculta al juez para que se dirija al gobierno, exponiendo lo conveniente y sin perjuicio de ejecutar la sentencia, desde luego, cuando de la rigurosa aplicación de la ley, entre otras consecuencias, la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito. La ley, en definitiva, está ofreciendo una posibilidad de modificar su propia aplicación en el caso concreto cuando la pena sea excesiva atendiendo, entre otros factores, al grado de malicia del autor, o, lo que es lo mismo, que el propio legislador condiciona la pena a la medida de culpabilidad del autor. Y la adecuación de la sanción criminal a la medida de culpabilidad del sujeto agente, como se señala más adelante, es una consecuencia directamente derivada del principio de culpabilidad.

De esta breve introducción interesa ahora destacar que, con diferentes fundamentos, existe cierta unanimidad doctrinal en la afirmación del principio de culpabilidad⁴ y que esa afirmación, aunque no está expresamente definida, se encuentra meridianamente reflejada en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, se fundamente la culpabilidad en la libertad de acción de que goza el hombre, o en relación con su capacidad de poder ser motivado por la norma penal, o finalmente, en atención a la necesidad de pena, se sigue aceptando por parte de la doctrina, desde diferentes perspectivas, la vigencia del principio de culpabilidad (como admiten expresamente tanto CÓRDOBA RODA como MUÑOZ CONDE, de tal forma que las consecuencias de dicho principio suelen ser postuladas indistintamente por unos y por otros).

² El art. 10 de la Constitución española, en su párrafo primero, establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

³ Ni en los Códigos anteriores al vigente, ni en los proyectos de reforma penal, existe una declaración expresa del principio de culpabilidad. Una notable excepción la constituyen el proyecto de Código Penal de 1980 y el borrador de la parte general del Código Penal, de octubre de 1990, en los que se contiene, respectivamente, en los arts. 3º y 3º.2, una clara referencia: "No hay pena sin culpabilidad". Esta fórmula legal desaparece, sin embargo, tanto en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 como en el propio anteproyecto de Código Penal de 1992.

⁴ No todos los autores aceptan esta expresión, y a tales efectos se habla de atribuibilidad, imputación subjetiva o responsabilidad. No obstante, sea cual fuere el vocablo empleado, las consecuencias básicas que se derivan del principio de culpabilidad son aceptadas de igual forma por todos. Y es que, en definitiva, aquellos que aparentemente se muestran en contra del principio de culpabilidad, en realidad se oponen a una determinada concepción de dicho principio de culpabilidad. Un ejemplo de lo dicho en EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y SUSANA HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, Teoría jurídica del delito*, parte general, Madrid, 1986, págs. 294 y ss.

Del principio genérico de culpabilidad se derivan ciertas consecuencias que la doctrina suele expresar en forma de subprincipios, los cuales son concreción lógica y valorativa de aquel en determinados ámbitos. A este respecto, el principio de culpabilidad se formula básicamente en torno a dos proposiciones: a) *no hay pena sin culpabilidad*, y b) *la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad*⁵.

Pero también en nuestro actual Código Penal existen disposiciones que, de forma directa o indirecta, vulneran ciertas exigencias del principio de culpabilidad. Así, la propia existencia en el vigente texto punitivo de los delitos cualificados por el resultado supone una violación del principio según el cual la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad en la realización del hecho concreto, pues la propia ley habilita al juez para que castigue ciertos resultados a título de dolo cuando la responsabilidad del sujeto respecto de estos solo sea atribuible a título de culpa⁶. Existen más supuestos que ulteriormente serán referidos en el presente artículo, en los términos que más adelante se expondrán.

En este breve trabajo que aquí se expone, el fin que se pretende alcanzar es muy modesto. Con la reciente aparición del anteproyecto de Código Penal de 1992, que se proyecta como futuro texto punitivo, la nueva regulación de preceptos tanto de la parte general como de la especial, determinan a su vez, en conjunto, una nueva formulación del principio de culpabilidad en sus diversas concreciones, que suponen una variación respecto de su actual articulación en el vigente Código Penal. Se intenta, por tanto, realizar un análisis comparativo entre el presente y el futuro texto punitivo relativo a las diferentes formas de las que se deduce la afirmación o negación de ese principio de culpabilidad y sus consecuencias dogmáticas, así como la valoración personal que merezcan las modificaciones de uno sobre otro. Para un mejor análisis de los contenidos enunciados, se examinan separadamente cada una de las garantías que se derivan, según la doctrina mayoritaria, del principio de culpabilidad⁷.

⁵ Estas consecuencias inmediatas son aceptadas incluso por los autores que combaten con gran energía la formulación tradicional del principio de culpabilidad, como se ha señalado en la nota anterior. De esta forma, GIMBERNAT ORDEIG, en la medida en que admite la pena como una amarga necesidad para hacer posible la convivencia humana y rechaza el castigo innecesario que no justifique tal fin (*Estudios de derecho penal*, cit., pág. 149), está empleando en la elaboración de su sistema un principio paralelo a este enunciado en el texto de que no hay pena sin culpabilidad. Por otra parte, desde este mismo punto de vista también se acepta que la pena sea adecuada a la medida de la culpabilidad del autor. Expresado en otros términos, a esta misma conclusión llega GÓMEZ BENÍTEZ siguiendo los presupuestos de la teoría de la motivación: "...no es buena guía de eficacia la exacerbación indiscriminada de las penas (reclusión mayor, por ejemplo, para cualquier delito), porque ello fortalece el sentido colectivo de que las leyes son injustas y, por tanto, se fomenta el espíritu de desobediencia, y no el de integración dentro de la sociedad del Derecho..." (*Teoría jurídica del delito*, cit., pág. 452).

⁶ Así, en el párrafo segundo, segundo inciso, del artículo primero del Código Penal, se establece: "Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, solo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa".

⁷ En cuanto a la determinación de las garantías o subprincipios que se derivan del principio de culpabilidad, por su claridad expositiva tomamos parte de la enumeración que realiza MIR PUIG (*Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Barcelona, 1990, págs. 107 y ss.). Estas garantías son admitidas por la totalidad de la doctrina occidental, aun cuando otros autores trasladen alguna de ellas a otros principios del derecho penal (por ejemplo, al principio del hecho). A efectos meramente expositivos, es conveniente tratar unitariamente estos postulados.

1. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL O PERSONALIDAD

En virtud de este principio, se prohíbe castigar a una persona por un hecho ajeno. De esta forma, violaría el principio de culpabilidad la tipificación de conductas por las que se castigase a un sujeto que no ha intervenido en el hecho que se le imputa.

En el vigente Código Penal existen algunos supuestos que pueden ser calificados como supuestos de responsabilidad por hecho ajeno⁸. Así el art. 227, en su párrafo segundo, que castiga a los jefes principales de una rebelión o sedición por los delitos particulares cometidos en la respectiva rebelión o sedición cuando no puedan ser descubiertos sus autores directos. También, se ha sostenido que suponen casos de responsabilidad por el hecho de otro los supuestos de autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta u otro que facilite la publicidad de forma similar, consagrados en los arts. 13 y 15 del vigente Código Penal⁹. Se puede pensar, en principio, que viola el principio de responsabilidad personal el castigo al director de la publicación cuando no ha aparecido el autor de esta. Sin embargo, esta recusable consecuencia fue evitada por una interpretación que redujo el aparentemente extenso ámbito de aplicación de los preceptos expresados¹⁰.

La situación en el proyecto de Código Penal de 1992, en lo que se refiere a los supuestos de responsabilidad personal, ha variado sustancialmente. En el art. 454 de dicho texto, que es equivalente al actual 227, desaparece la odiosa responsabilidad subsidiaria de los jefes de la rebelión o sedición cuando por los delitos particulares cometidos en la misma no aparezcan sus verdaderos autores. El anteproyecto, por tanto, da un paso importante en la afirmación de la responsabilidad penal por el hecho propio en este punto.

En cuanto a los supuestos de responsabilidad criminal en los que se utilizan medios mecánicos o soportes de difusión, el anteproyecto de 1992 parece decantarse

⁸ Sobre las distintas vulneraciones del principio de culpabilidad en el derecho positivo español, COBO-VIVES, *Derecho penal*, parte general, cit., págs. 270 y ss. y 412.

⁹ El art. 13 del vigente Código Penal establece que en los delitos y faltas cometidos por medio de la imprenta u otros procedimientos que faciliten la publicidad responden criminalmente tan solo los autores. El art. 15, por su parte, determina aparentemente una especie de responsabilidad en cascada, de tal forma que considera autores, en primer lugar, a los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. A falta de estos, por no ser conocidos o no estar domiciliados en España, o estar exentos de responsabilidad criminal con arreglo al art. 8º del Código, se reputa autor al director de la publicación o del medio involucrado; a falta de este, por las mismas causas, al editor, y a falta de este, finalmente, al impresor.

¹⁰ En efecto VIVES ANTÓN, acudiendo a una fina interpretación de los textos aludidos, llega a la conclusión de que los supuestos de autoría que señalan los arts. 13 y 15, lejos de exacerbar la responsabilidad criminal en los delitos cometidos mediante la imprenta, reduce el ámbito de la autoría; y el director, editor o impresor debe reunir, para ser responsable de estos delitos, la condición de autor de los arts. 12, 1º y 14 del texto punitivo. (TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977, págs. 86 y 93).

por la interpretación estricta que había propuesto VIVES ANTÓN. Con mayor claridad que en el actual texto punitivo, el art. 27 de dicho anteproyecto establece en su numeral 1º que en los delitos y faltas cometidos utilizando medios mecánicos o soportes de difusión no responderán criminalmente los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente, eliminando cualquier posibilidad de participación o encubrimiento en el hecho con arreglo a las normas generales. Pero la segunda regla refleja con mayor nitidez la necesidad de que los responsables enunciados (los que realmente han redactado el texto o el signo de que se trate, los directores de la publicación o programa, los directores de la empresa implicada, los impresores de la empresa grabadora, reproductora o impresora) sean necesariamente autores, inductores o cómplices necesarios en el texto o programa de referencia. La clara dicción del tenor literal del precepto impide que a título de responsabilidad subsidiaria se castigue a uno de los sujetos señalados si no ha tenido una contribución en el hecho punible como autor directo o mediato, como inductor o como cómplice necesario¹¹. También en este punto, y en la medida en que el anteproyecto refleja con mayor nitidez la imposibilidad de una interpretación extensiva que determine una responsabilidad objetiva y ajena, y en este sentido, se puede decir que el anteproyecto avanza en la garantía de la aceptación del principio de responsabilidad personal.

Se puede decir, por tanto, que en el anteproyecto de 1992 desaparece un precepto que mantiene en el vigente Código Penal un supuesto de responsabilidad por el hecho de otro, y elimina las dudas existentes respecto de la aplicación de otros preceptos que podían dar lugar a un entendimiento de existencia de responsabilidad sin hecho. Esta consideración del pre-legislador implica una notable reducción de las posibilidades legales de vulneración del principio de responsabilidad personal, y por ende, del propio principio de culpabilidad¹².

2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

Es esta otra de las garantías que se deducen del propio principio de culpabilidad en el derecho penal de un Estado democrático. Según este subprincipio, nadie puede ser castigado por su carácter o forma de ser, o por el modo en que conduce su

¹¹ El art. 27.2 del anteproyecto, referido a estos supuestos, señala: "Los autores a los que se refiere el artículo 25 responderán de forma escalonada y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º) Los que sean directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º) Los que sean directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º) Los que sean directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora...". El art. 25 del anteproyecto es el equivalente, con algunas variaciones, al actual art. 14.

¹² Ciertamente es que aquí se podrían tratar también otros aspectos, como el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas. Pero también es verdad que esta temática no solo afecta al principio de culpabilidad sino a otras materias de la teoría del delito como la capacidad de acción, el sujeto pasivo, la política criminal, etc. Por esta razón, y para no perder la línea expositiva de este breve trabajo, se considera más conveniente desarrollar solo aquellas cuestiones que inciden directamente sobre alguna de las garantías que comporta dicho principio de culpabilidad.

vida, sino en razón de la comisión de un hecho concreto tipificado como delito por la ley penal. El juicio de reproche en que, para algunos, consiste el principio de culpabilidad, no puede formularse en atención a la personalidad global del sujeto o por la forma en que desenvuelve su propio existir, sino que, por el contrario, la imputación subjetiva tiene que extraerse únicamente del concreto ilícito cometido, y solo en razón del mismo tendrá que ser determinada la ulterior sanción. En este sentido se distingue un *derecho penal del hecho* frente a un *derecho penal de autor*. La valoración del delito también es diferente, según se opte por uno u otro de estos derechos: según el primero, el delito sería el fundamento y límite de la desaprobación jurídica del autor; conforme al segundo, el delito tan solo representa una evidencia de la total personalidad antisocial del sujeto, que existe con anterioridad a su perpetración e incluso pervive con posterioridad. A estos efectos, en la actualidad es unánime en la doctrina la consideración del principio de culpabilidad por el hecho concreto y el rechazo de la culpabilidad de autor¹³.

Sin embargo, en nuestro vigente ordenamiento jurídico todavía quedan algunas reminiscencias de un derecho penal de autor.

Así, la posibilidad de castigar los supuestos de "imposibilidad de ejecución o de producción del delito" que todavía viene recogido en nuestro Código Penal¹⁴. Los casos de tentativas absolutamente inidóneas, por tanto, pueden ser castigados, en principio, con la misma pena que una simple tentativa. Si entonces el castigo no se puede fundamentar en la lesión o en la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma, no queda otra posibilidad de justificar el castigo que no derive de aspectos emanados de la personalidad del autor¹⁵. La peligrosidad del autor, su voluntad rebelde a la norma, serían los principales argumentos que se pueden esgrimir en favor del castigo del delito imposible.

Por otra parte, la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 contiene la previsión de estados peligrosos predelictuales con las correspon-

¹³ Y ello con independencia del sistema de derecho penal del que se parta. Con razón señala BACIGALUPO que la elección entre uno y otro tipo de culpabilidad no depende de los axiomas del sistema dogmático, del mayor o menor fundamento empírico de las premisas. "La racionalidad de esta decisión estará, por el contrario, condicionada por el mayor grado de controlabilidad judicial que el criterio adoptado ofrezca. En este sentido la culpabilidad por el hecho es la que brinda mayores garantías" (ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, parte general, cit., págs. 172 y 173).

¹⁴ El art. 52, párrafo segundo del vigente Código Penal, incluye dentro de las reglas de determinación de la pena los supuestos de delito imposible, que viene castigado con la pena inferior en uno o dos grados al delito consumado.

¹⁵ En efecto, si la tentativa inidónea se interpreta sobre criterios objetivos, el art. 52.2 del Código Penal sería totalmente superfluo, pues su ámbito de aplicación quedaría ya cubierto por las previsiones de la tentativa simple del art. 3º del texto punitivo. Si, con arreglo al principio de vigencia en materia de interpretación, se quiere dotar de cierta posibilidad de aplicación al citado precepto, su fundamento solo puede mantenerse mediante criterios subjetivos basados en mayor o menor medida en la peligrosidad del autor o en su voluntad rebelde a la norma. De hecho, esta ha sido la fundamentación más frecuente utilizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Sobre las diferentes posiciones al respecto, ELENA FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, págs. 359 y ss.).

dientes medidas de seguridad. Los estados peligrosos y las respectivas medidas de seguridad nacen como resultado de las tesis de la Escuela Positiva y responden históricamente a una concepción del derecho penal (o de su sustitución) en la que las categorías de peligrosidad, estado peligroso y medida de seguridad quieren sustituir a las clásicas de culpabilidad, delito y pena. De ahí que uno de los máximos exponentes de la culpabilidad de autor viniese establecido precisamente con base en la vigencia de dichos estados peligrosos y sus correspondientes consecuencias. No está tan claro que hoy en día se pueda mantener que los estados peligrosos representen un claro supuesto de culpabilidad de autor, pero algunas decisiones del Tribunal Constitucional han motivado serias dudas sobre su actual vigencia en consideración a su oscuro fundamento¹⁶. La regulación fuera del Código Penal de dichos estados peligrosos y medidas de seguridad y la arcaica terminología que emplea la misma ley¹⁷, coadyuvan a la desconfianza generalizada en cuanto a su compatibilidad con los principios constitucionales en los que se asienta el moderno derecho penal.

Un último dato legislativo apunta hacia un posible vestigio de culpabilidad de autor. Viene esta determinada por la referencia obligada a la agravante de reincidencia regulada en el actual art. 10, num. 15 del Código Penal¹⁸.

En efecto, la agravante de reincidencia supone siempre un aumento de la pena, no en atención a la comisión del hecho por el que es enjuiciado el reo, sino por los que realizó en un tiempo pretérito. El incremento en la sanción que va a sufrir el sujeto, por tanto, no viene determinado por circunstancias, móviles o elementos que se deriven de la conducta ilícita concreta, sino por otras características difícilmente compatibles con un derecho penal del acto¹⁹.

¹⁶ Al respecto, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, "Constitución y medidas de seguridad", en *Poder Judicial*, 1986, págs. 91 y ss.

¹⁷ Así, por ejemplo, el propio empleo de la proposición *peligrosidad social* o la referencia como supuesto de estado peligroso a *los vagos habituales* no contribuyen en nada a callar las sospechas que siempre ha despertado semejante instrumento normativo.

¹⁸ Art. 10. 15º: "Son circunstancias agravantes: ...Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este Código, por otro, al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquella señale pena menor. La condena de un tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieren podido serlo".

¹⁹ Sin embargo, MIR PUIG, consecuente con su sistema, ha entendido que la circunstancia de reincidencia se puede fundamentar en un mayor contenido del injusto del hecho al que se aplica la agravante. Y es coherente con su sistema en la medida en que el autor mantiene que la conciencia de la antijuridicidad determina el propio injusto del hecho. El reincidente, desde este punto de vista, mayor conocedor de la significación antijurídica de la infracción que comete, determina una mayor antijuridicidad del hecho que es sancionada con un incremento en la pena (MIR PUIG, *La reincidencia...*, cit., págs. 532 y ss.). Con todo, y con independencia de la naturaleza jurídica de la reincidencia, el fundamento radica, según dicho autor, en la actitud de mayor desprecio y rebeldía ante los valores del ordenamiento jurídico del sujeto reincidente frente al sujeto primerizo (*La reincidencia...*, págs. 523 y ss.).

Estos serían los tres datos más importantes que revelarían cierta referencia a una culpabilidad de autor. Seguidamente tienen que examinarse estas tres situaciones en la regulación del anteproyecto de 1992.

En lo que respecta al delito imposible o la tentativa inidónea, desaparece del anteproyecto, estimándose plausible dicha supresión que venía propugnada casi unánimemente por la doctrina²⁰.

En cuanto a las medidas de seguridad, el anteproyecto establece un nuevo sistema que representa una notable mejora, al menos en sentido teórico, respecto de la actual situación legal. Las medidas de seguridad se someten formalmente al principio de legalidad²¹, se introducen en el texto codificado²², solo pueden imponerse al sujeto que ha cometido un hecho constitutivo de delito (sistema vicarial)²³ y, en fin, se emplea un lenguaje más acorde con la concepción científica y el espíritu que las inspira²⁴.

Junto a estas importantes innovaciones, deben tenerse presentes, a efectos del presente examen, dos puntos claves, reflejados en el art. 4º del anteproyecto, que determinan una clara fundamentación en la responsabilidad por el hecho y no por el carácter. Así, en primer lugar, en el numeral 1º del mentado precepto se establece que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Y, en segundo lugar, en el numeral 2º se establece un principio de proporcionalidad y límite que viene determinado por el hecho inicialmente cometido: las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

No cabe duda, pues, que la base del sistema del establecimiento de las correspondientes medidas de seguridad descansa en un derecho penal preventivo respetuoso del principio de culpabilidad por el acto aislado, lo que representa un notable avance respecto de la regulación actual²⁵.

²⁰ El proyecto de Código Penal de 1980 mantiene esta figura en su art. 25: "...En los casos de imposibilidad de producción de un delito por falta de idoneidad de los medios empleados o por ausencia de objeto, la pena correspondiente a la tentativa podrá reducirse en los términos previstos en el artículo 73 de este Código". En términos similares se expresa la propuesta de anteproyecto de 1983 en su art. 21.2.

²¹ Art. 1º.3: "Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen establecidas legalmente con anterioridad ni para supuestos distintos de los expresamente señalados por las leyes".

²² El título IV del libro I del anteproyecto regula las medidas de seguridad.

²³ El art. 95 del anteproyecto exige como requisito necesario para la imposición de una medida de seguridad que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

²⁴ Puede compararse, a título de ejemplo, la criticada expresión de "peligrosidad social" empleada por la ley de 4 de agosto de 1970 frente a la referencia que se realiza en el numeral 2º del art. 95 del anteproyecto: "...Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos".

²⁵ En relación con la introducción del nuevo sistema de medidas de seguridad en el anteproyecto, se ha señalado: "Han imperado posiciones realistas y garantistas, pese a que ello haya supuesto la desnaturalización de las medidas de seguridad y dejar pendiente la virtualidad del propio sistema por lo que se refiere a la emisión del necesario juicio de pronóstico de la peligrosidad que deberá realizarse con garantías y pruebas que enerven la presunción de inocencia, y en lo que atañe al establecimiento y medios para su cumplimiento" (JAVIER BOIX REIG, *El nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, núm. 2, 1992, pág. 3).

Finalmente, en cuanto a la agravante de reincidencia, se puede decir que el anteproyecto retrocede un paso respecto de las previsiones que venían establecidas en la propuesta de 1983 y en el borrador de 1990. En estos dos textos, la reincidencia desaparece como circunstancia agravante que determina automáticamente el incremento de la pena. En su lugar, con gran coherencia al menos en teoría, se establece una medida de seguridad para los supuestos de delincuencia habitual, si bien esta previsión no se contiene en el borrador²⁶.

El anteproyecto de 1992, por el contrario, vuelve a introducir la agravante de reincidencia, si bien es cierto que formalmente no se trata de una circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal. En efecto, la reincidencia se concibe ahora como una regla de determinación penal, junto a las genéricas que vienen establecidas en el art. 62. Pese al cambio de ubicación, la circunstancia guarda prácticamente todos los efectos que subsisten en el vigente Código Penal²⁷. Aunque la aplicación automática de la reincidencia ha disminuido en el anteproyecto de 1992, en la medida en que su imposición es facultativa para los supuestos de delito anterior más grave o dos de menor sanción, perviven todavía los vestigios de culpabilidad de autor que fundamenta su propia razón de ser. Sin duda alguna, argumentos de política criminal han primado por encima de planteamientos teóricos más o menos coherentes, debido, quizás, al gran problema que representa la delincuencia reincidente en los índices de criminalidad global²⁸. En este sentido, el propio

²⁶ El art. 100.3 de la propuesta considera habitual al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados regístralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del tribunal, previos los informes a que se refiere el art. 87.2º. En el numeral 1º de este art. 100 se establece la respectiva medida de seguridad: "A los delincuentes habituales el tribunal les impondrá, además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años. Este internamiento podrá ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena". El borrador de la parte general del Código Penal de octubre de 1990 omite la agravante de reincidencia, y contiene en su art. 70 una referencia al delincuente habitual: "A los efectos de este Código, se consideran habituales los que hubiesen sido condenados por tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años". Sin embargo, frente a la propuesta de 1983, no se contiene ninguna medida de seguridad especial para los supuestos de delincuencia habitual.

²⁷ Así, el art. 65 del anteproyecto dispone lo siguiente: "1. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo capítulo de este Código y sea de la misma naturaleza.

"2. También hay reincidencia si la condena ejecutoria anterior lo fuera por otro delito al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquella señale pena menor.

"3. Cuando concurriera la circunstancia descrita en el número 1 de este artículo, los jueces o tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley. Si se trata de la reincidencia contemplada en el número 2, los jueces o tribunales podrán imponer la pena en su mitad superior, si lo estiman adecuado a las circunstancias del hecho y del autor".

²⁸ La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo, a este respecto, tampoco mantiene un criterio uniforme sobre el fundamento de la agravante de reincidencia. Así, la famosa sentencia del Supremo de 6 de abril de 1990, tras señalar que en el moderno derecho penal solo es admisible la culpabilidad por el acto aislado, establece que una determinada interpretación de la reincidencia puede ser inconstitucional, esto es, en los supuestos en que la aplicación de la agravante del art. 10.15º determine una pena superior a la medida que marca la culpabilidad atendiendo al acto aislado. Sin embargo, la sentencia

Tribunal Constitucional ha admitido en una reciente sentencia la total compatibilidad entre la agravante de reincidencia y los principios constitucionales básicos emanados del Texto Fundamental²⁹.

Es momento de evaluar, si bien brevemente, la situación del principio de culpabilidad por el hecho aislado en el anteproyecto de 1992. Y a este respecto se tiene que señalar que también en este punto la valoración global se muestra favorable. Desaparece la tentativa inidónea, y con ella uno de los vestigios de culpabilidad de autor que encontró su nacimiento legislativo en momentos en los que el autoritarismo de Estado era bien patente. De igual forma, el cambio de sistema en el establecimiento de las medidas de seguridad, la desaparición de los estados peligrosos predelictivos y la sustancial variación de su fundamento determinan un alejamiento de las fundadas sospechas, confirmadas en parte por el propio Tribunal Constitucional, de la compatibilidad de su vigencia con el Estado Social y Democrático de Derecho que propugna el propio Tribunal Fundamental. Pero el anteproyecto podía haber avanzado aún más en la línea marcada por la propuesta de 1983 o por el propio borrador que le antecede inmediatamente extrayendo de las agravantes (formales o materiales) la circunstancia dereincidencia, que solo encuentra su fundamento en razones que poco tienen que ver con la culpabilidad del hecho³⁰.

3. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, proyecta su significación y contenido en sus vertientes material y proce-

del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1990, tras mantener que el fundamento de la agravante de reincidencia reside en la mayor peligrosidad del sujeto, entiende que esta es perfectamente compatible con los principios constitucionales que informan el derecho penal. Un comentario sobre la primera resolución, desde diferentes perspectivas: MARÍA ÁNGELES JAREÑO LEAL, "Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad", en *Poder Judicial*, núm. 22, 1991, págs. 245 y ss.; EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, "La agravante de reincidencia y su acomodo constitucional", en *Revista General de Derecho*, núm. 552 (septiembre, 1990), págs. 6.580-6.589. Un análisis comparativo entre ambas resoluciones: EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, "Dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la vigencia actual de la agravante de reincidencia", en *Revista General de Derecho*, núm. 558 (marzo, 1991); págs. 1.129-1.139.

²⁹ STC 150/1991, de 4 de julio (Pleno). No podemos entrar aquí, por obvias razones, en un análisis de esta interesante resolución. Simplemente se tiene que destacar el énfasis que ha puesto el Tribunal Constitucional en la libertad que tiene el legislador para establecer en atención a razones de política criminal las medidas que estime oportuno para poder garantizar los bienes jurídicos que permiten la coexistencia de la comunidad. La principal crítica que se le puede reprochar al Defensor de la Constitución en esta importante decisión, es el rechazo constante a los argumentos en favor de la inconstitucionalidad de la mentada agravante aduciendo reiteradamente la ausencia de posición dogmática en la interpretación de los preceptos constitucionales.

³⁰ La 23ª ley de reforma penal de 13 de abril de 1986, suprimió el § 48 del Código Penal alemán, que regulaba la institución de la reincidencia. Con razón ha señalado ROXIN que la circunstancia de agravación de reincidencia existente hasta ahora en el Código Penal alemán ha sido eliminada precisamente en consideración al principio de culpabilidad (CLAUS ROXIN, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito con base a la política criminal*, Barcelona, 1992, pág. 142 y nota 72).

sal³¹. De acuerdo con la primera, el principio de presunción de inocencia constituye un auténtico derecho subjetivo que implica, en el ámbito extraprocesal, el trato y la consideración como no autor o partícipe de un hecho punible, sin adelantar la consecuencia jurídica relacionada con el mismo. En el plano procesal estricto, el sujeto goza, a lo largo de su enjuiciamiento, de la presunción de inocencia, que solo podrá ser levantada con pruebas fehacientes de su culpabilidad y en el momento procesal oportuno.

Pero no es aquí donde queremos centrar nuestras consideraciones, sino en el aspecto sustantivo de la formulación de la norma penal. "En el plano del derecho penal sustantivo, la presunción de inocencia *representa un límite frente al legislador*. En virtud de ese límite, y dado la naturaleza constitucional del mismo, serán nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad"³².

La vulneración del principio de presunción de inocencia, en su vertiente material, es una vulneración del principio de culpabilidad en la medida en que una norma puede establecer, en relación con el sujeto que realiza una determinada conducta, una imputación *iuris et de iure* de la comisión de un injusto penal, existiendo posibilidades en contra de esa relación impuesta como jurídicamente necesaria. Al sujeto, en definitiva, se le reprocharía un hecho que no necesariamente ha perpetrado.

En el vigente Código Penal subsisten algunos preceptos que pueden implicar el castigo de un sujeto por una presunción de comisión de un hecho.

De esta forma, el art. 502 del vigente Código Penal determina que los malhechores presentes en la ejecución de un robo en cuadrilla serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlo. El respeto al principio de culpabilidad no parece asegurado en esta disposición, en la medida que se equipara pasividad con presunción *iuris et de iure* de autoría, relación que puede ser real en muchas ocasiones, pero que también puede suponer una mera ficción, sobre todo en los supuestos de inexigibilidad o de ausencia de relación causal por imprevisibilidad de la actuación de alguno de los miembros de la cuadrilla. Tampoco parece muy acertado en este sentido el art. 483 del mismo texto punitivo³³. El precepto, pese a algunos recientes intentos de justificación³⁴,

³¹ Al respecto, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, cit., págs. 78 y 79.

³² COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *ibidem*.

³³ "El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor".

³⁴ Así, el propio Tribunal Supremo, en la famosa sentencia de 25 de junio de 1990 (caso "El Nani"), fundamento jurídico decimoséptimo, interpreta que el precepto citado es perfectamente compatible con la Constitución. Otros autores sostienen esta constitucionalidad con base en diferentes argumentos. Así, COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, acudiendo al principio de conservación de las normas, entienden que en el precepto, pese a ser criticable su redacción, se puede justificar la gravedad del castigo con base a que la detención ilegal es indefinida. (MANUEL COBO DEL ROSAL, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, JAVIER BOIX REIG, ENRIQUE ORTS BERENGUER, JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, parte especial, 3ª ed., Valencia 1990, pág. 746). También MUÑOZ CONDE (*Derecho penal*, parte especial, 8ª ed., Valencia, 1990, págs. 154 y 155) aboga por la constitucionalidad de la disposición legal por razones de política criminal. En esta misma línea de justificación del precepto, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *El delito de detención ilegal con desaparición forzada*, en Libro Homenaje al profesor FERNÁNDEZ ALBOR, Santiago de Compostela, 1989, pág. 362.

es de dudosa constitucionalidad en la medida en que presume que quien detiene a otro sin dar razón de su paradero o sin acreditar haberlo dejado en libertad, ha ocasionado su muerte. La grave pena que acompaña al hecho punible (reclusión mayor, la misma del parricidio) refuerza el carácter de presunción de la existencia de un delito contra la vida. Las mismas críticas son trasladables al injusto contenido en el art. 485 del Código Penal³⁵.

El anteproyecto en este punto no ha variado demasiado la posición que se mantiene en el vigente Código Penal. Ciertamente es que entre los delitos de robo ya no se encuentra ninguna norma que contenga previsión similar a la contenida en el actual art. 502, desaparición que se valora positivamente. Pero en materia de detenciones ilegales, el secuestro bajo presunción de homicidio sigue presente con idéntico tenor literal y similar castigo en términos comparativos³⁶, siendo esta disposición criticable por las razones señaladas. El anteproyecto no contiene, afortunadamente, precepto similar al del actual art. 485.

Tras este examen comparativo se puede decir que el anteproyecto da un paso más en relación con la supresión de algunos preceptos que ofrecen dudas sobre su acomodo al respeto del principio de presunción de inocencia en sentido material. Pero este paso es muy corto, pues no modifica la redacción del criticable precepto relativo a la detención con desaparición de la víctima. La reforma de 1989, que eliminó los dos delitos contenidos en los arts. 408 y 424 (homicidio y lesiones en riña tumultuaria), en razón de su dudosa constitucionalidad, apenas encuentra una tímida continuación en el anteproyecto de 1992. Es de esperar que antes de su redacción definitiva el criticable art. 170 de dicho proyecto sea objeto de una sustancial modificación.

4. PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL LA PENA NO DEBE SOBREPASAR LA MEDIDA DE CULPABILIDAD

Este subprincipio se formula como una exigencia del propio principio de culpabilidad, y ya se encuentra plasmado en alguna medida en los que han sido examinados anteriormente. Aquí se hará referencia a los aspectos que más directamente se

³⁵ Art. 485: "El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor".

³⁶ El art. 170 del anteproyecto determina: "El reo de detención ilegal o secuestro que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de prisión de doce a dieciséis años". Si se tiene presente que el delito de homicidio contenido en el art. 142 viene castigado con la pena de prisión de diez a quince años, no cabe duda que la presunción de existencia de ese crimen sigue latiendo en la regulación del que puede ser futuro Código Penal. El anteproyecto retrocede notablemente en este punto respecto de las previsiones que se contienen en el art. 183 del proyecto de 1980 y en el art. 161.2 de la propuesta de 1983 ("si por la detención ilegal o secuestro se causare dolosamente la muerte de la víctima, se impondrá la pena de quince a veinte años"), mucho más respetuosas con el principio de culpabilidad.

relacionen con la proporcionalidad de la sanción, en atención al contenido cuantitativo del reproche del autor por el hecho cometido. No se trata, pues, de establecer una innovación estructural del examen del principio de culpabilidad, sino solo de analizar en un mismo apartado y de forma conjunta y ordenada las cuestiones que contienen aspectos comunes.

Tras estas consideraciones generales, se puede pensar que la locución enunciada es tan evidente que no necesita de formulación alguna. Sin embargo, en la evolución histórica del derecho penal los supuestos de responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta la intención del sujeto o las posibilidades de previsión y evitación del resultado, han contemplado una forma normal de imputación objetiva. De hecho, el principio del *versari in re illicita*, según el cual el autor de un hecho ilícito debe de responder por todas las consecuencias derivadas de él, representa de entrada una garantía y un avance respecto a los supuestos de mera responsabilidad objetiva, en cuanto que ya se establece un límite: el acto inicial, al menos, debe de ser ilícito. Las consecuencias del principio del *versari*, que todavía están presentes en nuestro ordenamiento jurídico (preterintencionalidad, delitos cualificados por el resultado), sin embargo, lejos de constituir un progreso en la evolución del principio de culpabilidad, representan hoy en día una limitación del mentado principio. En las líneas que siguen se examina, partiendo de la regulación de nuestro vigente Código Penal, el estado de esa evolución en la superación de los vestigios del principio del *versari* en el anteproyecto de 1992. También se examinará el tratamiento que dicho anteproyecto les da a ciertas figuras cualificadas de la parte especial del vigente Código, cuyo incremento o disminución del castigo está anclado en una presunción de mayor o menor culpabilidad que encuentra difícil justificación en algún supuesto real de aplicación.

El primer inciso del párrafo segundo del artículo primero del Código Penal establece que no hay pena sin dolo o culpa. Esta aseveración legal es considerada por algunos autores como un auténtico principio³⁷. Conductas perpetradas sin intención o conocimiento, de un lado; o sin violar el deber de cuidado que le correspondería observar al sujeto, de otro, no pueden ser castigadas con la sanción criminal. Los supuestos de responsabilidad objetiva en sentido estricto, por tanto, están fuera del ámbito del derecho penal. Y, por supuesto, nuestro Código Penal es coherente con este principio.

De este subprincipio también se extrae la consecuencia de que la conducta cometida a título de dolo es siempre más grave que la perpetrada a título de culpa³⁸, previsión que es asimismo contemplada en el actual Código Penal³⁹.

³⁷ En este sentido SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, cit., pág. 108; GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Introducción al derecho penal*, parte general, Barcelona, 1981, pág. 53.

³⁸ Y en este punto están de acuerdo tanto los que califican la culpabilidad como reproche, como los que prefieren fundar la imputación subjetiva en la capacidad o posibilidad de motivabilidad del sujeto.

³⁹ El art. 565 del C. P. en su párrafo séptimo impide que un delito doloso sea penado igual que un delito imprudente: "Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen pertinente".

Excederían la medida de culpabilidad, ya en el momento legislativo, consecuentemente, aquellos preceptos que de manera directa o indirecta sancionasen a título de dolo acciones, comportamientos o resultados que se perpetraran imprudentemente o que sobrepasan en su concreción material la intención del sujeto. Esto sucede, precisamente, con los delitos cualificados por el resultado y los supuestos de preterintencionalidad, las últimas reminiscencias del principio del *versari in re illicita*.

En cuanto a los denominados "delitos cualificados por el resultado", estos vienen previstos con carácter general, en el segundo inciso del párrafo segundo del artículo primero del Código Penal: "Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, solo se responderá de este si se hubiese causado, al menos, por culpa". Pese a que algún autor todavía considera que esta fórmula legal representa los efectos desplegados por el principio de culpabilidad (o responsabilidad subjetiva, según se quieran emplear los términos)⁴⁰, lo cierto es que la categoría de los delitos cualificados por el resultado implica, en la mayoría de los casos, la incriminación de toda conducta dolosa cuando parte de esta (la que afecta al resultado) se perpetra a título de culpa. Son mencionados como delitos cualificados por el resultado en nuestro Código Penal el aborto con resultado de muerte o lesiones graves⁴¹, el abandono de menores con resultado de muerte⁴² o los diversos delitos contra la salud pública con resultado de muerte⁴³, entre los más destacables. Suponen generalmente una vulneración del principio de culpabilidad porque, aun cuando respecto al resultado se exija al menos imprudencia, el hecho será castigado con mayor pena que si se hubiese tratado de un concurso de delitos (entre la infracción base dolosa y la derivada imprudente), o, incluso, un solo delito imprudente⁴⁴.

⁴⁰ En este sentido, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal* (parte general). *Las teorías de la pena y de la ley penal*, Granada, 1990, pág. 194. Es cierto que, a primera vista, el precepto señalado incorpora una limitación a la responsabilidad objetiva, pues ahora ya no es posible que el sujeto responda por las consecuencias fortuitas que tienen origen en el delito base ilícito. Pero, como se manifiesta más adelante en el texto, la misma subsistencia del delito cualificado por el resultado implica incriminar como dolosos actos que no son concebidos intencionalmente por el autor.

⁴¹ Último párrafo del art. 411: "Cuando a consecuencia de aborto o de prácticas abortivas realizadas en la mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 2º del art. 421, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor".

⁴² Último párrafo del art. 488: "En todos los casos de este artículo y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave, cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo, y, si sobreviniere la muerte, se impondrán las penas inmediatamente superiores" (el subrayado es nuestro).

⁴³ Art. 348: "Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores, resultare muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos".

⁴⁴ Es en este punto donde se observa la influencia del principio del *versari in re illicita*. Por otra parte, no puede haber delito cualificado por el resultado, como es evidente, cuando respecto de este concurre dolo directo, pues en tal caso el sujeto responderá por los dos delitos perpetrados, impidiéndose de esta forma la aplicación de la infracción compleja. Más discutibles son los supuestos en los que, en relación con la consecuencia del injusto base, concurre dolo eventual. Dados los límites expositivos a los que se centra el presente artículo, no podemos entrar ahora a resolver esa problemática.

También implican una pena superior a la medida de culpabilidad del sujeto por el acto aislado los supuestos de preterintencionalidad. Como su propio nombre indica, existe preterintencionalidad cuando el resultado que constituye el hecho punible que se le imputa al autor excede la intención que este poseía en la comisión del ilícito inicial. El sujeto, que sabe que actúa antijurídicamente, no pretende causar un resultado de la entidad que ocasionó. Para resolver estos supuestos, el legislador ha entendido que la mejor vía de solución es la aplicación del precepto que objetivamente cometió el agente, y establecer la posible concurrencia de una circunstancia atenuante, denominada por doctrina y jurisprudencia "atenuante de preterintencionalidad"⁴⁵.

No es este el momento oportuno para analizar toda la problemática que entraña la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad. Sin embargo, de acuerdo con la opinión más común, parece lógico que esta entre en juego cuando concurren los presupuestos objetivos y subjetivos iniciales de una figura delictiva comprensiva de varios tipos que pueden regularse en atención al resultado⁴⁶. De los diferentes tipos unidos en una figura común, se aplicaría aquel en que se ha materializado objetivamente la conducta del agente, y que excede la intención (que apuntaba a un tipo delictivo con un resultado de menor gravedad) que guió al culpable en la comisión del ilícito inicial⁴⁷. De ahí que las consecuencias versaristas de la aplicación del precepto sean inevitables si se le quiere dotar de alguna vigencia: al sujeto que quiere y perpetra un hecho ilícito, se le imputa otro distinto (aunque el bien jurídico se encuentre en la misma línea de ataque), de mayor gravedad. Ciertamente es que este delito más grave atribuido al autor va a recibir el efecto de una circunstancia atenuante, pero no se puede olvidar que la pena base que se le impone al sujeto es, al menos, superior en grado y, por tanto, superior a lo merecido desde el punto de vista de la atribución subjetiva, sin que la susodicha circunstancia pueda bajar jamás al marco correspondiente a esa atribución subjetiva (salvo, claro está, que la circunstancia se considere como muy cualificada y no exista otra u otras agravantes).

La existencia de delitos complejos en nuestro Código Penal puede también enfrentarse a los postulados básicos que emanan de la afirmación del principio

⁴⁵ Art. 9.4º: "Son circunstancias atenuantes: ... 4º) La de no tener el culpable intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo".

⁴⁶ En este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, cit., pág. 493, y la cita doctrinal en este sentido en la nota 35.

⁴⁷ A título de ejemplo, la atenuante de preterintencionalidad se aplicaría en el supuesto de un sujeto que quiere ocasionar un incendio de escasa entidad en un establecimiento, con lo cual pretende ocasionar a su propietario unos daños equivalentes a la deuda que este no le paga de 50.000 pesetas; aconteciendo que el resultado producido excede de 250.000 pesetas. En tal supuesto, según lo indicado en el texto, se trata de dos tipos contenidos en una misma figura legal (el querido inicialmente y el objetivamente producido), en el que se podría aplicar el resultado más grave efectivamente materializado, pero no alcanzado subjetivamente, con la atenuante del art. 9. 4º. Luego se aplicaría el art. 552 en su inciso segundo (incendio de cosas no comprendidas en los artículos precedentes cuyo importe excede de 250.000 pesetas) con la concurrencia de la circunstancia de que el culpable no tenía intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

de culpabilidad. La refundición de dos tipos de injusto en una sola figura delictiva supone una exclusión, según el principio de especialidad del concurso de delitos con base en argumentos de dudosa solidez (razones de política criminal, especial consideración al tipo de autor, etc.) que determinan, en la generalidad de los casos, una mayor punibilidad de la que correspondería al sujeto si se enjuiciasen los delitos por separado. Los robos complejos del art. 501 (robo con homicidio, con lesiones, acompañados de violación) representarían una prueba palpable de la crítica expuesta⁴⁸. En la medida en que el contenido del injusto no aumenta en el delito complejo en relación con el concurso de delitos a que daría lugar el comportamiento delictivo de no existir aquel, no se explica muy bien por qué la punibilidad debe aumentar (o disminuir en casos excepcionales) en el mentado supuesto. La pena en tal situación no responde con coherencia a la medida de la culpabilidad del autor por el hecho o los hechos cometidos.

Existen, en fin, en nuestro vigente Código Penal algunas figuras delictivas calificadas o atenuadas, cuya penalidad en abstracto no (o no siempre) parece responder muy bien a la medida de la culpabilidad del autor, atendiendo al hecho concreto cometido. A título de ejemplo se pueden citar los delitos de parricidio e infanticidio. En efecto, la primera de las conductas señaladas se castiga con la pena de reclusión mayor⁴⁹, superior en grado a la que conmina al delito de homicidio, y el único fundamento hoy admisible residiría en un mayor grado de culpabilidad (presumible objetiva y legalmente) que concurre en aquel que mata a uno de los familiares que figuran en el art. 405 (ascendiente, descendiente o cónyuge). Es esta, pues, una imposición legal que se constituye en presunción *iuris et de iure* de mayor culpabilidad, pensando el legislador que la norma subjetiva de determinación reprueba especialmente la desconsideración a las raíces afectivas emanadas del vínculo sanguíneo o de la relación matrimonial⁵⁰. De forma paralela, el delito de infanticidio tipificado en el art. 410 del Código Penal⁵¹ viene castigado con una sanción de prisión menor, notablemente inferior al delito de homicidio, y la razón parece hallarse en una menor reprochabilidad en atención a la coacción ético-social que presiona a la mujer en ciertos ambientes y bajo específicos condiciona-

⁴⁸ En ocasiones, el delito complejo produce efectos totalmente contrarios, y su punibilidad representa un beneficio para el autor. Esto ocurre en el supuesto de robo con homicidio con la concurrencia de la agravante de alevosía, que puede ser castigado más levemente que el propio asesinato en razón de la reforma del 25 de junio de 1983. Un menor contenido del injusto representa, paradójicamente, una mayor sanción, hecho que rompe con todos los principios penales y con la propia lógica.

⁴⁹ Art. 405 del Código Penal: "El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor".

⁵⁰ EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, *Parricidio e infanticidio: ¿Dos especies a extinguir?*, estudios en homenaje a la profesora Sylvia Romeu Alfaro. Valencia, 1989, págs. 143 y 144, notas 9 y 10, en las que se recoge el parecer de la mayoría de la doctrina (TORILÓPEZ, DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, COBO-CARBONELL, BAJO FERNÁNDEZ, entre otros).

⁵¹ Art. 410: "La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

mientos culturales. Ahora bien, ese menor reproche es contemplado normativamente por el legislador como inherente a la figura delictiva. Se crea de nuevo una presunción *iuris et de iure*, en el sentido de entender siempre en esa conducta especialmente relajada la norma subjetiva de determinación dirigida a los sujetos activos⁵².

Esta forma de concebir la culpabilidad en los dos delitos señalados puede dar lugar a situaciones paradójicas en las que la sanción es inversamente proporcional a la culpabilidad del sujeto. Así, por ejemplo, si una mujer mata a su hijo recién nacido por móviles piadosos (verbigracia, el bebé nace sin brazos ni piernas y la madre lleva a cabo la acción letal para evitar el sufrimiento del niño) será castigada, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor. Pero si ocasiona la muerte de la criatura para ocultar su deshonra, entonces es castigada como autora del delito de infanticidio, y la pena es notablemente inferior: prisión menor. El injusto es el mismo, se ha matado a un recién nacido, la culpabilidad, desde el punto de vista material, también. Sin embargo, la consecuencia totalmente infortunada: el hecho más reprochable tiene que ser sancionado con el menor de los castigos, y viceversa. Es este resultado indeludible por defectos de técnica legislativa y de ausencia de continuidad técnica entre ambos hechos punibles, consecuencia que es, a todas luces, inconcebible en un derecho penal que quiera ostentar los calificativos de democrático y civilizado.

Vistos los principales escollos que se presentan en el vigente Código Penal respecto de la garantía establecida con vista a la proporcionalidad entre pena y medida de culpabilidad se tiene que analizar seguidamente la situación en el anteproyecto de 1992.

En cuanto a los delitos cualificados por el resultado, desaparece la referencia legal del segundo inciso del párrafo segundo del art. 1º del Código Penal, que con carácter general posibilita su existencia⁵³. Consecuente con esta supresión, en la parte especial del anteproyecto desaparecen gran parte de los delitos considerados por la mayoría de la doctrina como cualificados por el resultado. Es claro, pues, que el texto examinado retira un importante obstáculo en la configuración real del principio de culpabilidad, y esta consecuencia se estima favorable. El sujeto deberá responder del ulterior resultado ocasionado de forma independiente y con arreglo al grado de culpabilidad (dolo o imprudencia) que respecto del mismo concurre.

Las mismas consideraciones son trasladables a los supuestos de preterintencionalidad, de delitos complejos o de las figuras especiales de parricidio e infanticidio. Desaparece la atenuante de preterintencionalidad y con ella todos los problemas que tanto técnica como valorativamente se derivaban de su siempre cuestionable

⁵² BORJA JIMÉNEZ, *Parricidio e infanticidio*, cit., págs. 147 y 148. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que la razón de la menor punibilidad del infanticidio reside en el contenido del injusto, en la medida que consideran el ánimo de ocultar la deshonra como un elemento subjetivo del tipo.

⁵³ Dicha regla ("Cuando la pena venga determinada por la ulterior producción de un resultado más grave solo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa") procede del segundo párrafo del art. 3º del proyecto de 1980, y fue introducida en el vigente Código Penal por la reforma de 25 de junio de 1983. La propuesta de 1983, al igual que el proyecto, la elimina de su texto.

aplicación. La misma suerte corren algunos de los delitos complejos más importantes⁵⁴, dando lugar ahora las conductas que estos representaban al concurso de delitos, que valora más correctamente la culpabilidad del autor.

En cuanto a los delitos de infanticidio y parricidio, estos desaparecen en el anteproyecto de 1992, sin que ello signifique, claro está, que las conductas a las que se hace referencia en los respectivos preceptos queden sin sanción⁵⁵. En efecto, la muerte de un pariente será calificada, en principio, como delito de homicidio, y la circunstancia de parentesco se tendrá en cuenta (o no, si esta es totalmente irrelevante) para atenuar o agravar la pena, según la naturaleza, los efectos y los motivos del delito, como circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal, que es la que representa la circunstancia mixta de parentesco⁵⁶. En cuanto al delito de infanticidio, si este viene motivado por alguna circunstancia que disminuye la imputabilidad de la mujer en el momento del alumbramiento (y de mayor entidad que el mero ánimo de ocultar la deshonra sexual de la mujer, salvo casos muy excepcionales), se podrá aplicar el delito genérico contra la vida con la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio, o incluso, si fuese el caso, la correspondiente atenuante analógica. Qué duda cabe de que la nueva regulación en relación con estos delitos propicia una sanción más adecuada a la culpabilidad del autor por el hecho cometido, y en este punto se produce, una vez más, un notable avance en la nueva formulación del principio de culpabilidad.

⁵⁴ Los delitos complejos de robo que hoy se encuentran en el actual art. 501 del Código Penal desaparecen en el anteproyecto de 1992. En este sentido, el art. 242 establece: "El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con las penas de prisión de tres a siete años, *sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizasen, si fueren constitutivos de delito*" (el subrayado es nuestro).

⁵⁵ El paso dado por el anteproyecto de 1992 es el resultado de una progresiva evolución que se produce tanto en los dos anteriores proyectos de reforma penal como en la propia doctrina. En cuanto al delito de parricidio, el proyecto de 1980 deja las cosas prácticamente como se encuentran en la regulación vigente; solo el art. 157 mejora la redacción acompañando a los sustantivos "ascendientes" y "descendientes" el calificativo de "consanguíneos". La propuesta de 1983 avanza algo más, y en su art. 141, manteniendo la previsión de consanguinidad del proyecto de 1980, elimina del parricidio los supuestos de conyugicidio.

En cuanto al delito de infanticidio, el proyecto de 1980 incrimina en su art. 158 la conducta de la madre que matare a su hijo recién nacido bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por el alumbramiento. Con esta regulación, el citado proyecto abandona el sistema latino de tipificación de este delito y se adscribe al germánico. La propuesta define en su art. 143 la conducta en términos más claros, pero semejantes: "La madre que matare a su hijo recién nacido bajo la influencia de tensiones emocionales provocadas por circunstancias del alumbramiento, será castigada como reo de infanticidio con la pena de prisión de tres a ocho años". Aunque la redacción de ambos preceptos representa un avance respecto de la actual, no cabe duda, como se indica arriba, que la mejor solución es la supresión de dichos delitos.

⁵⁶ El art. 22 del anteproyecto regula la circunstancia mixta de parentesco en términos idénticos al actual art. 11 del vigente Código Penal. Aparte de ese carácter reversible de la circunstancia, es preferible también su aplicación por el ámbito de relaciones de parentesco y cuasiparentesco que considera más amplio y acorde con la sociedad actual.

El sistema penal contravencional en la ley 23 de 1991 (ley de descongestión de despachos judiciales)*

Grupo de Estudios del Centro de Investigaciones Sociojurídicas
de la Universidad de Medellín
(Hernando León Londoño Berrío, coordinador)**.

1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación tuvo por finalidad verificar si en el Sistema Penal Contravencional instituido por la ley 23 de 1991 se salvaguardan eficazmente las garantías sustantivas, procesales y de ejecución penal prescritas por la Constitución Nacional para la investigación y juzgamiento de los hechos punibles. Igualmente, acreditar si se cumplen los fines que explícitamente se formularon para justificar la implantación de dicho sistema, o, en su defecto, con las funciones latentes o encubiertas que se pretenden con el mismo.

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Desde varias décadas atrás la política criminal de nuestro Estado ha pretendido a través de diferentes recursos asignar funciones jurisdiccionales al poder ejecutivo, decisión generalmente acompañada de la

* El presente ensayo es un informe parcial de los resultados de la investigación adelantada por un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, y que se llevó a cabo entre octubre de 1991 y octubre de 1992. El informe fue preparado por HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, docente investigador, a quien le correspondió coordinar la investigación.

** Profesor de derecho penal y de criminología en las Universidades de Medellín y de Antioquia.

fijación de procedimientos breves y sumarios. Entre las innumerables iniciativas en este sentido podemos nombrar, a manera de ejemplo, la justicia penal militar para los civiles¹, la ley 2ª de 1984² y la ley 30 de 1986³. Ahora, con la expedición de la ley 23 de 1991 se revivió dicha política: pretextando la necesidad de descongestionar los despachos judiciales se convierten algunos delitos en "contravenciones especiales" y se pasa su conocimiento a funcionarios del poder ejecutivo. Creíamos nosotros que esta decisión, tal como aconteció con otras de contenido similar, podría encubrir un exacerbamiento de la selectividad del sistema penal en determinados ámbitos de la conflictividad social, y por eso nos dimos a la tarea de verificar esta hipótesis. Pero juntamente con ello, consideramos pertinente analizar dicha normatividad a la luz de las disposiciones de la nueva Constitución para verificar el grado de conformidad o discrepancia con ella; e igualmente, comprobar en qué medida se afectan formal y materialmente las garantías de rango constitucional que deben rodear el juzgamiento de los ciudadanos.

La nueva ley, además, ha ampliado el espacio de aplicación de instituciones procesales y de ejecución penal, esto es, de la *conciliación-desistimiento* y la conmutación de la pena criminal por "trabajo en obras públicas y tareas de alfabetización". Consideramos importante comprobar el grado de eficacia de estas instituciones en dicho sistema, inventariar los inconvenientes que se han presentado para su cabal desarrollo y el grado de correspondencia con una política criminal de contenido democrático.

3. DELIMITACIÓN DEL UNIVERSO

Para dar cumplimiento a estos cometidos hubo necesidad de realizar una investigación de campo, la cual estuvo delimitada por los siguientes parámetros:

3.1. El estudio se circunscribió a los procesos tramitados por las "contravenciones especiales" creadas por la ley 23 de 1991, que se iniciaron durante la vigencia de la misma y en los cuales se hubiera proferido un auto inhibitorio, un auto de cesación de procedimiento o una sentencia, encontrándose estas providencias debidamente ejecutoriadas. Quisimos con ello cobijar procesos con trámite integral por parte de las inspecciones, es decir, excluir los remitidos por los

¹ La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en providencias de marzo 5 y marzo 12 de 1987, declaró inexequibles los decretos legislativos 3664 y 3671 de 1986, mediante los cuales se les asignó a funcionarios militares competencia para juzgar a civiles por delitos relacionados con armas y estupefacientes (Cfr. *Nuevo Foro Penal*, núm. 36, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 241 a 265).

² Mediante esta ley se les asignó a las autoridades de policía el conocimiento de procesos por delitos de lesiones personales sin secuelas cuya incapacidad no excediera los 30 días, y cualquier delito contra el patrimonio económico cuya cuantía no excediese de treinta mil pesos (\$ 30.000.00). Estas normas fueron declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en providencia de mayo 31 de 1984, actuando como magistrado ponente el doctor MANUEL GAONA CRUZ (cfr. *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 393 a 424).

³ Esta ley constituye el nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes, que contiene los delitos y contravenciones relacionados con tal materia.

juzgados cuando se inició la vigencia de la citada ley, con el fin de tener mejores elementos para el análisis del objeto de estudio.

3.2. Se cobijó la actuación judicial de las inspecciones municipales de la ciudad de Medellín, por un período de tres meses: noviembre y diciembre de 1991, y enero de 1992.

4. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Pasamos a relacionar el proceso investigativo adelantado y los resultados obtenidos.

4.1. En primera instancia se hizo un estudio en procura de determinar las *garantías sustantivas y procesales* vigentes en la legislación penal colombiana, y para ello se consultaron los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a la legislación interna del país, la Constitución Nacional y los principios rectores consagrados en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal. Finalmente, se dilucidó si tales garantías cobijaban, conforme a la Constitución, los hechos punibles ("contravenciones especiales") regulados por la ley 23 de 1991. En cuanto a esto último, los resultados de la investigación son categóricos: las garantías procesales, sustantivas y de ejecución penal, según la Constitución, son de perentoria observancia en la investigación y juzgamiento de cualquier hecho punible, incluyendo naturalmente entre estos, a las contravenciones especiales creadas por la ley 23 de 1991.

4.2. Se procedió a elaborar un cuestionario-prueba que permitiera recoger en cada uno de los procesos estudiados el índice de respeto que se prodigó a cada una de las garantías fundamentales previamente determinadas. En ese instrumento se incluyeron también preguntas para verificar la condición socioeconómica y familiar de los procesados (sexo, edad, estado civil, lugar de residencia, estudios realizados, actividad laboral, ingresos mensuales) y el tipo contravencional que motivó el proceso. Con los resultados iniciales obtenidos con el cuestionario-prueba nos percatamos de que eran tantas las anormalidades en los procesos, que se hacía necesario elaborar dos cuestionarios diferentes: uno para los procesos en que se hubiere realizado la diligencia de indagatoria (Cuestionario I), y otro para procesos *sui generis*, que ni siquiera contaban con dicha diligencia (Cuestionario II).

4.3. Para calcular el tamaño de la muestra, se procedió a determinar el número total de inspecciones municipales en la ciudad de Medellín, lo que dio como resultado 34 inspecciones. Y con fundamento en esto hicimos uso de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{PQ}{e^2 + \frac{PQ}{z^2 N}}$$

Los factores relacionados corresponden a los siguientes conceptos: n: muestra que se va a sacar según la fórmula; P: probabilidad de éxito; Q: probabilidad de

fracaso; e: error que se está dispuesto a admitir; z: valor de la curva bajo la normal; N: universo, es decir, toda la población.

N: 34; Como $P + Q = 1$, $P = 0.5$ y $Q = 0.5$; $e = 0.1$; $Z = 1.282$.
 $n = 18.6$.

El valor n (18.6) lo aproximamos a 19, obteniendo con ello una confiabilidad del 90%, o sea, estando dispuestos a admitir un margen de error del 10%. Posteriormente se tomó una muestra representativa por comunas de nuestra ciudad, quedando seleccionadas las siguientes: 3B, 4B, 5A, 6A, 7A, 8A, 8B, 9A, 9B, 10A, 10B, 10D, 11A, 13B, 14, 16A, 16B, y dos de las seis existentes en zonas rurales del área metropolitana: San Cristóbal y Santa Elena.

De otro lado, se estudió el 100% de los procesos fallados en el trimestre seleccionado (noviembre/diciembre de 1991, enero de 1992), que arrojó un total de 240 procesos, cuya información se recopiló en los dos cuestionarios de que se habló arriba (Cuestionario I: 84; Cuestionario II: 156).

4.4. *Resultados del cuestionario. I:* Procedemos ahora a vincular los resultados más relevantes que se dieron respecto al cuestionario I, el cual se resolvió en relación con 84 procesos, caracterizados por haberse practicado en ellos la diligencia de indagatoria.

TABLA O. Tipo de contravención

Tipo de contravención	Frecuencia	%
(1) Hurto	42	50.00
(2) Estafa	1	1.19
(3) Abuso de confianza	4	4.76
(4) Daño en bien ajeno	13	15.48
(5) Lesiones personales dolosas	13	15.48
(6) Lesiones personales en accidente de tránsito	9	10.71
(7) Daños y lesiones	1	1.19
(8) Tentativa de hurto, lesiones y porte ilegal de armas	1	1.19
TOTAL	84	100%

De este cuadro son pertinentes las siguientes conclusiones:

En primer lugar, los procesos por hechos lesivos contra el patrimonio económico constituyen más del 70% de la muestra total. Si a ello le sumamos que el sistema penal contravencional vulnera las garantías fundamentales que la Constitución Nacional prescribe para el juzgamiento de los hechos punibles, podemos arribar a la conclusión de que con la ley 23 de 1991 se refuerza y amplía la tutela —sig-

nificativamente privilegiada— que el sistema penal prodiga en su conjunto para el patrimonio económico.

En segundo lugar, esta ley erigió en contravenciones conductas que estaban calificadas como delitos en el Código Penal, como la *violación de habitación ajena o lugar de trabajo por empleado oficial*. Con ello se minimizó un bien jurídico de vital trascendencia, como lo es la integridad e inviolabilidad del domicilio, lográndose así en parte la finalidad del gobierno, que por diferentes mecanismos ha tratado de desconocer esta importante garantía, so pretexto de que ella inhibe la posibilidad de una eficaz lucha contra la delincuencia. De todos es sabido que la fuerza pública tiene institucionalizada la violación de esta garantía, configurándose con ello un absoluto desprecio de mandatos constitucionales y una flagrante violación de los derechos humanos. Se conoce además que este es el primer paso para violaciones de mayor calado a dichos derechos, pero la política oficial, antes que reforzar las cortapisas para inhibir la consumación de tales conductas por parte de la fuerza pública, consecuentemente con sus objetivos reales, decide minimizar su valor político, erigiendo en contravención conductas tan graves para la democracia como las señaladas.

La Asamblea Nacional Constituyente, elegida para reformar la Carta Constitucional, tuvo clara conciencia de la importancia y significación que para el Estado de Derecho y la democracia tiene la inviolabilidad del domicilio, y por tal motivo, por considerarlo un derecho humano fundamental, erigió como requisito substancial para el registro domiciliario “el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” (C. N., art. 28). Ahora, en el proyecto de ley sobre los estados de excepción, se quiere rematar el aniquilamiento de tal garantía, al disponer en su articulado que un registro domiciliario es legítimo, bastando para ello la orden escrita de funcionarios de policía⁴.

Y si esto lo complementamos con el hecho de que la ley hace posible la cesación del proceso por desistimiento del ofendido o por la conciliación, podemos

⁴ Dicho proyecto es el núm. 10 de 1991, presentado al Congreso por el ministro de Gobierno, Humberto de la Calle Lombana. El contenido de su articulado, en esta materia, es del siguiente tenor:

“Art. 23. Durante el estado de conmoción interior el gobierno tendrá además la facultad de adoptar las siguientes medidas:

(...)

“a) Autorizar la detención de personas de quienes se tengan indicios graves sobre su participación o sobre planes de participar en la comisión de delitos relacionados con las causas de perturbación del orden público (...).

“f) Disponer inspecciones o registros domiciliarios en diferentes zonas del territorio nacional, mediante orden formal y escrita, con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la comisión de delitos (...).

“j) Ordenar la intervención y ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones, locales o actividades de cualquier naturaleza, siempre y cuando puedan motivar la alteración del orden público o contribuir a ello, y suspender temporalmente sus actividades (...).

colegir que se busca realmente la impunidad absoluta en relación con esta clase de hechos. Basta preguntarnos: ¿Puede el inerte ciudadano sostener una acusación penal contra miembros de la fuerza pública por la violación de su domicilio?

En tercer lugar, si el pretexto fundamental de la ley era “descongestionar los despachos judiciales” y con tal fin convierte en contravenciones una serie de delitos, no se entiende cómo fueron erigidas en contravenciones conductas cuyo conocimiento era excepcional o no llegaba al sistema penal, y por este motivo no representaban un trauma para la operancia de la justicia penal. Hacemos referencia a comportamientos como la sustracción de bien propio, impedimento o perturbación de ceremonia religiosa, aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, violación de la libertad de culto y otras. Y naturalmente somos del criterio de que tales conductas deben ser objeto de descriminalización, pero debe denunciarse su falsa descriminalización por la ley 23 de 1991 —sigue indemne una pena privativa de la libertad para ellas— y que no es cierto que tuviesen congestionada la administración de justicia. En nuestro criterio, la inclusión de estos conflictos para ser investigados y juzgados por los inspectores de policía era primordialmente para legitimar el proceso de minimización a la integridad del domicilio que se entroniza con la ley, por cuanto se pretende que la opinión pública mida con el mismo rasero la sustracción de bien propio con la violación de la habitación ajena por empleado oficial⁵.

TABLA 1. Sexo del sindicado

Sexo	Frecuencia	%
Femenino	16	19.05
Masculino	67	79.76
Femenino y masculino (2 sindicados)	1	1.19
TOTAL	84	100%

⁵ Esta conclusión se infiere nítidamente de la exposición de motivos del proyecto de ley 127 de 1990, en el que justifica la transferencia de competencias a las autoridades de policía con las siguientes razones: “Durante más de un siglo los funcionarios de policía, alcaldes e inspectores, tuvieron competencia para atender hechos punibles menores, tales como hurtos y lesiones personales sin secuelas, fallando tales conflictos con una filosofía más de problema social que de represión penal, resolviendo así esa multiplicidad de casos de riñas entre campesinos durante los días de mercado, y de hurtos menores nacidos de la indigencia de mucha parte de la población colombiana. En el proyecto de ley se les restituye esta competencia, y se adicionan otras conductas que tienen la misma connotación sociológica, como el ejercicio arbitrario de las propias razones, violación de la habitación ajena, impedimento y perturbación de ceremonias religiosas, etc. (...)” (Cfr. *Anales del Congreso*, año XXXIII, núm. 93, miércoles 17 de octubre de 1990). (Subrayas nuestras).

TABLA 2. Lugar de residencia del sindicado

Estrato	Frecuencia	%
Bajo bajo	2	2.38
Bajo	14	16.66
Medio bajo	18	21.42
Medio medio	6	7.14
Medio alto	3	3.57
Alto	1	1.19
Sin información	30	35.71
Fuera de Medellín	10	11.90
TOTAL	84	100%

Para la obtención de los resultados de la tabla 2 primero se extrajo del proceso la información correspondiente al barrio de residencia del procesado. Luego se determinó el estrato social al que correspondía cada uno de los sitios indicados, con base en un plano de la ciudad de Medellín suministrado por el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” que trae la estratificación social de los barrios, agregando nosotros las variables “fuera de Medellín” y “sin información”.

La variable “fuera de Medellín” corresponde a personas residentes en los corregimientos, lo que no estratifica socialmente dicho plano.

Puede observarse que el mayor porcentaje (35.71%) corresponde a los procesos en los que no fue posible conocer el lugar de residencia del sindicado debido primordialmente a que en la indagatoria no se interrogó sobre este particular.

TABLA 3. Estudios realizados por el sindicado

Estudios	Frecuencia	%
Primaria	30	35.71
Secundaria	25	29.76
Universitarios	4	4.76
Otros (alfabeta)	1	1.19
Sin información	24	28.57
TOTAL	84	100%

En la clasificación incluimos “alfabeta”, por cuanto se presentó un caso en el que el sindicado manifestó serlo, pero no pudo determinarse con exactitud su grado de instrucción.

Debemos destacar que en 24 procesos (28.57%) los procesados no fueron interrogados al respecto.

TABLA 4. Actividad laboral del sindicado

Actividad laboral	Frecuencia	%
Empleado	23	27.38
Desempleado	20	23.81
Subempleado	13	15.48
Trabajo familiar	3	3.57
Trabajo independiente	15	17.86
Otros	7	8.33
Sin información	3	3.57
TOTAL	84	100%

Para efectos de contestar esta pregunta, se convino que en la categoría de "subempleado" debían incluirse las personas que ejercen el comercio informal, cuyos ingresos son precarios, además de que no gozan de las condiciones mínimas de seguridad social.

En la categoría de "trabajador independiente" se incluyeron los comerciantes con ingresos superiores al salario mínimo legal vigente y que no están bajo la subordinación de un empleador.

Este rubro también comprende los sujetos que ejercen profesiones liberales y que no están sujetos a subordinación.

TABLA 5. Ingresos mensuales del sindicado

Ingresos mensuales	Frecuencia	%
Inferiores al salario mínimo	14	16.67
Salario mínimo vigente	8	9.52
Superiores al salario mínimo	11	13.10
Sin información	51	60.71
TOTAL	84	100%

Esta tabla se elaboró tomando como base el salario mínimo legal vigente en 1992, que fue de \$ 65.190.

TABLA 6. La información anterior fue suministrada por

Suministrada por	Frecuencia	%
Sindicado	70	83.33
Ofendido	1	1.19
Por ambos	10	11.90
Sin información	3	3.57
TOTAL	84	100%

Del conjunto de los resultados contenidos en las tablas anteriores (1 a 6), es posible concluir lo siguiente:

En la indagatoria se omite el interrogatorio sobre aspectos fundamentales que son objeto del proceso, práctica que es sumamente frecuente en los procesos contravencionales de la ley 23 de 1991. Por este motivo no se obtuvo información sobre el lugar de residencia en un 35.71% de los casos, sobre estudios realizados en un 28.57%, y sobre ingresos recibidos en un 60.71% de los procesos. Consideramos que dicho proceder lesiona de manera ostensible el *debido proceso* por cuanto la ley procesal es sumamente clara en prescribir que las materias señaladas deben ser cobijadas en el interrogatorio que se efectúe en la diligencia de indagatoria⁶.

Dilucidar tales puntos constituye una obligación del funcionario, lo cual permite acercarse al conocimiento de las condiciones socioeconómicas y familiares del procesado, asunto relevante en cualquier proceso penal, sobre todo en aquellos iniciados por infracciones al patrimonio económico, que tienen una mayor representación dentro del sistema penal contravencional instaurado por la ley (70%).

Por las razones anotadas, no es de extrañar que, no obstante reconocerse oficialmente que las infracciones contra el patrimonio económico reguladas por la ley 23 de 1991 generalmente están determinadas por "la indigencia de mucha parte de la población colombiana" (cfr. *supra*, nota 6), en ningún proceso se reconoció que el procesado hubiese actuado en circunstancias configuradoras de un estado de necesidad.

De los procesados sobre los cuales se obtuvo información es posible concluir que el mayor porcentaje de ellos solo tenía estudios primarios, ninguna o precaria vinculación laboral (desempleados y subempleados), ingresos económicos exigüos (inferiores o equivalentes al salario mínimo), y con residencia en barrios clasificados como de estrato bajo (medio bajo, bajo y bajo bajo). Los porcentajes de procesados ubicables en estratos medios y altos son exigüos, los que generalmente fueron vinculados por la contravención de lesiones personales en accidente de tránsito.

TABLA 7. El proceso se inició por

Se inició por	Frecuencia	%
Querella	56	66.66
Flagrancia	19	22.61
Iniciación ilegítima	9	10.71
TOTAL	84	100%

⁶ El art. 359 del C. de P. P. (decreto 2700 de 1991), que prescribe las "reglas para la recepción de indagatoria", reza así: "En la iniciación de la indagatoria, el funcionario judicial interrogará al imputado por (...) domicilio o residencia; establecimientos donde ha estudiado y duración de los respectivos cursos (...); el sueldo o salario que devenga actualmente, y las obligaciones patrimoniales que tiene (...)".

Encontramos que de 65 procesos iniciados por querella, en 55 esta fue presentada por el ofendido y en uno por el personero municipal. Los 9 restantes fueron iniciados ilegítimamente, pues el querellante no era el autorizado por la ley.

El porcentaje más significativo (66.66%) era de esperarse, por cuanto en todas estas contravenciones se exige como requisito de procedibilidad la solicitud expresa formulada por el ofendido o interesado, la cual se conoce con el nombre de "querella". Sin esta el Estado se encuentra en imposibilidad de iniciar proceso, ya que de hacerlo sus actos no tendrían validez jurídica. Solo cuando exista flagrancia los funcionarios encargados están obligados a iniciar las diligencias correspondientes, aunque no medie petición de parte, según lo prescrito por el art. 2° de la ley 23 de 1991.

El ofendido o perjudicado es aquel sobre el cual recae la acción del sujeto activo, por lo cual es el único legitimado en las contravenciones es el único legitimado para iniciar el proceso. El decreto 800 de 1991, reglamentario de la ley 23 de 1991, permite que el personero municipal interponga querellas, oficiosamente o por petición de cualquier ciudadano, en "las contravenciones en las que no hay particular ofendido, o en caso de que el perjudicado u ofendido sea menor de 18 años o sea incapaz".

El principio del debido proceso y el de legalidad implican el respeto a las ritualidades o procedimientos establecidos previamente por el legislador para cada caso. Con la iniciación ilegítima se violan dichos principios. En la investigación se presentaron 10.71% de procesos que fueron iniciados en esta forma y que a pesar de ello terminaron sin que se decretara la correspondiente nulidad.

TABLA 8. Calidad del inspector de policía que conoció el proceso

Calidad del inspector	Frecuencia	%
Titular	71	84.52
Encargado	13	15.47
TOTAL	84	100%

TABLA 9. Si el inspector ostentaba la calidad de encargado, durante cuánto tiempo lo fue

Encargado durante cuánto tiempo	Frecuencia	%
Todo el proceso	8	61.53
Una parte del proceso	5	38.46
TOTAL	13	100%

Si cuando se otorga competencia a funcionarios administrativos para conocer de hechos punibles se viola el principio del juez natural, con mayor razón se vulnera tal principio cuando quien conoce de ellos ostenta la calidad de funcionario encargado. Ello por cuanto para ser encargado la ley no estipula condiciones especiales, lo que da pie para que cualquier persona pueda suplir la vacante del inspector. Además, es claro que el funcionario idóneo es necesario en todas y cada una de las etapas del proceso, sin que pueda decirse que una es más importante que la otra.

Por las razones anotadas, aunque el número de casos en los que actuó el inspector encargado es bajo (15.47%), ello no deja de ser lamentable, por cuanto son situaciones que hacen palmaria la inidoneidad del funcionario, a quien le corresponderá tomar decisiones de fondo que involucran la libertad y la dignidad humana. Esta circunstancia vulnera principios básicos del Estado de Derecho como el de legalidad, el del juez natural y el del debido proceso, por cuanto el funcionario "encargado" no cuenta con la preparación que exige la actividad de juzgamiento, es decir, no posee los conocimientos necesarios, ni tiene conciencia de la responsabilidad que el cargo implica, ni está comprometido con el ejercicio de la justicia.

También podemos afirmar que con la práctica expuesta se lesiona el principio de igualdad, por cuanto unos procesados serán juzgados por funcionarios que tienen cierta formación jurídica, y otros lo serán por personas que en veces carecerán completamente de ella⁷.

TABLA 10. Se juzgó contravención en el grado de tentativa

Se calificó como tentativa	15	17.85
Si	15	17.85
No	69	82.14
TOTAL	84	100%

Se deduce del análisis de los resultados que en un 17.85% se calificó la conducta como contravención imperfecta (tentativa). La doctrina más calificada perentoriamente excluye la punibilidad de la tentativa de contravención, con argumentos de diverso tenor.

⁷ El art. 2° del decreto reglamentario 800 de 1991 determina las calidades para ser inspector de policía, que son diferentes según la categoría del municipio en el cual ejercerá su función. Dichas calidades van desde abogado titulado (para municipios clasificados en primera y segunda categoría), hasta "ser bachiller, y haber desempeñado funciones judiciales, de policía o administrativas de contenido jurídico en el sector público por un año o más, o aprobar un curso de derecho policivo de una duración no inferior a ciento sesenta (160) horas" o "haber desempeñado el cargo de inspector de policía, secretario de juzgado o de inspección de policía por cinco (5) años o más" (para municipios de quinta categoría y zona rural). Como acertadamente lo señalara un comunicado del Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca, dicha disposición desconoce flagrantemente el principio constitucional de igualdad, por cuanto el lugar de comisión de la contravención determina que unos casos sean conocidos por un inspector abogado titulado, y en otros por un bachiller con unas horas de preparación jurídica.

El tratadista ANTONIO VICENTE ARENAS, por ejemplo, sobre este aspecto argumenta lo siguiente:

"... La punibilidad, universalmente admitida para el delito imperfecto, no cobija a las contravenciones, las cuales solo se sancionan cuando han sido consumadas (...).

"La tentativa del delito se sanciona con fundamento en el peligro realmente corrido por el bien tutelado. En las contravenciones imperfectas no existe peligro real. Las prohibiciones contravencionales —observa SOLER— si bien no todas ellas de peligro, no son incriminaciones basadas en el daño causado, sino en motivos de tutela y disciplina social. Por ello, la tentativa de una contravención es tenida generalmente por impune, aunque en ciertos casos sea teóricamente posible"⁸.

Razones de política criminal también inhiben la posibilidad de la punibilidad de la tentativa en las contravenciones: si estas cobijan conductas de menor trascendencia social, por el principio de *ultima ratio* del derecho penal, el Estado solo tiene legitimidad para sancionarlas cuando aquellas se realizan efectivamente.

Pero desde el punto de vista del *principio de legalidad* también es perentorio llegar a idénticas conclusiones, tal como se pasa a demostrar a continuación.

El art. 22 del Código Penal reza:

"*Tentativa*. El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo señalado para el delito consumado".

Esta norma inicialmente hace referencia a "hechos punibles", concepto que abarca tanto delitos como contravenciones, pero al momento de penalizar solo hizo referencia al "*delito consumado*", excluyendo de plano la posibilidad de aplicar una sanción cuando se trata de contravenciones. *Entonces no se aplica la tentativa en materia contravencional por no existir consagración legal de la sanción*, aunque fácticamente se pueda dar, caso en el cual, el funcionario deberá inhibirse de abrir investigación. No es posible llegar a una conclusión diferente, si se quiere ser respetuoso del principio de legalidad⁹.

⁸ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Contravenciones en general y en particular*, Bogotá, Edit. ABC, 1973, pág. 32.

⁹ Sobre este punto se debe consultar a JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, vol. II, 2ª ed., Edit. Temis, 1989, pág. 389. Dentro de los magistrados de los tribunales de Medellín y de Antioquia se elaboró en la investigación un cuestionario para que estos lo resolvieran, incluyéndose una pregunta relacionada con la punibilidad de la tentativa en las contravenciones. Dentro de los que respondieron, lo hicieron negativamente, con argumentos similares a los aquí expuestos, ÁLVARO PÉREZ M., JAIME NANCY VÉLEZ y SIGIFRIDO ESPINOSA PÉREZ. Positivamente, JAVIER GONZALO MONTOYA ORREGO, FERNANDO GÓMEZ, SONIA GIL y EDGAR ESCOBAR LÓPEZ. Este último, sobre el particular afirmó lo siguiente: "Estimamos que si es posible, aunque estimamos [sic] que el legislador de la ley 23 no fue claro, sino impreciso y es mejor —creemos nosotros— por razones de justicia y equidad darle aplicabilidad al dispositivo amplificador de los tipos penales, que cometer injusticias cuando el hecho contravencional quede en el grado de tentativa o conato" (subrayas nuestras). Debemos señalar que si el legislador fue equívoco, confuso e impreciso, por el principio de tipicidad inequívoca (desarrollo del principio de legalidad), es perentorio descartar la punibilidad de la tentativa en las contravenciones. Las razones de "equidad" y "justicia" no pueden hacer desconocer este mandato constitucional.

Otra situación registrada por la investigación es que los inspectores no solo procesaron por tentativa de contravención, sino también que entre ellos existe la tendencia generalizada a juzgar las contravenciones imperfectas como consumadas. En estos dos eventos es indudable que se violan los principios del hecho punible, de tipicidad, de igualdad ante la ley, del debido proceso y de legalidad. Si la acción no está exhaustivamente descrita, mal haría el inspector en crear figuras no contempladas para el caso concreto y aplicar analogías donde jurídicamente no es posible. Solo la ley puede definir los hechos punibles, *determinar las sanciones criminales* y fijar el marco de su ejecución práctica. En relación con el principio del hecho punible se debe tener en cuenta que al faltar uno de los elementos que lo conforman, la conducta no puede ser sancionada. El principio de tipicidad resulta vulnerado, ya que él no permite fundar la sanción en algo diferente del tipo penal.

En cuanto al principio de igualdad afirmamos que se desconoció, pues frente a hechos idénticos una parte de la población fue procesada e incluso condenada (cuando el inspector que conoció de tales procesos consideró que las contravenciones admiten tentativa), mientras otra no lo fue (cuando el funcionario consideró que no la admiten y profirió auto inhibitorio).

TABLA 11. Si la contravención cometida lesiona el patrimonio económico, a cuánto asciende el valor del bien

Valor del bien	Frecuencia	%
Inferior a \$ 10.000	14	22.58
Superior a \$ 10.000	37	59.67
Sin información	11	17.74
TOTAL	62	100%

TABLA 12. Quién señala la cuantía para efecto de determinar la competencia

Quién la señala	Frecuencia	%
Querellante	33	53.22
Aprehensor	15	24.19
Querellantes ilegítimos	3	4.83
Sin información	11	17.74
TOTAL	62	100%

En las tablas 11 y 12, el universo queda reducido a 62 procesos iniciados para investigar contravenciones que atentaron contra el patrimonio económico. Releva-

mos el hecho de que el mayor porcentaje en la tabla 12 hubiera sido el que corresponde a la determinación de la cuantía por el querellante (53.22%) si se considera que esta información no siempre es confiable, pues el ofendido al momento de establecerla puede incurrir en imprecisiones, por cuanto al sentirse víctima del injusto exagera para compensar de algún modo el mal padecido, dejando de lado la objetividad que debe entrañar una determinación de tal naturaleza.

Y teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos no hay defensor encargado de tutelar los intereses del procesado, la cuantía definitiva será la expresada inicialmente por el querellante, ya que ni el sindicado —por desconocer la ley y por tanto sus derechos—, ni el ministerio público por negligencia, solicitan que se decrete prueba pericial para determinar el valor real del bien¹⁰. Por consiguiente, el porcentaje de casos en los cuales el valor del objeto es superior a \$ 10.000 (59.67%) pudo disminuir de haber intervenido un defensor o un agente del ministerio público prestos a solicitar dictamen pericial al respecto.

Es importante resaltar que en 4.83% de los procesos analizados, quienes determinaron la cuantía y por tanto la competencia del funcionario y el procedimiento por seguir fueron *querellantes ilegítimos*, que obviamente no están autorizados para tales efectos, lo cual resulta violatorio del principio de legalidad y del debido proceso. Estos principios también se vulneran cuando no se determina la cuantía (17.74%), lo que implica que también sea indeterminada la competencia y el procedimiento aplicable al caso. Se quebranta además el de proporcionalidad, pues al ser incierto el procedimiento aplicable es consecuentemente incierta la sanción, que en estos casos se estableció sin ningún criterio al desconocerse la gravedad de la conducta. Tampoco es posible indemnizar los perjuicios causados cuando se desconoce la magnitud de la violación, encontrándonos así con la inaplicabilidad del principio del restablecimiento del derecho. Igualmente, se desconocen los principios de tipicidad y antijuridicidad, dado que uno de los elementos fundamentales en las conductas que lesionan el patrimonio económico es la cuantía, la cual determina si estamos frente a un delito o a una contravención¹¹. También resulta inexplicable que, a pesar de que no se fijó la cuantía del bien objeto de la contravención, los inspectores pudieron determinar el grado de la lesión al bien jurídico tutelado.

TABLA 13. Si el sindicado fue capturado en flagrancia, cuánto tiempo transcurrió desde que fue puesto a disposición del funcionario e indagatorio

Término entre captura e indagatoria	Frecuencia	%
Tres días o menos	15	78.94
Más de tres días	4	21.05
TOTAL	19	100%

¹⁰ El art. 27 del decreto 800 de 1991 dice que la cuantía del hecho punible contra el patrimonio económico es la que "determine bajo juramento el querellante, o en la información que entregue el aprehensor si se tratare de flagrancia (...) pero deberá decretarse prueba pericial para determinar su avalúo en forma definitiva, cuando fundadamente sea solicitada por el sindicado, por su defensor o por el ministerio público.

¹¹ Conforme al art. 1º de la ley 23 de 1991, el hurto simple, la estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheque, el abuso de confianza, el aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito y el daño en bien ajeno, en cuantía que no excedan de diez (10) salarios mínimos mensuales, constituyen contravenciones. La conducta que rebase dicho monto, seguirá siendo delito.

En la tabla 13 el universo se encuentra reducido a los 19 procesos en los cuales el sindicado fue capturado en flagrancia.

Anteriormente, cuando las contravenciones tenían como fundamento castigar faltas que se consideraban poco perjudiciales para la sociedad, no había razón para ejercer acciones como la del *habeas corpus*, puesto que excepcionalmente el contraventor era detenido. Con la expedición de la ley 23 de 1991, la cual contiene contravenciones que vulneran bienes jurídicos de mayor jerarquía, como la integridad física, entre otras, se hace necesario en muchos casos el ejercicio de tal acción, pues es factible que se presente la privación de la libertad y que esta se prolongue por un tiempo mayor al contemplado en la ley.

Si analizamos la filosofía de la garantía del *habeas corpus*, veremos que ella pretende tutelar la libertad de la persona procesada, independientemente de la rama del poder a que pertenezca el funcionario que conoce el proceso. Además la Constitución Nacional la consagra, al establecer que puede ejercerse ante cualquier funcionario judicial.

Es asombroso que en un 21.05% de los procesos en los cuales el sindicado fue capturado en flagrancia transcurrieran más de tres días desde que fue puesto a disposición del inspector sin recibírsele indagatoria, pues ello implica la violación al principio de la libertad, uno de los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho (C. N., art. 28).

Esta anomalía también vulnera el debido proceso, según el cual toda persona debe ser juzgada siguiendo las formalidades prescritas por la ley, lo cual se omitió cuando no se respetó el término estipulado por el art. 30 del decreto 800 de 1991¹².

TABLA 14. Denuncia el sindicado tratos crueles, inhumanos o degradantes

Denuncia tratos crueles	Frecuencia	%
Sí, ocasionados por funcionarios públicos	2	2.38
Sí, ocasionados por particulares	7	8.33
No	77	91.66
TOTAL	84	100%

¹² El art. 175 del C. de P. P. (decreto 2700 de 1991) prescribe que en la instrucción no se suspenden los términos, por lo tanto todos los días son hábiles para la recepción de indagatoria. En contraste con esta situación, el art. 30 del decreto reglamentario 800 de 1991, rebasando obviamente las facultades reglamentarias, estipula que en los procesos de la ley 23 de 1991 el inspector practicará la diligencia de indagatoria "dentro del término de tres (3) días hábiles", contados a partir de aquel en que fue puesto a su disposición el capturado.

TABLA 15. Actuación de la inspección frente a tal denuncia

Actuación de la inspección	Frecuencia	%
Enviar a Medicina Legal	0	0.00
Compulsar copias	0	0.00
No hizo nada	9	100.00
TOTAL	9	100%

Se puede apreciar en la tabla 14 que el sindicato denunció haber recibido tratos crueles, inhumanos o degradantes en un 2.38% de los casos por parte de funcionarios públicos, y en un 8.33% por parte de particulares.

Con respecto a la tabla 15, el universo está constituido por nueve procesos en los cuales el sindicato denunció haber recibido tratos crueles y, sin embargo, la inspección encargada no realizó ninguna actuación para dar trámite a la denuncia. El porcentaje de procesos en los que no se presentaron tratos crueles (91.66%) puede estar sometido a un gran margen de error, si tenemos en cuenta que el sindicato está temeroso de manifestar los hechos tal como ocurrieron realmente, bien porque encuentra posible que se ejerzan en su contra represalias, ora porque las personas denunciadas, debido a la autoridad que tienen (como es el caso de los miembros de la fuerza pública), puedan influir en la decisión final desmejorando su situación.

Aunque son pocos los casos en los cuales el procesado informó haber recibido malos tratos por parte de funcionarios públicos, no deja de ser preocupante que se presente este tipo de atropellos y que frente a ellos el inspector no haya realizado ninguna actuación tendiente a establecer la veracidad de la denuncia y la responsabilidad de las personas implicadas.

Lo anterior resulta escandaloso, pues las autoridades, según la Constitución, están instituidas para "... proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..." (art. 2º). Además, con este tipo de conductas por parte del funcionario se viola el principio del reconocimiento de la dignidad humana, que establece: "toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (C. de P. P., art. 3º).

Se configuraron varios delitos que quedaron impunes: el cometido por el funcionario que infligió los tratos crueles, inhumanos o degradantes (torturas, lesiones personales, etc.), y un "prevaricato por omisión", en el cual incurrió el inspector de policía que omitió adelantar el trámite correspondiente a este tipo de denuncias.

TABLA 16. Se dictó detención preventiva sin beneficio de excarcelación

Se dictó detención preventiva	Frecuencia	%
Sí	6	7.14
No	78	92.85
TOTAL	84	100%

TABLA 17. Motivo por el cual se dictó auto de detención preventiva, sin excarcelación

Motivo por el cual se dictó	Frecuencia	%
Encontrarse vigente detención preventiva en otro proceso	2	33.33
Encontrarse vigente caución en otro proceso	0	0.00
Haber sido condenado por delito o contravención en los dos años anteriores	4	66.66
TOTAL	6	100%

El universo tomado en la tabla 17 son los seis procesos (7.14%) en los cuales se dictó auto de detención preventiva sin gracia de excarcelación.

Como regla general, todo contraventor, luego de indagado, debe ser dejado en libertad luego de suscribir un acta de compromiso en la que se obliga a presentarse ante el funcionario cuando este lo solicite. Pero, de acuerdo con el art. 4º, inciso 2º de la ley 23 de 1991, es perentorio para el funcionario dictar auto de detención sin beneficio de excarcelación, cuando aparezca demostrado que en contra del sindicato

"... se ha proferido en otro proceso adelantado por la comisión de delito o contravención, medida de aseguramiento, de detención o de caución que se encuentre vigente, o que ha sido condenado por las mismas causas dentro de los dos (2) años anteriores, (...) siempre que haya declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de que es responsable contravencionalmente..."

Los redactores de la ley 23 de 1991, en lugar de crear una normatividad sobre medidas de aseguramiento acordes con las características de las contravenciones, construyeron una con restricciones a la libertad de mayor magnitud que las dispensadas por el anterior Código de Procedimiento Penal a los delitos, como pasamos a demostrarlo.

El Código de Procedimiento Penal (decreto 0050 de 1987) vigente para la época de la creación de la ley 23 de 1991, en el art. 421, num. 3º, preceptuaba que se profería detención preventiva como medida de aseguramiento "...cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente, por *delito doloso o preterintencional* en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga... o pena de arresto" (subrayado nuestro).

La ley 23 dice que el auto de detención sin excarcelación es procedente cuando "...se ha proferido en otro proceso adelantado por la comisión de *delito o contravención*, medida de aseguramiento de detención o caución que se encuentre vigente, o *que ha sido condenado* por las mismas causas dentro de los dos (2) años anteriores..." (subrayado fuera del texto).

De la confrontación de ambos textos se puede colegir que la ley 23 adicionó más posibilidades para negar la libertad provisional, al agregar que el auto de detención o la caución puede ser por *contravención*, o cuando hubiere una condena por delito o *contravención* dentro de los dos años anteriores.

Resulta contradictorio que en materia de libertad provisional sea más favorable el Código Procesal Penal que la ley 23, porque el primero lo hace para los *delitos* y la segunda para las *contravenciones*, y es indudable que estos son hechos punibles ostensiblemente menos graves que aquellos.

Y esta antinomia es inclusive de mayor entidad si comparamos la ley 23 con el actual Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991). En este, para todos los delitos sancionados con pena de arresto o pena no privativa de la libertad, solo es posible la *conminación* como medida de aseguramiento (cfr. art. 390). E incluso en delitos sancionados con pena de prisión, aun cuando contra el sindicado exista "más de una sentencia condenatoria por *delito doloso o preterintencional*", ello no es óbice para que en algunos eventos se le conceda la libertad provisional (art. 417, num. 2). En cambio, en la ley 23 basta el antecedente de una *condena por contravención culposa* para que el funcionario esté obligado a negar la libertad provisional, vulnerando con ello los principios de *favor libertatis* y culpabilidad por el acto, por cuanto está presumiendo que el sindicado es un sujeto peligroso, que tiene tendencia a la reincidencia criminal y que por tal motivo merece la detención preventiva.

Pasando a otro aspecto, encontramos un alto porcentaje de procesos en los que no fue procedente la detención preventiva sin beneficio de excarcelación (92.85%), lo que supuestamente permite pregonar que el sistema penal contravencional es benévolo en materia de libertad. Pero esta benevolencia es solo aparente, porque la libertad es concedida en virtud de que el funcionario no posee las pruebas exigidas por la ley para la detención, y ello porque no solicitó los antecedentes (42.86%), los solicitó después de resolver situación jurídica (21.42%), o bien porque no le fueron entregados oportunamente, tal como lo documentan las tablas 18 y 19 que relacionamos a continuación.

TABLA 18. Se solicitaron antecedentes

Se solicitaron antecedentes	Frecuencia	%
Antes de resolver situación jurídica	30	35.71
Después de resolver situación jurídica	18	21.42
No se solicitaron	36	42.86
TOTAL	84	100%

TABLA 19. Se recibieron antecedentes

Se recibieron antecedentes	Frecuencia	%
Antes de resolver situación jurídica	16	53.33
Después de resolver situación jurídica	10	33.33
No se recibieron	4	13.33
TOTAL	30	100%

TABLA 20. La providencia que resolvió la situación jurídica fue recurrida

Fue recurrida	Frecuencia	%
Si	0	0.00
No	55	65.47
Sin información	29	34.52
TOTAL	84	100%

En cuanto a la tabla 20, debemos agregar que de los 55 procesos con respuesta negativa hubo 7 en los que no se resolvió situación jurídica (8.33%). Ello da pie para decir que se está infringiendo el principio del debido proceso y desconociendo el derecho a la defensa, ya que en este procedimiento tal providencia se equipara a la resolución acusatoria; y si el sindicado no conoce el pliego de cargo, ¿con base en qué va a defenderse?

Por último, se presentaron casos (34.52%) en los cuales no se obtuvo información en razón de que el proceso no alcanzó a desarrollarse hasta la etapa de definición de situación jurídica, porque se concilió o desistió, condiciones que hacían improcedente una respuesta a la pregunta.

TABLA 21. Se logró la conciliación

Se logró la conciliación	Frecuencia	%
Si	34	40.47
No	50	59.52
TOTAL	84	100%

TABLA 22. Cómo se concilió

Cómo se concilió	Frecuencia	%
Parcial	0	0.00
Total con desistimiento	30	88.23
Total sin desistimiento	4	11.76
TOTAL	34	100%

TABLA 23. Razón por la cual no se concilió

Razón por la cual no se concilió	Frecuencia	%
No asistieron las partes	9	18.00
No se citó a audiencia de conciliación	18	36.00
Asistieron pero no conciliaron	18	36.00
Otras:		
Desistimiento previo	3	6.00
Caducidad de la acción	1	2.00
El ofendido no formuló querrela	1	2.00
TOTAL	50	100%

Según la tabla 22, la mayoría de los casos en que se logró la conciliación esta tuvo como consecuencia el desistimiento (88.23%). Esto se debió a que los funcionarios hicieron lo que para este caso ordena el art. 7° del decreto 800 de 1991: "Durante la audiencia se elaborará un acta en la cual se consignarán los nombres de los intervinientes (...), y en el evento de acuerdo total el desistimiento de la acción por el ofendido o perjudicado o por su apoderado debidamente facultado para ello..." (subrayado fuera de texto).

A nuestro modo de ver, este decreto confunde las figuras jurídicas de la conciliación y del desistimiento. Ambas son formas de terminación del proceso que difieren en su esencia. En la primera, las partes comprometidas en el litigio buscan un arreglo razonable para terminar el proceso, cediendo parte de sus derechos y pretensiones mediante la intervención de un tercero; en el desistimiento, la parte afectada renuncia a sus pretensiones de manera unilateral, sin la intervención de terceros y sin acuerdo previo entre las partes, dando por terminado el proceso. No encontramos la razón de existencia de la norma citada, si tenemos en cuenta que con la mera conciliación el proceso termina sin necesidad buscar el posterior desistimiento de la acción. Esta confusión en que incurre el decreto trae como consecuencia que los inspectores no compartan un criterio único para determinar si el proceso debe concluir con desistimiento de la acción después de una conciliación total,

o con la conciliación (11.76%), sin necesidad de desistimiento posterior. Los que optan por la primera alternativa están cumpliendo con su obligación de aplicar la ley, haciendo caso omiso de la diferencia entre las dos figuras, y los que optan por la segunda están respetando la distinción pero desconociendo el debido proceso consagrado por la ley de descongestión de despachos judiciales.

En cuanto a la tabla 23, resaltamos que en 18 casos no se logró la conciliación (36% de los no conciliados), debido a que el funcionario omitió hacer la citación para la audiencia, lo que implicó una ausencia de oportunidad para componer las controversias surgidas del injusto, y por tanto una violación al principio del debido proceso, que en este caso concreto exige la citación para la audiencia de conciliación sin importar que el sindicado se encuentre o no detenido (decreto reglamentario 800 de 1991, art. 5°).

TABLA 24. Tipo de contravención y si hubo o no conciliación

Contravención	Sí concilió	No concilió
Hurto	6 (14.28%)	36 (85.71%)
Estafa		1 (100%)
Abuso de confianza	1 (25%)	3 (75%)
Daños en bien ajeno	10 (76.92%)	3 (23.07%)
Lesiones personales	7 (53.84%)	6 (46.15%)
Lesiones personales en accidente de tránsito	8 (88.88%)	1 (11.11%)
Lesiones personales y daños en bien ajeno	1 (100%)	
Hurto, lesiones personales y porte ilegal de arma	1 (100%)	

TABLA 25. Tipo contravencional y motivo por el cual no se concilió
MOTIVO DE LA NO CONCILIACIÓN

Contravención	No asistieron	No se citó	No hubo acuerdo	Otros
Hurto	7 (19.5%)	12 (33.3%)	14 (44.5%)	1 (2.7%)
Estafa	0	0	1 (100%)	0
Abuso de confianza	1 (33.3%)	1 (33.3%)	1 (33.3%)	0
Daño en bien ajeno	0	2 (66.6%)	0	1 (33.4%)
Lesiones personales	1 (16.6%)	2 (33.4%)	0	3 (50%)
Lesiones en accidente de tránsito	0	1 (100%)	0	0

En las tablas 24 y 25, los porcentajes tienen como universo los procesos por el mismo tipo contravencional.

En las contravenciones que atacan contra el patrimonio económico, la razón primordial por la cual no se concilió fue la falta de acuerdo entre las partes. Ello puede obedecer a la sobrevaloración que a dicho bien jurídico dispensan las relaciones de producción con base en el sistema capitalista.

La ideología capitalista ha llevado al sujeto a un apego a todo lo que represente propiedad privada, ya que es ella la razón de ser del sistema. Esto explica el recelo cuando se trata de atentados contra el patrimonio económico, a diferencia de otros delitos.

En relación con el tipo "daño en bien ajeno", vemos que a pesar de tratarse de una conducta contra el patrimonio económico, se logró la conciliación en todos los casos. Esta circunstancia, que constituye una excepción a lo expuesto, puede deberse a que dicha contravención tiene su origen, en la generalidad de los casos, en disputas entre personas allegadas que no están interesadas en que sus conflictos se prolonguen y agraven, sino, por el contrario, en darles una solución pronta y efectiva.

En cuanto a las "lesiones personales en accidente de tránsito", la conciliación tuvo efecto en el 87.5% de los casos, lo que es razonable, pues por tratarse de un hecho culposos, esto es, causado sin la intención del agente, el sujeto pasivo está más dispuesto a ceder parte de sus intereses y a recibir una compensación económica por los perjuicios sufridos.

Es importante citar aquí los resultados obtenidos en una investigación sobre la conciliación en los procesos contravencionales de la ley 23 de 1991, adelantada por NORMA VALLEJO LÓPEZ¹³. En ella hay una encuesta, la cual fue respondida por 30 inspectores —de los 34 existentes en la ciudad—. Allí se les preguntó a los inspectores por los factores que según su criterio impidieron el acuerdo conciliatorio, y el 53% de los encuestados vinculó las diferencias con el valor de lo pactado como factor determinante para ello; el 43% relacionó la inasistencia de las partes. En este último porcentaje tiene un papel protagónico la actitud de las personas jurídicas (Comfama, Cooperativa de Consumo, Éxito, Ley, Candelaria, etc.), quienes evidencian absoluta renuencia para la conciliación, pues ni siquiera asisten a las audiencias programadas para tal efecto. Ello obedece a una política institucional de aquellas que seleccionan las víctimas del proceso penal, al poner en manos de las autoridades solo los aprehendidos que consideran tienen como "profesión" el hurto (escaperos), o que una actitud benévola con ellos constituye un incentivo a la actividad delictiva de los miembros del mismo grupo socioeconómico.

En esta misma investigación se verificó que el acuerdo conciliatorio tuvo como contenido fundamental una promesa de pago y pago parcial con promesa en cuanto a lo restante (52%), con el serio inconveniente de que en el 87% de los casos el inspector no verificó el cumplimiento de lo pactado. De ahí que la investigadora,

¹³ NORMA VALLEJO LÓPEZ, *Función de la conciliación en los procesos contravencionales penales*, Universidad de Medellín, 1992.

con toda razón, concluyese que con la ley 23 la víctima acrecienta su desprotección y sentimiento de inseguridad, "puesto que aun cuando lo acordado preste mérito ejecutivo, para cristalizar el proceso civil no solo se necesita un apoderado, sino que también requiere tiempo y dinero, lo que posiblemente no esté al alcance de todos los afectados (dado su estrato social)", a lo que se suma "La práctica imposibilidad de solicitar el embargo y/o secuestro de bienes, dado el estrato social al que pertenece la otra parte; y bien se sabe que un título ejecutivo sin la posibilidad de medidas previas, difícilmente se hace efectivo". Y si no concreta dicha posibilidad por la vía civil, tampoco le será posible por la vía penal, por cuanto "con la sola conciliación, aun cuando consista en una mera promesa de reparación y/o indemnización, tiene lugar la cesación de procedimiento, lo cual hace que el proceso haga tránsito a cosa juzgada". A esto se suma que en no pocas ocasiones las actas de conciliación se redactaron en forma tan poco ortodoxa, que no alcanzan a constituir título ejecutivo¹⁴.

Por lo expuesto anteriormente, y sumando a ello que la conciliación ni siquiera fue mencionada en la ley para las contravenciones penales, sino mucho después por el decreto reglamentario (800 de 1991) —rebasando con ello las facultades reglamentarias—, la autora citada concluye que tal institución no fue concebida como alternativa real de solución de conflictos, sino más bien como discurso legitimador de un cambio de competencia que se inscribe en la autoritaria política de «administrativización» de la justicia penal¹⁵.

TABLA 26. Defensor en la indagatoria

Defensor en indagatoria	Frecuencia	%
Abogado	4	4.76
Estudiante	13	15.47
Ciudadano honorable	63	75.00
No se nombró	4	4.76
TOTAL	84	100%

La ley 23 consagra un procedimiento breve y sumario, en el que se elimina la etapa del juicio. Contrasta dicha situación con el procedimiento ordinario, el que, por encontrarse dividido en sumario y juicio, otorga al procesado mayores oportunidades para su defensa, pues la puede ejercitar en la indagación preliminar, durante la extensa etapa del sumario y en el juicio.

Y si es censurable que en el procedimiento ordinario se nombren ciudadanos honorables como defensores en la indagatoria, sabiendo que van a ser sustituidos posteriormente por abogados titulados y solo excepcionalmente por estudiantes de

¹⁴ Ídem., págs. 110 y ss.

¹⁵ Ídem., pág. 138.

consultorio jurídico, lo es aún más que esto suceda en los procedimientos adelantados bajo vigencia de la ley 23 de 1991. Ello por cuanto, según el inciso tercero del art. 31 del decreto 800 del mismo año, "... con el designado se continuará la actuación hasta el final, salvo que el procesado nombre apoderado".

En los procesos regidos por la ley 23 de 1991 la indagatoria es el momento procesal más importante para el derecho de defensa, pues es esta *la única oportunidad con que cuentan el procesado y su defensor para solicitar las pruebas que consideren necesarias*, y es en este momento cuando se nombra el defensor que muy probablemente lo asistirá durante el resto del proceso. Por esto resulta inadmisibles que el 75% de los defensores hayan sido ciudadanos honorables, pues estos ni siquiera alcanzan a saber en qué consiste la diligencia de indagatoria, ignoran los derechos que le asisten en esta al indagado, y tampoco están calificados para determinar las pruebas fundamentales y conducentes en favor de su asistido, circunstancias que claramente se infieren de los resultados de la tabla 27.

Y como si lo anterior no fuere suficiente, a ello se suma que en el 4.76% de los procesos no se nombró defensor alguno para tal diligencia. Esta grave anormalidad hace que sea letra muerta el derecho de defensa consagrado por tratados internacionales y por la Constitución Política en el art. 29: "... Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento..." (inciso cuarto).

Se presenta, además, un alto porcentaje de casos (30.95%) en los que el sindicado estuvo asistido en su indagatoria por ciudadanos honorables que continuaron ocupando el cargo de defensores durante el resto del proceso. Se desconoció así el derecho de defensa, pues esta debe llevarse a cabo única y exclusivamente por abogados, que se supone —al menos en teoría— podrían proteger al procesado de la arbitrariedad estatal. Esta violación se refrenda con la constatación de que los "ciudadanos honorables" *solo asistieron a la indagatoria, sin cumplir ninguna otra actuación procesal*. Pero incluso, como es sabido, en la indagatoria ellos ni siquiera están presentes sino que se limitan a firmar el acta correspondiente para cumplir con los requisitos formales exigidos por la ley, lo que en el fondo no constituye actuación procesal.

Los casos en los cuales no hubo defensor (4.76%) o este solo actuó en la diligencia de indagatoria (54.52%), están viciados de nulidad de acuerdo con el inciso tercero del art. 304 del C. de P. P., y sin embargo esta no fue decretada en ninguno de los procesos analizados.

En un 57.13% de los expedientes estudiados actuaron estudiantes de consultorio jurídico como defensores; algunos durante todo el proceso, otros únicamente después de la indagatoria. Es extraño que estos defensores no hayan realizado *ninguna actuación procesal en un 19.47% de los casos*, porque su obligación es procurar una adecuada defensa al procesado. También observamos que la actuación más generalizada entre los estudiantes de consultorio jurídico es la presentación de alegaciones (37.63%), lo cual se debe a que las universidades enfatizan en esta actuación, descuidando, en la generalidad de los casos, los demás momentos procesales en que puede ejercerse el derecho de defensa.

DERECHO PENAL

De lo anterior se deduce la violación del principio de contradicción, instituido no solo en materia probatoria sino también para todo lo concerniente a actuaciones procesales, ya que si materialmente no existe defensor en el proceso, ¿por intermedio de quién va a conocer el sindicado de las imputaciones que se le hagan para poder controvertirlas?, y ¿cómo va a saber en qué momento hacerlo?

Desde el punto de vista formal se cumple con el debido proceso consagrado por la ley 23 de 1991, que permite al sindicado de una contravención especial ser defendido por un ciudadano honorable; pero desde el punto de vista material se viola el debido proceso y el derecho de defensa, cuya filosofía es que se avoque la defensa por personas con conocimientos jurídicos suficientes para garantizar el cumplimiento de los derechos del procesado.

TABLA 27. ¿Cuáles sujetos procesales solicitaron práctica de pruebas?

Sujeto procesal	Frecuencia	%
El sindicado	5	5.95
El ministerio público	1	1.19
El representante de la parte civil	0	0.00
El defensor	3	3.57
No se solicitaron pruebas	75	89.28
TOTAL	84	100%

TABLA 28. El funcionario decretó pruebas

Decretó	Frecuencia	%
De oficio	55	65.47
A petición de parte	2	2.38
No decretó	17	20.23
De oficio y a petición de parte	1	1.19
No eran procedentes por la forma en que terminó el proceso	9	10.71
TOTAL	84	100%

TABLA 29. De las pruebas solicitadas por las partes se decretaron

Se decretaron	Frecuencia	%
Todas	6	66.66
Parcialmente	0	0.00
Ninguna	3	33.33
TOTAL	9	100%

Prueba, en el procedimiento penal, es todo aquello que pueda servir de medio de convicción al juez para formarse concepto en relación con los hechos que se investigan y juzgan, con los autores y partícipes, con la responsabilidad de estos, con su personalidad y con los daños y perjuicios ocasionados.

Los porcentajes de la tabla 27 confirman una cuestión que se ha concluido a lo largo de la investigación: la carencia de defensa idónea para los procesados, violatoria del principio de defensa: en la mayoría de los expedientes (75%), ningún sujeto procesal solicitó pruebas. Es increíble que solo tres defensores (3.57%) lo hubieran hecho, y que cinco sindicados (5.95%) se hubieran visto obligados a pedirlos.

Sobresale que en 17 expedientes (20.23%) no se decretaron pruebas. Quizá el elemento más importante del proceso es el probatorio, pues únicamente con base en él puede el funcionario tomar decisiones. Nos preguntamos: ¿cómo decidieron los inspectores en estos casos si no tenían material probatorio para hacerlo? Con este proceder están violando uno de los pilares fundamentales del moderno derecho penal liberal, el principio de presunción de inocencia, según la cual toda persona se presume inocente hasta tanto no sea establecida su responsabilidad mediante sentencia debidamente ejecutoriada. De este principio se deriva que la carga de la prueba en el proceso penal recaiga sobre el Estado, es decir, él está obligado a demostrar la culpabilidad del sindicado. El funcionario debe, por tanto, hacer acopio de todas las pruebas posibles, pues, de lo contrario, como sucedió en algunos de los procesos investigados, se viola el principio de lealtad que exige al inspector cumplir con las obligaciones propias de su actividad juzgadora, dentro de las cuales se encuentran las de investigar la veracidad de los hechos y procurar la práctica de las pruebas solicitadas.

TABLA 30. Se decretaron causales de nulidad

Se decretaron causales de nulidad	Frecuencia	%
Si	2	2.38
No	82	97.61
TOTAL	84	100%

TABLA 31. Por iniciativa de quién se tramitó la causal de nulidad

De quién fue la iniciativa	Frecuencia	%
Del inspector oficiosamente	0	0.00
Del sindicado	1	50.00
Del ofendido por intermedio de su abogado	1	50.00
Fue allanada por las partes	0	0.00
TOTAL	2	100%

TABLA 32. La causal de nulidad se decretó

Se decretó la causal de nulidad	Frecuencia	%
Al momento de dictar sentencia	0	0.00
Antes de dictar sentencia	2	100.00
TOTAL	2	100%

Consideramos necesario hacer el estudio de lo que la ley 23 de 1991 y su decreto reglamentario (800 de 1991) consagraron sobre irregularidades de los actos procesales: la primera lo hace en su art. 11, cuando preceptúa que las irregularidades procedimentales y la falta de competencia "... serán subsanadas por el funcionario (...) de oficio o a petición de parte, salvo que hayan sido allanadas por estos y (...) *siempre que no afecten los derechos de las partes*" (subrayas fuera de texto).

El decreto 800 de 1991 consagra este tópico en el art. 43 de la siguiente manera:

"Las irregularidades del proceso, como la falta de firma o de fecha u otras similares, deberán ser subsanadas oficiosamente por el funcionario competente o quedarán subsanadas cuando las partes hubiesen intervenido en ellas, o cuando habiéndolas conocido no las hubiesen objetado, lo cual se presume por cualquier actuación o presentación de escrito posterior a aquellas.

"Las actuaciones que desconozcan el derecho de defensa deberán ser revocadas oficiosamente o a petición de parte, de conformidad con los artículos 69 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984) o las normas que los modifiquen o adicionen.

"Las diligencias y pruebas practicadas por funcionario no competente conservarán su validez y no requerirán de convalidación.

"La falta de competencia para dictar providencia definitiva solo genera la nulidad de esta providencia, y su declaratoria será apelable en el efecto devolutivo".

Podemos apreciar la falta de técnica en la elaboración de esta norma. Esto no debe sorprendernos, puesto que es solo otro ejemplo de la improvisación e irresponsabilidad con que fue realizada. Este artículo, para efectos de su interpretación, debe desglosarse de la siguiente manera: el inciso primero se refiere a irregularidades no sustanciales del proceso, como "... la falta de firma o de fecha u otras similares"; que, según la ley, quedan subsanadas "... cuando las partes hubiesen intervenido en ellas, o cuando habiéndolas conocido no las hubiesen objetado, lo cual se presume por cualquier actuación o presentación de escrito posterior a aquellas".

El segundo inciso se refiere a actuaciones que desconocen el derecho de defensa. Para la revocatoria de estas actuaciones la ley remite al Código Contencioso

Administrativo, remisión que resulta absurda, pues los arts. 69 y siguientes del mismo se refieren a la revocación directa de los *actos administrativos*, lo cual no tiene ninguna relación con lo tratado, porque las contravenciones de la ley 23 de 1991 son materia penal y no administrativa, y asimilar ambos conceptos constituye un error que genera consecuencias gravísimas para la administración de justicia, pues se desconoce su independencia; y para el sindicado, por cuanto se le está aplicando un procedimiento administrativo y no el penal.

Los incisos tercero y cuarto del citado artículo se refieren a la falta de competencia como causal de nulidad.

Como podemos observar, la norma no hace referencia a irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o los derechos de las partes, anomalías que se presentaron en la gran mayoría de los expedientes en estudio. ¿Debemos pensar entonces que estas anomalías no dan lugar a una declaratoria de nulidad por no estar consagradas expresamente en la norma? Si queremos hacer una sana interpretación, la respuesta a esta pregunta deberá ser negativa, quedando como posibles soluciones a este problema incluir estas anomalías dentro del inciso primero para ser subsanadas tácitamente, lo cual sería absurdo, o recurrir al Código de Procedimiento Penal para llenar tal vacío, que a nuestro modo de ver sería la única solución adecuada, pues estaría conforme a la garantía constitucional del debido proceso. Pero los inspectores no hicieron nada y dejaron transcurrir los procesos, pese a estar afectados de nulidad.

Es asombroso que solo en 2 procesos (2.38%) se decretaran nulidades, pues en la mayoría de los estudiados se presentaron irregularidades sustanciales, como la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa, entre muchas otras, irregularidades que indefectiblemente llevarían a la nulidad de aquellas actuaciones.

Resulta aún más alarmante que en los procesos en los cuales se decretaron causales de nulidad, estas no hubieran sido propuestas ni por el defensor ni por el agente del ministerio público, quienes son supuestamente los encargados de hacer valer los derechos y garantías del sindicado dentro del proceso. Y un testimonio más de absoluta indefensión del procesado en este sistema.

TABLA 33. El caso terminó con

El caso terminó con	Frecuencia	%
Sentencia absolutoria	8	9.52
Sentencia condenatoria	25	29.76
Auto inhibitorio	10	11.90
Conciliación	16	19.04
Cesación de procedimiento por prescripción	0	0.00
Cesación de procedimiento por desistimiento	19	22.61
Otras:		
Cesación de procedimiento por el artículo 42 del decreto 800 de 1991	3	3.57
Caducidad de la acción contravencional	2	2.38
Pago de perjuicios	1	1.19
TOTAL	84	100%

La cesación de procedimiento por desistimiento es una de las categorías que presentan un alto porcentaje (22.61%), debido a que el decreto reglamentario 800 de 1991 consagró esta forma de terminación para los casos en los que el ofendido o perjudicado desistiera de la acción contravencional en cualquier etapa del proceso y para aquellos en los cuales se presentara la conciliación, lo que significa que se están confundiendo las figuras jurídicas *conciliación* y *desistimiento*, pues, como se dijo anteriormente, la primera es suficiente para dar por terminado el proceso, sin que sea necesario acudir a la segunda.

Hubo procesos en los cuales la causal de cesación de procedimiento no fue especificada (3.57%); en ellos la parte motiva de la providencia únicamente hizo mención al art. 42 del decreto 800 de 1991, el cual establece en forma genérica las causales de cesación de procedimiento; igualmente encontramos con extrañeza el pago de perjuicios como forma de terminación del proceso (1.19%), dado que no está consagrado por la ley como causal de terminación. Con este modo de proceder de los funcionarios se violó, una vez más, el principio del debido proceso.

TABLA 34. ¿Si la sentencia fue condenatoria, se concedió el subrogado de condena de ejecución condicional?

Se concedió el subrogado	Frecuencia	%
Si	20	80.00
No	5	20.00
TOTAL	25	100%

TABLA 35. ¿Si no se concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional, se concedió la libertad condicional?

Se concedió la libertad condicional	Frecuencia	%
Si	0	0.00
No	5	100.00
TOTAL	5	100%

En la tabla 34 el universo está constituido por 25 procesos que terminaron con sentencia condenatoria, de los cuales en un 20% no se concedió el subrogado de condena de ejecución condicional.

La condena de ejecución condicional está reglamentada en el art. 45 del decreto 800 de 1991, el cual hace remisión expresa al Código Penal. Este, en su art. 68, trae los requisitos necesarios para que proceda el subrogado:

“1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión.

"2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario" (subrayas fuera del texto).

Según la ley 23 de 1991 (art. 1º, num. 1 a 19), todas las contravenciones tienen como pena principal el arresto; además, todas ellas, por ser precisamente hechos punibles contravencionales, no tienen diferencias relevantes en cuanto a su "naturaleza" y "modalidad". Esto nos lleva a concluir que, en lo que respecta a las conductas tipificadas en esta ley, el único fundamento que existe para negar la suspensión de la pena es la valoración del fallador, en el sentido de que el condenado, por su "personalidad", "necesita tratamiento penitenciario".

En nuestra investigación, cuatro personas que cometieron la contravención de hurto y una que cometió abuso de confianza, según el criterio de los inspectores que las juzgaron, necesitaron este tratamiento. ¿Con base en qué los funcionarios decidieron que los sindicados requieran ser internados en la cárcel, si en uno de los casos ni siquiera se solicitaron los antecedentes? ¿Por qué precisamente son los condenados por contravenciones contra el patrimonio económico los que requieren "tratamiento penitenciario"? ¿Se preguntaron tales funcionarios si en el centro penitenciario al que fueron remitidos aquellos condenados existía alguna forma de "tratamiento penitenciario"?¹⁶

Se ha considerado que el ejecutivo no puede imponer penas privativas de la libertad, porque con ello no se respetan los postulados del Estado de Derecho y del derecho penal liberal. Los principios de legalidad, del debido proceso y del juez natural, entre otros, resultan lesionados cuando se somete a un individuo al poder de policía por una conducta penal y se le aplica un proceso breve y sumario, que lo único que hace es negar el derecho a la defensa.

En cuanto a la libertad condicional, esta se encuentra consagrada por el art. 46 del decreto reglamentario de la ley 23 de la siguiente forma:

"En los procesos contravencionales a que se refiere esta ley, el funcionario podrá conceder la libertad condicional al condenado, cuando este haya cumplido las dos terceras partes de la condena, *siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social...*" (subrayas fuera de texto).

¹⁶ Sobre este tema, cfr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA y HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRIO, "El tratamiento penitenciario (C. P., art. 68) desde la perspectiva criminológica y político-criminal", en N.F.P., núm. 27, 1985; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Pendogía*, parte especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La prisión como problema: Resocialización versus desocialización", en R.C.A.P.V., núm. 13, 1985, págs. 329 a 346; "La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Universidad Complutense, Madrid, 1979; ALESSANDRO BARATTA, "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad", en N.F.P., núm. 15, 1982.

La norma citada hace referencia a dos tipos de requisitos: objetivos, como el cumplir con las dos terceras partes de la pena; y subjetivos, como el que respecta a la personalidad del condenado y a sus antecedentes "de todo orden". Estos últimos no deberían importarle a un sistema penal que se autodenomina "liberal", que predica que se condene al individuo por el hecho ilícito cometido (culpabilidad por el acto) y no por aspectos que tienen que ver con su personalidad o con su conducta anterior.

La tabla 35 nos muestra que en el 100% de los procesos en que la condena no fue suspendida, al sindicado no se le concedió la libertad condicional, porque no se encontró en los expedientes constancia de su otorgamiento. Esto deja ver que los inspectores, una vez proferida la sentencia, ordenan el archivo del proceso sin importarles la suerte que corran los condenados en el presidio, lo que hace nugatorio el derecho a tal subrogado. Lo expuesto implica también el desconocimiento del principio de lealtad procesal y del debido proceso. Y obsérvese que ninguno de los defensores lo solicitó, como tampoco ninguno de los condenados.

TABLA 36. Contenido de la sentencia absolutoria

Contenido de la sentencia absolutoria	Frecuencia	%
Se reconoció justificación del hecho por estado de necesidad	0	0.00
Se reconoció otra causal de justificación	0	0.00
Se reconoció causal de inculpabilidad	0	0.00
Otras:		
Falta de certeza	3	37.50
Falta de prueba	4	50.00
El sindicado no es responsable	1	12.50
TOTAL	8	100%

Como la mayor parte de los hechos punibles de que se ocupa realmente el sistema penal contravencional instaurado por la ley 23 de 1991 constituyen infracciones contra el patrimonio económico de escasa consideración, los que en la exposición de motivos de la ley se consideran incluso "nacidos de la indigencia de la mayor parte de la población colombiana"¹⁷, creímos pertinente incluir en el cuestionario una variable que nos permitiera verificar si el porcentaje de procesados absueltos por haber obrado en circunstancias configuradoras de una causal de justificación (estado de necesidad, por ejemplo) o de inculpabilidad (no exigibilidad de otra conducta, etc.). Los resultados obtenidos, transcritos en la tabla 36, son categóricos: en ningún proceso se absolvió con fundamento en causales de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Ello muy probablemente estuvo determinado por el deficiente

¹⁷ Exposición de motivos del proyecto de ley núm. 127 de 1990, en *Anales del Congreso*, año XXXIII, núm. 93, miércoles 17 de octubre de 1990.

interrogatorio que los inspectores hicieron a los indagados en la diligencia de injurada, en la que omitieron preguntar por condiciones socioeconómicas y familiares de los procesados (ingresos, personas a cargo, actividad laboral, etc.). Igualmente, por la deficiente actividad probatoria desplegada en los procesos, tanto por parte del inspector como de las partes; por la inexistente defensa, aspecto al cual ya tuvimos oportunidad de referirnos. Así mismo, por el procedimiento instaurado en la ley, conculcatorio de los principios de contradicción y de defensa, al prescribir el momento de la indagatoria como el único en que es posible la solicitud de pruebas por parte del procesado y su defensor.

En verdad, con tal procedimiento se quiere circunscribir la pesquisa a la averiguación del hecho punible. En él no hay cabida para averiguar la historia del "delincuente" indigente y marginal, porque, como lo señalara FRANCO BASAGLIA, esta sería una historia de violencias, de privaciones y de abusos de los cuales no debe quedar huella, porque de otra manera se perdería toda "legitimidad" para una condena¹⁸.

TABLA 37. Fue recurrida la sentencia

Fue recurrida la sentencia	Frecuencia	%
Si	1	3.03
No	32	96.96
TOTAL	33	100%

TABLA 38. Por quién fue recurrida la sentencia

Por quién fue recurrida	Frecuencia	%
Por el sindicato o su defensor	0	0.00
Por el ministerio público	1	100.00
Por la parte civil	0	0.00
TOTAL	1	100%

¹⁸ FRANCO BASAGLIA: "Un delincuente burgués pudiente no tiene problemas de reinserción y recuperación. El crimen cometido es aceptado como un producto histórico social y no como un dato natural: hay una justificación en su acción criminal (...) En la vida, en el ambiente de estas personas, hay un espacio que la clase de pertenencia reconoce y conserva para ellas. El problema de la recuperación no existe porque, en este caso, el delincuente tiene una historia que clarifica ante los ojos de sus pares el delito, y dispone de instrumentos económicos y culturales para no tener la necesidad de repetir el acto criminal (...) Exactamente aquello que no sucede nunca para la clase oprimida que actúa delictuosamente. Este tipo de delincuencia no tiene historia, o mejor, su historia es solo la historia de sus delitos; los antecedentes penales. Es delincuente por naturaleza (...), no hay causas, motivaciones psicológicas, sociales, económicas, que justifiquen o expliquen su gesto, sino la misma delincuencia que se convierte entonces en delincuencia biológica, intrínseca, de la raza, de las características somáticas.

TABLA 39. La decisión tomada frente al recurso interpuesto fue

Decisión frente al recurso	0	0.00
Confirmatoria	0	0.00
Revocatoria o modificatoria en favor del procesado	1	100.00
Revocatoria o modificatoria en disfavor del procesado	0	0.00
TOTAL	1	100%

En la tabla 37, el universo son 33 procesos con sentencia (8 absolutorias y 25 condenatorias), en los cuales solo una providencia fue recurrida (3.03%). El recurso se interpuso contra una sentencia condenatoria y la parte recurrente fue un agente del ministerio público, que logró con su actuación la revocatoria de la decisión que afectaba los derechos del sindicado.

En nuestra investigación, todos los defensores creyeron agotada su labor con el último pronunciamiento del funcionario, sin importar que aún le quedara al sindicado el lapso de ejecutoria para defenderse. Una defensa idónea hubiera aprovechado esta oportunidad para evitar en lo posible una condena no procedente legalmente. Solo se presentó un caso con esta característica, y fue el proceso en el cual, por la inactividad del defensor, el ministerio público tuvo que recurrir la decisión de la primera instancia y evitó con ello la imposición de una sanción injusta.

4.5. *Resultados del cuestionario II.* Este cuestionario se resolvió en relación con 156 procesos, en los cuales no se indaga a ninguna persona.

TABLA 40. Tipo de contravención

Tipo de contravención	Frecuencia	%
(1) Hurto	24	15.38
(2) Estafa	8	5.13
(3) Fraude mediante cheque	2	1.28
(4) Abuso de confianza	12	7.69
(5) Daño en bien ajeno	27	17.31
(6) Lesiones personales dolosas	43	27.56
(7) Lesiones personales en accidente de tránsito	32	20.51
(8) Ejercicio arbitrario de las propias razones	5	3.21
(9) Daño en bien ajeno y lesiones personales dolosas	3	1.92
TOTAL	156	100%

"Cada tentativa de historificar al delincuente proletario o subproletario fracasa, porque la suya sería una historia de violencia, de privaciones y de abusos de los cuales no debe quedar huella" (Violencia en la marginalidad. El hombre en la picota", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. III, núm. 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, pág. 58).

TABLA 41. Situación que se presentó al estudiar el proceso.

Situación que se presentó	Frecuencia	%
Conciliación	58	37.17
Desistimiento	49	31.41
Prescripción por no formulación oportuna de la querella	20	12.82
Otras:		
Caducidad de la acción	8	5.12
No hubo denuncia	4	2.56
Conducta no punible	5	3.20
Querella ilegítima	10	6.41
Falta de responsabilidad del sindicado	2	1.28
TOTAL	156	100%

TABLA 42. La decisión tomada frente a la situación anterior fue

La decisión tomada fue	Frecuencia	%
Inhibirse de iniciar investigación	74	47.43
Cesación de procedimiento	47	30.12
Otras:		
Conciliación	19	12.17
Prescripción	6	3.84
Desistimiento	9	5.76
Caducidad de la acción	1	0.64
TOTAL	156	100%

En cuanto a este cuestionario, omitimos reproducir los resultados en relación con muchos otros puntos. Solo queremos mencionar que respecto a las condiciones socioeconómicas y familiares del procesado, el porcentaje más representativo lo fue la variable "sin información": estado civil: 50%; lugar de residencia: 58%; estudios: 78%; actividad laboral: 55%; ingresos mensuales: 96%. Y en cuanto a los procesos en que se obtuvo información, los resultados no difieren sustancialmente de los obtenidos en el cuestionario I.

5. CONCLUSIONES

5.1. En relación con la salvaguarda de las garantías constitucionales de carácter sustantivo y procesal, en los procesos tramitados conforme a la ley 23 de 1991, creemos conveniente resumir los resultados obtenidos:

5.1.1. *Debido proceso.* Se conculcó esta garantía por las siguientes razones: iniciación ilegítima de procesos (querellantes que no eran perjudicados u ofendidos); procesos en los que no se determinó la cuantía, aspecto fundamental para efectos de la competencia y del procedimiento aplicable; en los casos de captura en flagrancia, se recibió la indagatoria transcurridos más de tres (3) días de dicha captura; se profirieron sentencias de fondo, sin que se hubieran recaudado pruebas para ello; omisión de la citación para la audiencia de conciliación, que prescribe la ley como obligatoria; procesos que terminaron sin que se hubiese resuelto previamente la situación jurídica; se profirió auto inhibitorio, cuando ya había proceso; se profirió cesación de procedimiento, sin haberse iniciado el proceso; equiparamiento de la indagatoria a la diligencia de descargos y a la versión libre; procesamiento de un menor. En ninguno de los procesos en que se profirió sentencia condenatoria sin el subrogado de la condena de ejecución condicional, se tramitó posteriormente el subrogado de la libertad condicional; en ellos los inspectores ordenaron el archivo del proceso y no se preocuparon de la ejecución de la sentencia y los procesados por ignorancia y carencia de defensa, no solicitaron el reconocimiento de este derecho.

5.1.2. *Derecho de defensa.* En cuanto a este derecho, es preciso señalar que conforme a la Constitución es absolutamente claro que él solo se satisface cuando la representación judicial del procesado dentro del proceso penal la ejerce un abogado. Para evidenciar esto bástenos transcribir los apartes pertinentes del art. 29 de la codificación citada, que reproduce como principio rector el Código de Procedimiento Penal (decreto 2700/91) en su art. 1º: "...quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un **abogado** escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas..." (subrayas y negrillas nuestras).

Por esta razón las disposiciones de la ley 23 de 1991, alusivas a la representación judicial de los procesados por "ciudadanos honorables", quebrantan en forma rotunda las prescripciones constitucionales. Igual conclusión se puede pregonar, incluso, respecto de los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos, aunque a estos dicha representación se les ha permitido en eventos específicos, desde mucho antes de esta ley (decreto 196 de 1971, "Estatuto del Ejercicio de la Abogacía").

Como si lo anterior no fuere suficiente, la violación de la garantía en mención se acreditó también, entre muchas otras, por las siguientes razones: fue predominante la inactividad de los defensores que asistieron a los procesados: en los procesos resueltos con el cuestionario I (84 procesos), en solo tres (3) el defensor solicitó pruebas; las sentencias nunca fueron recurridas por el defensor, no obstante que 25 de ellas fueron condenatorias; la defensa ejercida por "ciudadanos honorables" no es técnica ni idónea: la actuación de estos se limitó a asistir a la diligencia de indagatoria, sin ninguna otra participación (ni pidieron pruebas, ni interpusieron recursos, ni les notificaron las providencias, ni presentaron alegaciones, etc.). Un ciudadano común por muy honorable que sea, no por ello está habilitado para conocer la complejidad de fenómenos que tienen relación con un proceso penal y cuyo dominio es esencial para ejercer una adecuada defensa (*principios rectores*:

tipicidad inequívoca, antijuridicidad material, debido proceso, etc.; circunstancias excluyentes de la antijuridicidad o de la culpabilidad; imputabilidad; subrogados penales; garantías procesales; nulidades; excepción de inconstitucionalidad; funciones de la pena; circunstancias de atenuación punitiva o de exclusión de la misma; etc.); la ley prescribe que la única oportunidad procesal para pedir pruebas es la diligencia de indagatoria, y así se cumplió en la totalidad de los procesos que contaron con dicha diligencia.

Y no obstante ser manifiesta la nulidad por carencia de una debida defensa en innumerables casos, en ningún proceso se decretó aquella con fundamento en dicha circunstancia.

5.1.3. *Juez natural*. Solo los funcionarios judiciales ostentan las condiciones constitucionales para ser jueces, por cuanto solo de ellos se puede predicar idoneidad, imparcialidad e independencia (legitimidad material). Los inspectores de policía, por ser miembros del poder ejecutivo —de libre nombramiento y remoción de los alcaldes municipales y de los gobernadores— y por su origen eminentemente clientelista, nunca podrán tener independencia e imparcialidad, requisitos fundamentales de legitimidad para poder administrar justicia.

Aunque los inspectores de ciudades capitales como Medellín, por mandato de la ley y de su decreto reglamentario deben ser abogados titulados, se pudo conocer que el cumplimiento de dicha disposición fue reiteradamente aplazada. Además, si para funcionarios abogados se acreditaron innumerables falencias e irregularidades en el trámite de los procesos, no alcanzamos a imaginar las que se pueden estar dando en otros municipios del país, en los que sus inspectores no tienen tal calidad y ni se las exige la ley.

En la nueva carta constitucional es clara la consagración de la garantía del juez natural. Por tal motivo, solo la *autoridad judicial* puede condenar a una pena de arresto o de prisión¹⁹. Igualmente, conforme a lo prescrito en el art. 93 de la misma carta, es perentorio para el Estado darle vigencia real a este derecho humano (juez natural), por cuanto se encuentra consagrado en pactos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (Pacto de San José de Costa Rica: ley 16 de 1972; Pacto de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos: ley 74 de 1968), normatividad que “prevalece en el orden interno”²⁰.

La Corte Constitucional, en providencia de agosto 13 de 1992, hace valiosas consideraciones sobre el “monopolio de las penas privativas de la libertad en cabeza

¹⁹ Constitución Política, art. 28: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de *autoridad judicial competente*, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” (subrayas nuestras).

²⁰ Constitución Política, art. 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

”Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

de los jueces”. Y al hacer alusión a la circunstancia de que el art. 28 transitorio de la Constitución confiere facultad provisional a las autoridades de policía para conocer de hechos punibles, mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales su conocimiento, concluye lo siguiente: “Por mandato constitucional, de imperiosa observancia dado el carácter de *derecho de aplicación inmediata* que ostenta la libertad (C. P., art. 85), corresponde al legislador, en un término breve, expedir la ley que atribuya integralmente a las autoridades judiciales el conocimiento de estas conductas, so pena de inconstitucionalidad por la vía omisiva” (negrilla del texto original)²¹.

No obstante lo valioso de este criterio, resulta contradictorio: si la libertad solo puede ser afectada por decisión de autoridad judicial y es un *derecho de aplicación inmediata*, desde que empezó la vigencia de la Constitución las autoridades de policía perdieron absolutamente toda facultad para afectar la libertad en los procesos contravencionales ante ellas ventilados. Esta es la consecuencia obvia de la negligencia del Congreso para expedir la ley, circunstancia que contrasta con la diligencia y premura con que han adelantado otras leyes²².

5.1.4. *Igualdad ante la ley*. Se vulneró esta garantía porque los inspectores no tienen un criterio único en cuanto a si las contravenciones admiten o no tentativa. Los que piensan que sí la admiten, procesaron y juzgaron; mientras los que la rechazan se inhibieron de iniciar el proceso. Incluso eventos en que era evidente la calidad de mera tentativa del hecho investigado, fue juzgado como hecho consumado. Igualmente, no fueron igualitarias las condiciones de defensa entre los que estuvieron representados en el proceso por un abogado y los que lo fueron por “ciudadanos honorables” o por estudiantes del consultorio jurídico.

Respecto al funcionario que conoció del asunto, dicha desigualdad fue manifiesta, por cuanto en unos casos lo hizo un abogado titulado, y en otros, personas encargadas para quienes la ley no exige ningún requisito. Esta desigualdad se entroniza también cuando el decreto reglamentario 800 de 1991, establece diferentes requisitos para ser inspector de policía, según el municipio donde se cumplirá la función.

5.1.5. *Principio de contradicción*. Se transgredió esta garantía cuando no se resolvió la situación jurídica, providencia que hace las veces de pliego de cargos, lo que inhibió al procesado y al defensor para conocerlos y así ejercer debidamente la defensa.

5.1.6. *Principio de la cosa juzgada*. Se violó este principio cuando los inspectores profirieron auto inhibitorio después de iniciado el proceso. En este evento los sindicados tenían derecho a la certeza de no ser juzgados posteriormente por los mismos hechos, pero tal derecho se desconoció porque el auto inhibitorio no hace tránsito a cosa juzgada.

²¹ Jurisprudencia y Doctrina, núm. 250, octubre de 1992, págs. 1014 y ss.

²² Por ejemplo, la ley antisecuestro (ley 40 de 1993), cuyo proyecto estuvo abanderado por grupos económicos, sociales y políticos de gran poder; y la ley de reforma tributaria, para la cual presionó el gobierno, por constituir esta un puntal importante de su política neoliberal.

5.1.7. *Legalidad.* Se desconoció esta garantía por los siguientes motivos: se juzgaron conductas en grado de tentativa, siendo ello improcedente, por cuanto no existe tal dispositivo amplificador del tipo penal en materia de contravenciones; no se determinó la cuantía en conductas lesivas del patrimonio económico, siendo por ello procesalmente imposible precisar si se estaba en presencia de un delito o de una contravención, como también del procedimiento aplicable y los funcionarios que deberían conocer de tales casos.

5.1.8. *Dignidad humana.* Se registraron varios casos en los cuales el sindicato denunció tratos crueles por parte de funcionarios públicos y particulares, sin que el inspector no realizara alguna actuación, siéndole obligatorio, como mínimo, compulsar copias para que las autoridades competentes investigaran la posible comisión de hechos punibles. Esto es testimonio del desprecio que dichos funcionarios tienen por una garantía de tanta importancia, actitud que encuadra dentro de las previsiones del tipo de omisión de denuncia.

5.1.9. *Principio de culpabilidad.* Esta garantía se menoscabó principalmente por las deficiencias que mostraron los procesos en la actividad probatoria; además, por el procesamiento de un menor, para quien su juez natural es el juez de menores (decreto 2337 de 1989). La ignorancia de los funcionarios de policía en asuntos tan fundamentales, es testimonio claro de su inidoneidad para conocer de los hechos punibles.

5.1.10. Los apologistas de la ley 23 de 1991, para darle aval a su posición, arguyen que las garantías procesales y sustantivas están consagradas por la Constitución y la ley, y con fundamento en ello presumen de derecho que se aplican cabalmente en este ámbito del sistema penal²³. Olvidan que, tal como ocurre en todo lo concerniente a los derechos humanos, ostentar con la mera consagración formal careciendo de voluntad política para procurar su eficacia y vigencia real, constituye el procedimiento recurrente al que acude el poder en procura de lograr la legitimidad de sus instituciones.

5.2. *Conmutación de la pena.* En ningún proceso el inspector acudió a la conmutación de la pena por "trabajo en obras públicas y tareas de alfabetización". Esto

²³ El secretario de gobierno de Medellín, Carlos Alberto Atehortúa Ríos, en escrito del día 2 de marzo de 1992, al responder la pregunta de si en los procesos tramitados conforme al procedimiento señalado en la ley 23/91, se violaban garantías constitucionales, dijo lo siguiente: "Personalmente no lo creo. Al fin y al cabo en materias penales y contravencionales rigen en toda su extensión los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad a los cuales debe plegarse el fallador en cada caso concreto. Además los procesos deben estar revestidos de las máximas garantías procesales: entre ellas, el estar asesorado por un defensor. Si a ello se le suma la existencia de organismos fiscalizadores como las procuradurías (...) y la Personería Municipal, a los cuales puede acudir la persona que crea que se le están vulnerando sus derechos, no veo cómo un funcionario, así sea de libre nombramiento y remoción, pueda por motivos políticos afectar la decisión de un proceso.

"Además, debe tenerse en cuenta que estos tienen segunda instancia, y por lo tanto, en un supuesto caso de irregularidad procesal, se tendría como mecanismo la utilización del recurso de apelación. Súmese a esto la posibilidad de la acción de tutela..." (cfr. NORMA VALLEJO LÓPEZ, *La función de la conciliación...*, cit.).

es de lo poco rescatable de la política criminal que informa la ley 23 de 1991, porque evita los efectos negativos que acompañan la privación de la libertad (prisionización, desculturización, estigmatización, violencia intracarcelaria, etc.) y apunta a salvaguardar la dignidad humana. La ausencia de desarrollo práctico de esta institución permite inferir que se consagró allí con criterio demagógico, buscando con ella un respaldo por parte de la comunidad, principalmente de la reticente al proceso de administrativización de la justicia.

5.3. El balance estadístico de la Secretaría de Gobierno de Medellín respecto a los procesos tramitados conforme a la ley 23 de 1991, por las inspecciones municipales de policía de Medellín y sus corregimientos, entre marzo de 1991 y marzo de 1992, es el siguiente:

Procesos iniciados	61.625	
Procesos terminados	25.131	(40.78%)
Procesos pendientes	34.231	
Audiencias de conciliación	4.031	(6.54%)
Celebradas		
Audiencias con acuerdo	2.656	

El proyecto de ley núm. 127 de 1990, presentado al Congreso por el gobierno y que finalmente se convirtió en la ley 23 de 1991 sin cambios sustanciales, entre sus considerandos dice: "La justicia, para ser tal, deberá ser pronta y cumplida (...) la dilación procesal por causa de la acumulación hace desaparecer tal seguridad, a más de que dificulta la solución de conflictos porque el tiempo afecta la prueba o la posibilidad de recaudarla..."²⁴.

Pero resulta que las estadísticas relacionadas evidencian que con la ley solo hubo un desplazamiento de la acumulación de procesos, que si bien se descongestionaron los juzgados municipales, correlativamente se produjo la congestión de las inspecciones municipales, las que no han podido evacuar miles de procesos, tanto de los recibidos de los juzgados al comienzo de la vigencia de la ley, como de los que han llegado posteriormente.

Y para lograr la "pronta y cumplida justicia" se pretextó la necesidad de un procedimiento breve y sumario; e incluso, la defensoría ejercida por un "ciudadano honorable" con el fin de solventar las dificultades que se presentaban para procurar la defensa por parte de abogados de oficio. Pero resulta que ni así se logró tramitar los procesos. Y en lo que fue posible, en aras de la rapidez se sacrificó la justicia, por cuanto una decisión de tal entidad solo es posible cuando ella proviene de un proceso legal en el que se respetan las garantías y derechos fundamentales del procesado, lo que con creces desconocen los procesos tramitados de acuerdo con esta ley.

²⁴ *Anales del Congreso*, año XXXIII, núm. 93, miércoles 17 de octubre de 1990.

El estereotipo de la droga: ficción y realidad

Alfonso Zambrano Pasquel*

1. INTRODUCCIÓN

La problemática de la droga y el interminable recuento de su extenso discurso la convierten en tema recurrente, con una dialéctica explicativa tan compleja, que bien podríamos intentar una aproximación admitiendo que se trata de un problema viejo con raíces nuevas, o que se trata de un problema nuevo con raíces viejas, pues la droga existió siempre, pero adquirió la categoría de problema en el momento en que alcanzó un valor de cambio en el mercado de producción y consumo.

La discusión y disputa por la droga, así como la lucha por controlar su producción y comercialización, se hacen notorios en el momento en que su valor de cambio es de tal magnitud que hoy forma parte de la sociopolítica de la región, al punto que puede sostenerse que, so pretexto de la cocaína (para referirnos a la droga de mayor incidencia), vivimos el secuestro de la democracia. Se habla con frecuencia de *narcocracia*, *narcoeconomía*, *narcogobierno*, *narcoguerrilla*, etc., para reconocer el poder sociopolítico de la droga, que ha creado una verdadera industria que alimenta en alta dosis la economía de los países eufemísticamente denominados "en vías de desarrollo", y también la de los países industrializados que demandan su consumo.

El modo de producción capitalista terminó convirtiendo a la droga en una *mercancía*. Pero paralelamente ha crecido el *problema* de las drogas y la reacción de la sociedad mediante sus mecanismos de control (formales e informales) con un entorno que es aprovechado por su funcionalidad, pues permite que se dicten leyes

* Ecuador.

contra las drogas, que actúe la policía y que intervengan jueces y tribunales. La reacción no concluye allí, porque esto determina además la actuación de una amplia maquinaria de expertos, investigadores, profesores, etc., y hasta de los medios de comunicación.

La comprensión lógica y coherente de la dialéctica de la droga debe llevarnos a una inmersión profunda en el poder político que representa su manejo, reflexión que es más importante que la discusión superficial por la utilización con impropiedad del término "narcótico" cuando nos referimos a la cocaína, porque no produce narcosis. Con frecuencia los expertos se quejan por la impropiedad con que se denomina a la droga, recurso con el cual lamentablemente no pasan del más puro bizantinismo.

Ese tipo de análisis peca de ingenuo y no tiene ninguna trascendencia en circunstancias en las que la droga no solo ha creado un entorno de subcultura, sino que ha sobrepasado los límites económicos de lo manejable para incrustarse en el centro de una agotadora discusión entre el país que pone las narices para el consumo y que pretende aparecer como el "chico bueno", y los países que la producen o la transportan, a los que se califica como los "chicos malos".

Esto nos lleva inevitablemente al juego de la doble moral y a admitir la existencia de un discurso multiforme para su tratamiento, el mismo que es manejado con mucha habilidad política. Frente a la problemática de la droga hay un tratamiento criminológico etnocentrista, con el que se quiere identificar como *víctimas* a los consumidores blancos del centro, y como *victimarios* a los productores mestizos de la periferia.

Cuando la marihuana era considerada por el centro como una *droga peligrosa*, se hizo evidente el tratamiento político del problema con una moral de conveniencia, que se repudiaba la producción y comercialización en la periferia; y no casa adentro.

2. LOS PARAÍDOS FISCALES

La economía política de la droga, sea que se admita que produce un movimiento anual de *únicamente* 120 mil millones de dólares o de 240 mil millones como aseveran otras fuentes, revela que solamente el 10 o hasta el 20% de ese movimiento económico retorna al sitio de producción, en tanto que entre el 80 y el 90% es absorbido en su propio beneficio por el país consumidor, a través de toda la industria que crea el comercio hasta hoy ilícito de la droga. ¡Es una gran paradoja que el país que más la combate sea su principal beneficiario económico!

El discurso de la droga del centro a la periferia permite la legitimación de una política estratégica en los países de Centro y Suramérica, pues con este pretexto es fácil intervenir en la economía y en la política de la región, y son los intereses de los Estados Unidos —que es el gran consumidor de drogas ilegales (y también de las legales)— los que determinan las campañas eminentemente represivas que se dirigen contra los países productores. Que por lo demás no son *campañas contra*

las drogas, sino campaña contra *una droga*, que es la cocaína, construida hábilmente como el estereotipo del *mal*.

Ya la marihuana no es problema, porque Estados Unidos es probablemente el primer productor de marihuana en el mundo; no hay fuga de divisas por esta droga y la gran oferta tiene un gran mercado de consumo en sus propios nacionales. Esto ha sido incluso legitimado con campañas que se refieren a la poca nocividad de la marihuana, declaratorias del dependiente a la marihuana como *enfermo*; y hasta con resoluciones judiciales en las que se autoriza la entrega estatal de esta droga para pacientes que sufren enfermedades terminales.

Para tener una adecuada visión del vasto y complejo universo de las drogas es preciso explorar el tema en la forma que sugiere la profesora DEL OLMO, esto es, como un fenómeno sociopolítico, admitiendo que las drogas son una importante fuente de *beneficio económico y político*¹.

En esa propuesta de enfocar las drogas desde un punto de vista estructural, por razones analíticas se pueden apreciar dos niveles. Por una parte la *estructura económica*, dentro de la que es necesario analizar el beneficio económico resultante; por la otra, la *superestructura* que enfatiza el consumo de drogas como beneficio político, sin olvidar la maquinaria de control social y el papel de los medios de comunicación.

Es un evidente error que el incremento del consumo de drogas trate de reducirse a explicaciones que se limitan a encontrar variables explicativas únicamente en el consumidor, cuando no puede negarse la compleja organización empresarial que maneja su economía política².

Un publicitado libro, *Los jinetes de la cocaína*³, ha sido promocionado por los expertos del centro como un aporte documentado que sirve como testimonio histórico revelador de lo que ha sido capaz el poder de la droga en Colombia, con los *carteles* de Cali y Medellín.

El tráfico y el consumo están estrechamente interrelacionados, reforzándose mutuamente, al punto que es tan importante el papel que desempeñan las empresas encargadas de llevar la mercancía (drogas) al mercado, como el que corresponde a aquellas otras empresas que son englobadas dentro de lo que se ha denominado *la industria de la conciencia*, en la que deben apreciarse el control social policial

¹ ROSA DEL OLMO, *La socio-política de las drogas*, 2ª ed., Caracas, UCV, 1985, pág. 41. Cf. FERNANDO TOCORA, "Tenemos el discurso económico, que más bien surge como consecuencia del discurso político para señalar que el interés de los Estados Unidos no es tanto la salud de sus nacionales, sino la pérdida de sumas cuantiosas de dólares que terminan de afectar su déficit comercial" ("Discursos en el proceso de criminalización de la droga en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, Edit. Temis, 1990, pág. 86).

² MAX MERMELSTEIN, *El hombre que hizo llover coca*, 1ª ed., Colombia, 1991 (372 páginas). En este libro se revelan los intrincados vericuetos de organizaciones criminales como los *carteles* colombianos de la cocaína y su enlace incluso con la policía y la banca de Estados Unidos, que forman parte del gran puente.

³ FABIO CASTILLO, *Los jinetes de la cocaína*, 3ª reimpresión, Bogotá - Colombia, Editorial Documentos Periodísticos, 1987 (270 páginas).

y el de salud mental, la influencia criminógena de la comunicación, de la música y de la confección, etc., para incluir aspectos varios de lo que se coloca a nivel superestructural, dado que las drogas operan en el ámbito de la conciencia, sea social o individual⁴.

La banca internacional es en mucho responsable de la gran ayuda que recibe el *crimen organizado*, al permitirle el *narcolavado*. Resultaría difícil enfriar el *dinero caliente* sin tan decisivo apoyo, cuyo manejo económico menos controlable se produce en los llamados *paraísos fiscales*, en los que la banca internacional establece agencias y sucursales para proteger los *negocios del Quinto Jinete del Apocalipsis*.

En este negocio sucio del lavado participa activamente la banca estadounidense, lo que es comprobable oficialmente, pues en 1985 el Departamento del Tesoro sancionó a 21 bancos norteamericanos por no haber respetado los controles sobre el depósito de dinero en efectivo, y otros 42 fueron sometidos a investigación.

Como lo admite un *delator* o *renegado* de los carteles de la droga, que se acogió al Programa Federal de Protección de Testigos y se convirtió en el principal informante de la DEA, no todo el dinero era enviado de vuelta a Colombia, y el mismo cartel hacía en ocasiones las veces de banco para algunas empresas colombianas legítimas.

"La nómina del cartel incluía cajeros e incluso funcionarios de ciertos bancos de Miami que aceptaban depósitos de grandes sumas sin presentar el correspondiente informe. De este modo, cuando las empresas cafeteras, azucareras o de cemento necesitaban comprar equipos por una suma superior a 25.000 dólares —la ínfima cantidad que les era permitido gastar en dólares en Colombia—, podían dirigirse a unos de los bancos del cartel en Miami y negociar cheques en narcodólares por las sumas que desearan"⁵.

Frente a este reciclaje del *narcodólar* y por el impacto económico que significaba el lavado en el extranjero, se dio paso a una gran permisividad para facilitar la incursión de los *nuevos ricos del negocio sucio*, concertación que se traducía en una *amnistía tributaria* que dictaron distintos gobiernos para estimular la repatriación de los capitales que se encontraban en el extranjero.

3. EL NARCOTERRORISMO ¿FICCIÓN O REALIDAD?

Cuando la sociedad política colombiana con el presidente Virgilio Barco pretendió oponerse a los *barones de la cocaína* con una declaratoria de guerra total que

⁴ La profesora DEL OLMO, con acierto nos dice: "Aquí cabría detenerse a examinar la industria actual del control social con sus manifestaciones concretas de lo que podríamos denominar la industria de la represión policial y la industria de la salud mental. Además, no debe olvidarse la industria de la publicidad, la industria musical, e incluso la industria de la confección" (*La socio-política de las drogas*, ed. cit., pág. 49). La profesora LOLA ANIYAR DE CASTRO expresa: "Otras ventajas de la criminalización de la droga son las llamadas industrias legales derivadas. Música, ropa, adornos. Así tenemos la «industria de la conciencia»: publicidad y medios informativos, que producen enormes provechos económicos. Igualmente la del tratamiento médico, psiquiátrico, psicológico, religioso y de asistencia social". ("Legitimación interna y estrategias de dominación en la campaña contra las drogas de 1984, en Venezuela", en *Capítulo Criminológico*, núm. 13, Maracaibo, 1986, pág. 8).

⁵ MAX MERMELSTEIN, op. cit., pág. 132.

reproducía el discurso neocolonialista del presidente Ronald Reagan, estos respondieron, no obstante las facultades legales extraordinarias del ejecutivo para decretar el *estado de sitio*, y un control directo de la seguridad interna del país por el estamento militar.

Se sostuvo que la escalada de violencia, atribuida al híbrido *narcoterrorismo*, *narcoguerrilla* y *narcosubversión*, había cobrado una escalofriante cantidad de víctimas que rindieron tributo a la economía política de los *narcos*; bajo el impacto de las balas asesinas de los *sicarios de la cocaína* cayeron magistrados y jueces, militares y altos dirigentes políticos, entre ellos el candidato presidencial más oprimado, el senador liberal Luis Carlos Galán. La respuesta de los lugartenientes de esa poderosa falange habría obligado al éxodo de miles de ciudadanos que no querían estar presentes en el momento apocalíptico que se veía llegar.

En otra vertiente del *discurso antidroga* se dijo que esa declaratoria de guerra total que provenía de los centauros de la droga no era una decisión abortada por las circunstancias de la represión gubernamental. Parecía más bien que respondía a un plan previo de dominación absoluta para convertir a este país en el *imperio de la cocaína*, en el que el control político sería un reflejo del poder que genera la droga. Hasta se irradiaba la idea de que en el período de la *violencia narco* en Colombia morían diariamente más personas que en Beirut.

Una publicación del periodista colombiano ANTONIO CABALLERO, constituye una buena respuesta a la onda expansiva creada en torno a la droga:

"...no nos sigamos engañando (como siempre): el narcotráfico y los narcotraficantes no son la única causa de los males de Colombia. Simplemente agravan y complican algunos de esos males al inyectarles dinero... ni el paramilitarismo de la ultraderecha, ni la subversión armada de la ultraizquierda, ni la corrupción de los políticos fueron creados por el narcotráfico.

"...el fondo del problema del narcotráfico es que ayuda a ocultar las verdaderas causas de los problemas de Colombia, que son, para abreviar, la injusticia económica y social, y los conflictos que esa injusticia crea.

"Pero claro: enfrentar esa injusticia requería de parte del gobierno, de los partidos, de la prensa, de las fuerzas económicas, un esfuerzo, lucidez y generosidad del que nunca han dado muestras. Es mucho más fácil y cómodo... seguir engañándose o engañando... decir que todo es culpa del narcotráfico, todo: las matanzas políticas, la inoperancia de la justicia, la corrupción de la clase política y de los intermediarios financieros, los excesos incontrolados e incontrolables de las fuerzas armadas... Y para comenzar, la violencia.

"La violencia. De los millares de asesinatos impunes (todos impunes)... ¿Cuántos han sido obra de los narcocontratistas? Unas cuantas docenas. Pero los demás millares no... son muchos más los asesinos que merecen, ellos también, castigo. Los 800 asesinados en la Unión Patriótica, los centenares de sindicalistas, líderes de paros cívicos, defensores de los derechos humanos, los 2.500 «ejecutados» extrajudicialmente por las fuerzas militares en el último año y medio según el informe

de Amnistía Internacional... Todas esas víctimas de la violencia lo han sido de sicarios, a veces financiados por el narcotráfico y a veces no, pero siempre protegidos por las fuerzas armadas, amparados públicamente por el gobierno... silenciosamente aprobados por los gremios económicos, los dirigentes políticos y las autoridades eclesásticas del país"⁶.

La Asociación Latinoamericana de los Derechos Humanos denunció en 1989 que en Colombia operaban 149 grupos paramilitares, y el número de víctimas acorridas entre 1987 y 1988 era de 120 jueces, 40 periodistas, 300 sindicalistas, 5 sacerdotes, 857 militantes de la Unión Patriótica, que es de izquierda, 300 del Frente Popular y 200 del movimiento A Luchar.

Se llegó a especular con una conexión de los sicarios y destajeros de los *mensajeros de la muerte*, con un grueso de la *falange guerrillera* (las FARC), que es probablemente la más antigua en el continente. El síndrome de la categoría *narcoguerrilla* surge en circunstancias en que el presidente Belisario Betancur (1982-1986) empieza su gobierno con propuestas reales de pacificación que se gestaban en el diálogo y suscripción de acuerdos con los alzados en armas, en La Uribe, Hobo, Corinto y Medellín, cuyas negociaciones se centraban en tregua, cese al fuego, diálogo nacional y apertura democrática. Se estaba consolidando una solución pacífica a un problema sociopolítico, reemplazando la confrontación armada por canales democráticos.

"Lo anterior permitió que el movimiento popular en su conjunto se beneficiara con la apertura del espacio político, que posibilitaba la creación de condiciones para la convivencia democrática. Era la oportunidad de debatir públicamente, en amplios espacios, los factores estructurales responsables del cercenamiento de los derechos fundamentales"⁷.

En circunstancias en que el proceso de paz se estaba estructurando con seriedad política, tratando de encontrar legitimación nacional e internacionalmente, se lo desacreditó acudiéndose al *discurso de la droga*. Una unidad especial antidrogas entrenada y financiada por Estados Unidos, coordinada por la embajada en Colombia, allanó un laboratorio de cocaína en la selva colombiana, en el que habían podido comprobar (?) que las FARC de línea prosoviética, cobraba impuestos a los traficantes que *trabajaban* en la región. Esto permitió que el embajador norteamericano LEWIS TAMBS otorgara partida de nacimiento al término *narcoguerrilla*, para asegurar la existencia de un connubio entre narcotraficantes y guerrilleros. Lo que facilitará la posterior construcción de la categoría *narco-guerrilla-terrorismo*.

Con este *discurso perverso* incluso se pretendió justificar el holocausto sangriento que significó la toma del Palacio de Justicia de Bogotá, y la barbarie coronada con la ejecución cobarde de magistrados progresistas, como los siempre recordados amigos ALFONSO REYES ECHANDÍA y EMIRO SANDOVAL HUERTAS, a pretexto de la toma del Palacio de Justicia por elementos del M-19.

⁶ Cit. por HERNANDO LONDOÑO BERRIO, "La problemática de la droga en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, Edit. Temis, 1990, pág. 36.

⁷ LONDOÑO BERRIO, *op. cit.*, pág. 39.

La tesis de la narcoguerrilla fue el *estereotipo* con el que se trató de legitimar un acto genocida violatorio del derecho de gentes, e identificable como un acto de terrorismo de Estado. Los tanques del ejército embistieron las blancas paredes del templo de justicia y lo mancharon con sangre inocente, los días 6 y 7 de noviembre de 1985, asestaron un alevoso e irreparable golpe a la democracia y a la defensa real de los derechos humanos.

4. LA GEOPOLÍTICA DEL CONTROL Y DOMINACIÓN

Hay que desmitificar la ideología justificacionista del intervencionismo político y militar en Centro y Suramérica, a propósito de la guerra antidrogas que supuestamente libra el *bueno* del norte, contra los *malos* del centro y del sur.

Este *apartheid* criminológico para tratar el problema de la droga ha sido y es manipulado para legitimar la ideología de la transnacionalización de su control y represión, acudiendo al recurso de imponer previamente la etiqueta de *narcotraficante*, que en casos como el de Panamá abortó en una incursión militar al más puro estilo "rambomaniaco".

La necesidad de tratar de controlar la economía subterránea más allá de las fronteras de los Estados Unidos llevó a *internacionalizar el control de las drogas* con toda una serie de estrategias que han permitido operativos transnacionales de control con incursiones en Bolivia, en Colombia y México, y que han creado además el *estereotipo delictivo latinoamericano*, en el que se identifica a los traficantes de droga con la cocaína, y con mayor frecuencia son colombianos"⁸.

Como nos dice LOLA ANIYAR DE CASTRO: "No menos importante es el estereotipo que vincula la droga a la subversión. Hay insistentes referencias a la vinculación del consumo de la droga, y las actividades subversivas.

"Por el poder contaminante del tema droga... ella sirve para deslegitimar personas, movimientos, gobiernos, acciones personales o públicas, sin necesidad de mayores argumentos probatorios"⁹.

El etnocentrismo ideológico es de tal magnitud, que con facilidad se cae en la paranoia política de articular el discurso narcoterrorista con el discurso marxista-leninista que ha inspirado a algunos movimientos de liberación nacional, al extremo de hacerse afirmaciones como las que provienen de RACHEL EHRENFELD, criminóloga israelí que desempeña sus funciones en la Escuela de Leyes de Nueva York:

"El blanco más importante de esta actividad ilícita y mortal son y han sido siempre los Estados Unidos, como consecuencia natural de factores políticos y económicos. Para el traficante, los Estados Unidos representa el más grande y rico consumidor de drogas ilegales de todo el mundo, siendo este país el *enemigo principal*

⁸ ROSA DEL OLMO, *La cara oculta de la droga*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 56.

⁹ LOLA ANIYAR DE CASTRO, "Legitimación interna y estrategias de dominación en la campaña contra las drogas...", *op. cit.*, pág. 9.

de la ideología marxista y de otras fuerzas antioccidentales para las cuales las drogas sirven a un triple propósito. Primero, desestabilizan a la sociedad norteamericana; segundo, socavan a los gobiernos democráticos no marxistas de este y otros hemisferios; y, tercero, el mejor de todos ellos, los resultados no tienen ningún costo para estos regímenes y sus aliados terroristas, puesto que son los consumidores de drogas norteamericanos y de otros países occidentales quienes pagan, en definitiva, la totalidad del operativo"¹⁰.

La funcionalidad del discurso de la droga para la geopolítica del control y dominación es verdad inconcusa, por lo fácil que resulta acudir a su auxilio para defender agresiones ilegítimas, como las que mantuvo en forma sistemática y continuada EE.UU. contra el gobierno sandinista con la llamada "guerra de baja intensidad", que mereció la condena de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en 1986, que dispuso el cese de la agresión y la indemnización por el minado de puertos, el sabotaje y el terrorismo.

El argumento de la transnacionalización de la lucha antidrogas resultó también funcional en la invasión a Panamá para fracturar principios fundamentales de la convivencia pacífica internacional, como el *principio de la no intervención* y el *derecho de los pueblos a la autodeterminación*, que funcionan en la práctica como enunciados falaces e hipócritas, pues el *argumento de la droga* es suficiente para desconocer tales principios y derechos que norman la convivencia entre los diferentes países.

Luego de la invasión a Panamá se ha procesado penalmente a Noriega con las formalidades de un enjuiciamiento, para sancionar actos presuntamente delictivos, aplicándose la ley penal estadounidense con un criterio ilimitado de extraterritorialidad, en este caso.

El operativo militar para capturar al general Noriega significó la utilización de 24.000 hombres que involucró a la Brigada de Infantería 193, a un batallón de la Séptima División de Infantería de Fort Ord, California, a un batallón mecanizado de la Sexta División de Infantería de Fort Folk. El día de la invasión, la movilización de EE.UU. fue de una brigada de la División 82, dos batallones de Rangers, unidades de "marines" y una brigada de policía militar de Fort Bragg de Carolina del Norte.

Un diario de EE.UU., *The New York Times*, el 21 de diciembre de 1989 se preguntaba entonces:

¿Quién designó a los Estados Unidos como el policía político del mundo? Si era para combatir el narcotráfico, ¿desde cuándo es misión de las fuerzas armadas norteamericanas dar caza a Mamel Noriega como una legión extranjera de opereta?"

Por nuestra parte preguntamos: ¿Qué va pasar con la vigencia de los tratados Torrijos —Carter y la devolución del canal de Panamá a sus legítimos dueños para que lo administren?

¹⁰ RACHEL EHRENFELD, *Narcoterrorismo*, Buenos Aires, Edit. Atlántida, 1991, págs. 12-13.

Como se conoce bien, las drogas son mercancías sujetas a las leyes de la oferta y la demanda del mercado; y como el volumen de ventas en Estados Unidos es mayor, alcanzando cifras astronómicas en la cocaína, hay una tendencia exclusiva por la droga procedente del exterior; entonces se crea por conveniencia el *enemigo externo*.

"De este modo surge un nuevo discurso en relación con las drogas, más complejo, pero más coherente con los fines perseguidos: el *discurso político-jurídico transnacional*, el cual corresponde al modelo geopolítico y por tanto a la incorporación de los postulados de la Doctrina de la Seguridad Nacional al tema de las drogas"¹¹.

Los medios de comunicación se han encargado de difundir el término *narcotráfico* para referirse al enemigo en su aspecto económico, y los de *narcoterrorismo*, *narcoguerrilla* y *narcosubversión* para referirse al enemigo político. Se han creado los estereotipos de la *cocaína* junto al *político-delictivo-latinoamericano*. Con esto se pretende reducir el problema de la droga a una sola dimensión y encontrar un solo responsable por la misma.

No es menos cierto que, como denuncian MARIO ARANGO J. y JORGE CHILD V., "...la droga se convierte en un instrumento de la dominación política de los pueblos débiles por los Estados más fuertes. En la historia de la humanidad, sobre todo en la época de los imperios coloniales del mercantilismo y del neocolonialismo de la revolución industrial, la droga ha sido desde entonces y hasta ahora, un expediente de dominación política y explotación económica de tipo imperialista"¹².

Son reiteradas las denuncias de la instrumentalización política del fenómeno de las drogas para legitimar el intervencionismo político-militar en Centro y Suramérica, empezando en la década de los ochenta a circular un discurso político que identifica a la disidencia armada de izquierda con el tráfico de drogas¹³.

El proceso seguido contra el general Arnaldo Ochoa Sánchez, la figura más importante de la *conexión cubana* con un conocido narcocapo como el colombiano Pablo Escobar Gaviria, y con otros desconocidos traficantes de Panamá, México y Estados Unidos que formaron parte de una red internacional de tráfico de estupeficientes, es un importante testimonio del poder de corrupción del narcodólar.

Los cubanos llevados a juicio eran personas que gozaban de determinados privilegios dentro de la estructura política cubana, lo que se traducía en un *status* superior al de muchos cubanos. El principal sindicato había recibido altas distinciones, tenía el rango de *héroe de la revolución* y además era diputado.

Como parte de una *campaña sucia* de desinformación y desprestigio se hacen afirmaciones que no tienen otro aval que la sola especulación, como lo que nos dice la criminóloga RACHEL EHRENFELD:

¹¹ ROSA DEL OLMO, *La cara oculta de la droga*, ed. cit., pág. 69.

¹² MARIO ARANGO y JORGE CHILD V., *Narcotráfico: Imperio de la cocaína*, Bogotá, Edit. Percepción, 1987, pág. 177.

¹³ FERNANDO TOCORA, "Discurso en el proceso de criminalización de la droga en Colombia", *op. cit.*, pág. 85.

"Fidel Castro declaró públicamente en 1958 que iba a exportar su revolución más allá de las fronteras de Cuba utilizando 'sus' métodos, estos incluían un propósito doble en cuanto a la participación en el tráfico de narcóticos: dañar a la sociedad norteamericana ayudando a los traficantes y financiar las actividades de los terroristas y de la guerrilla marxista en Latinoamérica, incluyendo entrenamiento y cargamentos en armas para los insurgentes"¹⁴.

5. DE LA REPRESIÓN A LA LEGITIMACIÓN

La política criminal de la droga registra hoy una discusión pendular, que va desde el discurso mágico de la represión al discurso pragmático de la legitimación por la vía de la legalización.

El espejismo de la punibilidad por la punibilidad ha permitido en la región la entronización de un proceso de reforma penal que vulnera las garantías procesales propias de un Estado democrático de derecho, pues con facilidad se invierte la carga probatoria al punto de desconocer el estado de inocencia, se produce una ruptura de la legalidad del debido proceso y de la legalidad de la prueba, al ignorar un principio fundamental como es el de la *judicialidad de la prueba*.

Un ejemplo del impacto negativo del *discurso del derecho penal máximo* lo encontramos en la nueva *Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*, vigente en Ecuador desde el 17 de septiembre de 1990, que consagra en el art. 116 la aberración jurídica de darles la categoría de *prueba de culpabilidad* a las actuaciones de la policía antidrogas.

En el art. 65 *ibidem* se ha establecido pena privativa de libertad para el consumidor que se le encuentre droga en cantidades para *uso personal*, cuando hoy conocemos que criminológicamente se lo admite como un caso de *delito sin víctima*. En el momento en que es penalizado el consumo se está creando un delito de peligro abstracto, y en los predios de la culpabilidad se está sancionando la peligrosidad del propósito del autor y no la peligrosidad de la acción, con lo cual se da paso a un derecho penal de ánimo o de tendencia.

Como opina MARINO BARBERO SANTOS, "La utilización de la pena para conseguir la curación de los drogadictos excede las posibilidades del Estado, aunque solo sea por falta de suficientes establecimientos. Pena que, por lo demás, no podría imponerse al sujeto que no pueda sobreponerse a la adicción a la droga... el consumo de cualquier tipo de drogas debe dejar de ser delito"¹⁵.

¹⁴ RACHEL EHRENFELD, *op. cit.*, pág. 48.

¹⁵ MARINO BARBERO SANTOS, "El fenómeno de la droga en España", en *Doctrina Penal*, núm. 37, año 10, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1987, págs. 14-15; cfr. ROSA DEL OLMO, "La concepción del adicto como delincuente no produjo los resultados inicialmente esperados en cuanto a reducir el consumo de drogas, todo lo contrario, la historia y los hechos concretamente demostraron que se afirmó y agravó el problema" (*La sociopolítica de las drogas*, *op. cit.*, pág. 53).

Una propuesta interesante es la penalización de la tenencia por el consumidor habitual, y la posesión de drogas en cantidad no módica, por el consumidor habitual.

En este tipo de procesos se acude con frecuencia al abuso y al atropello como forma de control del Estado por medio de sus agencias policiales, otorgándoles facultades propias de los jueces, tales como: privación de la libertad, formulación de juicios de culpabilidad, procedimiento de requisa o aprehensión de bienes, etc., que se convierten en actos de violencia institucionalizada y de abuso de derechos humanos, bajo la creencia de que los traficantes están desprovistos de derechos civiles y políticos.

Por otra parte, se inserta en la audiencia social el estereotipo del traficante de drogas como *el enemigo público número 1*, manipulándose el escándalo que deviene en prácticas jurisdiccionales abusivas y en ocasiones extorsivas contra *falsos traficantes de drogas*, que aumentan la desconfianza en el funcionario público que administra justicia. En estas circunstancias se ha creado una falsa ideología legitimante, pues la evidencia empírica prueba que los procesados y condenados como traficantes son regularmente los pequeños vendedores de drogas que forman parte del ejército de farmacodependientes.

El efecto de catarsis social que se le quiere atribuir al incremento punitivo en este tipo de criminalidad es irreal, aunque con frecuencia se siga creyendo en la *magia* intimidatoria de las sanciones severas. La polémica en este tópico puede ser interminable, pero frente a una disputa secular (conveniencia-inconveniencia) por aumentar las penas debemos alejarnos del espejismo, vale decir, de la creencia de que *el problema es solamente legal*.

La experiencia judicial ecuatoriana en este tipo de procesos es traumatizante, al igual que ocurre en otros países, porque en los procesos penales más importantes más de un juez y magistrado han cedido a la tentación de la corrupción, con casos excepcionales de sanción para los malos administradores de justicia. Los verdaderos traficantes de drogas en muchos casos recuperan la libertad, en los cuales funcionan las garantías formales y las informales, que se pierden en el laberinto subterráneo de la influencia socioeconómica y política.

La Convención Internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos

Emilio García Méndez

1. EN TORNO A LOS ORÍGENES DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Un análisis histórico riguroso demuestra que la historia de la infancia es la historia de su control¹. Esta perspectiva parte del rechazo de considerar a la infancia como una categoría ontológica, sosteniendo, por el contrario, que ella es el resultado de un complejo proceso de construcción social cuyos orígenes pueden ubicarse en torno al siglo XVII. En otras palabras, significa afirmar que la niñez de hoy no fue considerada como una categoría diferenciada de los adultos antes de dicho período. Esta posición remite al excelente y ya clásico trabajo de PHILIPPE ARIÈS [1985], quien, utilizando una fuente documental de carácter tan altamente heterodoxo como la pintura de la época, demuestra que antes del siglo XVII, pasado el estricto período de dependencia materna, esos individuos pequeños se integran totalmente al mundo de los adultos.

¹ En una reciente y pionera investigación sobre la historia de los mecanismos de control socio-penal de la infancia en cinco países latinoamericanos (Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela), desde donde fue posible obtener información en el tiempo hasta la aparición de la primera ley específica de menores, se demuestra en forma irrefutable esta hipótesis (E. GARCÍA MÉNDEZ-E. CARRANZA, 1990).

Las fuentes documentales de ARIÉS muestran a quienes hoy consideramos natural y obviamente como niños, vistiendo las mismas ropas que los adultos y realizando sus mismas actividades.

Con posterioridad al siglo XVII, la utilización como fuente específica del retrato de familia permite demostrar una clara inversión de tendencia. Aquellos individuos pequeños aparecen ahora con ropas diversas, ubicados en el centro del retrato familiar. Una historia crítica posterior permitirá percibir con nitidez el alto precio que la infancia pagará por esta nueva centralidad: pérdida total de autonomía y origen de una cultura jurídico-social que vincula indisolublemente la oferta de "protección" a la declaración previa de algún tipo de incapacidad. Parece posible identificar aquí la génesis y la prehistoria de la llamada "doctrina de la situación irregular".

Pero la construcción social de la categoría infancia sería imposible de entender sin hacer mención a la institución que contribuyó decisivamente a su consolidación y reproducción ampliada: la escuela. Sin embargo, no todos los integrantes de esta nueva categoría tienen acceso a la institución escuela, e incluso, una parte de los que se incorporan resultan, por diversos motivos, expulsados de ella. La diferencia socio-cultural que se establece en el interior del universo infancia, entre aquellos que permanecen vinculados a la escuela y los que no tienen acceso o son expulsados de ella es tal, que el concepto genérico infancia no podrá abarcarlos. Los excluidos se convertirán en "menores".

Para la infancia, la familia y la escuela cumplirán las funciones de control y socialización. Para los "menores" será necesario la creación de una instancia diferenciada de control sociopenal: el tribunal de menores (que no por acaso recibe desde sus orígenes esta denominación).

Ya he hecho referencia en otras oportunidades a los momentos de creación, reproducción ampliada y, finalmente, exportación hacia América Latina de esta institución de control específico denominada "tribunales de menores" [E. GARCÍA MENDEZ, 1988 y 1990]. Por otra parte, el análisis específico de este proceso permite afirmar que se trató mucho más de la introducción de una cultura sociojurídica de la "protección-represión", que de una implantación institucional sistemática. Esto explica que, todavía hoy, los tímidos enunciados de derechos en las legislaciones latinoamericanas de "menores", no encuentren, salvo honrosa excepción², ni mecanismos concretos de ejecución en la práctica, y ni siquiera los instrumentos técnico-procesales que permitan acciones jurídicas frente a su violación. Piénsese, a contrario sensu, por ejemplo, en los complejos mecanismos técnico-procesales, penales y administrativos a disposición de aquellos portadores de los derechos que emanan de un instrumento jurídico como el cheque.

Al proceso socio-cultural de construcción de la subcategoría específica "menores" dentro del universo global de la infancia, corresponde la estructura jurídico-institucional del tribunal de menores. La creación del primer tribunal de este tipo,

² Me refiero concretamente al Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, aprobado por la ley federal 8069 del 13 de julio de 1990.

en Illinois, EE.UU., en 1899, constituye el punto cero de la historia moderna del control de esta categoría vulnerable, considerada como objeto de la "protección-represión". Entre comienzos de este siglo y mediados de la década del 20, esta cultura institucional se había ya instaurado en casi todos los países europeos. Entre 1919 (Argentina) y 1939 (Venezuela), este proceso se repite en el contexto latinoamericano. Sin embargo, a la producción de leyes de menores no le corresponde, sino en una mínima proporción, la creación de las estructuras institucionales respectivas que las propias leyes disponían³. Existe en este caso la tentación de tratar de explicar la falta de materialización de las disposiciones legislativas, apelando básicamente a los argumentos de las deficiencias presupuestarias o a la irrelevancia de las consecuencias reales de la ley en América Latina, heredera de la cultura del "se acata pero no se cumple", producto del período de conquista y colonización. Las causas reales de esta situación son, sin embargo, mucho más complejas, remitiendo al estado de la correlación de fuerzas entre los saberes-poderes "científicos", que se disputaban en la época el patrimonio sobre estos sujetos vulnerables: la corporación jurídica y la corporación médica.

Conviene recordar aquí que la introducción de esta idea institucional en el contexto latinoamericano se realiza en el marco de una hegemonía del pensamiento positivista de corte antropológico, cuya cientificidad aparecía directamente vinculada a la capacidad de verificación empírica de sus enunciados. Por ello no es de extrañar la existencia de una fuerte tendencia hacia la medicalización de los problemas sociales, para la cual estructuras de carácter jurídico resultan como mínimo irrelevantes. En este sentido aparece nítida y altamente representativa la opinión de un autor de la época, al afirmar: "No habiendo castigo para los niños delincuentes sino acción protectora del Estado, ¿qué significación tendrían los tribunales para menores? Serían completamente inútiles. Si las cortes juveniles constituyen un perfeccionamiento de las instituciones jurídicas de los Estados Unidos y de Europa, nosotros (argentinos) podemos resolver nuestro problema con un criterio más moderno y dar un paso más decisivo aun en el sentido del progreso. Todo niño que hubiese cometido un acto antisocial sería llevado directamente al Instituto de Observación y Clasificación del Departamento Nacional del Niño, y de ahí, después de un prolijo estudio médico-psicológico, al establecimiento más adecuado para su tratamiento médico-pedagógico. Para un criterio estrictamente científico, el propósito es proteger y no castigar. El tribunal por lo tanto es innecesario" [A. FORADORI, 1938, pág. 343].

A pesar de esta afirmación "radical", la existencia de leyes de menores en todos los países latinoamericanos, y en menor medida de tribunales específicos, puede ser entendida como una solución de compromiso entre el poder de ambas corporaciones. Más aún, la práctica real de los tribunales demuestra la funcionalidad en términos de eficacia como instrumento de control de este pacto de caballeros

³ Las leyes que disponían la creación de tribunales de menores en América Latina, tuvieron en muchos casos consecuencias prácticas irrelevantes desde el punto de vista institucional.

que se sella en la década del 30 de nuestro siglo. Paradójicamente, la cientificidad de este acuerdo descansa en un instrumento que por su ambigüedad y falta absoluta de taxatividad resulta la negación de las premisas que el positivismo incorpora a su discurso legitimador: la doctrina de la situación irregular.

Solo el análisis histórico-crítico permite mostrar los mecanismos que explican la asombrosa sobrevivencia de una doctrina como la de la situación irregular, que en la práctica ha resultado en la negación de todas y cada una de sus funciones declaradas⁴. El enfoque propuesto remite a la necesidad de analizar su metodología y lugar institucional de producción, así como su capacidad de crear mitos y utopías negativas funcionales al mantenimiento de un cierto orden y de su autoconservación.

Me parece audaz, aunque no desprovisto de sentido, comenzar trazando un cierto paralelismo entre la doctrina de la situación irregular y algunos de los mitos —jamás realizados— que se encuentran en la base de la doctrina del llamado “socialismo real”.

En primer lugar, y contrariamente a lo que sucede en otras áreas del derecho, donde el grueso de la producción teórica se realiza por individuos no pertenecientes al sistema (judicial) encargado de su aplicación, un relevamiento de la literatura existente en el contexto latinoamericano demuestra que los textos “clásicos” del derecho de menores son producidos mayoritariamente por quienes tienen o tuvieron responsabilidades institucionales directas en su aplicación. Parece además oportuno recordar aquí que la doctrina de la situación irregular resulta prácticamente hegemónica en América Latina, por lo menos hasta bien entrados los años 80. En segundo lugar, también esta doctrina ha mostrado eficiencia en la creación del mito relativo a una excelencia en sus ideales, desvirtuados por la práctica. Una excelente legislación de menores latinoamericana, pero que no se aplica, constituía hasta hace poco tiempo una idea hegemónica fundamental del sentido jurídico y común en nuestro continente. En tercer lugar, no cabe duda de que son los eufemismos y los “como si”, y en definitiva el desentenderse de las consecuencias reales de su aplicación, las bases que ayudan a entender su sobrevivencia a pesar del carácter fisiológico del fracaso de sus objetivos declarados. La miseria de los programas de resocialización, el tratamiento indiferenciado de menores “supuestamente abandonados” y “supuestamente” delincuentes⁵, y los miles de jóvenes confinados en instituciones

⁴ Pongo énfasis en este trabajo, en un enfoque crítico desde el punto de vista político-cultural de la doctrina de la situación irregular. Para una crítica completa que enfatiza en el plano jurídico, cfr. el trabajo de C. A. ELBERT (1988-1989).

⁵ El término “supuestamente” abandonado, hace referencia a la inexistencia de disposiciones jurídicas que prohíban la declaración del estado de abandono por meros motivos de carencia de recursos materiales. La única excepción normativa a este principio aparece formulada en el art. 23 del nuevo estatuto brasileño (art. 23, “La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad”). Para uno de los mejores enfoques críticos desde el punto de vista sociojurídico de la declaración del estado de abandono, cfr. el trabajo de E. BISIO y M. I. LAJE (1989). El uso del término “supuestamente” delincuente es aún mucho más evidente. La violación de prácticamente todos los principios jurídicos básicos del derecho liberal en el (no) derecho de menores latinoamericano, determina que esta categoría designe mucho más un contenido pseudo sociológico impreciso, que una verdadera categoría jurídica garantista.

penitenciarias para adultos constituyen solo la punta del *iceberg* de un inmenso proceso de mistificación. En cuarto lugar, conviene preguntarse si no son otras funciones que aquellas declaradas las que ayudan a mantener una doctrina que la conciencia sociojurídica nacional e internacional ha contribuido decisivamente en los últimos tiempos a colocar en *situación irregular*. El muro de Berlín no ha sido el primero, y con seguridad tampoco será el último en caer.

2. EL TRATAMIENTO INDIFERENCIADO DE “MENORES” ABANDONADOS-DELINCUENTES: UNA DOCTRINA EN SITUACIÓN IRREGULAR

El análisis de las funciones concretas de la doctrina de la situación irregular remite a las vicisitudes de las políticas sociales básicas en el contexto latinoamericano. La esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los “menores”. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas.

En términos tendenciales para todo el contexto latinoamericano, las deficiencias estructurales provocadas por la crisis de los años 30, sumadas al proceso masivo de la inmigración, determinaron un crecimiento significativo del mundo de los “menores”. La falta de recursos, o si se quiere la falta de una voluntad política que permita priorizar aquellas categorías vulnerables más afectadas por la crisis, motivaron la “judicialización” de este problema. La doctrina de la situación irregular constituyó el soporte jurídico ideal para legitimar las prioridades establecidas.

Las políticas distribucionistas ensayadas con mayor o menor intensidad a partir de la década del 50 se reflejan positivamente en el campo de las políticas sociales básicas dedicadas a la infancia. Los “menores” disminuyen en América Latina, y con ello la incidencia de la aplicación de la doctrina de la situación irregular.

Estas transformaciones no afectan, sin embargo, la esencia de la cultura de las intervenciones. Los “menores” se convierten, de objeto del derecho, en objeto de las políticas públicas. La prueba está en que el panorama legislativo permanece sustancialmente inmodificado⁶. El carácter ambiguo e indeterminado de las disposiciones jurídicas permite su consolidación como compartimento estanco y variable, independiente de las políticas sociales. Con un cambio de guardia en la corporación médica substituida por los planificadores sociales, el viejo pacto de caballeros se recrea sobre bases que incorporan la modernidad sociológica de las tecnologías institucionales.

Abarcando una competencia omnimoda penal-tutelar, las políticas distribucionistas de los años 50 y sus efectos, que se extienden hasta bien entrada la década

⁶ En un volumen colectivo de próxima publicación, que analiza detalladamente la evolución de la legislación de “menores” en seis países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela), desde sus orígenes hasta la actualidad, esta afirmación resulta plenamente demostrada (E. GARCÍA MÉNDEZ-E. CARRANZA, 1991, en prensa).

del 60, permiten al nuevo-viejo derecho de "menores" desarrollarse más intensamente en la faz penal, desplazando el peso de su legitimidad de lo individual antropológico a lo estructural sociológico. Los desajustes emocionales, los desvíos respecto de una familia ideal y abstracta y las novedosas teorías de las subculturas criminales, sustituyen a las concepciones antropológico-positivistas de degeneración de las razas basadas en factores hereditarios, en las recurrentes prácticas de institucionalización-segregación despojadas del menor esbozo de garantías. La declaración de abandono material o moral, facultad discrecional del juez, constituye la columna vertebral de la doctrina de la situación irregular. Aquí tampoco ha cambiado nada.

El tristemente célebre art. 21 de la ley argentina 10903 (ley Agote) ha demostrado un asombroso vigor legislativo y una enorme capacidad de penetración en todo el continente. Este artículo establecía:

"A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuencia a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud".

Pero la propia discrecionalidad ilimitada de esta ley se demostró insuficiente frente aquellos casos en que el sobreseimiento definitivo impedía continuar legitimando la acción estatal a través del sistema judicial; por eso, las leyes de reformas sucesivas que tratan del régimen penal de la minoridad (ley 22278), se ocupan de especificar que:

"Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador".

Es obvio, a esta altura, que el ejemplo argentino no constituye en modo alguno un caso aislado. Así, por ejemplo, el art. 32 de la ley de menores chilena 16.618 de 1966 (actualmente vigente), dispone:

"Antes de aplicarse al menor de dieciocho años alguna de las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor.

"Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación ninguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encontrare en peligro material o moral".

La lenta pero irreversible crisis fiscal del Estado latinoamericano que se desarrolla a partir de fines de la década del 60, coloca nuevamente en discusión, con insólita crudeza, los viejos problemas que dieron origen a esta historia. La década del 70 aparece signada por un autoritarismo que no puede dejar de reflejarse en el campo de las políticas sociales básicas. La retracción del gasto social público, especialmente en el área de sus sectores más vulnerables, determina nuevamente un crecimiento desmesurado del universo de los "menores". En la década del 80, estas tendencias crecen y se agudizan. Sin embargo, el surgimiento de movimientos sociales que comienzan a percibir a la infancia como potencial sujeto de derechos, impiden la concreción de un nuevo pacto de corporaciones. El mundo jurídico se aísla totalmente de los movimientos sociales, y en forma creciente también del sector más avanzado de las políticas públicas. La esencia de la doctrina de la situación irregular se resume en operaciones de alquimia jurídica lideradas por grupos de "expertos" que manipulan hacia abajo o hacia arriba los dudosos criterios de la imputabilidad-inimputabilidad.

La crisis de los 80 se manifiesta con ferocidad en esta zona de la política social en la figura emblemática del niño de la calle. Su mejor definición, como una isla rodeada de omisiones⁷, por todos aquellos que de una u otra forma poseen alguna responsabilidad institucional al respecto, ayuda mejor a entender las vicisitudes de la doctrina de la situación irregular. Su fracaso y crisis definitiva no impide, sin embargo, que esta se manifieste como un castillo de naipes que estallando en mil pedazos vuelve a reconstruirse cada vez, apoyada en omisiones más flagrantes y en eufemismos más frágiles. Las disposiciones jurídicas de la intervención policial para realizar el trabajo sucio de las (no) políticas sociales constituye la más patética de las evidencias. La propiedad de Ave Phoenix de la doctrina de la situación irregular, en cuerpos legislativos latinoamericanos de recentísima aprobación e imbuidos inclusive de las mejores intenciones, requiere un análisis y una explicación.

En primer lugar, esta sobrevivencia remite al carácter hegemónico de una cultura que no ha querido, no ha podido o no ha sabido pensar la protección de sus componentes más vulnerables fuera de los marcos de declaración previa de algún tipo de institucionalización estigmatizante. En segundo lugar, su persistencia actual se relaciona con una cierta incapacidad de los movimientos sociales para percibir la importancia y especificidad del vínculo existente entre la condición material y jurídica de la infancia. En tercer lugar, su capacidad como instrumento de control y, más aún, como sucedáneo ideológico de la retracción del gasto público, la convierte en doblemente funcional a aquellos proyectos que objetivamente privilegian la concentración de la renta y, en definitiva, la instauración de un "sálvese quien pueda" del darwinismo social.

⁷ Esta definición pertenece a ANTONIO CARLOS GOMES DA COSTA.

Pero no todo huele a podrido en Dinamarca. En los últimos años una inversión radical de paradigma comienza a instalarse en la conciencia jurídica y social. La Convención Internacional de los Derechos del Niño constituye al mismo tiempo la evidencia y el motor de estas transformaciones.

3. UN CAMBIO FUNDAMENTAL DE PARADIGMA: LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Con el término "Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia" se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la "Declaración Universal de los Derechos del Niño", esta doctrina aparece representada por cuatro instrumentos básicos:

- a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño,
- b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing),
- c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad,
- d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad)⁸.

No cabe duda de que, a pesar de no ser el primero en términos criminológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa. Pero no son solo razones de carácter estrictamente jurídico las que explican su importancia. Además, ha sido precisamente este instrumento el que ha tenido el mérito de llamar la atención, tanto de los movimientos sociales cuanto del sector más avanzado de las políticas públicas, acerca de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso de lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia.

La Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental al determinar una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia.

Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones. La Convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no solo para el menor abandonado-delincente, como resultaba de la letra —y más aún de la praxis— de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular.

⁸ Todo el conjunto de instrumentos que conforman la llamada Doctrina de la Protección Integral constituyen la publicación realizada en Brasil *Direito de ter direitos*, Ministerio da Justiça, CBIA, UNICEF.

Es preciso decirlo claramente: las legislaciones de menores en América Latina resultan absolutamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Internacional (excepción hecha de la nueva ley brasileña). En este sentido, el proceso de ratificaciones que progresivamente está convirtiendo a la Convención en ley nacional de un número creciente de Estados latinoamericanos, plantea una situación de dualidad jurídica que resulta imperioso resolver.

Conviene recordar que la adecuación de la legislación nacional puede adquirir dos modalidades de naturaleza radicalmente diversa:

- a. una adecuación formal-eufemística, o
- b. una adecuación real que signifique la introducción efectiva de aquellos principios generales del derecho que en forma explícita incorpora la Convención, con todas las consecuencias jurídicas y de política social que ello implica.

El primer tipo de adecuación hace referencia a la posibilidad de recrear una vez más el viejo pacto de caballeros que permita salvar las apariencias en el seno de la comunidad internacional. La tecnología jurídica requerida en este caso resulta relativamente simple: se trata de incorporar una serie de derechos en términos de enunciados generales, "olvidando" introducir las técnicas legislativas que garantizan, si no su cumplimiento, por lo menos un accionar jurídico concreto frente a su violación. En este campo, han sido los eufemismos y las "buenas intenciones" los que han permitido mantener por décadas una visión idealizada de las consideradas "mejores legislaciones de menores". El Código del Niño de Uruguay constituye el mejor de los ejemplos. Durante años, la ausencia de un paradigma como el que ofrece la Convención, ha permitido presentar como un modelo —desvirtuado en la práctica— para América Latina a aquel instrumento jurídico.

Ha sido solo recientemente que el eminente jurista uruguayo Dr. RODOLFO SCHURMANN PACHECO, ha señalado con claridad que el Código del Niño de Uruguay, aprobado a comienzos de 1934, pudo sin lugar a dudas ser declarado inconstitucional ya en el mismo año de su promulgación. Este Código viola flagrantemente la propia Constitución uruguaya, también de 1934, que dispone tajantemente el principio de igualdad ante la ley [R. SCHURMANN PACHECO, 1991].

De modo casi general, y como resultado de la incorporación de los principios básicos del derecho iluminista producto de la Revolución Francesa, casi todas las constituciones latinoamericanas incluyen el precepto relativo a que nadie podrá ser detenido sino en flagrante delito o por orden escrita de autoridad competente. Con la sola excepción de la ley brasileña, ninguna legislación de "menores" latinoamericana incorpora este principio básico a sus normas específicas.

Resulta obvio que todo proceso de adecuación de la legislación nacional a los principios de la Convención deberá comenzar por incorporar los principios constitucionales que son ley suprema de la nación.

Pero más allá inclusive de los preceptos constitucionales, la doctrina de la protección integral establece principios básicos del derecho que deberán ser rigurosamente tenidos en cuenta en el momento de adecuación de la legislación nacional.

Por este motivo resulta altamente conveniente presentar un cuadro de las disposiciones normativas de la Convención, y de otros instrumentos de la doctrina de

la protección integral, para percibir con mayor claridad la dirección que debe asumir el proceso de adecuación. Este ejercicio de comparación incluye el texto de la nueva ley brasileña, para demostrar su existencia real en una normativa de carácter nacional⁹.

PRINCIPIO JURÍDICO BÁSICO SUSTANCIAL Y PROCESUAL	CONVENCIÓN INTERNACIONAL	REGLAS DE BEIJING	ECA
PRINCIPIO DE HUMANIDAD: se basa en el principio de responsabilidad social del Estado y en la obligación de asistencia para un pleno proceso de resocialización. Se deriva de aquí la prohibición de la abolición de penas crueles y degradantes.	Art. 37 inc. a inc. c.	Art. 1. 1.4.	Arts. 15-16-17 18 126
PRINCIPIO DE LEGALIDAD: se traduce en la prohibición de existencia de delito y pena sin la preexistencia de ley anterior [<i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>]	Art. 37 inc. b. Art. 40 inc. 2.a.	Art. 2 2.2.b. Art. 17 17.1.b.	Arts. 110-106-103
PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD: presupone la existencia de los requisitos esenciales de la jurisdicción: juez natural, independencia e imparcialidad del órgano.	Art. 37 inc. d. Art. 40 inc. 2. III Art. 40 inc. 2 Art. 40 inc. 3.b.	Art. 14. 14.1.	111
PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO: presupone una clara definición de los roles procesales (juez, defensor, ministerio público).	Art. 40 inc. 2b II Art. 40 inc. 2b III Art. 40 inc. 2b IV Art. 40 inc. 2b VI	Art. 7. 7.1.	110-111
PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA: presupone la presencia de defensor técnico en todos los actos procesales desde el momento en que se imputa la comisión de una infracción.	Art. 37 inc. d. Art. 40 inc. 3.	Art. 7 7.1. Art. 15 15.1.	111 III 124 III 206
PRINCIPIO DE IMPUGNACIÓN: presupone la existencia de la posibilidad de recurrir ante un órgano superior.	Art. 37 inc. d. Art. 40, inc. 2.b. V	Art. 7 7.1.	198 137
PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO: presupone que el tipo de procedimiento debe estar fijado por ley y no puede quedar librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional.	Art. 40 inc. 2.b III	Art. 17 17.4.	110
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO: hace referencia a la posibilidad que deben tener los sujetos procesales de tener acceso a las actas del proceso. Al mismo tiempo se refiere a la conveniencia de proteger la identidad de niños y adolescentes como forma de evitar la estigmatización.	Art. 40 inc. 2.b. VII	Art. 8 8.1. 8.2.	143

⁹ Este cuadro de clasificación ha sido inspirado en el excelente trabajo de RITA MAXERA (1991).

No parecen existir dudas en el sentido de que el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil representa una adecuación sustancial a la doctrina de la protección integral, llegando incluso en muchos aspectos a una superación positiva de sus principios básicos. Dicha superación se refiere específicamente, tanto a la inclusión minuciosa de garantías sustanciales y procesales destinadas a asegurar los derechos consagrados, cuanto a la institucionalización de la participación comunitaria en el control del diseño y ejecución de las políticas públicas¹⁰.

La evolución concreta de la conciencia social y la posibilidad de realizar una historia de los derechos humanos, demuestran claramente que estos últimos no pertenecen al reino de la ontología. Los derechos humanos constituyen, por el contrario, el resultado de un complejo proceso de luchas en los planos económico, político, cultural y jurídico. La doctrina de la protección integral refleja en parte esta conciencia y en parte se presenta como programa de acción futura.

Sería necio y arrogante afirmar que el Estatuto de Brasil no es un instrumento sujeto a mejoras. Sin embargo, sería mucho más necio y arrogante ignorar las fuentes reales de esta posible superación positiva. La Constitución Federal, la Convención Internacional y las experiencias concretas de la sociedad civil organizada, señalan el único camino de su evolución futura.

En una reciente publicación, producto de un seminario latinoamericano por los derechos de la infancia¹¹, los responsables de las cinco instituciones organizadoras, Unicri, Unicef, Ilanud, IIN y DNI, afirmaban:

"Resulta paradójico, y es de esperar que positivamente premonitorio, que en el contexto de la «década perdida», la comunidad internacional haya sido capaz de superar conflictos de naturaleza diversa para construir una Carta Magna de los derechos de la infancia. Un instrumento que resulta imprescindible situar y que no constituye ni retórica hueca, ni una vara mágica para enfrentar graves problemas estructurales.

"La Convención constituye, eso sí, un poderoso instrumento desde el cual y con el cual es posible crear las condiciones políticas, jurídicas y culturales para que la década del 90 se transforme en una década ganada para la infancia. Para ello la tarea consiste en articular y traducir. Articular los esfuerzos de la sociedad civil y los organismos gubernamentales, traducir las directivas de la Convención Internacional en cuerpos jurídicos y políticas sociales en el plano nacional. La mejora de las condiciones de vida de la infancia latinoamericana requiere reformas institucionales y cambios legislativos. Convertir el tema de la niñez en prioridad absoluta constituye el prerequisite político cultural de estas transformaciones...".

¹⁰ Me refiero específicamente a la previsión contenida en el art. 88 del Estatuto de Brasil, que dispone la creación de Consejos de los Derechos del Niño y el Adolescente, en los tres niveles políticos de la organización del país —Federal, Estadual y Municipal—. Estos Consejos, paritarios (gobierno/sociedad civil) y deliberativos, son órganos de fiscalización de las políticas públicas.

¹¹ Se trata de la publicación *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos* (E. GARCÍA MÉNDEZ-M. DEL C. BIANCHI, 1991), producto del Seminario "Infancia, Situaciones de Riesgo y Políticas de Prevención en América Latina en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño", llevado a cabo en Buenos Aires del 10 al 14 de septiembre de 1990.

LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

Dos conclusiones inmediatas pueden deducirse de esta última afirmación. En primer lugar, que la percepción de la infancia como sujeto pleno de derechos constituye un proceso de carácter irreversible en el seno de la comunidad internacional; en segundo lugar, que el continente latinoamericano precisa hoy más que nunca de utopías positivas concretas para diseñar un futuro mejor. Por eso me parece imperioso concluir estas reflexiones haciendo más las palabras de un ciudadano de nuestra América (GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ), para confirmar que crece el número de aquellos que:

“Nos sentimos con el derecho de creer que todavía no es demasiado tarde para emprender la creación de la utopía contraria. Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otro hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra”.

Brasilia, julio de 1991

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÉS PHILIPPE (1985): *Geschichte der Kindheit*, Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, (1ª ed. 1960).
- BISIG, ELINOR-LAJE, MARÍA INÉS (1989): *Abandono de menores. Un enfoque juridico-sociológico*, Córdoba, Marcos Lerner Editora.
- ELBERT, CARLOS ALBERTO (1988-1989): “Menores en situación irregular y proyectos legislativos en la Argentina actual”, en *Doctrina Penal*, págs. 443 y ss. (1988), págs. 251 y ss. (1989).
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1988): “Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, en *Capítulo Criminológico*, págs. 135 y ss.
- GARCÍA MÉNDEZ EMILIO (1990): “El niño y el sistema de la justicia penal: elementos para una historia latinoamericana”, en *Criminología en América Latina*, Roma, Unicri, publicación núm. 33.
- GARCÍA MÉNDEZ EMILIO-CARRANZA, ELÍAS (1990): *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Depalma.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO-BIANCHI, MARÍA DEL CARMEN (1991): *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*, Buenos Aires, Ed. Galerna.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO-CARRANZA, ELÍAS (1991): *Del revés al derecho. De menor a ciudadano*, en prensa.
- MAXERA, RITA (1991): *La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales*, multigrafiado, en prensa.
- SCHURMANN PACHECO, RODOLFO (1991): *El grado de eficiencia en Uruguay del Sistema Penal Minoril como límite del control social*, multigrafiado, en prensa.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Salvamento de voto

El decreto especial 2266 de 1991 es contrario a la Constitución.

Magistrado: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Comentario: FERNANDO VELÁSQUEZ V.*

He disentido del fallo proferido por la Sala Plena** en el proceso de la referencia, por las razones que enseña consigno:

1. Nuestra Carta Política —como la mayoría de las Constituciones modernas— establece diferentes tipos de régimen jurídico, según se viva en tiempos de normalidad o de alteración significativa del orden público. Las causas generadoras de dicha alteración y su grado de incidencia en la vida ordinaria de la comunidad determinan diversidad de situaciones, todas ellas anómalas, que se denominan genéricamente estados de excepción y se hallan regulados en los arts. 212 a 215 de nuestro Estatuto Fundamental.

2. La evaluación de los factores determinantes de la situación irregular compete, en principio, al presidente de la república como responsable del mantenimiento del orden. Es él quien, verificando la existencia de ciertas condiciones de hecho, decreta, con la firma de todos los ministros, la vigencia del correspondiente estado de excepción.

3. Tal declaratoria tiene como consecuencia, un trastorno temporal en el funcionamiento del Estado de Derecho, v. gr., se desdibuja la separación de las ramas del poder puesto que el gobierno va a hacer las veces de legislador en aquellos ámbitos afectados por los factores generadores del desorden y, precisamente, para contrarrestarlos. Es esa la finalidad de los decretos extraordinarios y es ella la que justifica su contenido.

Ahora bien: es apenas lógico que, tratándose de disposiciones de emergencia, en materia de orden público, sean más severas que las que rigen en tiempo de normalidad y pospongan la vocación garantista que debe signar la normatividad de un Estado Social de Derecho, en aras de un propósito tan impostergable como temporario: el restablecimiento de la normalidad fáctica y consecuentemente jurídica.

4. Durante la vigencia de la Constitución anterior (la del 86) tanto se abusó de lo que entonces se denominaba *estado de sitio*, que la situación

* Sentencia del 30 de marzo de 1993 (M. P.: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ C.).

** Profesor de derecho penal en la Universidad Pontificia Bolivariana.

se hizo irrisoria por lo paradójica: lo normal era lo anormal. Se vivía en permanente estado de sitio y, por tanto, la plena vigencia de los beneficios del Estado de Derecho solo se daba en el papel. La práctica y la realidad eran bien diferentes.

El malestar derivado de esa distorsión no fue un factor despreciable en la voluntad generalizada de cambiar el Estatuto Básico con la esperanza de que, desaparecido este, quedarán también proscribas las censurables prácticas anejas. Las modificaciones introducidas al art. 121 de la Carta anterior en las reformas constitucionales de 1960 y de 1968, y la incorporación en esta última del estado de emergencia económica a fin de que con el pretexto del orden público turbado no se siguiera legislando sobre todas las materias incluyendo la economía, o de que, si se presentaba en ese campo la situación emergente, no se decretara el estado de sitio con todas sus inevitables secuelas, tendían a morigerar el régimen autoritario y restrictivo, bajo el cual vivía permanentemente el país al amparo del famoso artículo.

5. Las precitadas normas de la Carta del 91 (arts. 212 a 215) consagradoras de los *estados de excepción*, se establecieron, justamente, para corregir una situación que hacía irrito el Estado de Derecho. Por eso se distinguieron diferentes categorías de excepcionalidad, en armonía con las causas generadoras de la anormalidad, y se acordaron facultades extraordinarias para el presidente, a tono con la situación que, como responsable del orden, tuviera que enfrentar.

6. Es evidente que las normas dictadas al amparo de uno cualquiera de los estados de excepción están signadas por el fin que las justifica: remover una situación anómala, perturbadora de la vida comunitaria, situación que se asume transitoria y que, en consecuencia, transfiere ese carácter a la legalidad que la regula. Por eso, en el caso de la conmoción interna, que es la que está en juego en el asunto que nos ocupa, las reglas dictadas durante su vigencia desaparecen del ordenamiento por el solo hecho de restablecerse la normalidad.

7. Es claro que entre el régimen de normalidad y el de excepción existen diferencias notables, pues de no ser así carecería de sentido la previsión de uno y otro, según las circunstancias fácticas prevalecientes. Tales diferencias pueden reducirse finalmente a esta: el de normalidad es un régimen de plenitud de garantías y el de excepción un régimen restrictivo. Disponer que las normas pensadas para el segundo sigan rigiendo una vez restablecido el primero, es una incongruencia mayúscula advertible aun por el observador menos avisado.

Porque el dilema parece inexorable: o las medidas fueron dispuestas responsablemente para contrarrestar las causas generadoras del estado de conmoción, y entonces no pueden mantener su vigencia cuando esas causas han desaparecido, o estas no eran transitorias y entonces no podían generar el estado de excepción y, por ende, lo que ha debido hacer el gobierno es proponerlas al legislador ordinario, ahorrándole al país los traumatismos inevitables de la declaratoria de la conmoción.

8. Lo que hay que deplorar es que semejante despropósito esté amparado por el art. 8º transitorio de la Carta, que autorizó al gobierno para que obrara de ese modo, manteniendo, con la anuencia de la Comisión Especial, la vigencia de normas restrictivas en tiempos de normalidad. Por esa vía, los buenos propósitos de poner término al estado de excepción permanente que vivimos durante más de 40 años, bajo el régimen de la Constitución anterior, fijándose límites temporales, se malograron por completo, pues se autorizó a que se hicieran permanentes las consecuencias, ya que el estado de excepción mismo no podía serlo. Es decir, dando la apariencia de un cambio radical, se dejaron las cosas como estaban. Ahora, bajo una Constitución que se proclama garantista, vamos a padecer la normatividad de un régimen restrictivo. Es que un Estado democrático no lo es solo porque su Constitución tenga esa fisonomía, sino porque de ese espíritu esté informado el ordenamiento jurídico en su totalidad.

9. Pero la autorización genérica del art. 8º, que no puede ser razonablemente inter-

pretado como una carta en blanco para permitir disposiciones axiales del Estatuto Fundamental, no dispensa de confrontar en concreto las normas cuya vigencia permanente se ha dispuesto, con los principios consignados en la nueva Constitución y es eso lo que los actores han propuesto, en el caso *sub examine*, con respecto al decreto 2266 de 1991, que dio el carácter de permanentes a un cúmulo de normas penales dictadas bajo el régimen de estado de sitio, concretamente algunas de las contenidas en los decretos 3364 de 1986, 1198 de 1987, 1631 del mismo año, 180 y 2490 de 1988, 1194 de 1989, 2790 de 1990 y 99 de 1991.

10. Examinar la constitucionalidad de esas disposiciones como constitutivas de una normatividad ordinaria, comporta un radical cambio de óptica. Porque el juez constitucional no puede aplicar al legislador ordinario la misma comprensiva (y comprensible) benevolencia que usa a menudo para el legislador emergente. Es que este cumple su función compelido por el afán de remover factores de desorden que imposibilitan o dificultan en extremo la vida comunitaria, de la cual él mismo, como gobernante, es supremo responsable. La mengua de ciertos bienes (las libertades y las garantías) que la propia Carta protege por lo valiosos, aparece entonces justificada por la necesidad inaplazable de restablecer el orden. Pero cuando es el legislador ordinario quien actúa, esas consideraciones no pueden tener ya operancia. Porque, además, uno puede legítimamente preguntar: ¿si las normas dictadas bajo el estado de excepción no fueron eficaces para remover las causas del desorden (puesto que si lo hubieran sido, su función ya estaría agotada), qué garantiza que una vez restablecida la normalidad jurídica vayan a cobrar una eficacia que no tuvieron bajo las circunstancias específicas que las justificaban?

11. En el caso a estudio, los actores arguyen que las disposiciones demandadas adolecen de una notable falta de técnica jurídica, pero no los mueve un afán purista de que sea la nuestra una legislación técnicamente

perfecta. Es que, como claramente lo demuestran (y su apreciación es corroborada y fortalecida por la consistente vista del ministerio público), esa carencia de destreza formal se traduce en desdibujamiento de la tipicidad del delito y, en consecuencia, en desconocimiento de un principio universalmente aceptado a partir de la Ilustración, y positivizado en nuestro ordenamiento, a saber, el principio de la legalidad del delito y de la pena.

12. Es casi un tic mental de nuestros legisladores emergentes y en ocasiones también de los ordinarios, que por desventura ha permeado y contagiado a una buena parte de la opinión nacional, el esgrimir como única respuesta a la proliferación del delito un régimen penal drástico, irrespetuoso a menudo de los principios y garantías de inspiración humanística que la Constitución consagra. Poca imaginación se advierte en la adopción de medidas de profilaxis social o de fortalecimiento cualitativo de los organismos de inteligencia que determinaran una disminución significativa del delito (las primeras) o una mayor eficacia en la aprehensión de los delincuentes —de los verdaderos delincuentes— y en la aplicación condigna de las penas existentes, que ya son suficientemente drásticas (las segundas), y en cambio son ya un estereotipo los decretos extraordinarios (o las leyes) que, a modo de reflejo condicionado, se producen cuando un nuevo y macabro hecho de violencia estremece al país.

Cuando tal cosa ocurre (y con cuánta frecuencia ocurre!) ya se puede predecir la reacción legislativa: se duplican las penas consagradas para esas conductas delictivas y se debilitan los mecanismos de defensa del sindicado, ingrediente esencial del debido proceso. Los verdaderos responsables, generalmente, continúan disfrutando de la libertad que les permite proseguir su acción torticera y, por tanto, el aumento de penas los deja indemnes, pero a trueque de esto se crean graves riesgos para quienes son menos diestros en eludir la acción de las autoridades policivas, muchas veces ciudadanos inocentes.

Nada que distorsione y desfigure más el sistema democrático y de derecho trazado en

la Constitución, que un régimen penal laxo en las garantías al sindicado e imponible en la vindicta, rasgos inequívocos del derecho penal autoritario, congruente apenas con un sistema político del mismo cuño.

Es que cuando la atención se centra apenas en la defensa presunta de la sociedad, con olvido casi absoluto del posible sujeto de la pena, en nada difiere (por ese aspecto), un sistema de instituciones liberales y democráticas de uno declaradamente totalitario.

Fue ese el peligroso desvío (¿o desvarío) del positivismo penal que llegó a soslayar, en beneficio de un objetivo que juzgaba prevalente (la defensa de la sociedad), la legalidad del delito y de la pena, y la condición moral del delincuente.

14. El criterio de la peligrosidad, como postulado básico de la acción represiva del Estado, difumina los principios del derecho penal liberal y relega, por tanto, a un plano secundario la tipicidad del delito. A lo que hay que atender, entonces, para poner en marcha esa acción y llevarla hasta sus consecuencias últimas, no es a que el comportamiento observado por el sujeto, y rigurosamente verificado por el juez, coincida de modo incuestionable con la conducta típicamente descrita en las normas (que sea típica) sino a que parezca socialmente peligroso, no importa cuán inconsistente y gaseoso sea el concepto mismo de peligrosidad.

15. Colombia vivió el auge de esa tendencia, no solo con admirables exponentes intelectuales de ella, sino con estatutos que la ejemplificaron en la práctica, de modo incontestable. El decreto 14 de 1955, por citar solo la instancia más notable, ilustra bien esa afirmación. A un individuo, v. gr., se le sindicaba y se le responsabilizaba penalmente no propiamente por haber cometido un delito, sino por haberse colocado en cualquier circunstancia que se juzgara conducente a él. La falta de empleo, por ejemplo, era una de esas circunstancias. Y mientras más abierto fuera el tipo penal (menos típica la conducta), tanto mejor, pues con mayor expedición y soltura podía moverse el juez en la tarea de hallar

quién se encontraba en una situación predeictual y solo por eso era digno de sanción, cualquiera fuera la finalidad (aún altruista v. gr.: la resocialización del sujeto) que a esta se le atribuyera.

16. Aunque el positivismo penal (que no es equiparable, desde luego, al positivismo jurídico sino más bien su antítesis) ha quedado definitivamente superado por teorías que rescatan la libertad humana como presupuesto de la responsabilidad y, consecuentemente, por prácticas legales y judiciales de incuestionable sello humanístico, nuestra legislación penal de emergencia suele, quizá inconscientemente, ofuscada por lo agobiante de las circunstancias, recoger esas marchitas banderas. Tal es el caso del decreto 2266, sometido a examen de la Corte por actores alertas que, como muchas otras personas sensibles al deterioro de la democracia, no desmayan en la desalentadora lucha por restituir a nuestro derecho penal el sello humanitario que no ha debido perder, ni siquiera bajo las circunstancias degradadas que desde hace mucho tiempo afronta el país y frente a las cuales la represión deshumanizada se ha mostrado inepta.

17. Porque no hay duda de que ese estatuto urdido con un rimero de normas originarias todas del estado de sitio, de ingrata recordación para las conciencias libres, acusa, justamente, las desviaciones que más arriba hemos examinado.

Abunda, tal decreto, en la consagración de tipos penales abiertos que esbozan de modo impreciso conductas delictuales que el juez, con su buen o mal juicio, debe terminar de construir, y a las que se asocia, una vez más, el expediente ineficaz y manido de las penas duplicadas que constituyen una amenaza mayor para los inocentes que para los criminales de oficio. Porque, para aludir al menos a un caso inquietante, el que de veras es sicario conoce medios eficaces para evadir la acción de quienes lo persiguen y afronta la posibilidad de una condena como un riesgo profesional; pero mucho más inerte frente a la sindicación se halla el muchacho que habita

una zona parcial o totalmente deprimida, poblada de asesinos con los cuales corre el peligro de confundirse por la sola proximidad física y por los comunes hábitos culturales. Porque, desde luego, es posible establecer, con una alta dosis de probabilidad y por medios probatorios rigurosos, que alguien mató por dinero, pero una elevada incertidumbre circundará siempre la vaga imputación de que una persona, que jamás ha matado, pertenece a una banda de sicarios. Así como el ser "vago" era una circunstancia que se juzgaba de inminencia predeictual en la llamada "Ley Lleras" y en el ya citado decreto 14 de 1955, y quien se colocaba en ella era considerado acreedor, por ese solo hecho, a una medida de seguridad (eufemismo para encubrir la infamante y tal vez injustificada pena), conforme a las normas que estamos tratando, la sola circunstancia de vivir en un barrio pobre y estar obligado a convivir con delinquentes, puede ser suficiente para merecer una drástica pena (y ahora sí, sin siquiera el consuelo del eufemismo).

18. La categoría signada como "terrorismo" constituida por distintas conductas, internamente vinculadas por el problemático vínculo de que todas ellas pueden ser generadoras de zozobra social y en la misma medida punibles, es un ejemplo que acertadamente aducen los demandantes, de peligrosa indeterminación y ambigüedad en la configuración de tipos penales, pugnante en todo con la rigurosa técnica legislativa que ha de informar la legislación criminal y que se traduce en garantía de aplicación justa de la ley, tanto para quien de veras la ha quebrantado como para quien, atendida la rigurosa tipicidad de la conducta, debe ser declarado inocente.

19. Justo es reconocer, eso sí, que las normas de que nos venimos ocupando gozan de gran aceptación en la opinión pública que, de ordinario, confunde dos cosas bien distintas: la urgencia de superar la situación crítica, y la justicia y eficacia de los instrumentos que se emplean para superarla. Es prevalido del beneplácito que produce en la conciencia ingenua la expedición de este tipo de medidas,

que el legislador emergente se anima a proseguir cada vez con más bríos su empresa restrictiva y atentatoria de la libertad, a la vez que fallida desde el punto de vista de los objetivos que persigue.

No es la emoción desbordada y morbosa, efecto ordinario de los hechos deplorables que padecemos, la que ha de presidir la tarea legislativa, sino la razón ("que es patrón y medida" conforme al apotegma tomista) la que ha de conducir esa empresa. Y es responsabilidad de quien legisla no sacrificar la justeza y eficacia de las decisiones a los halagos de un aplauso estéril o a los espejismos de una drástica inane y altamente riesgosa a la vez.

20. La Constitución del 91, espléndida en garantías, no parece compatible en su letra y mucho menos en su espíritu, con la persistencia de una legislación penal restrictiva, pensada solo como excepcional y transitoria, bajo situaciones de emergencia jurídicamente más drásticas que las construcciones ahora vigentes y, quizás por eso mismo, poco ortodoxa en el asunto de las garantías penales que, a partir de BECCARIA, son patrimonio inalienable de la humanidad civilizada.

Es que el gran reto del Estado de derecho, que el constituyente del 91 quiso afirmar y actualizar, consiste, precisamente, en afrontar aún las más críticas situaciones sin abdicar del que es su legado ideológico, constitutivo de lo que es a un tiempo su razón de ser y su sustancia.

21. Me parece que en ese olvido imperdonable incurre el fallo de la Corte aun con los retoques subsiguientes a la discusión de Sala. Las normas penales de un Estado de derecho no se legitiman solo por los plausibles fines que persiguen, sino además, por los medios cualificados que usan para perseguirlos, que no son cualquier tipo de medios, sino aquellos que participan de los propósitos altamente humanísticos que informan esa modalidad civilizada de gobierno y de convivencia que se denomina. Estado de derecho que es, por principio, la negación del maquiavelismo político, el aserto institucionalizado de que el fin no justifica los medios.

El fallo deja sin respuesta los cargos formulados por los actores a la normatividad demandada y eficazmente prohibidos por el señor procurador. Se esfuerza más, en cambio, lo que es bien dicente, en poner de presente el propósito laudable que la inspira, lo que, según lo hemos dicho reiteradamente, no es en sí mismo suficiente. No son tampoco de recibo los argumentos enderezados a demostrar que los tipos abiertos constituyen una práctica que no se contrae a la legislación emergente sino que permea inclusive a nuestra legislación penal ordinaria y que encuentra también ejemplos en estatutos foráneos.

Si la reiteración de un mal mudara su naturaleza y la aceptación generalizada de lo inicuo lo tornara en justo, entonces sí estaría dispuesto el suscrito a echar atrás todas

sus razones. No es así, no sé si para bien o para mal.

22. Finalmente, es preciso aludir al argumento de que si no se hubiera hecho permanente la legislación de estado de sitio, habrían quedado impunes muchas conductas que merecen el tratamiento de delitos. Porque lo cierto es que nuestro Código Penal imbuido también, por desventura, del mismo espíritu displicente con las libertades y garantías que ha venido imponiéndose como rasgo distintivo de nuestra legislación penal de emergencia, a través de estatutos restrictivos y de dudosa constitucionalidad así se les denomine "de seguridad" o "de defensa de la democracia", tiene respuesta para todas ellas, tal vez más adecuada y en todo caso un poco más atenta a la protección de esos bienes que parecen definitivamente olvidados en la normatividad de excepción.

COMENTARIO

El salvamento de voto transcrito constituye, sin duda, una importante pieza judicial llamada a marcar un hito en la historia de nuestra jurisprudencia. Las razones esgrimidas, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como político-criminal, son inobjectables y coinciden en gran medida con la prédica planteada por este órgano de difusión desde sus inicios.

Asombra, en verdad, la manera como el órgano ejecutivo ha manipulado la conformación de la Comisión Especial o "Congresito" que de espaldas a la nueva norma fundamental, ha convertido gran parte de la anterior legislación de estado de sitio en permanente. El régimen de excepción continúa y con él la secuela de atropellos a las garantías fundamentales y a los postulados del Estado de derecho. En definitiva, no es expidiendo legislaciones improvisadas, que se llevan de calle la normativa constitucional y cuyo único soporte son las penas draconianas y los tipos indeterminados, como se va a lograr el restablecimiento de la legalidad y de la democracia.

La convivencia pacífica, la paz y la justicia, valores inherentes a cualquier sociedad civilizada y democrática, no se logran acudiendo al autoritarismo de Estado; no es derrotando al hombre y acallando los clamores populares como se gobierna a los pueblos. La represión desenfrenada y la violencia de Estado, solo siembran desconcierto y pavor entre los asociados. De lo que se trata es de diseñar políticas criminales que, en el marco de una sociedad democrática y pluralista, posibiliten

la persecución penal de la delincuencia sobre todo la de cuello blanco, que tan poco preocupa a los gobernantes de turno y a sus legisladores de bolsillo; mientras la improvisación y el desacierto sean la norma general, no será posible salir de la encrucijada. Los senderos de la paz se tornan cada vez más estrechos; la justicia languidece en medio del chantaje y la falta de recursos; la democracia se derrumba y las instituciones no pueden operar.

Queda, entonces, claro que la Corte Constitucional en cumplimiento de su misión de velar por la integridad de la norma fundamental, ha desechado una magnífica oportunidad para propiciar el restablecimiento de la institucionalidad jurídica venida a menos, sobre todo en momentos en los cuales una débil y corrupta clase gobernante propicia y fomenta la burla de los postulados inspiradores del orden social.

Sirva, pues, de ejemplo este lúcido pronunciamiento para que las controversias futuras se desaten la cara a la Constitución y no desconociéndola.

Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales

Inobservancia de la prueba obtenida ilegalmente

El Estado debe ser el primer garante del respeto de la legalidad. Por ello no puede admitirse la prueba ilegalmente allegada, no solo como aval de los derechos ciudadanos, sino también como llamado de atención a los contraventores del art. 29 de la Constitución Nacional.

Juez: Dr. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.
Manizales, septiembre 1 de 1992

Comentario: ARMANDO LUIS CALLE CALDERÓN*

4. CONSIDERACIONES

4.1 En términos del art. 388 del Código Procesal Penal, basta la comprobada presencia de un indicio grave de responsabilidad para el proferimiento de una medida de aseguramiento. Analicemos si en el *subjudice*, tal demanda probatoria se da.

4.2 “El indicio es el medio de prueba resultante de una operación lógica mediante la cual, a partir de una circunstancia fáctica plenamente demostrada en el proceso, se infiere la existencia de otro hecho llamado indicado”. (JORGE ARENAS S., *Crítica del indicio en materia penal*, Bogotá, Edit Temis, 1988, pág. 22).

V.M.V.G. deseaba para el mejoramiento de su carro Suzuki, provisto de puertas de lona, unas puertas metálicas. Para ello se dirigió —al parecer—

al establecimiento Segundas Manizales, donde entregó veinte mil pesos, mientras se las conseguían. Ya el 14 de agosto —dice la señora U. J.— lo llamaron del tal negocio, para entregarle las puertas que requería.

En explicación que diera ante autoridades policivas, el señor V. G. expresa que efectivamente compró las puertas a M. R. y las pagó mediante sendos cheques (cuyos números dio. Cfr. fl. 5 ft.). Asimismo relata que las hizo instalar en el Taller Gorautos.

La queja criminal de la señora U. J. es sumamente detallada. Fue despojada de su vehículo Suzuki el 15 de julio del presente año. Desde esa fecha, se dedicó a inspeccionar cuanto vehículo de esas características observaba. El martes 25 de agosto notó la presencia de un auto muy similar,

* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Antioquia.

en cercanías del Colegio Los Ángeles de esta capital. Decidió entonces revisarlo y pudo constatar —asevera— que tenía las mismas puertas del que le fuera depredado, por lo que buscó ayuda policial, para dejar en claro el asunto. Nació así entonces la vía que llevó a los agentes policiales, hasta el taller del ahora procesado.

Explica el justiciable que compró las puertas que menciona y las volvió a vender. Nombró a un sujeto Jairo N. “alias El Cura” como quien le transmitiera el dominio de los mencionados elementos; agrega que también le comisaron “un motor de Dahiatu” “porque no tenía improntas”.

Trasluce la diligencia de descargos del encartado, la idea de ser este habitual comprador de elementos cuya procedencia ignora, pues, nótese que no atina a dar nombres o datos completos de las personas con quien tiene negocios, situación que se agrava si tenemos en cuenta que su profesión es la de mecánico y no propiamente la de agente o comercializador de repuestos. Relieva lo dicho, el hecho confesado de habérsele comisado un motor carente de improntas, aunque sí da el dato de su dueño —el cual habrá de corroborarse—. Tal aspecto, en realidad de verdad, deja mucho que pensar, pues, no se concibe actitud semejante, ante un hecho de la trascendencia del anotado.

El despacho ha analizado con sumo detenimiento, la descripción que da de las puertas, la señora U. J. Mírese cómo da cada detalle: la pintura, los rayones, el estado de las seguridades, los empaques, los vidrios, etc. El conocimiento que tenía de su vehículo, le otorgó la seguridad para reconocerla como la suya.

¿No podría decirse que el prementado reconocimiento, aparezca amañado, pues, cómo entonces se explicaría que coincidentalmente, sujetos extraños comercializaran las mismas y quien las comprase, resulte aceptando que efectivamente las acaba de adquirir? ¿Por qué no atina a dar mayores detalles, acerca de la compra, el procesado? En tal orden de ideas, y en sana crítica probatoria, aparece hasta ahora sumamente creíble el dicho de la agraviada, en el sentido que tales

puertas le pertenecen, lo cual habrá de ser objeto de inspección judicial.

Surgen en consecuencia, dos serios indicios que bien indican la conexión o compromiso con el reato, del señor A. G., a saber:

4.2.1 *La posesión de parte del elemento material del delito.* Como atrás se anotó, la presencia de un indicio grave, signa esa “probable responsabilidad” que justifica la medida de aseguramiento. Frente a quien se comisa parte del ilícito, o su total, hay que predicar un serio compromiso, salvo que demuestre ser adquirente de buena fe; que ha tomado todas las precauciones de usanza, para cerciorarse de la lícita procedencia del objeto que adquiere; pero aquí ocurre todo lo contrario: A. G., compra aquí y allá, a este y a aquel; ello se refuerza si nombramos la circunstancia accesoria, de haberse hallado en su taller también, un motor sin las improntas de ley, lo que lo deja seriamente comprometido, pues, son situaciones que se conjugan y convergen.

4.2.2 *La indebida justificación de la tenencia.* A. G. ha dado datos evasivos, incompletos e incipientes acerca de la procedencia de los objetos. Tal negligencia, como ya se dijo, no se concibe en personas que hacen de la labor que tienen, su objeto de trabajo para obtener el necesario sustento.

Pero a la evidencia analizada, cabe hacer serios reparos, frente a su origen:

4.3 *La recolección del material probatorio de cargo.*

4.3.1 Colombia ha sido instituido como un estado social de derecho —art. 1° de la C. N.; no puede perderse de vista además, que existe dentro de la “norma normarum” un principio fundamental, de inmediata aplicación, cual es el respeto de la dignidad de las personas (cfr. Sentencia de la Corte Constitucional de junio 5 de 1992. Acc. de tutela T-406). De otra parte, el artículo 6° de la Carta, expresa que los funcionarios públicos responderán por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Nuestra nación vive una nueva realidad constitucional, donde se ha abandonado el positivismo jurídico de las viejas escuelas: el hombre es la razón de ser del Estado; por él y

para él existe. De tal suerte que todo acto que desdeñe tan importante postulado, atenta contra el normativo vertebral de aquel. Los derechos y garantías no están en la Carta para que las autoridades los violen; si el interés general ha de prevalecer —C. N., art. 1°— tiene que entenderse que no pueden dejarse de calle los intereses particulares; feriados a la arbitrariedad o al desconocimiento particular, de los agentes del poder. “Pero para un correcto desempeño de la función judicial no basta con saberlo anterior, es importante no perder de vista que el hombre es el centro y fundamento del derecho, pues de su propia naturaleza emanan atributos que constituyen derechos y deben ser amparados jurídicamente. La razón de ser del Estado radica en el respeto a la dignidad humana y que el individuo pueda gozar de las condiciones materiales que le permitan el ejercicio pleno de esos derechos” (Revista *Debate & Justicia*, núm. 1, Max. Alejandro Flórez R., pág. 61).

4.3.2 En tal orden de ideas, no puede desconocerse que el art. 28 de la Carta contiene un derecho fundamental de inmediata aplicación, consistente en que el domicilio solo puede ser registrado, previa orden de autoridad competente, salvo los casos de flagrancia. También constituye un derecho fundamental, el que no se aprecien, en debate judicial, las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Constituye, asimismo, prerrogativa constitucional, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (art. 228 id.).

4.3.3 Otrora crecieron silvestres, amañados conceptos, como los de “flagrancia permanente”, que se erigían en patente de corso de los emisarios de la arbitrariedad, quienes parapetados en ese absurdo, fueron autores de plurales tropelías en detrimento de los derechos ajenos, porque hay que decirlo sin rubores, también los infractores de la ley son ciudadanos con derechos. Bastaba decir que se trataba de “simples irregularidades”, para de un solo plumazo desconocer las garantías procesales que la democracia construía con el tesón y persistencia con que trabaja la abeja; es bastante recordable por ser trasunto

del respeto y reverencia del Estado demoliberal, el salvamento del voto del Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS publicado en los *Extractos de Jurisprudencia* del Segundo Trimestre de 1988 (págs. 386-387), donde claramente se deja explicado el concepto de flagrancia y se deduce la ilegalidad de la prueba recogida con violación de las formas que la ley ha previsto, debiendo el juzgador inobservarla.

El Estado ha de ser el primer garante del respeto de su propia legalidad; en el decurso procesal, ha de inadmitirse entonces, la prueba ilegalmente allegada, no solo como aval de los derechos ciudadanos, sino también como llamado de atención, a los contraventores del Estatuto Supremo. “El argumento tópico, sobre el que se sustenta la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegítimamente, se centra en el propósito de disuadir al aparato policial de acudir a tales métodos investigadores prohibidos, so pena de ver condenados al fracaso sus esfuerzos y al margen las posibilidades (civiles penales o administrativas) en que puedan incurrir los funcionarios que hicieron uso de aquellos”. (JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO: “Prueba ilegítimamente obtenida” publicada en la Revista *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 7, septiembre de 1989, Madrid, España, pág. 22. Las subrayas son del original).

4.3.4 Existen en otras latitudes, diversas teorías que tratan de compaginar esa suerte de determinismo a que se ve abocada la prueba ilegítimamente obtenida —*in exemplis*, la teoría del entorno jurídico donde se acude al método de la ponderación de intereses— (cfr. ob. cit., pág. 25). No compartimos tales excepciones, en verdad, pues hacerlo, sería autorizar al intérprete de la norma, la violación de la Carta Magna, pues, si el respeto de la dignidad humana, la prevalencia de los derechos fundamentales, el debido proceso, o la legalidad de la prueba, etc., están al vaivén de las construcciones hermenéuticas, en detrimento de los arts. 85 y 228 ib. —para solo citar dos normas—, habría que aceptar que el juzgador se ubica por encima de la Constitución, acaso protegiendo ora los inte-

reses del poder, ya los del disfrazado despotismo, que tampoco nos es ajeno.

4.3.4 La teoría conocida como "De los frutos del árbol venenoso", obliga a que no pueda apreciarse, como evidencia, nada de aquello que se deduzca de la prueba obtenida en forma ilegal. Y ello debe ser así, pues, de nada valdría declarar ilegal, por ejemplo, el allanamiento o registro y tener como certeza indiciaria, las armas o stupefacientes encontrados.

4.3.5 Piensa este juzgador, que ya va siendo hora que los jueces colombianos, den aplicación integral al último inciso del art. 29 de la carta —desarrollado en el normativo 246 del Estatuto Adjetivo Penal—. Aquí se estiliza decir que se trata de "simples irregularidades", o que no puede dejarse a la delincuencia por las calles, para que continúe sus fechorías, y de esa manera se legitima la arbitrariedad. No gratuitamente, nuestra nación recibió múltiples condenas el pasado año —1991—. En estudio adelantado por la Procuraduría General de la Nación, se coligió que el 75% de las condenaciones hechas al Estado, se debían al actuar de las autoridades policivas o militares (Ministerio de Defensa). *Setenta y cinco por ciento, ¡¡oígase bien!!*

No estamos entonces diciendo aquí nada apresurado, o salido de la realidad. Si los jueces no somos morigeradores de la conducta social, quedamos reducidos a simples árbitros solucionadores de conflictos; si no obramos como diques de la arbitrariedad, entonces nos convertimos en patrocinadores de ella. Cuando el Estado, a través de sus jueces, da valor a pruebas obtenidas ilegalmente, se convierte en delincuente y artífice del propio ilegalismo. ¿Con qué conceptos podrá juzgar a los demás, si él patrocina la barbarie, pues, de qué otra forma puede llamarse el desconocimiento de derechos humanos fundamentales?

Ya se ha vuelto de común usanza, el que el agente de policía capture con el simple señalamiento de cualquier ciudadano; que retenga las personas, porque le parece "sospechoso" ("Por intento de sospecha" dice el humor antioqueño, con sabiduría); porque "es reconocido delincuente" dicen en su ferria-

no lenguaje, los lacónicos informes. La libertad de los individuos, se ha puesto a la mano de la "inteligencia militar", quien decide a quién captura y a quién no; qué lugar allana y cuál no. Causa afrenta a los sacros derechos humanos, el que los mismos sean materia moldeable o disponible, según lo analice, discierna y concluya el agente de policía, que apenas ha terminado su primaria o agotado tres o cuatro años de secundaria.

La Fiscalía General de la Nación ha de educar sus servidores, en el respeto a las garantías fundamentales, pues, de otra manera, sus "éxitos" (o "positivos", como los estilan llamar en esas esferas) pasarán a ser estruendosos fracasos, pues los mismos no pueden construirse con desdén de las normas superiores. De nada sirve la nueva Constitución, si los jueces —sus gendarmes— siguen rebuscando teorías y "excepciones" para traicionar su claridad y su pristino espíritu. "El Estado de derecho se define materialmente como aquel que consagra, protege y hace efectivos los derechos de las personas, sus garantías y deberes. La protección de los derechos se integra como elemento definitorio del Estado social de derecho. No hay Estado social de derecho sin garantía efectiva de los derechos de las personas ni estos pueden realizarse por fuera del Estado de derecho" (Corte Constitucional, sent. núm. 06 de mayo 12 de 1992. T-221. M. P. Dr. CIFUENTES MUÑOZ. Resalta el juzgado). Por estimarlo de suma importancia, para los fines de la administración de Justicia, habrá de promoverse por medios conducentes el conocimiento de lo atrás dicho, a las autoridades nombradas.

4.4 En el *sub judice*, es claro que por parte alguna existían situaciones de flagrancia; tampoco juez o fiscal alguno, habían autorizado diligencia de allanamiento, registro y decomiso (C. N., art. 28). Así las cosas, los elementos hallados en el taller de A. G., no pueden servir de basamento a medida de aseguramiento alguna. Ahora bien, frente al hallazgo de las puertas en manos de V. G., y la posible venta a este —a través de terceros— por el aquí justiciable, hace de decir que no obstante

la posible negligencia en su adquisición, ella no cumple el requisito de constituir grave indicio, señero de responsabilidad, dados los múltiples contraindicios de también posible inocencia, dada su usual labor. Se tratará sí de establecer, si tales compras eran habituales en el acriminado.

Por lo dicho entonces, habrá el despacho de *abstenerse* de proferir medida de aseguramiento alguna, disponiendo la inmediata libertad del encartado.

Se proseguirá la instrucción, evacuando el material probatorio de rigor.

En razón de lo dicho, el Juzgado Quinto Penal Municipal de la ciudad de Manizales (C),

5. Resuelve

5.1 Abstenerse de proferir medida de aseguramiento en contra de G. A. G., por las razones atrás insertas.

5.2 Ordenar la inmediata libertad del procesado. Librese la boleta respectiva, con destino a la cárcel del distrito.

5.3 Prosigase con la instrucción del sumario.

Notifíquese y cúmplase.

COMENTARIO

Varios son los aspectos que deben destacarse de la providencia del Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales:

1. En primer lugar, se trata de una providencia de un gran valor político, pues constituye una clara muestra de que sin duda, el paso de un Estado formal a un Estado material de derecho exige como condición básica que el juez entienda y asuma, con todas sus consecuencias, su papel de garante de los derechos humanos. Esta, por lo demás, es la única forma de materializar las garantías, de manera que se conviertan en algo más que declaraciones formales.

2. Por otra parte, especial interés reviste la respuesta que da el juez a la tesis según la cual siendo indiscutible la prohibición de valorar la prueba obtenida con transgresión de la garantía constitucional, sí puede ser aprovechable en cambio aquella derivada indirectamente. Creemos que la respuesta que se da en la providencia en el sentido de despreciar como evidencia todo aquello que se deduzca de la prueba obtenida en forma ilegal es la única posible en un Estado social y democrático de derecho, en el que las garantías no pueden ser objeto de matices (a la mejor manera de DWORKIN, "derechos en serio" o derechos, inclusive, anti-mayoría). Y en el que, para utilizar el pensamiento de la Corte Constitucional, se "incorpora un orden material de valores cuyo centro y razón de ser es la persona humana y el respeto a sus libertades fundamentales"¹.

Y es que siendo el respeto por las garantías lo que perfila la legitimidad del Estado en la persecución penal (debido proceso), la única solución aceptable del pro-

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Providencia del 10 de diciembre de 1992, Salvamento de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES, ALEJANDRO MARTÍNEZ y CIRO ANGARITA.

blema planteado es la de la teoría "de los frutos del árbol venenoso", pues lo contrario haría incurrir al Estado en una contradicción insalvable², cual sería la de abrogarse la capacidad para, de la ilicitud, derivar consecuencias "jurídicas".

Sobre este mismo asunto debe considerarse, de igual forma, que si la garantía violada le pertenece al individuo y no al Estado, es aquel y no este quien debe recibir los beneficios que pueda acarrear la reparación del desconocimiento de la garantía fundamental. Tal reparación no se logra con la tesis tradicional que simplemente pregonaba la sanción para el funcionario transgresor, lo cual por lo demás, no hace sino alentar dichas prácticas³.

3. Esta providencia, por otra parte, también es un aporte, desde la jurisdicción, a la construcción de un sistema acusatorio, al menos si por tal se entiende un sistema procesal democrático. Y lo decimos por cuanto radicar en la Fiscalía General de la Nación (o en otro ente estatal) las funciones de investigación y acusación significa potenciar un verdadero contradictorio y erigir al juez como tercero imparcial e independiente, de ninguna manera comprometido con los intereses procesales que se discuten. Es este el juez que la democracia supone necesario para mediar en los conflictos sociales.

Desde luego, como los sistemas procesales no son sino concepciones políticas sobre el ejercicio del *ius puniendi*, la providencia que se comenta aporta al diseño de un marco verdaderamente acusatorio, ya perfilado materialmente en el Título II de la Carta Fundamental. Realmente no se trata "de una cuestión meramente jurídica. Un modelo de proceso indica siempre un modelo de civilización"⁴.

Y como sucede con frecuencia que al fervor por las garantías constitucionales se le opone, en autoritaria visión política, la preocupación por la impunidad, también entrega esta providencia la oportunidad para advertir que la impunidad no es un fin en sí misma y que ella tiene que ser el precio que el Estado entrega por un proyecto de sentencia justa.

² JOSÉ I. CAFFERATANORES, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 15.

³ *Ibidem*, pág. 16.

⁴ LUIGI FERRAJOLI, "El proceso 7 de abril. Análisis teórico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal", en *Argumentos*, Madrid, diciembre de 1980, enero de 1981, págs. 6 y ss.

ELENA LARRAURI PIJOAN: *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, Siglo XXI.

Constituye este libro un reflejo del gran esfuerzo y trabajo que ha realizado la autora a fin de comprender, descubrir, explicar y seguirle la pista a un inmenso número de ideas en un marco discursivo amplio y confuso donde se entrecruzaban todas ellas. Por este enorme esfuerzo el primer sentimiento que nos despierta esta obra es el de gratitud; por su esclarecedor resultado, el sentimiento es el de admiración.

El estudio que la profesora LARRAURI nos presenta consta de cinco apartados a saber: 1) la bienvenida de las teorías norteamericanas, donde se hace un excelente y clarificador recuento de las principales teorías (subculturas, *labelling aproach*, etnometodología, etc.); 2) la nueva teoría de la desviación, donde se analiza la recepción de las teorías anteriores en Europa y el surgimiento de la National Deviance Conference; 3) la nueva criminología, donde se ve el desarrollo y concreción de determinadas ideas plasmadas por los autores WALTON, TAYLOR y YOUNG, en el libro que lleva este título; 4) la contrarreforma, donde se analiza el trabajo de autocrítica y crítica externa surgidas a partir de los planteamientos anteriores; 5) la crisis de la criminología crítica, en la que

analiza el estado actual del pensamiento criminológico en dichos países. Como conclusión LARRAURI no se plantea una serie de verdades terminadas por seguir, sino un conjunto de temáticas y de tareas por desarrollar, mostrando los diferentes enfoques desde los cuales se puede trabajar. Es decir, más que un punto de llegada, el trabajo de LARRAURI está programado y planteado como un punto de partida.

En este trabajo la autora se propone reconstruir la historia de la criminología crítica de los años 60 hasta los 90. Quienes consideran que ya se saben esta historia no pueden esperar encontrar nada nuevo en la obra. No obstante, todos aquellos que consideramos que aún hay cosas por conocer, tanto de esta historia como del relato mismo de ella, tendremos que agradecer el trabajo que en este sentido ha realizado.

El aporte no se limita a complementar los conocimientos de quienes no han encontrado literatura con mayor claridad o no han leído lo suficiente sino, como afirma STANLEY COHEN, esta reexplicación de la historia "contribuye a la propia teoría criminológica"; de ella la autora ha extraído su herencia, aquello que "hemos aprendido gracias a la criminología".

El libro de LARRAURI se distancia, mediante un avance cualitativo, de un variado conjunto de textos sobre criminología.

Para concretar esta distancia quizá se puedan agrupar bajo dos características la relativamente amplia literatura referida: la primera agrupa aquellos textos escritos con una asombrosa facilidad, donde no se precisaba siquiera leer alguna fuente primaria, sino que bastaba, en algunos casos, el libro *La nueva criminología* para proceder a escribir otro. Desde luego, muy lejos quedaban las bases informantes de dichas fuentes primarias. Un segundo grupo viene integrado por aquellos textos que con una perspectiva de saber acumulativo, nos presentan la criminología como una ciencia progresiva de cuyo desarrollo se desprenden las verdades actuales.

La autora no limita su obra a contarnos en sus palabras lo que ella entiende que dicen que LEMERT dijo. Ni ha limitado su trabajo a traducirnos lo que las fuentes primarias dicen. Ella nos hace en su obra un recuento, metodológicamente riguroso, sobre la historia de las ideas criminológicas en esos años, un trabajo de búsqueda, extracción, ruptura de evidencias, depuración, reenumeración, seguimiento y exposición de las ideas criminológicas fundamentales en el pensamiento criminológico de los últimos años.

Si se tiene en cuenta que en Colombia existen variados ejemplos de la literatura arriba señalada; y además que existe una especie de mercado internacional de modelos teóricos, donde hay quienes desean exportar y/o promueven la exportación-importación de modelos teóricos propios o ajenos, hay quienes desean importarlos y/o promueven dicha importación, podemos entender por qué autores como ROSA DEL OLMO luchan y proclaman por una criminología propia de los países de América Latina. Ejemplos de ello pueden verse en el debate que sobre el abolicionismo en Colombia se desarrolló. ¿Existía en la realidad social o académica en Colombia un movimiento de esas características que lo justificase?, ¿por qué se dio?, ¿para qué se dio?, ¿de dónde procede?, todas estas son cuestiones quizá más interesantes para la criminología en Colombia.

Frente a este panorama resulta gratamente esclarecedor el trabajo de LARRAURI, ya que permite ver los peligros y límites de la importación-exportación de las ideas criminológicas. La autora, al analizar los diferentes cruces de ideas de Norteamérica a Europa y viceversa, atiende constantemente a la forma de recepción, las ideologías desde las cuales se exportaban y se importaban dichas ideas, para mostrar las modificaciones que sufren estas en dicho proceso.

El libro de LARRAURI debe convertirse en una pieza clave y de lectura obligada no solo en cualquier curso de criminología, sino también para todo aquel que desee comprender y trabajar las ideas criminológicas de los años 60 a 90 en el pensamiento norteamericano y europeo.

JUAN GONZALO ESCOBAR MARULANDA.

JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Coca cocaína: entre el derecho y la guerra (política criminal de la droga en los países andinos)*, Barcelona, PPU.

Ha querido el profesor BUSTOS RAMÍREZ contribuir con esta obra a la búsqueda de soluciones alternativas de los problemas de consumo de drogas y problemas de la guerra contra la droga, temas fundamentales en los países andinos.

Esquemáticamente el libro está concebido en cinco apartados. En el primero de ellos hace una presentación de las raíces históricas y culturales del consumo de coca; en el segundo analiza los aspectos socioeconómicos del problema; el tercer apartado recoge las medidas dispuestas en el campo preventivo y de tratamiento; un cuarto aspecto se centra en la legislación antidrogas, y concluye con un quinto apartado donde presenta los modelos seguidos para enfrentar el problema, las características de la guerra contra la coca-cocaína, su carácter de guerra sucia, los impedimentos para ganarla y las alternativas propuestas.

Entre las interesantes ideas planteadas en el libro queremos destacar dos: consideración general y dos aspectos concretos.

La primera cuestión general es destacar cómo, al tener BUSTOS contacto directo tanto con sociedades afectadas por problemas de consumo de drogas como con sociedades afectadas por problemas de guerra contra las drogas, le permite no descuidar ninguno de estos puntos. Este punto de equilibrio es fundamental a la hora de formular alternativas desde una perspectiva legalizadora para no caer en lo que se ha venido criticando a estos planteamientos, tanto en un plano general como en el concreto, del "olvido benigno", con el que se contribuye a que el Estado se olvide del sufrimiento del sujeto que tiene verdaderos problemas de consumo de drogas. En este sentido, concluye Bustos que hay problemas reales de consumo de drogas (legales e ilegales), y que no podemos volverles la cara.

La segunda cuestión general versa sobre el hecho de cómo en ciertos momentos, desde una perspectiva retórica, el tema de las drogas parece agotarse, o por lo menos parece agotar a sus escritores y lectores. Algunos piensan que se ha escrito demasiado, otros opinan que no se dice nada nuevo, y no faltan los que dicen que ya han pasado de moda. No obstante, esta aparente saturación en el mundo discursivo no viene reforzada en el mundo fáctico, sobre todo en los países donde este problema ha sido y sigue siendo tratado con un particular criterio bélico. En estos países la guerra continúa. Solo se precisa un hecho como la fuga de Pablo Escobar para que la sociedad vuelva a darse cuenta de ello (despliegue militar, aviones norteamericanos sobrevolando, etc.).

Por ello resultan siempre ilustrativos los diversos trabajos que desde el doble punto de vista: problemas de consumo, problemas de la guerra de las drogas, se realizan, entre los cuales se cuenta este libro.

Podemos decir que la permanencia de los problemas de consumo de drogas y los problemas de la guerra contra la droga nos es revelada por los hechos, pero un repaso de las conclusiones del libro de BUSTOS, contrastadas con la realidad, nos permite ver lo distante que realmente estamos de emprender los caminos para hacerles frente.

Las cuestiones concretas hacen referencia a las consideraciones que el autor hace en su quinto apartado, a nuestro parecer fundamental en la obra.

A pesar de los rasgos diferenciales de las realidades políticas, sociales, culturales, etc., de estos países, el análisis que Bustos hace le permiten extraer ciertas características comunes en el tratamiento político criminal de dicha problemática, que sintetiza en *La guerra contra la coca-cocaína*.

Como punto de partida común, señala el autor cuatro modelos fundamentales, adoptados (importados) para el desarrollo de la política criminal en materia de drogas: a) el modelo internacionalista, b) el modelo de carácter médico-moral, c) el modelo económico, y d) el modelo de la seguridad nacional.

La primera cuestión concreta hace referencia al modelo internacionalista. Plantea Bustos, críticamente, cómo en la primera instancia se importa un sistema legislativo, ajeno a las realidades nacionales, desarrollándose lo que denomina "el modelo internacionalista". Para el autor, la importación de este sistema, que produce graves distorsiones, no solo se ha logrado con los apoyos de determinadas áreas de las estructuras de poder interno, sino además por las exigencias externas de una determinada colaboración, en virtud de su dependencia económica.

Resulta de gran interés este argumento en el caso colombiano, en el que una gran mayoría de autores han respaldado y respaldan el proceso de internacionalización de la problemática de las drogas sin hacer diferenciación alguna de ¿qué es lo que debe entenderse por dicha internacionalización?, traducéndose, entonces, sus argumentos en refuerzo de los planteamientos internacionalizadores aquí criticados.

Ya autores de la categoría de ROSA DEL OLMO o SEBASTIÁN SCHEERER, entre otros, quienes se han detenido en el análisis de la historia de dicho modelo de internacionalización, lo han criticado, advirtiendo su diversa funcionalidad y, en particular, en las relaciones de

explotación y marginación de mano de trabajo¹. Por nuestra parte, advertimos críticamente sobre la internacionalización que se hacía, no solo del sistema jurídico, sino del problema mismo de la droga por parte, principalmente, de USA².

El proceso de importación del sistema jurídico y de la problemática de la droga por los países andinos reproduce fundamentalmente las pautas de dependencia que se dan entre los países del centro y los de la periferia en un modelo de desarrollo económico, donde se convierte el problema de la deuda externa en el principal problema económico³. Es por ello por lo que hemos mantenido⁴ que dicha importancia-imposición se integra dentro de un proceso de colonización de las problemáticas del país.

Así, si uno quiere entender la problemática de la droga ilícita en Colombia y la guerra que la acompaña, no puede ceñirse al análisis de los índices de consumo y muerte producidas en el país por el consumo de la cocaína. Es preciso, como lo plantea el autor, mitificar determinadas parcelas de un problema real, publicitando internacionalmente unos esquemas desproporcionados y que se recrean en el miedo a lo desconocido.

Por tal razón el profesor BUSTOS y otros autores parten de la base de que para comprender la problemática de la droga ilegal es imprescindible estudiar dicha historia. Un claro ejemplo de que la historia continúa se puede apreciar en los nuevos parámetros publicitados a nivel internacional del caso colombiano donde se anuncia la pérdida de fuerza de la cocaína (como en su época lo hizo la marihuana), que ha dado paso a la heroína (escalando la guerra —la 3ª generación—).

La segunda cuestión concreta se ubica en el apartado donde el autor plantea los impedimentos para ganar la guerra, entre los que

se mencionan la debilidad de los Estados directamente afectados, la dinámica de violencia que induce la misma guerra, la entronización de la corrupción y el desarrollo del paramilitarismo, entre otros.

Frente al tema de la debilidad de los Estados, es preciso advertir que este planteamiento debe ir acompañado necesariamente de una adecuada concreción. Así, concretamente BUSTOS plantea la debilidad de estos Estados desde el punto de vista de asumir una organización jurídica conforme a una realidad externa que se adecua solo a una parte minoritaria de la población, reclamándose por tanto el desarrollo de una legislación propia y adecuada a la realidad social. De no hacerse esta concreción y no reclamarse la fortificación del Estado en forma abstracta como se vio en Colombia, incluso por algunos grupos de izquierda, se corre el peligro de utilizar un discurso que puede reforzar las acciones represivas y militares como muestra de una mayor fortaleza y presencia del Estado.

Por otro lado, consideramos que incluso es discutible si el Estado es débil o si esta debilidad responde más a una forma concreta de ser de estos Estados. Por todo ello consideramos más adecuado, en caso de plantearse un trabajo genérico, profundizar la búsqueda de una sociedad más fuerte antes que la de un Estado más fuerte.

La obra de BUSTOS se constituye en punto de partida y reflexión obligada para trabajos de desarticulación de la guerra y de desnarcotización de las problemáticas sociales, así como de asistencia y ayuda para las problemáticas personales del consumo, a fin de dar un giro definitivo a la política belicista sobre las drogas.

JUAN GONZALO ESCOBAR MARULANDA
Universidad de Girona

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, reimposición de 1990, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

Cuando se cumplen veinticinco años de haber aparecido por primera vez, vuelve a publicarse "con mínimas modificaciones de estilo" esta obra del profesor GIMBERNAT ORDEIG.

Como bien se sabe, es un trabajo de exhaustiva investigación en los terrenos de la dogmática jurídico-penal, cuyo principal objetivo es presentar una teoría del injusto basada en la reprochabilidad objetiva, criterio normativo que conviene a la naturaleza del objeto que se propone explicar, posición que surge como una respuesta del autor a las múltiples teorías de la causalidad y de la acción que, cimentadas en criterios ontológicos, la causa y la acción, han tratado de aprehender la esencia del injusto en intentos que él considera definitivamente fracasados.

Después de una introducción en la cual ya pone de manifiesto las limitaciones de las teorías causales para dar solución a determinados grupos de supuestos de hecho, el profesor GIMBERNAT ORDEIG dedica la primera parte de la obra, titulada "Las teorías de la causalidad", a realizar un estudio completo de estas, con énfasis especial en la teoría de la causalidad adecuada, reservando para la segunda parte, bajo el epígrafe "Crítica y solución", el planteamiento y desarrollo de su teoría de la reprochabilidad objetiva.

La reprochabilidad objetiva, "juicio de desvalor que recae porque se ejecuta una acción que el hombre prudente (ideal) no habría cometido", es la esencia del injusto y la diligencia debida, término amplio dentro del cual queda comprendida la adecuación o previsibilidad como elemento del mismo (págs. 108 y ss.).

A partir de estos presupuestos, el autor propone explicaciones jurídicas amplias para diversos grupos de casos que tradicionalmente han tratado de resolverse acudiendo a teorías causales o de la acción, llegando las más de las veces a soluciones aplicables solo a determinados supuestos de hecho, y en ocasiones hasta contradictorias.

Es así como, para los casos en los cuales se ha recurrido a los procesos causales hipotéticos como criterio para determinar si debe absolverse o no, GIMBERNAT afirma: "...es irrelevante lo que habría sucedido si...; lo único que importa es averiguar si la ley se dirigía o no con el establecimiento de un deber de diligencia de evitar un resultado como el que se produjo" (pág. 141, nota 83).

Y cuando se trata de los delitos cualificados por el resultado, sostiene que también la adecuación es un elemento del tipo de tales delitos, ya que "...no basta la presencia de la acción base y de la cualificación; es necesario, además que esta sea consecuencia del peligro creado por aquella, pues dicho peligro fue precisamente el que llevó al legislador a configurar el delito cualificado por el resultado" (pág. 174).

"Hacer justicia del caso concreto será siempre una tarea irreductible en términos absolutos a criterios de racionalidad científica"². Sin embargo, con la ayuda de un esquema dogmático de interpretación como el que plantea el profesor GIMBERNAT ORDEIG, basado en un concepto normativo que constituya la esencia del injusto, puede llegarse a soluciones iguales para supuestos de hecho que en esencia también lo son, lo cual no es otra cosa que la seguridad jurídica en la aplicación de la ley penal, meta que precisamente pretende alcanzarse a través de los criterios de racionalidad científica.

LUZ MARÍA MEJÍA SALAZAR
Medellín, agosto de 1992

¹ Prólogo del autor a la reimposición de 1990.

² NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, *Filosofía del derecho*, Granada, Edit. Comares, 1985, pág. 145.

¹ En general véase a ROSA DEL OLMO, *La cara oculta de la droga*, Bogotá, Edit. Temis, 1988.

² AAVV, *Narcotráfico en Colombia*, Bogotá, Ed. Tercer Mundo-Uniandes, 1990, págs. 122 y ss.

³ Esta conclusión y otras aparecen en el informe original que presentamos y que hace parte del libro presentado como C. G. ARRETA; J. I. ORJUELA; E. SARMIENTO; J. G. TOKATLIAN. (AAVV), 1990, *Narcotráfico en Colombia*, Bogotá, Ed. Tercer Mundo-Uniandes (2º apartado), no podemos menos que lamentar su ausencia.

⁴ JUAN GONZALO ESCOBAR MARULANDA (1990), "La realidad social del «narcotráfico» en Colombia: discursos y políticas criminales", en Revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, Edit. Temis, 1990, págs. 73 y ss. En un sentido más general, puede verse LOUK HULSMAN (1987), "La política de las drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión", en Revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 35, Bogotá, Edit. Temis, 1987.

NOTAS

NOTAS

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN
LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL DÍA
10 DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NO-
VENTA Y DOS.

LABORE ET CONSTANTIA