

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Leihgabe Prof. Ambos

DOCTRINA

Introducción a la ley procesal penal alemana.

Claus Roxin.

Fraude procesal y otras infracciones.

Pedro Pacheco Osorio.

La prescripción de la pena en el nuevo Código Penal colombiano.

Emiro Sandoval Huertas.

Marihuana, violencia y delito.

Bernardo Ramírez Zuluaga.

Asistencia en libertad del penado.

Carlos Capandegui.

14

FORO HISTÓRICO

Un caso de homicidio por embriaguez patológica.

Fernando Velásquez V.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La denuncia penal como causal de recusación.

Gustavo Gómez Velásquez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Aplicación del art. 163 del Código de Procedimiento Penal.

Dario Velásquez Gaviria.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Límites del veredicto. Contraevidencia. Exceso de legítima defensa. Defensa putativa.

Héctor Jiménez R.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Peligrosidad, readaptación y libertad condicional.

Juan Fernández Carrasquilla.



CO/XIV
F/Z

2345

ABRIL

MAYO

JUNIO

AÑO IV • Abril • Mayo • Junio 1982 N° 14

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1982

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

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

© Nódier Agudelo Betancur, 1982.
© Editorial Temis S.C.A., 1982.
Calle 13, núm. 6-53.

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

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

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

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

Impresa por EDITORIAL TEMIS S.C.A., Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

Introducción a la ley procesal penal alemana. Profesor Claus Roxin	617
Fraude procesal y otras infracciones. Doctor Pedro Pacheco Osorio	634
La prescripción de la pena en el nuevo Código Penal colombiano. Doctor Emiro Sandoval Huertas	639
Marihuana, violencia y delito. Doctor Bernardo Ramírez Zuluaga	661
Asistencia en libertad del penado. Doctor Carlos Capandegui	677

FORO HISTÓRICO

Un caso de homicidio por embriaguez patológica. Doctor Fernando Velásquez V.	701
--	-----

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La denuncia penal como causal de recusación. Auto de julio 7 de 1981. Ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	725
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Auto de 13 de mayo de 1981. Ponente doctor Darío Velásquez Gaviria	727
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Límites del veredicto. Contraevidencia. Exceso en la legítima defensa. Defensa putativa. Ponente: doctor Héctor Jiménez R.	730
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Peligrosidad, readaptación y libertad condicional. Ponente: doctor Juan Fernández Carrasquilla	734

DOCTRINA

INTRODUCCIÓN A LA LEY PROCESAL PENAL ALEMANA*

(*Einführung zur Strafprozeßordnung*)

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Munich

TRADUCCIÓN Y NOTAS ACLARATORIAS

por JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

Profesor Agregado Interino de Derecho
Procesal de la Universidad de Valencia (España)

La idea de hacer la traducción que presentamos¹ partió —y por ello, por haberla supervisado con gran detenimiento, y por sus aclaraciones, le quedo muy agradecido— del dr. KURT MADLENER, *wissenschaftlicher Referent* para España e Hispanoamérica en el Instituto Max Planck de Friburgo, con el fin de dar a conocer entre los procesalistas de habla hispana que vayan a realizar su primer contacto con el derecho procesal penal alemán, cuál es la estructura, funciones y papel que juega hoy la *Strafprozeßordnung* en Alemania Federal, además, naturalmente, de adquirir conocimientos básicos acerca de la regulación que del proceso penal hace dicha ley.

Y para ello nada mejor que la Introducción (*Einführung*) que el profesor ROXIN ha dedicado a la ley, pues en ella analiza profunda y condensadamente [consta tan solo de 18 páginas] el objeto de la presente traducción².

* Traducción publicada en la Revista "Cuadernos de Política Criminal", del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid (España), núm. 16, de 1982, en la sección de Notas de derecho Comparado.

¹ La cual trata del objeto del derecho procesal penal, estructura interna de la *Strafprozeßordnung*, garantías jurídicas del proceso penal, y tendencias de las reformas actuales en la República Federal Alemana, según han sido vistos por el profesor ROXIN, catedrático de la Universidad de Munich. La introducción se halla publicada en la edición número 17 de la *Strafprozeßordnung* de 1877, *Beck-Texte im dtv*, München, 1981, que es la que nosotros hemos manejado por ser la última aparecida en Alemania, si bien el comentario original data de 1965.

Nuestro sincero reconocimiento al autor por permitir la traducción, notas y publicación de este texto.

² Este trabajo ha sido realizado en la primera fase de mi estancia como becario en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, de Friburgo de Brisgovia, en el año 1981. Mi agradecimiento también al prof. dr. HANS-HEINRICH JESCHECK, director del Max Planck Institut de Friburgo, por la invitación que me cursó para trabajar con él, y al Consejo Superior de Investigaciones Científicas español, y a la Max Planck Gesellschaft por la concesión de la beca.

Existe además un motivo personal, que desearía exponer brevemente, y es que el tema de investigación por el que se me ha concedido la beca está referido a la institución de la defensa técnica penal alemana. Pues bien, ya desde un principio consideré necesario para poder realizar cualquier trabajo sobre el derecho procesal penal alemán el tener los conceptos claros sobre cuáles son las instituciones que aquella ley regula, y qué modificaciones, en estos tiempos difíciles para el proceso penal, ha sufrido la misma. El trabajo de ROXIN es excelente para ello. Y el motivo de su publicación es, ante la ausencia de cualquier escrito en este sentido, dar a conocer en España y en los países hispano-americanos, fundamentalmente la estructura interna de la ley, en suma, las instituciones procesales y el procedimiento que regula, y de modo adyacente a este fin, transmitir a nuestro idioma qué entiende el profesor de Munich por objeto del proceso penal, qué garantías jurídicas deben existir en él, y cómo ha reaccionado el legislador alemán ante los modernos fenómenos que el siglo XX, de modo principal en su segunda mitad, está viendo aparecer, siquiera sea, como él lo hace, aunque perfectamente a nuestro entender, de modo breve.

Por último, las notas al texto son nuestras, meramente aclaratorias de la terminología alemana y sus instituciones, las cuales, ante la falta de correspondencia con las nuestras en ocasiones, o por la desigualdad de contenido, han aconsejado dichas explicaciones, ante el peligro de que aquellas se tornen incomprensibles para nosotros.

I. OBJETO Y DEBERES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

1) Nosotros poseemos dos grandes obras legislativas que tienen a los delitos humanos por objeto: el Código Penal (*StGB*)³ de 15 de mayo de 1871, y la aquí presentada Ley Procesal Penal (*Strafprozeßordnung*)⁴ de 1º de febrero de 1877. Así como el Código Penal prescribe los presupuestos de punibilidad, clases de penas, y medidas estatales para imponerlas en particular cuando se dé el comportamiento sancionador, se ocupa la Ley Procesal Penal (*StPO*) de las formas de averiguar el delito, y regula el desarrollo del proceso desde la denuncia (*Anzeige*)⁵ hasta la ejecución (*Strafvollstreckung*). Al derecho procesal penal se le designa también como derecho penal formal, por contraposición al derecho penal material, que viene contenido en el *StGB*.

No obstante, disposiciones esenciales para el proceso penal no se encuentran por completo en la *StPO*. Así, la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*)⁶ de 27 de enero de 1877, que juega un importante pa-

³ *Strafgesetzbuch*.

⁴ En adelante *StPO*. Preferimos la traducción literal a la de Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque el término enjuiciamiento no tiene tradición en Alemania.

⁵ A continuación del término traducido al español hemos puesto generalmente entre paréntesis el original alemán, con el fin de evitar cualquier posible duda. Nuestro agradecimiento, asimismo, al dr. STEPHAN BAEDEKER, del Max Planck Institut, por la ayuda prestada para la comprensión y estudio de las instituciones alemanas.

⁶ En adelante *GVG*.

pel. En ella se regulan la competencia por razón de la materia (*sachliche Zuständigkeit*), la constitución (*Aufbau*) y composición (*Zusammensetzung*) de cada tribunal (títulos 2 a 9, §§ 12 a 140), la organización de la Fiscalía del Estado (*Staatsanwaltschaft*) (título 10, §§ 141 a 152), y las normas fundamentales generales, no limitadas al proceso penal, para el desarrollo de la actividad judicial externa (*für den äusseren Ablauf der gerichtlichen Tätigkeit*) (títulos 11 a 17, §§ 153 a 202).

2) El derecho procesal penal tiene un doble deber, en el que queda comprendida la grave dificultad de esta parcela del derecho: debe disponer las formas procedimentales para garantizar la declaración de culpabilidad, y con ella la protección de la sociedad ante el delincuente, con la mayor seguridad posible; y debe preocuparse asimismo de que un inocente no sea condenado y su libertad personal violada. Puesto que la culpabilidad o inocencia debe ser investigada primero a través del proceso, la ley tiene que conjugar provechosamente la necesidad de una enérgica respuesta frente al posible culpable, con el deber de defender el derecho a la libertad del quizá todavía inocente, en cada estadio de la investigación, mediante una ponderación de los intereses antagonistas. Ello significa que el inculgado no estará en ningún momento desasistido jurídicamente frente a las actividades de las autoridades encargadas de perseguir el delito. Puesto que en un Estado de derecho bajo ninguna circunstancia se permite violar la dignidad humana, que tan propia es del delincuente como de cualquier otro, tiene el legislador que delimitar qué métodos de investigación son admisibles y cuáles no. Formulando claramente: las normas del derecho procesal penal deben no solo desarrollar la protección del individuo por el derecho penal, sino también protegerlo frente al derecho penal, es decir, sólida protección ante cualquier posibilidad de abuso por parte de los órganos encargados de perseguir el delito.

La meta, que según estas exigencias debe confeccionarse, se alcanza siempre de modo tan solo aproximativo. De aquí que llegue a ser comprensible el hecho de que el derecho procesal penal se encuentre en un permanente estado de reforma, y que la *StPO*, desde su promulgación, haya sido interminablemente modificada en muchas de sus partes, incluso reiterativamente. Sin duda el fundamento de estas reformas antedichas reside en que la regulación legal todavía es capaz de continuar siendo mejorada en muchos aspectos. La solución a los deberes descritos depende en gran parte también de la pregunta constitucional: ¿qué posición ocupa el particular frente al poder estatal? Se ha llamado al derecho procesal penal derecho constitucional aplicado. Por consiguiente, la *StPO* no habría podido sobrevivir a la mayoría de los cambios de la forma política de gobierno desde el Imperio hasta hoy, si no se hubiera acomodado a cada uno de aquellos cambios. Precisamente por esto corresponde al derecho procesal penal un significado, sintomático para el espíritu de una ley, y es, si se permite la expresión, la prueba para un ejemplo de Estado de derecho. Por supuesto, antes de profundizar en ello, tenemos que procurarnos una imagen de cómo según el derecho vigente se desarrolla el proceso penal.

II. LA ESTRUCTURA DE LA *StPO* Y EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

1) La *StPO* está dividida en siete libros⁷. El primero versa sobre las “Disposiciones generales” (*Allgemeine Vorschriften*, §§ 1 a 150). En él se tratan las materias que igual importancia tienen para la total duración del proceso. A él pertenecen la competencia territorial (*örtliche Zuständigkeit*) de los tribunales (§§ 7 y s.); las obligaciones y derechos de los testigos (*Zeugen*) y peritos (*Sachverständigen*) (§§ 48 y s., 72 y s.); la admisibilidad del embargo (*Beschlagnahme*) y registro (*Durchsuchung*, §§ 94 y ss.); los presupuestos del arresto (*Verhaftung*) y de la detención provisional (*vorläufigen Festnahme*, §§ 112 y s.); el interrogatorio (*Vernehmung*) del inculpado (*Beschuldigte*, §§ 133 y s.), y su defensa (*Verteidigung*, §§ 137 y siguientes).

2) Con el segundo libro “proceso⁸ en primera instancia” (*Verfahren im ersten Rechtszug*, §§ 151 a 295), trata la ley del desarrollo del proceso desde el comienzo de la investigación (*Beginn der Ermittlungen*, §§ 160 y 163) hasta la sentencia (*Urteil*, §§ 260, 267 y 268). El proceso en primera instancia se suele componer, según la ley, de las tres siguientes fases: el procedimiento preliminar (caps. 1 y 2, §§ 151 a 177), el procedimiento intermedio (cap. 4, §§ 198 a 212 b), y el procedimiento principal (caps. 5 a 7, §§ 213 a 295).

a) “El procedimiento preliminar” (*Vorverfahren*)⁹: es formado por el ministerio fiscal (*Staatsanwalt*), el cual, por disposición de la ley (§ 160), debe “investigar las circunstancias” tan pronto como sospeche de la comisión de un delito, o tenga noticias, por medio de denuncia (§ 158) o de cualquier otro medio, del mismo. Con este fin, es el encargado de interrogar al inculpado, testigos y peritos, ordenar registros, tomar las medidas necesarias para procurarse los medios de prueba (*Beweismittel*), que no se pierdan las existentes, y todo lo necesario para el esclarecimiento de los hechos. El debe “averiguar no solo las circunstancias que convengan inculporias (*Belastung*), sino también las exculporias (*Entlastung*)” (§ 160.2). El ministerio fiscal no es, por consiguiente, en el proceso alemán parte, porque está obligado a la más estricta objetividad. Naturalmente, estos difíciles deberes de investigación no son desempeñados en muchos casos por el ministerio fiscal solo. Por esto es la fiscalía una de las autoridades y funcionarios que, en general, de modo distinto al perfectamente independiente juez, están obligados a cumplir las órdenes de sus superiores (§ 146 GVG).

⁷ Consta de 474 párrafos, si bien muchos de ellos están derogados o con duplicaciones de la numeración.

⁸ Los términos alemanes *Prozess* y *Verfahren* son traducidos ambos normalmente por *proceso*, salvo que *Verfahren* haga referencia, v. gr., al procedimiento establecido para el interrogatorio del inculpado, testifical, etc. El autor utiliza solo *Prozess* con referencia al proceso como ente abstracto, y *Verfahren*, cuando se refiere al proceso en concreto, a los procesos especiales o a determinados procedimientos.

⁹ Este procedimiento preliminar no es comparable a la fase sumarial española, entre otras razones, por la que se dice en el texto de ser llevada a cabo por el fiscal. Comprende desde la denuncia hasta el juicio oral, es decir, el *Ermittlungsverfahren* (procedimiento para la averiguación del hecho) y la *Klagezulassung* (procedimiento para determinar si la ‘acción’ es admisible).

Pero el ministerio fiscal depende, aunque puede reaccionar de modo uniforme y persuasivo, no obstante, de la ayuda de otros órganos estatales en el esclarecimiento del delito. Ello rige ante todo para la policía (*Polizei*), la cual es indispensable, a causa de su amplia plantilla (*personelle Bestand*), de la tecnificación de sus instrumentos y del conocimiento profesional de las técnicas criminalísticas. El legislador ha dado a la policía competencias en un doble sentido: ha de poner en práctica todas las investigaciones que sean reclamadas por el ministerio fiscal (§ 161); pero, aún más, tiene asimismo el “deber de la primera actividad” (*Pflicht des ersten Zugriffs*), es decir, tiene que perseguir espontáneamente y sin la iniciativa del ministerio fiscal una vez cometido el delito, y tomar todas las ordenaciones autorizadas sin pérdida de tiempo (§ 163). Después, ciertamente, se han de remitir “sin demora” (*ohne Verzug*) las actas al ministerio fiscal, con el fin de que no le sea arrebatado de las manos por la policía —organizada de forma absolutamente autónoma— el procedimiento preliminar. Según el derecho de cada Estado (*Land*) existe otra categoría de policías, llamados “funcionarios ayudantes del ministerio fiscal” (*Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft*, § 152 GVG), los cuales quedan sometidos a él, pero que tienen en casos urgentes determinados poderes coactivos (*Zwangsbefugnisse*, §§ 81 a, c, 98 y 105), que el policía común no tiene.

Además de la policía, también ayuda al ministerio fiscal el llamado “juez de la investigación” (*Ermittlungsrichter*)¹⁰. Su intervención (§ 162) en esta fase puede ser necesaria por diversos motivos. Solo en la vista principal (*Hauptverhandlung*) está permitido leerse determinadas explicaciones que han sido emitidas en el procedimiento preliminar, siempre y cuando vengan contenidas en el legalmente previsto protocolo o acta judicial (§§ 251, 254). Ya por esto puede ser recomendable el que se produzca un interrogatorio judicial. Además, está reservada al juez, quien goza de todas las garantías de una personal y real independencia, la ordenación de medidas coercitivas, que inciden fundamentalmente en la libertad de la persona. Un fiscal no puede por sí mismo, v. gr., decretar una orden de detención (*Haftbefehl*, § 114), sino tan solo solicitarla al juez; él tiene permitido ordenar también el embargo (§ 98), la toma de sangre (*Entnahme einer Blutprobe*, § 81 a), registros (§ 105) e investigaciones corporales (*körperliche Untersuchungen*, § 81, c), solo por motivos de urgencia, en lugar del juez competente. Todavía más, el ministerio fiscal no tiene permitido tomar juramento (*Eide abnehmen*, § 161 a.1, frase 3); cuando “parezca necesario tomar juramento a testigos y peritos en el procedimiento preliminar para la producción de una declaración sobre un punto importante del proceso” (§ 65), tiene que solicitarlo el ministerio fiscal al juez de la investigación, quien debe aprobarla siempre que se den los presupuestos legales, pues la dirección del procedimiento preliminar la tiene el ministerio fiscal y no el juez. No obstante, si existe peligro por el retraso, dicho juez puede adoptar personalmente medi-

¹⁰ Intraducible por “juez de instrucción”. Como hemos dicho, el procedimiento preliminar es llevado por el fiscal y no por un juez, pero cabe, según se sigue en texto, la intervención de un juez en esta fase: el *Ermittlungsrichter*.

das de investigación (§§ 165, 166), pero también entonces “corresponden al fiscal las resoluciones que sigan” (§ 167).

El ministerio fiscal está obligado a proseguir la causa siempre que tenga los suficientes elementos de apoyo para ello (§ 152, el llamado “principio de legalidad”); solo en casos excepcionales (§§ 153 y s.) tiene permitido, en parte con la aprobación (*Zustimmung*) del tribunal, en parte sin ella, abstenerse de perseguir y acusar a un inculpaado. En los supuestos normales, cuando ha esclarecido en la medida de lo posible las circunstancias del hecho con la ayuda de la policía o del juez de la investigación, el fiscal tiene dos posibilidades: acusar, si con base en sus investigaciones tiene por probable una condena, presentando ante el tribunal competente el escrito de acusación (*Anklageschrift*, §§ 170.1 y 200), en cuyo caso el proceso entra en el procedimiento intermedio (*Zwischenverfahren*)¹¹; o archivar la causa (§§ 170.2 y 171)¹², aunque en este caso puede recurrir el ofendido (*Verletzte*), y contra la denegación solicitar una decisión judicial (el llamado procedimiento para forzar la acción, §§ 172 y s.)¹³. De este modo el ministerio fiscal puede ser obligado por el tribunal a presentar la acusación aun contra su voluntad (§ 175).

b) Después de la terminación del procedimiento preliminar comienza el procedimiento intermedio, en el que por primera vez el tribunal entra en función (§§ 198 a 212 b). En esta fase no se decide todavía sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, sino acerca de si puede pasarse a la fase de procedimiento principal. De ahí que se tenga que notificar el escrito de acusación al inculpaado, y el tribunal estudiará su defensa y sus solicitudes (§ 201). Asimismo, el tribunal, para un mejor esclarecimiento del asunto, puede ordenar la práctica de algún medio de prueba (§ 202). En ello es independiente de las solicitudes del ministerio fiscal (§ 206).

Esta fase puede terminar esencialmente de dos maneras: o bien puede el tribunal rechazar la apertura del juicio oral, con fundamento en consideraciones jurídicas o porque la sospecha no es suficiente (§ 204); o bien acuerda la apertura del procedimiento principal y admite la acusación —si se diera el caso con ciertos cambios— para la vista principal (§ 207). Antes que se llegue a esta vista pública, que para un lego en derecho es por lo general solo lo que realmente es “el proceso”, el asunto penal tiene que haber atravesado normalmente dos filtros, que pueden suponer el final de una ulterior persecución: la investigación a cargo del ministerio fiscal, y la fase intermedia. Se observa que el legislador ha puesto un gran cuidado en que se bloqueen persecuciones injustas tarde o temprano.

¹¹ Salvadas las distancias, es equivalente a la fase intermedia del proceso penal español por delitos graves.

¹² Hemos preferido traducir el verbo *einstellen* por “archivar”, en lugar de por “sobreseer”, pues aunque materialmente pueda tener los mismos resultados, en el derecho penal alemán los requisitos y el procedimiento son distintos.

¹³ Traducción literal de *Klageerzwingungsverfahren*. La expresión designa el procedimiento establecido para decidirse si la acusación se formula a pesar de la negativa del fiscal. Hay una referencia a ello en la Exposición de Motivos de la L.E.Cr. española párrafo 26. Su inicio corresponde a los ofendidos por el delito, y tiene su explicación en que en el derecho alemán no existe la querrela.

La fase intermedia no se admite en el llamado “procedimiento acelerado” (*beschleunigtes Verfahren*, §§ 212 y 212 b). En él no se requiere escrito de acusación, pues el fiscal puede formular su acusación oralmente (§ 212 a). Presupuestos de este procedimiento son: competencia del juez penal individual (*Strafrichter*) o del tribunal de escabinos (*Schöffengericht*), sencillez de asunto, posibilidad de una rápida condena y pena privativa de libertad no superior a un año (§§ 212 y 212 b).

c) El procedimiento principal (*Hauptverfahren*)¹⁴ comienza con una serie de medidas preparatorias, como la determinación de la fecha en que tendrá lugar el acto, las citaciones (*Ladungen*), etc. (§§ 213 a 225), y corona con la vista oral ante el tribunal que de ella deba conocer (§§ 226 a 295). Con este fin ha previsto la GVG diferentes competencias por razón de la materia. Según la importancia del caso conoce el juez¹⁵ penal individual (*Richter am Amtsgericht als Einzelrichter*, § 25 GVG); el tribunal de escabinos (§§ 24, 28 y 29 GVG), compuesto por un juez de carrera (*Berufsrichter*) (en asuntos importantes dos) y dos legos, los llamados escabinos (*Schöffen*)¹⁶; la Sala de lo Penal (*Strafkammer*) de la Audiencia Provincial (*Landgericht*, § 76 GVG), compuesta por tres jueces de carrera y dos escabinos; en delitos muy graves (§ 74, *II GVG*), el Tribunal de Jurado (*Schwurgericht*), formado por tres jueces de carrera y dos jurados (§ 76 GVG); y de los delitos políticos (*politische Delikte*) conoce en general la Audiencia Territorial (*Oberlandesgericht*) en primera instancia (§ 120 GVG). Con esta detallada regulación de la competencia debe lograrse que, en la medida de lo posible, esté determinado ya antes del hecho el tribunal para cada caso concreto según normas abstractas, y que nadie pueda ser sustraído de su predeterminedo “juez legal” (*gesetzlicher Richter*), un principio del Estado de derecho que también ha sido admitido en la Constitución (art. 101 GG¹⁷, así como § 16 GVG).

El desarrollo procedimental de esta fase es, a grandes rasgos, como sigue: después de abrirse la sesión en audiencia pública (*Aufruf der Sache*), y de la convocación a estrados de los testigos y peritos, se interroga al acusado (*Angeklagte*) sobre sus circunstancias personales (*persönliche Verhältnisse*). A continuación, el ministerio fiscal lee la acusación (*Anklagesatz*), a la que el acusado puede responder, si está preparado para declarar, defendiéndose y pudiendo deducir los elementos y circunstancias favorables a su causa (§§ 243 y 136.2). Sigue la práctica de la prueba (*Beweisaufnahme*, §§ 244 y s.), la cual ha sido re-

¹⁴ Como se habrá observado, traducimos la expresión literalmente. En esencia, equivale a nuestra fase de juicio oral.

¹⁵ Los jueces y categorías que ahora se enumerarán no pueden en absoluto traducirse literalmente. Se emplea la categoría española si se corresponde jerárquicamente con la alemana, aunque, como es de suponer, existen importantes diferencias.

¹⁶ A pesar de que históricamente hubo diferencia entre jurado (*Geschworene*) y escabino (*Schöffe*), hoy los términos se han de traducir por *jurado*, ya que ambos son legos en derecho. No obstante, siguiendo al autor, mantenemos la traducción literal, pues cada uno de ellos forma parte de tribunales distintos.

¹⁷ *Grundgesetz*, Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949.

gulada por el legislador muy escrupulosamente, pues ante todo debe evitarse que se llegue a no practicar prueba o rechazarse injustificadamente (§§ 244 a 246), y que sea sustituida la audiencia personal de los testigos, peritos o acusados, por la lectura de sus declaraciones en el procedimiento preliminar (§§ 250 y s.). Después de la práctica de cada una de las pruebas, se escucha otra vez al acusado (§ 257), y a su término vienen las conclusiones (*Plädoyers*) del ministerio fiscal y del defensor, correspondiendo la última palabra (*letzte Wort*) al acusado (§ 258). Tras su escucha, el tribunal se retira para deliberación (*Beratung*) y votación (*Abstimmung*, §§ 192 a 197 GVG). El órgano jurisdiccional sentencia sin sujeción a criterio de valoración legal de la prueba alguno, sino "según su libre e inspirada convicción en relación con lo que se deduce del proceso" (§ 261, fundamento de la libre apreciación de la prueba, *freie Beweiswürdigung*). No está permitido condenar si el tribunal no tiene el pleno convencimiento de la culpabilidad del acusado, permaneciendo en pie todavía las últimas dudas, incluso cuando la probabilidad está en pro de la culpa del acusado (*in dubio pro reo*). El juicio oral se cierra con la publicación (*Verkündung*) de la sentencia (§ 260), que debe contener en general la condena o absolución. Se promulga "en Nombre del Pueblo" (*im Namen des Volkes*), mediante la lectura del fallo de la sentencia (*Urteilsformel*) y explicación oral (*Eröffnung*) de su fundamentación jurídica y fáctica (*Urteilsgründe*, § 268); sobre su contenido la ley da reglas bastante exactas (§§ 260.4 y 267). Con ello termina el proceso en primera instancia.

3) El siguiente libro de la *StPO* está dedicado a los medios de impugnación (*Rechtsmittel*, §§ 296 a 358). Estos son tres: el recurso de queja (*Beschwerde*), el de apelación (*Berufung*), y el de casación (*Revision*). De ellos puede hacer uso tanto el acusado como el ministerio fiscal. Este puede recurrir también en favor del reo, con el fin, v. gr., de lograr en la instancia superior la absolución, posibilidad que es consecuencia de la posición imparcial de que goza (§ 296).

El recurso de queja (§§ 304 y s.) se da contra las resoluciones del tribunal o acuerdos de su presidente, pero no contra la sentencia misma. Contra la sentencia cabe apelación (§§ 312 a 332) y casación (§§ 333 a 358). La distinción entre estos dos medios de impugnación estriba en que en apelación no solo se examina la aplicación del derecho hecha en la sentencia de instancia, sino también la averiguación de los hechos de la instancia anterior. En cambio, por medio de la casación, los hechos en que se basa la sentencia permanecen incontestables examinándose tan solo si el tribunal *a quo* ha incurrido en un error culpable en la aplicación del derecho material o formal. Importante es a estos efectos la coexistencia de motivos de casación absolutos y relativos. Mientras que en los supuestos normales un error en la aplicación del derecho solo lleva a la rescisión de la sentencia, si se prueba que posiblemente ha influido en la decisión (§ 337), tiene por contra la sentencia que ser revocada dándose uno de los motivos enumerados en el § 338. La ley quiere con esto asegurar a toda costa determinadas garantías en el proceso debido (*ordnungsmässiges Verfahren*) (legal composición del tribunal, asistencia de las partes, publicidad de la vista, la no limitación de la defensa, fundamentación de la sentencia). Para la apelación y casación rige la prohibición de la *reformatio in pejus*

(*Verschlechterungsverbot*, §§ 331 y 358.2): no se permite, según este principio, variar en perjuicio del inculpado el contenido de la sentencia, cuando el recurso ha sido interpuesto solo en favor del imputado. El sentido de esta regla estriba en que nadie, a causa de temer ser penado más gravemente en la instancia superior, se sienta impedido para la interposición de un recurso.

La admisibilidad de la apelación y de la casación está regulada muy distintamente. Se da el recurso de apelación contra las sentencias de los jueces penales individuales y de los tribunales de escabinos (§ 312). La casación solo es posible contra las sentencias de la Sala de lo Penal y del tribunal de jurado, así como contra las sentencias dictadas en primera instancia por el *Oberlandesgericht* (§ 333). De esta regulación se desprende que contra las sentencias de los jueces penales individuales o escabinos puede ser interpuesto inmediatamente recurso de apelación para ante la Pequeña (*kleine*) o Gran (*grosse*) Sala de lo Penal del *Landgericht* (§ 76.2 GVG), siendo procedente contra sus sentencias, casación ante el *Oberlandesgericht* (§ 121 GVG); mientras que las sentencias dictadas en primera instancia por la Gran Sala de lo Penal del *Landgericht* o del tribunal de jurado, solo por medio de la casación pueden ser impugnadas. Ello significa que es más largo el proceso para los delitos poco importantes que para los más graves, pues para estos no ha previsto la ley una segunda instancia de hecho (*Tatsacheninstanz*).

Cuando la sentencia no pueda ser impugnada mediante un recurso —bien porque desde un principio era imposible, bien por haber transcurrido el plazo para su interposición, o por haber finalizado la tramitación procedimental del proceso en su fase de recurso—, se produce el efecto de cosa juzgada (*Rechtskraft*). Por ella deviene en general irrevocablemente cerrado el proceso. Una nueva condena está prohibida por la Ley Fundamental (art. 103.3 GG) (*ne bis in idem*).

4) Contra el principio de que la cosa juzgada es inatacable hay una infrecuente excepción: el proceso de revisión (*Wiederaufnahme des Verfahrens*), del cual se ocupa el libro cuarto de la *StPO* (§§ 359 a 373 a). El mismo cabe en favor (§ 359) como en contra (§ 362) del acusado. El proceso se da, por y contra el acusado, siempre que se manifieste alguno de estos tres primeros motivos: la influencia en la sentencia de documentos falsos (*falsche Urkunden*), o por las declaraciones falsas de testigos y peritos, o, por último, por hechos punibles del juez (*strafbare Handlungen eines Richters*) en relación con el asunto. Por supuesto, como consecuencia de esos hechos punibles tiene que haber acaecido una condena penal firme (§ 364). Las tres siguientes causas solo pueden deducirse en favor del condenado: la revocación de la sentencia civil en que se apoya la aplicación de una pena, el descubrimiento de nuevos hechos o medios de prueba, y, según el § 79 BVerfGG¹⁸, la declaración de nulidad de una disposición en que se base la sentencia por el Tribunal Federal Constitucional. Solo puede lograrse un agravamiento para el condenado a través del proceso de re-

¹⁸ *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 12 de marzo de 1951.

visión por el siguiente motivo: la creíble confesión del absuelto de haber perpetrado el delito. Pero el hallazgo de un medio de prueba para inculpar a un absuelto no justifica la revisión. El legislador acepta así el no penar a un probable culpable, a la inseguridad jurídica que se produciría de poderse permitir la reapertura en cualquier momento del proceso ya finalizado.

5) El libro quinto (§§ 374-406 c) se ocupa de la "participación del ofendido en el proceso". Para ella la ley ha previsto tres formas: la acusación privada (*Privatklage*, §§ 374-394)¹⁹, la acusación particular (*Nebenklage*, §§ 395-402)²⁰, y el llamado proceso de adhesión (*Adhäsionsverfahren*, §§ 403-406 d)²¹. La acción privada posibilita al ofendido, en los delitos enumerados en el § 374, que a la generalidad interesan menos, al actuar procesalmente como acusador en lugar del ministerio fiscal. Este no necesita por consiguiente ejercer la acción penal cuando el interés público no lo exija (§ 376), lo que constituye una excepción al principio de legalidad. Corresponde esta intervención de la parte privada en la persecución penal reservada al Estado, en el fondo, poco a la estructura de nuestro proceso penal. El legislador hace depender por esto en la mayoría de los casos la admisibilidad de la acción privada al fracaso del "intento de conciliación" (*Sühneveruch*) ante la correspondiente autoridad estatal (§ 380)²². No obstante, puede el ministerio fiscal reclamar el asunto en cualquier fase procedimental del proceso en que intervenga un *Privatkläger* (§ 377). Este deviene entonces *Nebenkläger*, posición que puede ocupar desde un principio, concedida por la ley a quienes tienen intereses especiales en el proceso (§ 395). El acusador particular actúa como ayudante (*Gehilfe*) del fiscal, tiene los derechos del acusador privado (§ 397), y puede interponer él mismo un recurso (§ 401).

La última parte de este quinto libro trata de la "indemnización (*Entschädigung*) del ofendido" (§§ 403 y s.), no haciendo referencia directa a la condena penal (*Verurteilung*). En ella se debe dar la posibilidad de que el perjudicado reclame sus derechos patrimoniales en el proceso penal por derivarse del delito, en lugar de tener que interponer la acción ante un tribunal civil, como sería necesario. Se debe evitar así un segundo proceso. Pero, por otra parte, el tribunal tiene que abstenerse a menudo de una decisión sobre la pretensión civil, porque el proceso penal no es el medio idóneo para ello (§ 405). Por esto la posibilidad de que aquella se reclame conjuntamente en un proceso penal no ha tenido éxito en la práctica.

¹⁹ Equivale aproximadamente su ejercicio al que realiza nuestro actor o acusador privado.

²⁰ El término es intraducible literalmente por coacusador, en todo caso por acusador que actúa al lado del M.F., como se desprende de su función, que es descrita más adelante en el texto, pareciéndose a la del acusador particular.

²¹ El "proceso de adhesión" no es otra cosa sino la formulación en un mismo procedimiento penal de la pretensión penal y de la civil, hecho muy raro en Alemania Federal, puesto que la reclamación conjunta no goza de las simpatías de jueces y abogados al verse obligados a tratar de dos objetos distintos, civil y penal, y por la existencia del proceso de decreto penal (*Strafbefehl*) (equivalente al italiano *decreto penale di condanna*, de los arts. 506 y s. del *Codice di Procedura Penale* de 19 de octubre de 1930).

²² El órgano conciliador es normalmente el alcalde, quien puede delegar, pero varía según los diferentes *Länder*.

6) En el sexto libro de la *StPO* (§§ 407-444) se tratan algunos procesos especiales (*besondere Prozessformen*)²³.

a) El proceso de decreto penal (*Strafbefehlsverfahren*, §§ 407-412) es un proceso sin juicio oral, tan solo admisible en asuntos de poca importancia (ante todo no cabe en caso de imposición de pena privativa de libertad) (§ 407). El ministerio fiscal solicita el decreto penal al juez penal (*Amtsrichter*). Si este duda en decidirse según los autos, fija fecha para la vista principal y eleva los autos al proceso ordinario (*ordentliches Verfahren*, § 408, párr. 2); de lo contrario promulga el decreto penal (§ 408, párr. 1). Si el inculcado se opone, fuerza con su oposición el juicio moral (§§ 409, 411). Si no lo hace, deviene firme (*rechtskräftig*) el decreto penal (§ 410). La jurisprudencia (*Rechtsprechung*) ha admitido, a causa de la naturaleza sumaria (*sumarische Natur*) de este proceso, que se pueda perseguir más tarde otra vez el hecho desde otro punto de vista jurídico que fundamenta una pena superior (*erhöhte Strafbarkeit*). La prohibición de castigar dos veces (*Verbot des Doppelbestrafung*) rige aquí, pues, solo limitadamente.

b) El proceso de seguridad (*Sicherungsverfahren*, §§ 413-416) se refiere al supuesto de que, a causa de la irresponsabilidad (*Schuldunfähigkeit*) o falta de capacidad para ser parte (*Verhandlungsunfähigkeit*) del inculcado, no se verifique el proceso, en cuyo caso se consideran medidas de corrección (*Besserung*) y seguridad (*Sicherung*) (§ 413). El proceso se lleva a cabo —con limitadas divergencias— solo en la forma de un proceso penal (§§ 414, 415), y puede reanudarse de nuevo el proceso ordinario si resulta más tarde responsabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) del inculcado (§ 416).

c) El llamado "proceso objetivo" (*objektives Verfahren*, §§ 430-443) es un proceso sin acusado que se regula autónomamente, con la seguridad (*Gewährung*) de que existirán las garantías jurídicas (*Rechtsgarantien*) necesarias, en determinadas disposiciones sobre confiscación (*Einziehung*) y embargos de objetos del patrimonio (*Vermögensgegenstände*), en tanto que no tengan lugar en conexión con un proceso penal.

d) El "proceso para la imposición de multas administrativas a personas jurídicas y a asociaciones" (*Verfahren bei Festsetzung von Geldbusse gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, § 44) ha sido, a causa de la nueva ley sobre infracciones al orden (*ordnungswidrigkeitengesetz*)²⁴, con efectos desde el 1º de octubre de 1968, insertado este proceso en la *StPO*. Se parece al proceso objetivo.

7) El último libro de la *StPO* (§§ 449-473) es menos importante para un primer estudio del proceso penal. Se regula en él, tras la cosa juzgada de la sentencia (§ 449), la principiante ejecución penal (*Strafvollstreckung*), que está

²³ La nomenclatura de los procesos penales especiales alemanes es normalmente intraducible por no tener, en general, parangón con los españoles. De ahí que se prefiera la traducción literal.

²⁴ Traducción literal, siguiendo a la realizada por J. M. Rodríguez Devesa del libro de HEINZ MATTES, *Problemas del derecho penal administrativo*, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1979. Puede, no obstante, traducirse también por "Ley de ilícitos administrativos", que es la italiana (v. E. DOLCINI, y C. E., PALIERO, "Legge sugli illeciti amministrativi". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, 4, págs. 1311 y s., en donde traducen la ley alemana).

en manos del ministerio fiscal (§ 451), y las costas (*Kosten*) procesales (§§ 464 y s.).

III. LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL Y EL CAMINO SEGUIDO POR LA LEGISLACIÓN DE REFORMA

1) Las mayores seguridades que nuestro proceso penal contiene favorables al inculcado vuelven al conjunto de ideas de la época de la Ilustración (*Aufklärungszeit*). Mucho de lo que hoy parece evidente: la independencia del juez (*Unabhängigkeit*), la separación entre las funciones de acusar y sentenciar mediante la creación de una Fiscalía del Estado (*Staatsanwaltschaft*) independiente, la publicidad (*Öffentlichkeit*, § 169 *GVG*) y la oralidad (*Mündlichkeit*) de la vista principal, la participación de los jueces legos en el proceso penal, el principio del juez legal, las máximas *in dubio pro reo* y *ne bis in idem*, la libre apreciación de las pruebas y la escrupulosa protección ante las arbitrarias limitaciones del derecho de libertad (§§ 94 y s., 112 y s.), es todo en su consecución práctica un resultado del movimiento de reforma liberal del siglo XIX, a menudo orientado hacia el derecho francés, y que se ha impuesto en la mayoría de los Estados alemanes después de 1848. El llamado proceso inquisitivo (*Inquisitionsprozess*), vigente hasta entonces en muchos sitios, era sustraído del control por el público a causa de su no publicidad (*Heimlichkeit*) y escritura (*Schriftlichkeit*); la acumulación de todas las funciones procesales en manos del juez, quien tanto debía perseguir como juzgar, poniendo en peligro la imparcialidad del fallo. También acontecieron durante mucho tiempo las arrogantes injerencias de las autoridades en el proceso penal, la llamada *Kabinettsjustiz*. El inculcado permanecía bajo el poder de la autoridad en forma bastante indefensa. Hubo la posibilidad de condenar con base en sospechas, y revisar casos oscuros ya finalizados. Pero ante todo fueron despreciadas la libertad individual personal y los derechos humanos del delincuente. El tormento como medio para obligar a declarar fue abolido en muchos casos a finales del siglo XVIII (primero en Prusia, en 1740, por Federico el Grande).

2) Si no se pierde de vista este fondo histórico, se tiene que considerar a nuestra difamada *StPO* como una de las más importantes conquistas del Estado de derecho (*Rechtsstaat*). El empeño en no subordinar los derechos del inculcado a la meta de una más eficaz persecución penal conforma no solo la estructura del proceso, con sus etapas procesales que tienen como fin un continuo nuevo examen; también sirven a él el cuidadoso reparto de deberes entre el ministerio fiscal y el juez, las descritas garantías jurídico-procesales y numerosas normas aisladas que aquí no pueden citarse, pero que se tienen que leer en relación con este esfuerzo, para, tras los detalles técnicos, descubrir su verdadero sentido. No es posible en esta corta Introducción referirse a todas las modificaciones de la *StPO* desde 1877, y a la progresiva decadencia del principio del Estado de derecho en el Tercer *Reich*, aunque sería instructivo. Debe bastar el dato de que el legislador de la posguerra lo que ha hecho en el fondo

ha sido reimplantar el estado jurídico que había antes de 1933. A través de la Ley Fundamental de 1949, algunos de los más importantes principios procesales penales, a saber: la garantía del juez legal, la pretensión de audiencia judicial (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), la prohibición de castigar dos veces, y las garantías jurídicas en la privación de libertad, han ganado rango constitucional (arts. 101, 103, párs. 1, 3, 104). También han jugado un importante papel en la exposición y desarrollo de nuestro derecho procesal penal los derechos fundamentales, sobre todo, el derecho a la protección de la dignidad humana (art. 1). Esta directa interrelación entre proceso penal y Constitución es en la práctica también muy importante, porque el particular puede formular, incluso con su declaración de que han sido violados sus derechos fundamentales, después del agotamiento de la vía judicial, queja constitucional ante el Tribunal Constitucional (§ 90 *BVerfGG*).

La llamada Ley de Adaptación (*Vereinheitlichungsgesetz*)²⁵, del 1º de octubre de 1950, ha concretado cuidadosamente algunas de las llamadas normas fundamentales. Así, por ejemplo, la minuciosa regulación del procedimiento de revisión judicial del arresto (*Prüfungsverfahren bei der Verhaftung*, §§ 114 y s.) y en la detención provisional (§§ 127 y s.), es solo una regulación más detallada de lo que a su vez dispone el art. 104 *GG*. Y el importantísimo § 136 a, que enumera detalladamente los métodos que son inadmisibles en un interrogatorio (como la fatiga, administración de productos fármacos, la tortura, el engaño, etc.), en aras de la protección de la dignidad humana en el interrogatorio. Estos principios son desarrollados permanentemente por la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) declaró ya en 1954 que la aplicación del 'detector de mentiras' (un aparato que averigua a través de mediciones de la presión sanguínea y respiratorias las reacciones sensoriales de un inculcado al declarar, y con ello su contenido de verdad) es inadmisibles en el proceso penal con base en el art. 1º del *GG* y § 136 a de la *StPO*; e incluso en una sentencia de 1964 fueron rechazadas las anotaciones en diarios personales íntimos bajo determinadas circunstancias como medios de prueba, porque podía perjudicar su aplicación la dignidad humana y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del autor. En esta relación hay que resaltar como siguiente fundamento legal la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales (*Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*), que es ley federal desde 1958. Dicha Convención contiene algunas garantías fundamentales del proceso penal (arts. 2 a 8), y permite en caso de trasgresión, bajo determinadas circunstancias, incluso el acudir a la Comisión Europea de los Derechos del Hombre.

3) La *StPO* ha sido reformada numerosas veces escalonadamente desde 1964. Ante todo debe destacarse la Ley de Modificación del Proceso Penal (*Strafprozessänderungsgesetz*) del 19 de diciembre de 1964 (la llamada Pequeña Reforma Procesal Penal), que adoptó numerosas novedades. Las más impor-

²⁵ Es la Ley que adaptó la *StPO* de 1887 a la situación constitucional planteada en Alemania tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

tantes son la radical reelaboración del derecho de prisión provisional (§§ 112-126 a), el reforzamiento de la posición del defensor mediante la ampliación de su derecho a examinar los autos (*Akteneinsichtsrecht*), y del derecho a comunicarse con el inculcado (§§ 147 y 148), y la introducción de la obligación de instruir ampliamente al inculcado sobre su derecho a negarse a declarar (*Aussageverweigerungsrecht*, §§ 136, 163 a, 243, pág. 4).

Los más significativos cambios de los años siguientes son la supresión del principio de legalidad en los delitos contra la seguridad del Estado (el nuevo § 153 c), por medio de la Octava Ley de Modificación del Derecho Penal (*8 Strafrechtsänderungsgesetz*) del 25 de junio de 1968, la regulación del hasta entonces inadmisibles control del teléfono en los §§ 100 a y 100 b, por medio de la llamada Ley de Escuchas (*Abhörsgesetz*) del 13 de agosto de 1968, y la nueva ordenación de las disposiciones sobre costas, que la Ley de Introducción de la Ley sobre Infracciones al Orden (*Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz*), con efectos a partir del 1º de octubre de 1968, ha introducido en los §§ 467 a 467 a. Según estos, ahora se impondrán al Estado los gastos necesarios del inculcado (*Staatkasse*), incluso si ha habido absolución o archivo de la causa, cuando queda libre por falta de pruebas, o queda exento de una ulterior persecución. Hasta ahora los gastos necesarios del inculcado tenían que ser repuestos solo si resultaba su inocencia o faltaba fundada sospecha. La "Ley para la Introducción General de una Segunda Instancia Jurídica en Asuntos Penales para la Protección del Estado" (*Gesetz zur allgemeinen Einführung eines zweiten Rechtszuges in Staatsschutz-Strafsachen*), de 8 de septiembre de 1969, puso remedio al inconveniente de un mal estado de cosas criticado desde hace mucho tiempo, pues en materia de delitos contra la seguridad del Estado, en caso de condena, no se daba recurso alguno (compárense ahora los nuevos §§ 120, 135 GVG, y 330 StPO). Por último, la novedad más importante de 1972 está en la introducción del § 112 a StPO, que ha ampliado los casos de detención por el peligro de reincidencia (*Wiederholungsgefahr*) a algunos hechos punibles violentos, contra el patrimonio, por drogas, así como en los que causan estragos y son peligrosos para la comunidad (*gemeingefährliche Straftaten*)²⁶.

4) Pero los más decisivos cambios de la posguerra han sido realizados por medio de tres leyes en 1974: la Ley de Introducción a la Nueva Parte General del Código Penal (*Einführungsgesetz zum neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*)²⁷, del 2 de marzo de 1974, la Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal (*erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*)²⁸ del 9 de diciembre de 1974, y la Ley Complementaria de la 1. StVRG (*Gesetz zur Ergänzung des 1. StVRG*) del 20 de diciembre de 1974. Las tres entraron en vigor el 1º de enero de 1975.

a) La EGStGB prevé la adaptación de las disposiciones particulares sobre proceso penal al nuevo derecho penal material, pero sobrepasa este límite en

²⁶ Son los de los §§ 306 y s. StGB.

²⁷ En adelante EGStGB.

²⁸ En adelante 1. StVRG.

muchos puntos. Así, ha sido totalmente regulado de nuevo el aseguramiento de objetos o derechos patrimoniales, que están sujetos a confiscación o, en su caso, a comiso (*Verfall*, §§ 73 y s. StGB), y se utiliza para indemnizar al perjudicado (§§ 111 b y s.). Las posibilidades de archivo en relación con la pequeña criminalidad han sido considerablemente ampliadas (§ 153 a). El proceso contra ausentes (*Abwesende*) está limitado según los §§ 285 y s. al mero aseguramiento de la prueba, habiendo sido derogada la vista principal contra ausentes. Con la supresión de las contravenciones (*Übertretungen*) en el derecho penal material se ha derogado también el proceso penal para la promulgación del decreto en materia de faltas (*Strafverfügungsverfahren*). En relación con la ejecución penal, ha creado la EGStGB, al lado de una más exacta regulación de la ejecución de las penas pecuniarias, la competencia del ministerio fiscal como única autoridad competente para conocer de la ejecución penal, y la organización de las Salas de Ejecución Penal (*Strafvollstreckungskammern*, §§ 78 a/b GVG), que son competentes en lo esencial para las posteriores decisiones judiciales sobre penas privativas de libertad. Por último, cabe la mención de que la posibilidad de una exclusión de la publicidad según el § 172 GVG ha sido ampliada a la deliberación de las circunstancias de la vida privada de un participante en el proceso, así como también a un círculo más amplio de los secretos privados que se protegen, y al interrogatorio de menores de 16 años.

b) La 1. StVRG persigue ante todo la meta de hacer posible un aceleramiento (*Beschleunigung*) del proceso penal. Ello debe ser alcanzado con base en todo un conjunto de medidas: en primer lugar, mediante la derogación de la instrucción previa judicial (*gerichtliche Voruntersuchung*), así como de la última audiencia al ministerio fiscal (*Schlussanhörung*) y a las partes (*Schlussgehör*). Además, disponiendo que el inculcado, los testigos y los peritos sean obligados también a obedecer las citaciones del fiscal (§§ 161 a, 163 a), y por la influencia de gran número de disposiciones particulares en la rapidez del desarrollo del proceso.

Otras disposiciones posteriores suprimen inconvenientes presentados en la práctica, en materia de regulación de plazos. Así, debe evitarse la no rara antiguamente demora de meses para la redacción de la sentencia, que en el texto anterior (pero casi nunca observado) era de una semana y ahora se prolonga hasta cinco en el § 275 (siendo todavía más largo en procesos importantes); la trasgresión de este plazo es un motivo absoluto de casación (§ 338, núm. 7). Además, ha sido sustituido, para evitar una repetición de procesos muy voluminosos (*Monstreverfahren*), el anterior plazo de suspensión de 10 días del § 229, por la admisibilidad de dos suspensiones de 30 días.

De las restantes novedades hay que señalar fundamentalmente: la ampliación del derecho de asistencia a los interrogatorios judiciales (§ 168 c), la introducción de la obligación de nombrar defensor en algunos casos, en los que se espera que quepa la revisión (§§ 364 a y b), y el cambio del anterior tribunal de jurados de reunión periódica del *Landgericht* constituido en reunión permanente, disminuyendo de seis a dos el número de jurados (§ 76 GVG).

c) La ley complementaria de la 1. StVRG, finalmente, que ha superado con gran rapidez la barrera parlamentaria después de la 1. StVRG, regula fundamentalmente la exclusión (*Ausschluss*) del defensor. Un abogado defensor, que fundadamente es sospechoso (*dringend verdächtig*) de conspirar con el inculpa-do, o de abusar de sus visitas a la prisión para cometer hechos punibles graves, o por constituir una amenaza grave para la seguridad del establecimiento, puede ser apartado en adelante de su intervención (*Mitwirkung*) en el proceso (§ 138 a-d). Puede —más lejos todavía—, diversamente como hasta ahora, existir una vista principal totalmente sin acusado, si él a propósito se ha hecho incapaz para asistir a la vista oral, o si a causa de su conducta irregular (*ordnungswidriges Benehmen*) tuvo que ser expulsado de la Sala (§ 231, a, b). Además, ha sido limitado a tres el número máximo de defensores por inculpa-do (§ 137), y la defensa de varios inculpa-dos por un defensor común (*gemeinschaftlicher Verteidiger*) ha sido declarada inadmisibles (§ 146).

5) Los años 1975-1978 supusieron cambios en importantes aspectos de la StPO. La ley sobre el derecho a negarse a testificar de personal de prensa y radiodifusión (*Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitarbeiter von Presse und Rundfunk*), del 25 de julio de 1975, ha remplazado la insuficiente regulación anterior sobre la protección a la información (véanse los §§ 53, párr. 1, núm. 5, 97, párr. 5, 98, párr. 1, 111 m, 111 n).

Además, han sido establecidas por ley del 18 de agosto de 1978 las siguientes disposiciones en la lucha contra el terrorismo: las posibilidades adicionales de arresto (§§ 112, párr. 3 StPO, 129 a StGB); la admisibilidad del control judicial de la correspondencia entre defensor e inculpa-do en procesos por terrorismo (§ 148, párr. 2), y una más precisa regulación de los efectos de la exclusión del defensor (§§ 138 a, párrs. 3 y 4, 138, c, párr. 5).

Por ley del 30 de septiembre de 1977 se admitió posteriormente una completa prohibición de comunicación entre abogado y cliente mientras se estén realizando actividades terroristas²⁹ (v. §§ 31 y s. EGGVG). Una de las últimas leyes en esta materia es la conflictiva llamada Ley Antiterrorista (*Anti-Terrorgesetz*) (oficialmente, Ley para la Modificación de la StPO, *Gesetz zur Änderung der StPO*), del 14 de abril de 1978. Se admite, con el fin de esclarecer hechos terroristas, el registro de viviendas (*Wohnungsdurchsuchung*) en una medida más amplia (§ 103), regula la institución de puestos públicos de control (*Einrichtung öffentlicher Kontrollstellen*, § 111)³⁰, y la averiguación de la identidad (*Identitätsfeststellung*, §§ 63, b, c) en la persecución de semejantes delitos; permite, de forma algo indirecta, el cristal de separación (*Trennscheibe*) en las conversaciones entre defensor y cliente (§ 148, párr. 2, frase 3); y se refiere además a pormenores sobre la exclusión del defensor (§§ 138 a y s.).

²⁹ Dicha prohibición de la comunicación entre abogado y cliente mientras se estén realizando actividades terroristas, hace referencia a que rige la prohibición durante, v. gr., el secuestro de una alta personalidad política, con fines terroristas, y hasta que se solucione.

³⁰ La ley permite que por medio de puestos de control callejeros se puedan registrar, v. gr., automóviles, acto no permitido con anterioridad, en caso de secuestro u otras actividades, principalmente de carácter terrorista.

La Ley de Modificación del Proceso Penal de 1979 (*Strafverfahrensänderungsgesetz*) (StVÄG 1979), del 5 de octubre de 1978, es provisionalmente el fin de las reformas. Prosiguió los intentos de la 1. StVRG hacia una aceleración del proceso penal. Las siguientes novedades que cabe resaltar fundamentalmente son: la recusación (*Ablehnung*) de un juez no lleva más a una interrupción del juicio oral (§ 29, párr. 2); una concentración material del proceso (*Prozessstoff*) en los epígrafes de la acusación que son esenciales y que permiten enjuiciar en “un plazo razonable”, ha sido posibilitada en una forma mucho más amplia (§§ 154, 154 a); el acta de las diligencias judiciales de investigación en el procedimiento de averiguación es simplificada (§§ 168, 168 a); la ilícita composición del tribunal puede ser reclamada en muchos casos solo hasta el comienzo del interrogatorio en el juicio oral, pero ya no en casación (§§ 222 a, b, 338, núm. 1); el volumen de la práctica de las pruebas y la lectura de los documentos en el juicio oral puede ser limitada en determinados casos más de lo que sucedía hasta ahora (§§ 245, 249, párr. 2); la solución por decreto penal es en adelante también posible en los procesos que pertenecen a la competencia de los tribunales de escabinos (§ 407, párr. 1).

6) Respecto a los cambios legislativos de 1980, la reforma más importante es la nueva regulación de la ayuda para las costas procesales (*Prozesskostenhilfe*) (el anterior beneficio de pobreza, *Armenrecht*), por ley del 13 de junio de 1980 (§§ 172, III, 2; 379, III; 373 a I StPO). Por ley del 28 de marzo de 1980 se ha creado la competencia territorial del juzgado (*Amtsgericht*) de Hamburgo para conocer de los delitos contra el medio ambiente marino (§ 10 a StPO).

FRAUDE PROCESAL Y OTRAS INFRACCIONES*

Doctor PEDRO PACHECO OSORIO

I. NOCIONES GENERALES

Estos delitos no habían sido codificados antes de ahora en la legislación colombiana, que ni siquiera los contemplaba como figuras dispersas, según lo hacen otros, en relación al menos con algunos de ellos.

Tales infracciones tienen como denominador común una burla a la administración de justicia, que puede llevarse a cabo de distintas maneras: a) induciendo en error mediante engaño a sus funcionarios, para obtener de ellos fallos ilegales (*fraude procesal*); b) suplantando a los mismos con el fin de hacerse justicia por la propia mano (*ejercicio arbitrario de las propias razones*); c) incumpliendo las obligaciones puestas a cargo de otros en sus determinaciones por las autoridades jurisdiccionales (*fraude a resolución judicial*); d) quebrantando la condena a expulsión del país impuesta por autoridad competente (*reingreso ilegal al país*).

Cualquiera de las conductas que acaban de enumerarse entraña un desconocimiento arbitrario de las facultades de que están investidos legalmente los que administran justicia, que debe ser reprimido por el magisterio penal, como el medio más eficaz para protegerlas y evitar el desquiciamiento del orden jurídico en esta materia.

II. FRAUDE PROCESAL

Art. 182.—“El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

Agente de la figura puede ser cualquiera, esto es, un abogado litigante o gestor, el propio interesado en obtener lo que se busca, inclusive un empleado oficial, pues la ley no distingue.

Sujeto pasivo es, en primer término, la administración de justicia y, en segundo lugar, el empleado oficial a quien se hace víctima del fraude y del error,

* Capítulo de la obra *Comentarios al Código Penal*, de PEDRO PACHECO OSORIO que se encuentra en prensa en la Editorial Temis y verá la luz pública dentro de pocos meses.

por cuanto debe responder eventualmente de su actuación ilegal, y la persona natural o jurídica que resulte afectada por la infracción a la ley.

La *acción delictiva* se contrae: a) a inducir en error mediante cualquier medio fraudulento al empleado oficial, y b) al fin de obtener de este sentencia, resolución o acto administrativo contrarios a la ley.

Para la existencia del primer elemento estructural de la infracción es menester que concorra cualquier *medio fraudulento*, entendiéndose por tal una objetividad externa capaz de darle apariencia de verdad a lo que no lo es, como la presentación de una prueba falsa, la supresión de una verdadera, el perjurio de alguna de las partes —según se explicó atrás (§ 18, núm. IV)— u otro semejante. No bastan, desde luego, las simples palabras mentirosas, las citas de normas jurídicas inexistentes, abolidas o tergiversadas, o la interpretación acomodaticia o contraria a los textos de las mismas, de la doctrina de los expositores o la jurisprudencia de los tribunales, etc., a que suelen acudir litigantes y gestores poco escrupulosos; pues lo que se preserva no es la credulidad, sino el recto juicio de los administradores de justicia. Con tal de que sea fraudulento el medio puede ser *cualquiera*, porque así aparece explícitamente consignado en el precepto citado.

Para que se complete el primer presupuesto delictivo es necesario que el empleado oficial contra quien se ha esgrimido el medio fraudulento *caiga en error*, vale decir, que se forme un juicio falso, en virtud del cual considere que es aplicable una disposición legal que no lo es, o, a la inversa, que es improcedente la norma jurídica que sí procede.

El segundo elemento se integra por el *dolo específico* de la figura, consistente en el *fin* que ha de perseguir el infractor de obtener la sentencia, la resolución o el acto administrativo contrarios a la ley. El delito *se consuma* aunque el agente no alcance este propósito, pues lo que se castiga es la inducción en error mediante el fraude *para* obtener tal resultado, y no la obtención del mismo.

El precepto acriminador habla de “sentencia, resolución o acto *administrativo contrario* a la ley”. ¿Califica aquel adjetivo a los tres sustantivos enunciados o solo al último? Considero que únicamente a este, porque se trata de un delito contra la *administración de justicia* y los dos primeros nombres tienen en la semántica jurídica ostensible sabor judicial, pues conforme a la Real Academia de la Lengua, *sentencia* significa “declaración del juicio y resolución del juez”, y *resolución*, “decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial”. Todo lo cual equivale a afirmar que estos dos expresados sustantivos designan pronunciamientos jurisdiccionales en sentido estricto o de autoridades administrativas con facultades juzgadoras. Por lo demás, desde el punto de vista gramatical la palabra “administrativo”, en singular, no se refiere sino al término *acto*. Y ¿qué decir del predicado “contrario a la ley”? Lógicamente también es aplicable solo al sujeto “acto administrativo”. Pero como sería absurdo penar a quien logra que se dicte sentencia o resolución acorde con la ley, resulta imprescindible admitir que la ilegalidad ha de afectar también a estas providencias. Más aún, cuando esto sucede, el fallador no es inducido en *error*, sino en *verdad*.

III. EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES

Art. 183.—“El que en lugar de recurrir a la autoridad y con el fin de ejercer un derecho, se haga justicia arbitrariamente por sí mismo, incurrirá en multa de un mil a cincuenta mil pesos.

“En estos casos solo se procederá mediante querrela”.

Este delito proviene del Código sardoitaliano (art. 288), de donde pasó al italiano de 1889 (arts. 235 y 236), para ser luego incorporado en el de 1930 (arts. 392 y 393), donde se le conoce con el nombre de *ejercicio arbitrario de pretendidos derechos propios*. También se le llama *autojusticia*¹.

Sujeto activo puede ser cualquiera, a excepción del empleado oficial que proceda con abuso de sus funciones, el cual puede incurrir en abuso de autoridad² y eventualmente en concusión u otro delito.

Sujeto pasivo es, ante todo, la administración de justicia, y, además, la persona que resulte perjudicada con la conducta del agente.

La *acción delictiva* supone: a) hacerse justicia el agente por sí mismo; b) que proceda en lugar de recurrir a la autoridad, y c) que tenga el fin de ejercer un derecho. Queda excluido de la noción del delito el empleo de la violencia, pues nuestra norma, a diferencia de las italianas, no contiene esta exigencia³.

En relación con el primer presupuesto de la figura conviene destacar que aquí salta más a la vista que no se trata de un ataque a la justicia *en sustancia*, sino *en la forma*, según la observación de CARRARA al referirse a la norma *sardoitaliana*⁴; por cuanto la acción se concreta en *hacerse justicia*, lo cual equivale a realizar lo que es esencialmente conforme a los dictados de esta, aunque suplantando a la autoridad que debe llevarlo a cabo. Lo que se persigue, entonces, con la incriminación del hecho es evitar que los particulares se conviertan en árbitros de sus propios derechos, asumiendo las funciones otorgadas por la ley al órgano jurisdiccional del poder público⁵. Si lo que lleva a término el culpable es un acto sustancialmente injusto, ya no responde por ejercicio arbitrario de las propias razones, sino por la otra infracción que se configure. Pero el acusado debe hacerse justicia a sí mismo “arbitrariamente”, vale decir, con arbitrariedad o, lo que es igual, mediante proceder contrario a la razón o a las leyes, dictado solo por su voluntad o capricho.

Para que se integre el segundo elemento es preciso que el justiciable esté en posibilidad de recurrir a la autoridad en demanda de justicia⁶, pues “en lugar de” es una frase adverbial que significa *sustitución de una cosa*, que en el caso que se examina es la autoridad. Tal “*desprecio a la justicia* constituye la índole jurídica de este delito”, al decir de CARRARA⁷. Pero nuestra ley no habla

¹ Véase a MAGGIORE, *Derecho penal*, vol. III, págs. 393 y 394.

² Así lo sostiene MAGGIORE, ob. cit., vol. III, pág. 394.

³ Véase el Código italiano, arts. 392 y 393.

⁴ Confróntese a CARRARA, *Programa*, §§ 2853 y 2854, seguido por MAGGIORE, ob. cit., vol. III, pág. 394.

⁵ Así también CARRARA, ob. cit., § 2855, y MAGGIORE, ob. cit., vol. III, pág. 398.

⁶ Puede verse, en el mismo sentido, a MAGGIORE, ob. cit., vol. III, pág. 398.

⁷ CARRARA, ob. cit., § 2855.

de autoridad *judicial*, por lo que puede tratarse de una *administrativa*⁸ legalmente facultada, desde luego, para ejercer la función jurisdiccional pertinente.

El último elemento delictuoso, que entraña el *dolo específico*, consiste en el fin de ejercer un derecho. Nótese que el precepto no emplea el participio pasivo del verbo *pretender* como sí lo hacen los italianos, de donde resulta indispensable que se trate de un derecho *auténtico*, y no imaginario o litigioso. En consecuencia, si la investigación comprueba que el pretendido derecho era inexistente o discutible, no se estará en presencia de este delito, sino del otro que se estructure. Pero si el agente demuestra que lo asistía la creencia razonable de que era titular del derecho que se propuso ejercer, responderá por esta infracción, cuyo elemento psicológico elimina cualquier otro.

El *instante consumativo* coincide con el hecho de hacerse justicia por sí mismo⁹, es decir, con la realización de lo que hubiera efectuado la autoridad, si a ella le hubiese tocado intervenir.

Es posible la *tentativa*, que se presenta cuando el culpable no alcanza a realizar, por circunstancias extrañas a su voluntad, lo que la autoridad hubiera llevado a término¹⁰.

Dice la disposición que “en estos casos solo se procederá mediante querrela”, sin indicar quién debe presentarla. Pero es claro que debe instaurarla “la persona agraviada”, como se expresa en los arts. 392 y 393 del Código italiano.

IV. FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL

Art. 184.—“El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en arresto de seis (6) meses a cuatro (4) años y multa de dos mil a cien mil pesos”.

No creo que el nombre dado a este delito esté acorde con su descripción legal. Basta que él pueda perpetrarse “por cualquier medio” para comprender al instante que no siempre implica “fraude”. Habría sido mejor denominarlo *inobservancia, incumplimiento*, etc., de resolución judicial, o expresar la misma idea con una frase semejante.

Agente puede ser cualquiera y lo es con frecuencia un empleado oficial.

La *acción delictiva* se contrae a sustraerse al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial. Se trata sencillamente de una desobediencia cometida “por cualquier medio”, esto es, mediante argucias, evasivas, maniobras fraudulentas o simples negativas a cumplir la disposición judicial. Contra esto no cabe argüir que en el epígrafe de la norma se habla de *fraude*; porque la letra de su texto es clara y terminante, por lo cual no ha de desentenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, conforme a la regla de hermenéutica contenida en el art. 27 del C.C.

⁸ MAGGIORE, ob. cit., vol. III, pág. 398, siguiendo los textos italianos, sostiene que no debe tratarse de una autoridad cualquiera, sino del juez.

⁹ Así también MAGGIORE, ob. cit., vol. III, pág. 402.

¹⁰ Sobre la tentativa véase a MAGGIORE, ob. cit., vol. III, pág. 402.

El delito *se consuma* tan pronto como se completa la inobservancia de la orden. Si el incumplimiento no alcanza a realizarse por circunstancias ajenas a la voluntad del desobediente, se integra *conato punible*.

La imputación es a título de *dolo (genérico)*, que comprende el conocimiento de la existencia de la disposición judicial y la voluntad de no cumplirla.

V. REINGRESO ILEGAL AL PAÍS

Art. 185.—“El que sin el cumplimiento de los requisitos legales, ingrese al país después de haber sido expulsado del mismo en virtud de decisión de autoridad competente, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

”Cumplida la pena será expulsado nuevamente”.

Agente de este específico quebrantamiento de condena puede ser solo la persona que ha sido expulsada del país en virtud de decisión de autoridad competente. Tales exigencias implican que haya existido un proceso administrativo policivo o judicial y que haya terminado con la resolución de expulsar del país al culpable. No basta que no se le haya permitido su ingreso al país o su permanencia en él, sino que se requiere haberse impuesto la expulsión del territorio nacional como una pena. La decisión respectiva debe haberse pronunciado por autoridad legalmente facultada para ello y encontrarse en firme la resolución punitiva.

La *acción delictuosa* consiste en ingresar al país sin el cumplimiento de los requisitos legales, vale decir, los que se hayan señalado en la orden expulsora o los que fijan las disposiciones sobre inmigración o regreso al territorio colombiano. No se requiere el “reingreso”, ya que puede tratarse de alguien nacido en Colombia, de la cual no se haya ausentado nunca. Por ello es también incorrecto el rótulo de este artículo.

El delito *se consuma* cuando el imputado ingresa al país, y, como es obvio, puede tener *tentativa*.

La imputabilidad es a título de *dolo genérico*, que supone en el agente el conocimiento de que ha sido expulsado de nuestro territorio y la voluntad de regresar a él sin el cumplimiento de los requisitos legales.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

EMIRO SANDOVAL HUERTAS

Profesor de la Universidad Externado de Colombia

1. PRESENTACIÓN

Para continuar el análisis del sistema punitivo en el nuevo Código Penal colombiano que iniciamos en anterior ocasión¹, nos ocuparemos ahora de la forma como ha sido regulado el instituto jurídico denominado “prescripción de la pena”. Empero, no habremos de ahondar en consideraciones teóricas sobre dicho fenómeno, pues no es ello lo que nos interesa en esta oportunidad, sino que dedicaremos primordial atención a su aspecto pragmático con base en la legislación que recientemente ha comenzado a regirnos.

La prescripción de la pena, para decirlo en forma muy elemental, supone que trascurrido determinado espacio de tiempo sin que fuere ejecutada, cesa la obligación estatal de aplicarla. Por manera que se diferencia claramente de la prescripción de la acción por cuanto esta extingue en abstracto la punibilidad, es decir, independientemente de que el hecho fuese o no realmente delictivo y de que el procesado —si lo hubo— fuese efectivamente responsable; en cambio, la prescripción de la pena implica la extinción en concreto de la punibilidad, esto es, supone la previa existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada en la que se declara jurisdiccionalmente la comisión de una infracción y la responsabilidad penal de su autor².

El decreto 100 de 1980 simplificó, en su mayor parte acertadamente, la regulación de la prescripción de la pena con respecto a las disposiciones del Código Penal de 1936, cuyas complejas normas sobre el particular generaban interpretaciones divergentes e innecesarias dificultades; pero, como habremos de resaltar oportunamente, la reciente codificación penal mantiene múltiples vacíos normativos que exigen ser superados doctrinalmente y que hubieran podido evitarse mediante una adecuada reglamentación del fenómeno mencionado.

¹ Cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, “Las penas, las circunstancias genéricas y los criterios para su graduación en el nuevo Código Penal colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 4, nums. 13/14. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, págs. 20-69.

² Cfr. ALFONSO REYES E., *La Punibilidad*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1978, págs. 271-273, 287-288 y 313-314.

2. EL TÉRMINO PRESCRIPTIVO

2.1. *Iniciación del término prescriptivo.* El estudio de la prescripción de la pena, siguiendo un orden lógico, conduce primeramente a preguntarnos: ¿cuándo comienza a correr el lapso necesario para que tenga ocurrencia la extinción de la pena por prescripción? Aparentemente el art. 88 del C. P. dirime en forma diáfana y completa dicha cuestión: "La prescripción de las penas se principiará a contar desde la ejecutoria de la sentencia" (condenatoria, desde luego). Supone esto, entonces, que previamente han debido agotarse todas las instancias posibles, e incluso, cuando se tratare de sentencia recurrida en casación, que esta hubiese sido tramitada hasta donde legalmente resultare factible hacerlo; en cambio, nos parece que para efectos de la iniciación del término de prescripción, no ha de tomarse en cuenta la posibilidad del recurso extraordinario de revisión, ya que este constituye excepción al principio de 'cosa juzgada'. Y así producida la ejecutoria de la sentencia, el lapso que nos ocupa comienza a contarse a partir de la media noche del día en que ella ha ocurrido (C. de R. P. y M., arts. 59 y 60).

Sin embargo, la confrontación de la norma aludida con las situaciones prácticas que regula, muestra rápidamente que el art. 88 del C. P. no supone solución íntegra y definitiva al asunto planteado y que, antes por el contrario, solo resultará aplicable en la menor parte de los casos. En efecto, ¿se inicia la prescripción de la pena con la ejecutoria de la sentencia cuando el sentenciado está privado de su libertad, cumpliendo la sanción que le ha sido impuesta? Desde luego que no, pues en tal evento la pena se estará ejecutando y recuérdese que, por definición, la prescripción supone la ausencia de ejecución. Podríase, entonces, suponer que el art. 88 se refiere únicamente a aquellas situaciones en que el sentenciado no está privado de su libertad en el momento de ejecutoriarse la sentencia. Pero ni siquiera esta apreciación resulta totalmente válida, ya que tampoco puede comenzar a correr término prescriptivo cuando a la ejecutoria de la sentencia el afectado se encuentra en libertad, porque, por ejemplo, le ha sido concedida suspensión condicional de la condena (C. P., arts. 68-71), por cuanto en dicha hipótesis la libertad del sentenciado ha sido legalmente autorizada y resultaría perfectamente absurdo que mientras el Estado, de una parte, dispone la no-ejecución de la pena, de otra tenga en cuenta tal determinación como comienzo del término que habría de conducirle a abstenerse de ejecutarla por prescripción. *En conclusión, pues, el art. 88 del C. P. apenas se refiere, en principio, a aquellos casos en que al ejecutoriarse la sentencia condenatoria el sentenciado, sin autorización legal y jurisdiccional, no está privado de su libertad; pero deja sin regulación muchas otras situaciones posibles, que examinaremos más adelante.* Y si tenemos en cuenta que, en virtud de la mecánica pragmática de nuestro proceso penal, los asuntos que más frecuentemente se adelantan hasta llegar al proferimiento de sentencia son aquellos en que el procesado está detenido³, tenemos que deducir forzo-

³ Una reciente investigación mostró que el 73.3% de las sentencias y autos de proceder se dictan en asuntos con sindicado detenido (Cfr. JESÚS ANTONIO MUÑOZ GÓMEZ, "La duración real del proceso penal", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 4, núm. 15, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1981).

samente que la norma aludida solo será aplicable, conforme lo habíamos anticipado, en la minoría de los casos.

De otra parte, si se tratase de pena de multa el término prescriptivo tampoco se principiará a contar desde la ejecutoria de la sentencia en todos los casos, pues, a más de la posibilidad de que el sentenciado la hubiese pagado inmediatamente, bien puede haber sucedido que se le hubiere concedido la oportunidad de cancelarla mediante cualquiera de los mecanismos que difieren su pago, a saber: plazo o pago por cuotas (C. P., art. 47) o amortización mediante trabajo (C. P., art. 48). En tales hipótesis la situación sería, entonces, idéntica a la que anteriormente examinamos en relación con la suspensión condicional de la condena: resultaría claramente contradictorio que mientras el Estado autoriza, de una parte, la no-cancelación inmediata de la multa, de otra parte asuma esa determinación suya como referencia para iniciar el lapso que habría de llevarlo a abstenerse de exigir la satisfacción de la multa por prescripción. Y si se llegara, aunque tal posibilidad resulta muy remota en virtud de las mismas disposiciones vigentes⁴, a convertir la multa en arresto (C. P., art. 49) la iniciación del término prescriptivo para este último se determinaría con base en las indicaciones referidas a las penas privativas de libertad.

Habiendo observado que el art. 88 del C. P. solo alude a una escasa cantidad de hipótesis y que, por ende, omite hacerlo frente a muchas otras, debemos entonces señalar qué otros momentos producen también el efecto de iniciar el término de prescripción de la pena, en situaciones distintas a la aludida en la norma mencionada y siempre sobre el supuesto de que exista previamente sentencia condenatoria ejecutoriada, así:

a) Cuando el sentenciado se fugase, el término se contará a partir del día siguiente a tal hecho⁵;

b) Cuando se revocare el otorgamiento de condena de ejecución condicional, de libertad condicional, o de libertad o franquicia preparatorias (decreto 1817 de 1964, arts. 330 y 331), el lapso prescriptivo correrá desde el día siguiente a la ejecutoria de la providencia respectiva, siempre, desde luego, que no se aprehenda al sentenciado en esa misma fecha;

c) Cuando se revocare o venciere el aplazamiento de ejecución de la pena (C. de P. P., art. 673), el término prescriptivo correrá a partir de la ejecutoria de la providencia revocatoria o de la fecha en que termina el aplazamiento, e igualmente desde que no se capture al condenado en ese momento; y

d) Si se tratase de multa, a partir de la ejecutoria de la providencia que revoque la concesión de plazo o pago por cuotas o de amortización mediante trabajo, o del vencimiento del término máximo de tres años que para las dos primeras de tales posibilidades señala el art. 47 del C. P., siempre, obviamente, que en esa misma fecha no se cancele lo debido.

Valga señalar que varias legislaciones extranjeras sí se han ocupado de regular expresamente los diversos momentos en que puede iniciarse el término

⁴ Cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "Las penas...", art. cit., págs. 45 y 46.

⁵ Cfr. ALFONSO REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., pág. 316.

de prescripción de la sanción: entre ellas citaremos, simplemente con carácter ilustrativo, el Código Penal brasileño vigente, cuyo art. 112 Indica que tal lapso comienza a correr: "a) Desde el día en que queda ejecutoriada la sentencia condenatoria, o la que revoca la suspensión condicional de la pena o la libertad condicional; b) Desde el día en que se interrumpe la ejecución, salvo cuando el tiempo de interrupción deba computarse a la pena".

Consideramos, finalmente, que la reciente ley penal colombiana hubiera alcanzado una completa regulación de la iniciación del término prescriptivo de la pena, si en vez de la insuficiente disposición contenida en el art. 88 del C. P. se hubiese aprobado norma del siguiente tenor que, sin caer en casuismos, comprende tanto la situación prevista en el artículo aludido como las que hemos visto que no son reguladas por aquel: "La prescripción de la pena se comenzará a contar desde el momento en que el sentenciado se sustraiga ilegalmente a su ejecución, siempre que exista sentencia condenatoria ejecutoriada". Esta fórmula, además, comprende también la iniciación del término prescriptivo para las penas accesorias que, a diferencia de lo que ocurría en el art. 111 del Código Penal de 1936, no fue objeto de reglamentación específica en nuestra nueva ley penal.

2.2. *Duración del término prescriptivo.* El segundo aspecto que debemos examinar en relación con el fenómeno que venimos analizando, es el de su extensión cronológica. Sobre este particular debemos anticipar que el decreto 100 de 1980 eliminó, en su mayor parte, las situaciones contradictorias que se originaban en el art. 108 del Código Penal de 1936 y las polémicas interpretaciones que la misma norma suscitaba⁶.

En efecto, el art. 87 del nuevo Código Penal señala: "La pena privativa de libertad prescribe en el término fijado para ella en la sentencia, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años. En este último lapso prescribe la pena no-privativa de la libertad". De manera, pues, que independientemente de que se trate de prisión o arresto, lo que dicho sea tangencialmente constituye un argumento más para sostener que era posible la unificación de esas dos formas punitivas⁷, el término prescriptivo de la pena se extenderá durante un lapso idéntico al que haya sido fijado en la sentencia condenatoria definitiva para aquella. Excepto que se trate de pena de menos de cinco años (obsérvese que si es exactamente de cinco años, se regula por el principio general pero el resultado es el mismo), puesto que en tal hipótesis solo habrá prescripción al término de cinco años. Consideramos que dicha excepción no es conveniente, por cuanto viene a generar contradicciones análogas a las que producía el art. 108 del Código derogado. En efecto, con base en ella tenemos que penas de 6, 12, 18, 24, 30, 36, 42, 48, 54 y hasta 60 meses inclusive, para citar solo algunas, prescriben exactamente en el mismo término: 5 años. ¿Tiene esto sentido lógi-

⁶ Véanse dichas polémicas, v. gr., en ALFONSO REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., págs. 314-315 y en LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, págs. 615, 629-630.

⁷ Cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "Las penas...", art. cit., págs. 35-36.

co? Pensamos que no, por cuanto no es entendible que el Estado tenga idéntico interés en que se aplique una pena, v. gr., de un mes de arresto, que en otra sesenta veces mayor, como sería la de cinco años de prisión. Por el contrario, aparece que si el legislador y el juzgador han considerado una conducta tan de poca gravedad como para imponerle solo unos meses de privación de libertad, el afán estatal en la ejecución de esa sanción es necesariamente proporcional. Hacer cosa distinta, como lo hace el art. 87 del C. P. al señalar el término mínimo para la prescripción de pena de prisión o arresto, supone maximizar indebidamente la trascendencia de las penas de mínima duración o minimizar, también inadecuadamente, la de las sanciones cercanas a los cinco años de privación de libertad.

Nuestra opinión, pues, se orienta a que exista una relación directa entre el *quantum* punitivo y el término para su prescripción. Esta posición era acogida en la ponencia que ante la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1974, presentó el dr. GAITÁN MAHECHA, ya que en ella no se preveía ningún lapso mínimo para el fenómeno prescriptivo y únicamente se señalaba: "Art... La sanción se extingue por prescripción. La prescripción de la sanción se produce cuando ha transcurrido un término igual al de la sanción impuesta, sin que se haya hecho efectiva". Empero, en el trascurso de la discusión respectiva, el comisionado ALFONSO REYES E. propuso que se señalara como término mínimo el de cinco años, y sin que conste en el acta respectiva que su sugerencia hubiese sido objeto de análisis, se aprobó el lapso mínimo que venimos comentando⁸. Y de allí se repitió en los proyectos de Código Penal de 1978 (art. 105) y de 1979 (art. 96), en los que además se preveía un término máximo de 20 años, hasta quedar finalmente en el art. 87 del Código vigente.

Esta norma señala, por último, que en el mismo lapso de cinco años prescriben todas las penas diferentes a las privativas de libertad. De manera que ello es aplicable principalmente a la multa, no solo en cuanto pena impuesta en razón de hecho punible descrito en el Código Penal, sino, también, conforme a lo dispuesto por el art. 375 del C. P., cuando se irroga en virtud de contravención de cualquier naturaleza, siempre que la normatividad especial respectiva no contenga expresa indicación diferente, de manera que en aquella disposición ha quedado comprendido, por lo menos en cuanto a la pena se refiere, el contenido del art. 115 del C. P. de 1936. E igualmente obra el término de cinco años para la prescripción de las penas accesorias establecidas en el art. 42 del C. P., aun cuando son impuestas como principales, ya que ninguna de ellas es sanción privativa de libertad; pero valga señalar que esta regulación no nos parece la más indicada, por cuanto consideramos que las penas accesorias debieran, por su misma naturaleza, tener un régimen análogo al de las principales, es decir, prescribir en término idéntico al de su duración, máxime que todas ellas son cuantificables cronológicamente, aunque no ocurra así en nuestro sistema penal actual⁹.

⁸ Cfr. *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, Parte general, Col. Pequeño Foro, Bogotá, 1981, vol. I, págs. 376 y 381.

⁹ Cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "Las penas...", art. cit., págs. 47-55.

Ahora bien, es evidente que las disposiciones contenidas en el art. 87 del C. P. son cabal y fácilmente aplicables cuando no se ha satisfecho parte alguna de la sanción impuesta, cualquiera que sea su naturaleza. Mas, ¿qué ocurre cuando el sentenciado ha cumplido una fracción de la pena y solo le resta otra cierta proporción de la misma? Esta situación no es nada remota y, antes bien, nos inclinamos a creer que es la que más frecuentemente se presenta en relación con penas privativas de libertad. Bien puede suceder, v. gr., que el sentenciado haya estado en detención preventiva (la cual, conforme al art. 54 del C. P., se le tiene "como parte cumplida" de la pena que luego se le imponga), que haya obtenido libertad provisional (C. de P. P., art. 453), y que en la sentencia no se le conceda condena condicional, pero que tampoco se logre su captura; o que se fugue en el transcurso del cumplimiento de la sanción impuesta; o que a quien ha satisfecho las dos terceras partes de la pena y alcanzado así libertad condicional, se le revoque ese otorgamiento; o que un sentenciado a pena de multa cancele, mediante pago por cuotas o trabajo, una parte de ella pero omita hacerlo con el saldo, etc. Concretamente, el asunto que queremos plantear es el siguiente: *¿cuál es la duración del término prescriptivo para la fracción de pena no cumplida, esto es, cuando solo se la ha cumplido parcialmente.*

La revisión de las actas de las diferentes comisiones que elaboraron los distintos proyectos de legislación penal, incluyendo el que se convirtió en nuevo Código Penal, no suministra absolutamente ninguna indicación frente a la cuestión propuesta. Todo indica, pues, que los destacados redactores de dichas codificaciones no previeron, como tampoco lo había hecho el legislador de 1936, la probabilidad de la situación aludida pese a su frecuencia. Y tampoco nos parece viable jurídicamente admitir que el art. 87 del C. P. se refiera tanto a la prescripción de la pena insatisfecha totalmente como a la de la cumplida parcialmente, por cuanto ello conduciría a absurdas determinaciones judiciales. De hecho, con esta tesis tendríase, v. gr., que de dos personas condenadas en un mismo proceso a veinte años de prisión, de las cuales una no ha estado nunca detenida mientras que la otra lo estuvo por diecinueve años, ambas serían objeto de persecución estatal de idéntica duración pero prescribiría primero la pena de quien nunca fue aprehendido que la de aquel que sí lo fue durante prolongado lapso, pues respecto del primero los veinte años comenzarían a contarse desde la ejecutoria de la sentencia en tanto que para el segundo el mismo término solo se iniciaría, según lo establecimos anteriormente, a partir del momento, muy posterior, en que se fugó, o en que se le revocó el otorgamiento de libertad condicional o de libertad o franquicia preparatorias mediante providencias ejecutoriadas. Tenemos así otra omisión legal que debe ser subsanada doctrinalmente para solucionar la situación aludida.

Al respecto consideramos que es perfectamente jurídico predicar que la norma del art. 87 del C. P. solo se refiere a la prescripción de *toda* la sanción impuesta; así se infiere de las expresiones "la pena privativa de libertad" y "la pena no privativa de libertad", empleadas en su redacción. Por manera, entonces, que es posible buscar solución diferente a la allí contenida para los casos de prescripción de *fracción* de pena. Máxime, de otra parte, que la pena no

constituye una entidad indivisible sino que es posible admitir que partes de ella tienen relevancia jurídica, ya que la misma ley penal así lo ha reconocido, v. gr., en los arts. 68 y 72 del C. P. Y el principio para obtener la solución buscada estaría dado por el hecho de que el concepto de prescripción de la pena es antagónico al de su ejecución, lo cual implica que recíprocamente se subsumen. Concretamente, mientras la pena se ejecuta no está prescribiendo y mientras prescribe no se está ejecutando; las situaciones extremas que se generan en virtud de este antagonismo, son dos: o que la pena ha sido ejecutada en su totalidad, sin haber trascurrido ningún día del término de prescripción, o que ha corrido todo el término de prescripción sin que se haya ejecutado ninguna parte de la sanción. En la primera de tales situaciones, la ejecución ha subsumido totalmente a la prescripción y en la segunda esta ha subsumido íntegramente a aquella. Del antagonismo mencionado y de su mecánica, derivase, por ende, que *cuando se ha satisfecho parte de la pena, el término para su prescripción resulta reducido proporcionalmente, ya que su ejecución parcial ha subsumido en la misma cantidad el lapso prescriptivo.*

Tratándose, entonces, de penas cuantificables cronológicamente, como las privativas de libertad, resulta fácil señalar cuál sería, conforme a nuestra actual ley penal, el término de prescripción para una fracción de la pena: exactamente el mismo que reste para la completa ejecución de la totalidad impuesta, teniendo en cuenta también, por razones ya conocidas, la cantidad de tiempo que el sentenciado hubiese estado detenido preventivamente (C. P., art. 54). Así, una persona sentenciada a veinte años de prisión, v. gr., ha estado cinco años bajo detención preventiva y luego ocho años cumpliendo la pena, hasta el momento en que se evadió; la fracción de pena, siete años, prescribirá entonces en este mismo término, contado a partir de la fecha de la fuga. Sin embargo consideramos que, por mandato del art. 87 del C. P., el término de prescripción para fracción de pena privativa de libertad no puede ser nunca inferior a cinco años, aunque sea menos de esto lo que reste de su ejecución, porque dicha norma contiene un imperativo categórico absoluto al cual no es posible encontrarle excepción alguna: "en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años". La solución que propugnamos, en el sentido de que la fracción de pena privativa de libertad prescribe en lapso idéntico al de su propia duración y no en el de la pena inicialmente señalada, ha sido acogida expresamente por diferentes legislaciones extranjeras, entre las que citaremos nuevamente al Código Penal brasileño cuyo art. 113 establece: "En el caso de evadirse el condenado o de revocarse la libertad condicional, la prescripción se regula por el tiempo que resta de la pena".

Y tratándose de penas no cuantificables cronológicamente, como la multa, debe entonces establecerse una relación tiempo-valor (o meses-pesos) para determinar, por esa vía, en cuánto tiempo prescribe la fracción de pena pecuniaria. Así, por ejemplo, si una persona es sentenciada a multa de \$ 20.000.00, la totalidad de esta prescribirá en sesenta meses (cinco años); pero si, en cualquier forma, ha pagado la mitad de dicha suma (\$ 10.000.00), el saldo prescribirá en la mitad del lapso inicialmente señalado, es decir en treinta meses, con-

tados desde el momento en que fuere pertinente hacerlo según las consideraciones anteriormente hechas; o si, para suponer otra hipótesis, ha cancelado las tres cuartas (\$ 15.000.00), el saldo prescribirá en la cuarta parte del término inicial, esto es, en quince meses, contados en idéntica forma. En estos casos, además, no existe en nuestro actual sistema penal término mínimo para la prescripción de la fracción de pena de multa, ya que el art. 87 del C. P. al señalar que "en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años", se refiere exclusivamente, según la estructura propia de la norma, a las penas privativas de libertad.

Debemos reconocer, sin embargo, que a la solución que venimos explicando en relación con la duración del término prescriptivo para las fracciones de pena, podría objetársele que su adopción haría innecesarias las precisiones que en acápite precedente hicimos respecto de su iniciación, pues bastaría entonces con señalar que dicho término se inicia con la ejecutoria de la sentencia condenatoria y que de allí en adelante corre sin solución de continuidad, por cuanto mientras el sentenciado esté cumpliendo la pena irá acortando el término prescriptivo en virtud de la subsunción ya explicada, y mientras evada su cumplimiento estaría descontando dicho término. Pero tal objeción no resulta valedera, puesto que omite tener en consideración las causales de interrupción de la prescripción —muchas más que las reconocidas expresamente en la ley, como lo veremos posteriormente—, las cuales impiden, precisamente, que el término prescriptivo corra sin solución de continuidad a partir de la ejecutoria de la sentencia.

De todas las consideraciones precedentes, se deduce claramente la necesidad de perfeccionar la regulación legal del término prescriptivo de la pena. Y consideramos que ello podría hacerse, mediante norma que se refiera genéricamente tanto a la prescripción de la totalidad de la pena como a la de su fracción, y que diría: "Las penas cuantificables cronológicamente prescriben en el mismo lapso que reste para su íntegra ejecución. Las demás penas prescriben en cinco (5) años, o en el término proporcional que resulte de atender la parte de ellas que se hubiere satisfecho".

2.3. *Interrupción del término prescriptivo.* La doctrina nacional ha distinguido entre la *suspensión* y la *interrupción* del término prescriptivo, para señalar que mientras el primero de tales fenómenos implica que dicho término no corre durante un determinado tiempo, pero que al reanudarse se tiene en cuenta el lapso transcurrido antes de la suspensión de manera que el término simplemente prosigue, la interrupción, en cambio, hace que se desconozca cualquier lapso anterior y que, en consecuencia, si se remueve la causal de interrupción, el término se inicia nuevamente por la totalidad de su duración¹⁰.

Esta diferenciación, si bien tiene perfecta aplicación dentro del derecho civil colombiano (C. C., arts. 2523, 2530, 2539 y 2541), del cual parece haber sido tomada, y si bien era relativamente aceptable respecto del Código Penal ante-

rior, no es compatible, en cambio, con nuestro sistema penal vigente cuyas normas se encargan de desvirtuarla expresamente. En efecto, tenemos primeramente que ninguna disposición penal crea la figura de la suspensión del término prescriptivo, con este nombre y con el significado antes señalado; y no es admisible jurídicamente predicar la existencia de institutos penales por el simple hecho de que la ley civil sí los contempla para sus propios efectos, máxime que tampoco ninguna norma penal dispone sobre este particular remisión a la legislación civil. Y, en segundo lugar, por cuanto el art. 84, inc. 2° del C. P. que regula la interrupción del término prescriptivo de la *acción*, señala que dicho fenómeno hace que el lapso respectivo se reinicie pero solo hasta por la mitad del término inicial, y no por su totalidad como lo sostenía la doctrina antes aludida. En resumen, *en el sistema penal colombiano no existe la figura de la suspensión del lapso prescriptivo y la de la interrupción está regulada en forma claramente distinta a la reglamentación que el instituto del mismo nombre recibe en nuestra legislación civil.*

Pero respecto del término prescriptivo de la pena, la situación es más compleja porque el art. 89 del C. P. no explica qué sucede cuando se presenta cualquiera de las causales de interrupción: ¿se reanuda dicho término inmediatamente, o solo después que haya desaparecido la razón de la interrupción, o nunca se reanuda? Y si se reanuda, ¿se pierde o no el lapso transcurrido antes de la interrupción? ¿Debe correr de nuevo íntegramente o solo por un período menor? En este último evento, ¿por qué término? ¿Es aplicable aquí por analogía el inc. 2° del art. 84 del C. P.? He aquí, pues, un nuevo y extenso vacío legal, en relación con el cual las actas de las distintas comisiones tampoco aportan ninguna indicación. Tendremos, por tanto, que procurar subsanar dicha omisión¹¹.

Al respecto encontramos, inicialmente, que todas las causales de interrupción del término prescriptivo, tanto las mencionadas expresamente en la ley como las que surten ese efecto sin que las normas así lo adviertan, tienen consecuencias temporales, es decir que, conforme lo precisaremos al analizar cada una de ellas, su existencia se prolonga en el tiempo pero no en forma indefinida o irreversible. De ello se deduce que el término prescriptivo no se reanuda inmediatamente se ha presentado la interrupción pero que tampoco queda interrumpido definitivamente, sino que permanece en ese estado solo mientras subsista la razón de la interrupción; por tanto, desaparecido el origen de la interrupción, el término se reanuda.

Y, ¿por cuánto tiempo? Consideramos que no es aplicable en este caso la disposición contenida en el art. 84, inc. 2° del C. P., por una razón legal y una suposición personal, aunque bastaría aquella. La primera, que el art. 7° del C. P. solo permite la aplicación analógica de la ley penal, cuando tal evento esté expresamente exceptuado del principio general allí mismo contenido (como ocurre, v. gr., en el art. 65 del C. P.), y ello no sucede en relación con el asunto

¹⁰ Cfr. ALFONSO REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., págs. 293-295 y 316-317.

¹¹ Agradecemos a los doctores Jaime Camacho Flórez y Germán Marroquín Grillo las sugerencias que nos hicieron para afrontar esta omisión legal.

que nos ocupa. Y la suposición, que si el legislador hubiera querido que la interrupción del término prescriptivo de la pena se regulara en la misma forma que la del término prescriptivo de la acción, seguramente así lo hubiera señalado en forma expresa; desde luego que esta es una mera suposición, pero ante el doble silencio, el de la ley y el de las actas, se puede acudir a ella para contribuir a obviar el problema que examinamos. Quedan entonces dos posibilidades, ambas en principio carentes de respaldo legal expreso: o que el término prescriptivo de la pena se reinicie hasta por toda la duración que inicialmente tenía, esto es, que se desconozca cualquier lapso existente antes de la interrupción, o que el término prescriptivo prosiga teniendo en cuenta el tiempo que hubiese transcurrido con anterioridad a la interrupción. Y entre estas dos posibilidades, dado que ambas son igualmente jurídicas y factibles por su idéntica situación legal, optamos necesariamente por la segunda, es decir, por reconocer que *desaparecida o superada la interrupción, el término prescriptivo prosigue con base en lo que se hubiese acumulado antes de la interrupción*, ya que esta solución es evidentemente más favorable al sentenciado, y así nos acogemos al principio general del derecho penal en cuya virtud, entre varias interpretaciones posibles, igualmente jurídicas, debe elegirse la menos gravosa al reo.

Llegamos en esta forma a la siguiente deducción: que *lo que nuestra ley penal denomina "interrupción" del término prescriptivo de la pena equivale, por sus efectos, a lo que el Código Civil colombiano llama "suspensión" de la prescripción*, equivalencia que resulta posible ya que esta última figura, como lo destacamos atrás no existe con ese nombre en el sistema penal nacional. Y, desde luego, no es el único caso en que instituciones jurídicas de naturaleza o efectos semejantes, reciben denominaciones diferentes en las distintas especialidades del derecho.

Determinados los alcances de la interrupción del término prescriptivo de la pena, revisaremos seguidamente las causales que la pueden originar; primeramente, las dos mencionadas en el art. 89 del C. P., y después otros institutos jurídicos que, inequívocamente, producen el mismo efecto pese a que la ley penal no lo advierte en forma expresa.

2.3.1. *La aprehensión en virtud de la sentencia.* Implica esta disposición que el término prescriptivo se interrumpe porque el sentenciado ha sido aprehendido en razón de la sentencia condenatoria y, por ende, la pena se está ejecutando. De manera que constituye una consecuencia lógica del principio antes mencionado, en cuya virtud "mientras la pena se ejecuta no está prescribiendo". Pero ha de resaltarse que para que la captura produzca el efecto de conducir a la ejecución de la pena y, por tanto, de interrumpir el término prescriptivo, tiene necesariamente que producirse como consecuencia de la sanción que le ha sido impuesta; bien puede suceder, entonces, que el sentenciado sea capturado en múltiples oportunidades pero que en ninguna de ellas se le ponga a disposición de la autoridad jurisdiccional que lo condenó, por lo que ninguna de tales aprehensiones producirá la interrupción del término prescriptivo.

Esto, además, nos conduce a otras dos precisiones: primera, que el concepto de aprehensión no puede entenderse únicamente en su modalidad física en estricto sentido, sino que abarca también la forma jurídico-física, como cuando el sentenciado ha estado a órdenes de otra autoridad y se le deja a disposición de aquella que lo condenó; es decir que no basta con la mera solicitud de esta hacia la primera¹², ya que con ese acto no hay ejecución de la pena. Y, segunda, que como consecuencia de todo lo expuesto, la interrupción no se produce, en ningún caso, en el momento en que el afectado es privado efectivamente de su libertad, sino en aquel en que queda a órdenes de la autoridad sentenciadora y en el que, por ende, comienza o se reinicia la ejecución de la pena.

Ahora bien, producida la aprehensión en virtud de la sentencia, ¿cuánto tiempo se prolonga la interrupción? El mismo principio ("mientras la pena se ejecuta no está prescribiendo") que da lugar a este instituto permite responder el anterior interrogante: en tanto que el sentenciado permanezca privado de libertad en razón de la sentencia y, por ende, esta se esté ejecutando, no hay lugar a que se reanude el término prescriptivo, pues subsiste la causa de la interrupción. Pero si esa situación llega a revocarse y concretamente si el sentenciado se evade, el término prescriptivo prosigue de inmediato¹³; aunque bien puede ocurrir que el sentenciado no se sustraiga ilegalmente a la ejecución de la pena, en cuyo caso el lapso prescriptivo nunca se habrá reanudado.

2.3.2. *La comisión de un nuevo delito.* Comoquiera que el nuevo Código Penal, en afortunada decisión, eliminó la reincidencia como circunstancia de agravación punitiva, el art. 89 evita utilizar esa expresión, pero conserva el sentido de la disposición anteriormente contenida en el art. 110 del Código de 1936, pues señala que el término prescriptivo se interrumpe si el condenado "cometiere un nuevo delito mientras está corriendo la prescripción". No consideramos afortunada esta disposición, ya que las mismas razones que condujeron a la eliminación de la reincidencia¹⁴, obligaban a omitir esta causal de interrupción, máxime dentro de un sistema penal cuyas normas deben ser armónicas y obedecer a una lógica coherente. Pero existiendo la disposición, debemos ocuparnos de ella.

Supone esta causal que después de iniciado el término prescriptivo y siempre que esté corriendo, el sentenciado cometa un hecho punible en la modalidad de delito, lo que significa que la comisión de contravención (C. P., art. 18), no implica la interrupción del lapso para la prescripción. Y supone, además, que por esa nueva infracción el interesado sea nuevamente condenado mediante sentencia ejecutoriada¹⁵, ya que solo en esta providencia se declaran jurídicamente la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado, en forma definitiva. Por manera que el término prescriptivo no se interrumpe en la fecha del hecho, sino en aquella en que la nueva sentencia condenatoria quede

¹² En sentido contrario cfr. ALFONSO REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., pág. 316.

¹³ Cfr. REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., pág. 317.

¹⁴ Cfr. SANDOVAL HUERTAS, "Las penas...", art. cit., págs. 62 y 63.

¹⁵ Cfr. REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., pág. 317.

ejecutoriada; e insistimos en que para que esta segunda sentencia surta el efecto de interrumpir el término prescriptivo, debe versar sobre hecho cometido con posterioridad a su iniciación y quedar en firme mientras esté corriendo, es decir, cuando ni se haya agotado ni esté interrumpido por otra razón, pues así lo exige la expresión legal "nuevo delito mientras está corriendo la prescripción". Tenemos la impresión de que esta causal, a más de incompatible con la eliminación de la reincidencia, resultará siendo tan de remota aplicación como lo era su equivalente en el Código derogado: de hecho, para cuando se termine de tramitar el segundo proceso, probablemente ya habrá culminado el término de prescripción para la pena impuesta en la primera sentencia.

De otra parte y aunque a primera vista pareciera lo contrario, los efectos de la sentencia condenatoria ejecutoriada por la comisión de un nuevo delito, también tienen un límite máximo en su extensión temporal. Concretamente, duran hasta que la nueva pena se ejecute íntegramente o prescriba. Por ende, la interrupción del término prescriptivo de la pena inicial durará hasta que se presente cualquiera de estas dos eventualidades, y una vez así suceda, proseguirá, conforme lo explicamos anteriormente, tomando en consideración el lapso transcurrido antes de la interrupción, y siempre, por supuesto, que en la fecha en que cesa la interrupción no se deje al sentenciado a disposición de la autoridad que dictó la primera sentencia, pues si ello ocurre el término prescriptivo continuará interrumpido aunque por otra razón: la aprehensión, en sentido físico-jurídico, en virtud de la sentencia. Esto, obviamente, conduce a una ilógica situación: que la segunda sanción se ejecute o se extinga por prescripción antes que la primera, pero ello es consecuencia de haber mantenido esta causal de interrupción nada compatible, según ya lo expusimos, con el espíritu y con otras disposiciones del nuevo Código Penal colombiano.

2.3.3. *El otorgamiento de condena de ejecución condicional, libertad condicional, libertad preparatoria, franquicia preparatoria o aplazamiento de la ejecución de la pena.* Incluimos en este acápite cinco instituciones jurídicas claramente diferenciables (C. P., arts. 68 y 72; decreto 1817 de 1964, arts. 330 y 331, y C. de P. P., art. 673), cuyas concesiones constituyen otras tantas causales de interrupción del término prescriptivo de la sanción, porque su relevancia para estos efectos es idéntica, de manera que no se justifica examinarlas separadamente. De hecho, todas se refieren a penas privativas de libertad; todas constituyen excepción al principio de que mientras la pena no se esté ejecutando efectivamente, está prescribiendo; y todas son razones reversibles, por manera que en determinado momento puede cesar la interrupción del término prescriptivo.

Veamos. Hemos indicado repetidamente que ejecución y prescripción de la pena constituyen conceptos antagónicos, en la medida en que se subsumen mutuamente: o hay la una o hay la otra. Pero los cinco institutos en referencia suponen, por su misma naturaleza, que la pena privativa de libertad no se está cumpliendo efectivamente (el sentenciado, por el contrario, se halla en libertad), pero que tampoco está prescribiendo. Es decir, han interrumpido el término de prescripción. E incluso uno de ellos (la condena de ejecución condi-

cional), puede llegar a implicar que dicho término esté interrumpido desde antes de su iniciación, ya que en la práctica procesal el sentenciado que ha obtenido esa concesión suele quedar en libertad antes de la ejecutoria de la respectiva providencia; pero ello no impide que se le reconozca como factor que obstaculiza el normal desarrollo del término prescriptivo, tan es así que en el sistema penal alemán se le asigna expresamente esa consecuencia¹⁶. Y, de otra parte, adviértese que los restantes institutos en mención pueden seguir cronológicamente a otra de las causales de interrupción del término prescriptivo de la pena: la aprehensión en virtud de la sentencia; en efecto, nada impide que quien ha sido capturado en razón de la pena impuesta, obtenga más adelante libertad condicional, libertad o franquicia preparatorias, o aplazamiento de la ejecución de la sanción; en tales situaciones, el término prescriptivo se interrumpe inicialmente por la captura y luego continua en esa situación por el otorgamiento de cualquiera de estas cuatro figuras. Valga precisar que, en cambio, la suspensión de la pena por enfermedad mental (C. P., art. 56), no constituye causal de interrupción del término prescriptivo puesto que, según la misma norma, el sentenciado no recupera su libertad y el tiempo que dure en "establecimiento especial, anexo psiquiátrico o clínica adecuada", se tiene "como parte cumplida de la pena"; se trata, por ende, de una forma especial de ejecución de la sanción privativa de libertad y, en consecuencia, ni supone término prescriptivo ni lo interrumpe: la pena, simplemente, se está ejecutando.

Igualmente, los efectos de las cinco instituciones son reversibles. Así, la condena condicional cuando se presenta alguna de las hipótesis señaladas en el art. 70 del C. P., la libertad condicional por las razones consignadas en el art. 74 del C. P., la libertad y la franquicia preparatorias por los motivos establecidos en los arts. 330 y 331 del mismo Código, y el aplazamiento de la ejecución de la pena (más que cualquiera de los cuatro anteriores), por desaparición de las situaciones previstas en los dos ordinales del art. 673 del C. de P. P. Resulta fácil, entonces, establecer que la interrupción del término prescriptivo en virtud de una de estas cinco causales, se prolonga mientras subsista su origen pero termina cuando este culmina; y como consecuencia, siempre que al sentenciado no se le prive de libertad en esa misma fecha, el término prescriptivo corre nuevamente para añadirse, según lo hemos indicado reiteradamente, al existente antes de la interrupción.

2.3.4. *El señalamiento de plazo, o la autorización de pago por cuotas o de amortización mediante trabajo.* Estas tres instituciones (C. P., arts. 47 y 48), cumplen función análoga a la de las mencionadas en el acápite precedente, pero respecto de la pena de multa. En efecto, todas suponen que esta sanción no se esté cumpliendo inmediata y efectivamente, pero que tampoco esté prescribiendo; es decir, también constituyen excepción al principio según el cual ejecución y prescripción de la pena se subsumen recíprocamente. Y dicha excepción solo se explica en la medida en que se admita que el término prescriptivo se ha interrumpido.

¹⁶ Cfr. HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. II, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, págs. 1243-1244.

Específicamente dicha interrupción se inicia a partir de la ejecutoria de la providencia en la que se otorga al sentenciado un plazo para satisfacer la multa, o se le autoriza para pagarla por cuotas o para descontarla mediante trabajo. Y se prolonga la interrupción hasta que expire el plazo judicialmente señalado respecto de las dos primeras hipótesis (que no puede exceder de tres años, conforme al art. 47 del C. P.), o hasta que el sentenciado se sustraiga ilegalmente al pago mediante plazo, por cuotas o mediante trabajo, o hasta que se ejecutorie la providencia que revoque cualquiera de esos tres otorgamientos. Por manera que una vez cese la interrupción, el lapso prescriptivo continuará corriendo sobre la base del tiempo que hubiere trascurrido antes de la interrupción y siempre, obviamente, que en aquella misma fecha el sentenciado no cancele la cantidad que estuviere adeudando en razón de la multa impuesta.

Valga señalar, finalmente, que si el señalamiento de plazo o la autorización de pago por cuotas o de amortización mediante trabajo se hace en la misma sentencia condenatoria, ello implicará —de manera análoga a como sucede por la concesión de condena de ejecución condicional—, que el término prescriptivo se interrumpa desde antes de haberse iniciado.

Todas las extensas consideraciones precedentes, muestran claramente que el asunto de la interrupción del término prescriptivo de la pena a más de ser bastante complejo, se halla insuficiente e inadecuadamente regulado en nuestra legislación penal. Por eso consideramos conveniente que el actual art. 89 del C. P., en vez de la fragmentaria reglamentación que contiene, dijese: “El término de prescripción de la pena se interrumpe por la ejecución de la sanción impuesta mediante sentencia ejecutoriada, excepto cuando la pena no se ejecuta en virtud de disposición legal. Superada la interrupción, el término proseguirá con base en el tiempo que hubiere corrido antes de aquella”; este texto recoge las distintas situaciones e inquietudes que hemos examinado en torno a la interrupción del término prescriptivo de la pena.

2.4. *Iniciación, duración e interrupción del término prescriptivo para penas diferentes.* En una sola sentencia condenatoria se puede, por diversas razones que examinaremos seguidamente, imponer varias penas. Previendo esta posibilidad, el art. 90 del C. P. señala que su prescripción “se cumplirá independientemente respecto de cada una de ellas”, es decir que la iniciación, duración y eventuales interrupciones del término prescriptivo se determinarán por separado, para cada una de las penas impuestas en la sentencia. Consideramos que dicha disposición no era indispensable porque sin ella, de todas maneras, la determinación de la prescripción de penas diferentes aunque irrogadas en una misma providencia, se habría hecho separadamente, pues ¿cómo confundir, por ejemplo, la prescripción de una pena de prisión con la de una sanción de multa, o la del sentenciado que nunca ha sido aprehendido con la de quien sí estuvo privado de su libertad, etc.? Pero existiendo la norma aludida, debemos analizar su contenido.

Son varias las situaciones en las que una misma sentencia puede contener la imposición de distintas penas, y no necesariamente porque se trate de un concurso delictual¹⁷; veamos las más frecuentes:

a) Cuando al sentenciado se le impone pena de prisión, necesariamente se le irroga también pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (C. P., art. 52);

b) Cuando se dan las circunstancias descritas en los arts. 58 y 59, al sentenciado, a más de la pena principal, se le imponen las accesorias allí mismo indicadas;

c) Cuando el juez, en uso de la facultad discrecional de imponer otras penas accesorias, consagrada en los arts. 52 y 53, decide hacerlo así, aparte, por supuesto, de la sanción principal;

d) Cuando el hecho punible está sancionado con varias penas principales como sucede, por ejemplo, en los arts. 313, 314, 333, 334, en los cuales se prevén penas de prisión y multa; en los arts. 332 inc. 1º, y 363, en los que se establecen sanciones de arresto y multa; en los arts. 149, 150 y 151, cuyas penas son de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas; en los arts. 273, 274 y 275, en los que se conjugan sanciones de arresto y pérdida del empleo, etc. Obsérvese que mencionamos aquí la interdicción de derechos y funciones públicas, y la pérdida del empleo público u oficial, como penas principales porque en las normas citadas tienen ese carácter¹⁸;

e) Cuando mediante una misma sentencia son condenadas varias personas como copartícipes en el hecho punible, a cada una de las cuales se les determina personalmente (pues la responsabilidad penal es individual) su propia pena, así resulte idéntica a la de otro sentenciado; y

f) En innumerables situaciones que resultan de combinar las descritas en los cinco literales precedentes.

De conformidad con el art. 90, pues, en todos los casos referidos la prescripción de cada pena, en cuanto a la iniciación, la duración y las eventuales interrupciones de su término, se debe determinar separadamente de las demás, de manera que son aplicables entonces todas las consideraciones que hemos hecho en torno a cada uno de esos tres aspectos.

3. LA DECLARACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Una vez que se ha producido el fenómeno de la prescripción de la pena, es decir, cuando ha trascurrido íntegramente el término prescriptivo teniendo en cuenta su iniciación, su duración y las interrupciones que hubiese experimentado, debe efectuarse un pronunciamiento jurisdiccional que reconozca el hecho de que, en virtud del trascurso del tiempo, determinada pena ha prescrito. Ninguna disposición legal exige la existencia de ese pronunciamiento, máxime que

¹⁷ Cfr. ALFONSO REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., pág. 315.

¹⁸ Cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, “Las penas...”, art. cit., págs. 47-50.

el art. 86 del C. P. se refiere —aunque insuficientemente— a la prescripción de la acción penal pero no a la de la pena. Sin embargo, potísimas razones de certeza jurídica hacen indispensable tal declaración, pues de otra forma la prescripción de la pena quedaría librada al buen entendimiento de los particulares y no habría forma de determinar cuándo deben cesar las gestiones oficiales tendientes a obtener la ejecución de la pena. Nos ocuparemos, por lo tanto, de la competencia para reconocer jurisdiccionalmente la prescripción de la pena, de la naturaleza de la providencia en que se haga esa declaración, de las circunstancias en que el funcionario judicial puede llegar a dictarla y de sus efectos; pero advertimos que ninguno de estos aspectos se encuentra expresamente regulado por nuestras codificaciones penales (sustantiva y procesal), ni fue examinado durante los trabajos que antecedieron a la expedición del decreto 100 de 1980, de manera que nuestras consideraciones al respecto estarán guiadas, fundamentalmente, por principios generales del derecho y por interpretación armónica de las normas existentes, y habrán de culminar en la proposición de disposición que subsane esta nueva omisión legal.

3.1. *Competencia y naturaleza.* Las mismas fundamentaciones del art. 7° del C. de P. P., en cuya virtud la cesación o rebaja de pena en razón de una ley nueva será efectuada por el juez que dictó la sentencia de primera o única instancia, nos conducen a sostener que es este mismo funcionario quien debe pronunciarse sobre la prescripción de la pena. Máxime que el art. 672 de la misma codificación señala que jueces y tribunales sentenciadores tienen el carácter de jueces de vigilancia para el cumplimiento de las sanciones, y la prescripción de la pena constituye la cesación de la obligación estatal de aplicar tales sanciones.

Y la providencia mediante la cual el sentenciador de primera instancia reconozca que determinada pena ha prescrito, ha de ser auto interlocutorio puesto que resulta menester que contra ella puedan ejercerse, por parte de los interesados (ministerio público, parte civil e incluso el sentenciado), los recursos ordinarios de reposición y apelación, lo que no sería posible, por lo menos en relación con el segundo de tales recursos, si se hiciera en auto de sustanciación (C. de P. P., art. 195). E igualmente debe estar contenida en providencia interlocutoria la decisión de no considerar prescrita cualquier pena, para efectos de que pueda ser objeto de análogas impugnaciones.

Pero la determinación de declarar prescrita la pena (menos aún la de negar dicho fenómeno), no constituye providencia de la que trata el art. 163 del C. de P. P. La declaración de prescripción de la acción penal sí configura tal clase de providencia, ya que corresponde perfectamente a una de las situaciones expresamente previstas en esa norma: que la acción penal no puede proseguirse; por ello se dicta en auto interlocutorio (razón adicional para que así se haga la declaración de prescripción de la pena), que debe consultarse si no es apelado. Pero en tratándose de prescripción de la sanción no es pertinente dar aplicación a la citada disposición, por cuanto no se estructura ninguna de las situaciones que originan la cesación del procedimiento, y, específicamente, no es factible predicar que “la acción penal no puede proseguirse” puesto que esta se ha agotado desde que se ejecutorió la sentencia condenatoria.

En síntesis, la declaración jurisdiccional de prescripción de la pena, así como la que la niega, debe efectuarse por el fallador de primera o única instancia, en auto interlocutorio susceptible de reposición y apelación, pero no consultable dado que no es auto de cesación de procedimiento.

3.2. *Oficiosidad, petición y renuncia.* Existiendo un interés público (la certeza jurídica) en que se precise si determinada pena está o no prescrita, el pronunciamiento jurisdiccional en sentido afirmativo debe hacerse oficiosamente¹⁹ tan pronto como se haya agotado el término prescriptivo, máxime que así lo indica el art. 86 del C. P. para la prescripción de la acción penal. La omisión de providencia oportuna en tal sentido puede llegar a constituir la conducta descrita en el art. 150 del C. P. (prevaricato por omisión), o por lo menos la infracción disciplinaria de que trata el art. 95, ord. 1°, del decreto 250 de 1970.

No obstante la obligación jurisdiccional de reconocer oficiosamente la prescripción de la pena, esta determinación puede ser solicitada²⁰ no solo por las partes que han intervenido en el respectivo proceso penal, sino por cualquier otra persona, ya que el procedimiento ha terminado desde que quedó ejecutoriada la sentencia condenatoria, no siendo entonces aplicables exclusivamente las disposiciones insertas en el título III del libro primero del Código de Procedimiento Penal (“Personas que intervienen en el proceso penal”, arts. 101 a 148), sino también el derecho de petición consagrado en el art. 45 de la Constitución Nacional, que obliga al pronunciamiento jurisdiccional. Y, aún más, si la petición se formula en nombre del propio sentenciado, que como acabamos de precisar no es necesario hacerlo así, el correspondiente poder no tiene que satisfacer la exigencia del art. 120 del C. de P. P. En efecto, esta norma exige que el poder proveniente de sindicado contra quien estuviere vigente auto de detención y no se hallare capturado, se presente personalmente por el poderdante ante el funcionario que tenga el proceso, siempre que se trate de designación de “apoderado para el sumario” o “defensor para el juicio”. De este modo la ley excluye de esa exigencia la designación de representante para cualquier actividad posterior al juicio, que culmina con la ejecutoria de la sentencia, y, concretamente, para solicitar la declaración de prescripción de la pena, actividad que es nítidamente ulterior y extraña al juicio²¹. Por supuesto que esa limitación contraría el objetivo mismo de la norma en referencia (facilitar la aprehensión de la persona contra quien existe orden de detención); pero ello proviene de la inadecuada redacción de la citada disposición y no le es posible lícitamente al funcionario jurisdiccional hacer más onerosa la situación del procesado o sentenciado, so pretexto de atender la finalidad de la ley.

De otra parte tenemos que el art. 112 del Código Penal de 1936 admitía la posibilidad de renunciar a la prescripción de la pena. Dicha disposición fue objeto de reiteradas críticas por su extravagancia e incomprensibilidad²². Pro-

¹⁹ Cfr. ALFONSO REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., pág. 313.

²⁰ Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado...*, ob. cit., núm. 616, pág. 631.

²¹ Agradecemos y acogemos las sugerencias que sobre la oficiosidad y la petición para la declaración de la prescripción de la pena, nos hizo el dr. Edgar Saavedra R.

²² Cfr. v. gr., ALFONSO REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., págs. 313-314 y LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado...*, ob. cit., núm. 616, págs. 631 y 632.

blemente en atención a tales objeciones, el nuevo Código Penal no admite expresamente aquella posibilidad, aunque los proyectos de 1974, 1978 y 1979 sí lo hacían (arts. 109, 104 y 95, respectivamente). La renuncia a la prescripción por parte del interesado, si bien es entendible respecto de la acción penal en la medida en que aquel puede aspirar a acreditar judicialmente su ajenidad a los hechos investigados, no tiene, en cambio, razón de ser ante la sanción ya que en este caso la responsabilidad penal ya se ha declarado definitivamente. Empero, podría pensarse que ante el silencio de la ley vigente en torno a la renunciabilidad a la prescripción de la pena, puede admitirse manifestación en ese sentido ya que no ha sido prohibida. En tan remoto evento, no compartimos, esa interpretación por cuanto entre el interés público y el capricho particular, debe prevalecer aquel; al sentenciado que desee cumplir extemporáneamente su sanción solo le queda, entonces, abstenerse de invocar la declaración de prescripción pero esta, según lo ya expuesto, debe reconocerse oficiosamente.

3.3. *Efectos.* Finalmente hemos de precisar cuáles son las consecuencias de la declaración de prescripción de la pena. Esta, conforme ha sido suficientemente explicitado, hace que cese la obligación estatal de ejecutar una sanción impuesta mediante sentencia. Pero no significa que hacia el futuro se desconozca la existencia anterior del delito o de la pena. Trátase, pues, de un efecto puramente inmediato y concreto, que no se extiende a otros ámbitos jurídicos.

Concretamente, la pena extinguida por prescripción tiene, sin embargo, repercusiones ulteriores para los siguientes efectos²³, ya que aquella figura se refiere únicamente a la no ejecución de la sanción pero no afecta ninguna otra de las consecuencias legales de la imposición de una pena: para contribuir a la determinación de si el interesado, ante sentencia posterior, puede o no obtener suspensión condicional de la condena (C. P., art. 68, ord. 2º); en la misma hipótesis de pena ulterior, para coadyuvar a la decisión sobre el otorgamiento de libertad condicional, en la medida en que el art. 72 del C. P. indica que se tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, "sus antecedentes de todo orden"; y como posible motivo para negar la libertad caucionada en posterior proceso, dada la prohibición del art. 467 del C. de P. P., en cuya virtud "no habrá lugar a excarcelación cuando aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso, durante los diez años anteriores a la petición de este beneficio".

Y, desde otra perspectiva, la prescripción de la pena tampoco constituye por sí misma obstáculo a la exigencia de satisfacer los daños morales y materiales ocasionados con la infracción. Así lo ha previsto, expresamente, el art. 109 del C. P.: "Las causas de extinción de la punibilidad no comprenden las obligaciones civiles derivadas del hecho punible". Por manera, entonces, que así hubiere prescrito la pena, la obligación de reparar dichos daños se regula independientemente, por los términos del art. 108 del C. de P. P. y por las disposiciones pertinentes de nuestra legislación civil.

Habiendo visto que nuestras leyes penales no regulan expresa y claramente los diversos aspectos de la declaración de la prescripción de la pena que hemos analizado, nos parece que norma del siguiente tenor, ubicable tanto en la ley sustantiva como en la procesal pero quizás más en esta que en aquella, subsanaría tal deficiencia: "La prescripción de la pena será declarada o negada, oficiosamente o ante petición de cualquier persona, por el juez que dictó la sentencia de primera o única instancia, mediante auto interlocutorio. El sentenciado no puede renunciar a la prescripción de la pena, pero esta solo implica la no ejecución de la sanción impuesta".

4. ¿PRESCRIPCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD?

La simple enunciación de este interrogante, en un medio jurídico como el nuestro en el que se ha venido aceptando y repitiendo como verdad inexpugnable que las medidas de seguridad no deben ni pueden prescribir, seguramente provocará extrañeza y perplejidad. Pero prescindamos de esa actitud religiosa hacia supuestas revelaciones incuestionables, y exploremos cuáles son las razones teóricas y prácticas de esa afirmación tan escasamente analizada, contando además con la dificultad de que las actas de las comisiones que redactaron los proyectos y el Código vigente tampoco nos suministran mayor aclaración al respecto.

En efecto, en el seno de la Comisión que redactó el Anteproyecto de Código Penal de 1974, simplemente se afirmó que "como las medidas curativas", equivalentes a las medidas de seguridad del texto vigente, "son imprescriptibles, valdría la pena dejarlo consignado expresamente", y así se hizo en el art. 80 de esa codificación, sin ninguna otra consideración sobre la validez y concordancia de esa aseveración: "Las (medidas) curativas son imprescriptibles, mientras la persona a quien se hayan impuesto requiera tratamiento psiquiátrico a juicio de peritos"²⁴. E idéntica situación se encuentra en los proyectos de Código Penal de 1978 y 1979, cuyos arts. 126 y 114, respectivamente, señalan al unísono que las medidas de seguridad, llamadas en el primero de tales textos "de asistencia y protección", "de duración máxima indeterminada serán aplicables en cualquier tiempo, mientras la persona a quien se le impuso requiera tratamiento a juicio de peritos"²⁵, e igualmente omitieron todo análisis de ese aserto. Y en el decreto 100 de 1980, particularmente en el título v del libro primero, no se hizo ninguna referencia a la prescripción de las medidas de seguridad, ni siquiera para descartarla expresamente. *Este silencio del texto legal vigente es aún más preocupante que el de los proyectos, ya que de él, en sana hermenéutica, se derivaría, en principio, no solo que la medida de seguridad no es prescriptible sino que, además, debe aplicarse, por lo menos durante su duración mínima si se tratase de internación por enfermedad mental permanente (C. P., art. 94), por enfermedad mental transitoria con secuelas (C.*

²⁴ Cfr. *Actas...*, ob. cit., págs. 368-369 y 399.

²⁵ Cfr. *Actas...*, ob. cit., págs. 431 y 602-605.

²³ Cfr. REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., pág. 313.

P., art. 95), o para educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola (C. P., art. 96), *aunque el inimputable ya no lo necesitase en el momento de su aprehensión*; y solo después de transcurrido tal término mínimo, podría el juez ordenar su suspensión conforme a lo indicado en los arts. 101 y 98 del C. P. En síntesis, las distintas comisiones que trabajaron hasta culminar en la expedición del nuevo Código, se limitaron a repetir incuestionablemente la actitud del Código Penal de 1936, consignada en su art. 108, que limitaba la prescripción a "la pena", con lo que se excluía de esa posibilidad a la medida de seguridad.

El profesor ALFONSO REYES E., en cambio, ha intentado una explicación de la imprescriptibilidad de las medidas de seguridad, cuando aún regía el Código anterior: "como las medidas de seguridad son en nuestro Código absoluta o relativamente indeterminadas, no habría manera de someterlas a los lapsos prescriptivos de aquella norma (el art. 108); de otra parte, como además de sanciones, son mecanismos de curación, educación y readaptación, el legislador probablemente supuso que tales funciones deberían cumplirse sin sujeción a término alguno"²⁶. El citado autor, pues, presume dos razones para que las medidas de seguridad no prescriban: una de carácter *teórico*, en cuya virtud como aquellas tienen funciones de curación, educación y readaptación, no es aconsejable que por el simple transcurso del tiempo cese la obligación estatal de imponerlas, sino que para esto se requiere que el inimputable ya no necesite ser curado, educado o readaptado, posición esta que acogían los distintos proyectos antes examinados al señalar que eran aplicables en cualquier momento, "mientras la persona a quien se le impuso requiera tratamiento a juicio de peritos". Y otra de índole *pragmática*, dado que como su duración es indeterminada relativamente, ya que unas solo tienen duración máxima y las demás solo término mínimo, no sería posible referir el término para su prescripción a su propia duración, como se hace respecto de las penas.

Y en relación directa con esa doble argumentación sobre los motivos del legislador para consagrar la imprescriptibilidad de las medidas de seguridad, uno de los redactores del Código Penal de 1936 y del Proyecto de 1978, el dr. PARMENIO CÁRDENAS, al explicar por qué en la primera de tales codificaciones, lo mismo que en la vigente, se acogía la indeterminación en relación con las medidas de seguridad mas no frente a las penas, sostuvo: "Compartimos la tesis de la sentencia indeterminada para los locos delincuentes, como era natural, pero no así para los normales, por no disfrutar, como no disfrutaremos en mucho tiempo de una satisfactoria organización judicial e instructiva. Cuando esto último se logre, y cuando las penitenciarías respondan a su fin primordial, cual es la rehabilitación de los reclusos, tiene que venir como una de las mayores conquistas que nos reserva el futuro derecho penal, la condena a tiempo indeterminado, con la intervención mixta y la vigilancia de los jueces y de la autoridad administrativa"²⁷.

²⁶ REYES E., *La punibilidad*, ob. cit., pág. 313.

²⁷ PARMENIO CÁRDENAS, "El positivismo jurídico y nuestro Código Penal", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 1, núm. 3, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1978, pág. 19.

Examinemos, entonces, los razonamientos expuestos por estos dos autores. El primero consiste en que como la medida de seguridad tiene funciones que no se cumplen con el simple transcurso del tiempo, sino que requieren de una acción sobre el sujeto y este puede necesitarla aun muchos años después, la medida no debe prescribir sino estar sujeta, más bien, a la necesidad que de ella exista. Pues bien, resulta que el art. 12 del nuevo Código Penal, así como señala para las medidas de seguridad funciones de tales características (curación, tutela y rehabilitación), también consagra para las penas por lo menos una función de la que igualmente se predica que, más que cualquiera otra, no se satisface con el mero paso de los años, pues exige una acción directa sobre el sentenciado llamada "tratamiento penitenciario"²⁸, a saber: la resocialización; y no es esta innovación de la reciente ley penal, por cuanto, aunque con denominaciones diferentes ("regeneración moral y social") pero idéntico contenido, desde el decreto 1405 de 1934 y posteriormente en el 1817 de 1964, se declaraba legalmente esa función para las penas privativas de libertad. Es decir, estaba reconocida oficialmente aun antes de expedirse la ley 95 de 1936 y por ello el comisionado CÁRDENAS ya la mencionaba. En consecuencia, *con la misma lógica del argumento teórico con el que se justifica la imprescriptibilidad de las medidas de seguridad, debería existir en nuestra legislación desde 1936, la imprescriptibilidad de las penas*, máxime que por su propia estructura el art. 12 del C. P. aspira, en principio, a que todas las funciones allí consignadas se satisfagan en todos los casos²⁹; o por plantearlo de otra manera, la prescripción de la pena (C. P., arts. 87-90), contradice teóricamente al art. 12 de la misma codificación, en cuanto este señala la resocialización como función de la pena. Y únicamente exceptuaríanse a la imprescriptibilidad de las penas, esto es, sí serían prescriptibles, aquellos eventos en que se conceda condena de ejecución condicional, pues conforme a nuestro sistema penal vigente ellos exigen la previa determinación judicial de que el sentenciado no requiere ser resocializado, es decir, no necesita de tratamiento penitenciario (C. P., art. 68, ord. 2º). *Pero si aquella lógica, por cualquier motivo, no es viable, debería existir la prescripción de las medidas de seguridad, así como existe la prescripción de las penas*.

Y para examinar la viabilidad y concordancia con las situaciones concretas de nuestro medio que pueda ofrecer el argumento teórico antes aludido, nada mejor que analizar también las explicaciones de índole práctica mencionadas por el dr. PARMENIO CÁRDENAS. Aduce este que para las penas no se ha establecido el sistema de indeterminación, por cuanto no disfrutamos de "una satisfactoria organización judicial e instructiva" y carecemos de un sistema penitenciario apto para alcanzar el "fin primordial" de las penas. Nos preguntamos: ¿acaso en nuestro sistema penal la misma organización judicial e instructiva que impone penas, no es la que también irroga medidas de seguridad?; y siendo la misma, ¿por qué tomar en consideración sus fallas para evitar la

²⁸ Cfr. v. gr., SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *La prisión*, FCE, México, 1975.

²⁹ Cfr. SANDOVAL HUERTAS, "Las penas...", art. cit., págs. 29-31.

adopción de la pena indeterminada, pero olvidarlas para poder acoger la medida de seguridad indeterminada?; y si el sistema carcelario colombiano no es apto para obtener la resocialización de los sentenciados, ¿acaso nuestros manicomios criminales y anexos psiquiátricos sí son eficaces para alcanzar la curación y rehabilitación de los inimputables? No solo hemos de responder negativamente a este último interrogante, sino que además tenemos que recordar que las instituciones psiquiátricas penales colombianas, como frecuente y reiteradamente se ha denunciado, son aún peores que las prisiones ordinarias. Estas sucintas consideraciones nos muestran, entonces, que *la misma lógica pragmática que impide en nuestro medio la adopción del sistema de indeterminación para las penas, impide también* —aunque la ley asuma actitud distinta— *la existencia de medidas de seguridad indeterminadas.*

Así, pues, integrando las apreciaciones teóricas y prácticas anteriores, la situación es la siguiente: se niega la posibilidad de prescripción de las medidas de seguridad porque en cualquier momento el inimputable puede necesitarlas; pero sabemos, de otra parte, que la medida de seguridad no le va a propiciar las condiciones para su curación o rehabilitación, así como la prisión no va, como norma general, a obtener la resocialización del imputable sentenciado. Es decir que, independientemente de las muy serias objeciones que se han hecho a la ideología de las funciones declaradas de resocialización de los imputables³⁰ y rehabilitación o curación de los inimputables³¹ y que prescindimos de incorporar en este trabajo esencialmente pragmático, *aquel argumento teórico no es viable actualmente en nuestro medio, ya que olvida o finge ignorar las circunstancias materiales de nuestras instituciones y, por tanto, debería existir la prescripción de las medidas de seguridad, así como existe la prescripción de las penas.* Nos parece que es lo mínimo que podría hacerse en relación con los inimputables: no agravar más su situación, como sí sucede al someterlos a medidas de seguridad en cualquier momento, por lo menos mientras se halla una mejor solución a ese serio problema que siempre han constituido para el derecho penal.

Mantener las ficciones con base en las cuales las medidas de seguridad son indeterminadas e imprescriptibles, mientras que con los mismos argumentos se hace de las penas sanciones determinadas y prescriptibles, constituye simple y llanamente un tratamiento diferencial en claro desmedro de los derechos del inimputable, el cual ha sido denunciado por SZASZ al señalar que la situación del llamado 'enfermo mental' ante la ley es más desprotegida que la de quien no ha sido calificado de tal³², cuando a aquel, por esa misma situación, deberían reconocérsele mayores o iguales garantías.

³⁰ Cfr. v. gr., EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "Las funciones no declaradas de la privación de libertad", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca*, núm. 4, Cali, 1981, págs. 41-72; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979, págs. 91-106; ROBERTO BERGALLI, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976.

³¹ Cfr. v. gr., THOMAS SZASZ, *Ideología y enfermedad mental*, trad. de L. Wolfson, Buenos Aires, Edit. Amorrortu, 1976; FRANCO BASAGLIA y otros, *Los crímenes de la paz*, trad. de J. D. Castillo, México, Siglo XXI, 1977.

³² Cfr. THOMAS SZASZ, *Ideología...*, ob. cit., págs. 105-117.

MARIHUANA, VIOLENCIA Y DELITO

BERNARDO RAMÍREZ ZULUAGA

Profesor de la Universidad de Antioquia

I. LA ILEGALIZACIÓN DE LA MARIHUANA EN LOS ESTADOS UNIDOS

En el año de 1937 fue promulgada en los Estados Unidos la *ley federal anti-marihuana*, la cual dio origen a una severa persecución y represión para traficantes y usuarios de la *droga*, y aun tornó difícil su adquisición legal para la simple investigación científica.

Quienes posteriormente se ocuparon de hablar o escribir acerca de los antecedentes y motivación de esta medida, se han referido a la ola de *crímenes violentos* que azotaba a los Estados Unidos por esa época y a la *influencia* que en su *producción* se atribuía al *consumo de marihuana*, considerándose, por consiguiente, como necesaria la expedición de dicha ley para poder hacer frente a la delicada situación de inseguridad pública que se vivía.

¿Se justificaba o no el implantamiento de la ley anti-marihuana? ¿Podía ella fundarse en hechos científicamente demostrados o demostrables, o sea que efectivamente existía *relación causal* entre el *consumo de marihuana* y la *criminalidad* que de esa manera quería combatirse?

Sobre el asunto hubo mucha controversia y se formularon fuertes críticas a la ley. El doctor LESTER GRINSPOON, por ejemplo, se expresaba así en la revista *Scientific American* (número de diciembre de 1969):

"La actitud pública prevaleciente en Estados Unidos de Norte América hacia la marihuana está cargada de prejuicios hiper-emocionales. Esto en parte es el producto de una 'campana educativa' iniciada en los años treinta por el Departamento Federal de Narcóticos (nombre con el que fue designado desde entonces el Departamento de Narcóticos y Drogas Peligrosas), campana que ha difundido muchas distorsiones e informaciones erróneas acerca de la droga. Existen también factores culturales y sociales que contribuyen a la aprensión pública respecto a la marihuana. El aún poderoso vestigio de la ética protestante en este país, condena a la marihuana como un narcótico empleado exclusivamente para la obtención de placer (mientras que el alcohol es aceptado porque lubrica los engranajes del comercio y cataliza el trato social)".

Por su parte, el semanario alemán *Der Spiegel* publicó un extenso artículo, en el cual se decía con cierta causticidad:

¹ Artículo reproducido en la revista *Criminalia*, núm. 8, México, D. F., agosto, 1971, págs. 403 a 414.

"El primer gran pánico de estupefacientes se produjo en 1935 en los Estados Unidos, cuando las víctimas de la crisis económica, en los suburbios de las grandes ciudades, empezaron a fumar la marihuana procedente de Méjico.

"La excitación que esto produjo perdura aún, y se ha extendido a otros países, como Alemania. Fue desatada por otros desempleados: los funcionarios para el control del alcohol, cuya prohibición duró de 1920 a 1933. Como después de este último año esos funcionarios quedaron sin qué hacer, pensaron en la marihuana"².

Se ha hecho mención también de las investigaciones realizadas por el propio ejército de los Estados Unidos en la zona del canal de Panamá, en los años 1932 y 1933, cuyas conclusiones eran que la marihuana no constituía peligro para la disciplina militar; que "no hay ninguna prueba de que la marihuana tal y como es cultivada aquí sea una droga que produzca toxicomanía en el sentido en que se aplica el término al alcohol, el opio, la cocaína, etc.", y que "no se consideran aconsejables los intentos de impedir su venta o su uso"³.

En su obra *Crisol del crimen o Estudio siquiátrico del homicidio*, el notable médico siquiatra norteamericano WALTER BROMBERG da cuenta de otra investigación llevada a cabo en Nueva York entre 1932 y 1937, ambos años inclusive, "encaminada a determinar la prevalencia del asesinato y otros crímenes agresivos entre los adictos a la marihuana", y sobre sus resultados se expresa así este autor:

"De los 16.584 delincuentes comparecidos ante el Tribunal de Jurisdicción General de Nueva York, solo 67 fumaban marihuana (0.004 por 100). Solo 21 entre estos delincuentes quedaron convictos por la comisión de delitos distintos a la posesión o venta de drogas, y entre ellos, únicamente dos resultaron culpables de agresiones, y uno, de asesinato. Solo en 9 casos, de los 67, comenzaban los antecedentes penales del acusado con una acusación de adicción a las drogas. Del mismo modo, el informe del Comité de Investigación sobre la marihuana, nombrado por el alcalde de Nueva York, afirmó que no existía relación específica entre la marihuana y el crimen. ALLENTUCK y BOWMAN concluyen específicamente que la «marihuana no produce por sí misma conducta antisocial»"⁴.

Ya en vigencia las drásticas medidas legales para reprimir el tráfico y consumo de la marihuana, Fiorello La Guardia, por entonces alcalde de Nueva York, consideró necesario que se hicieran más serios y completos estudios sobre esta droga y sus efectos y consecuencias en los usuarios y en la sociedad, haciendo caso omiso de las simples noticias o informes sensacionalistas de cierta prensa y de los prejuicios sociales que se habían formado con motivo de las campañas libradas para obtener la ilegalización de la marihuana. Pero no debe desconocerse el hecho de que alrededor de la medida se había despertado una reacción contraria a ella; se estaba desatando toda una corriente de opinión

² "El Tibet está en todas partes", número de 1969. Reproducido en el libro *La verdad sobre la marihuana*, colección Curiosidades del Hombre Moderno, Bogotá, Colombia, Ediciones Zureca Ltda., pág. 44.

³ PETER LAURIE, *Las drogas*, 3ª ed., El Libro de Bolsillo, Madrid, Alianza Editorial, 1973, pág. 106.

⁴ Ob. cit., 1ª ed., Madrid, Ediciones Morata, 1963, pág. 154.

que la rechazaba por encontrarla injustificada. Esta situación mucho debió influir para que el alcalde La Guardia tomara tal determinación. El doctor ROBERT S. DE ROPP, en su excelente obra *Las drogas y la mente*, se refiere al artículo aparecido nada menos que en una *revista médico-militar*, en la cual "se expresaban conceptos como los siguientes: «...fumar los derivados de la *Cannabis sativa* no es más peligroso que fumar tabaco... las leyes han sido precipitadas... en ellas se considera como crimen una cosa trivial... Esperamos que no se instituya dentro de los servicios armados 'una cacería de brujas' por un problema que no existe»"⁵.

Muchos fueron los aspectos que en relación con la marihuana se dedicó a estudiar la comisión integrada para dar cumplimiento a lo dispuesto por el alcalde La Guardia, comisión en la cual actuaron expertos en los diferentes campos a los cuales se extendió la investigación: psicológicos, sociológicos, médicos, farmacólogos, etc. El informe por dicha comisión elaborado se dio a la publicidad en 1944, y fue bien acogido por quienes estaban en contra de la prohibición de la marihuana, siendo considerado como muy serio, completo y objetivo; pero suscitó los ataques de la otra parte, o sea, de los que estaban de acuerdo con la prohibición, calificándolo de frívolo, falaz, poco científico y crítico.

En *Der Spiegel*, en el artículo anteriormente citado, se dice que la comisión llegó a las siguientes conclusiones:

"personas que durante varios años han fumado la marihuana, no muestran perjuicio alguno, corporal o espiritual, que pueda ser atribuido a la droga. La marihuana no es un medio de adicción que pueda ser comparado a la morfina. La marihuana no conduce a la morfina, ni a la heroína, ni a la cocaína. Tampoco es un factor esencial en la consumación de hechos punibles. La publicidad sobre los efectos catastróficos de la marihuana en Nueva York es injustificada".

II. LA ILEGALIZACIÓN DE LA MARIHUANA EN INGLATERRA

En Inglaterra, según PETER LAURIE, la marihuana fue prohibida desde 1928, año en el cual se ratificó por este Estado la Convención de Ginebra, relativa al control de los opiáceos, la cocaína y la marihuana. Dice este autor⁶ que "Por entonces no existían en el Reino Unido problemas sociales con relación a la droga ni perspectivas de que surgiesen; la ratificación fue suscrita por Gran Bretaña simplemente para suprimir su tráfico en las colonias y en los territorios dependientes".

La alarma en Inglaterra por los peligros individuales y sociales que supuestamente entrañaba la marihuana la ubica el autor citado solo hacia los años cincuentas, "cuando los inmigrantes de color comenzaron a ser considerados como un problema social"⁷, y cita el libro publicado por un abogado en el año de

⁵ Ob. cit., México, Compañía Editorial Continental, S. A., 1971, pág. 87.

⁶ Ob. cit., pág. 103.

⁷ Ob. cit., págs. 104 y 105.

1952, con el título *Indian hemp, a social menace* (*El cáñamo indio, amenaza social*), en el cual se muestra la proliferación del consumo de marihuana en ese país y el gran peligro social que ello implica. Se dice, además, que "los traficantes son en un noventa por ciento gente de color procedente de las Antillas y de las costas del oeste de África". Es interesante anotar que también en Estados Unidos el comercio y uso de la marihuana se concentraban inicialmente en los barrios de los negros, portorriqueños e inmigrantes de Méjico.

Si por la época de prohibición de la marihuana en Inglaterra ella no había generado problemas sociales como los que se decía estaba generando en los Estados Unidos cuando fue ilegalizada en 1937, en cambio sí se conocían muy de cerca y desde mucho tiempo atrás las preocupaciones y señales de alarma que se daban en otros países en donde el consumo masivo de dicha droga llevaba una larga tradición. Precisamente, a fines del siglo pasado, el gobierno inglés había realizado una investigación sobre su consumo en la India y los efectos que producía. El informe que presentó la comisión fue muy extenso (se dice que abarcaba más de 3.000 páginas) y se dio a conocer en 1894. En su obra *Marihuana y evolución social*, el doctor JOEL SIMON HOCHMAN trae como conclusiones de ese informe las siguientes:

"En relación con los efectos físicos, la comisión ha llegado a la conclusión de que el uso moderado de drogas de cáñamo, prácticamente no es seguido por malos resultados en absoluto... El excesivo uso de la droga causa lesiones... Con respecto a los alegados efectos mentales de las drogas, la comisión ha llegado a la conclusión de que el uso moderado de drogas de cáñamo no produce efectos perjudiciales en la mente... Es diferente con el uso excesivo... En relación con los efectos morales de las drogas, la comisión es de opinión de que el uso moderado de las mismas no produce ningún mal efecto moral... El excesivo consumo... indica e intensifica la debilidad moral... Revisando el asunto de un modo general, se puede agregar que el uso moderado de esas drogas es la regla, y que el excesivo uso de las mismas es comparativamente excepcional"⁸.

III. EL MOVIMIENTO EN FAVOR DE LA MARIHUANA

En una investigación sobre las drogas realizada por la prestigiosa revista argentina *Médico Moderno*, publicada en el número correspondiente al mes de octubre de 1972, se recuerda que "hacia 1970 las principales publicaciones del mundo comenzaron a ocuparse francamente del tema" de la *legalización de la marihuana*, y refiere que John Kaplan, exfiscal de San Francisco, "propuso, entonces, que un monopolio estatal se hiciera cargo de la cosecha de la droga y que se expendiera a mayores de dieciocho años en locales del gobierno instalados al efecto". "El impuesto a tales ventas, argumentaron los entusiastas seguidores de Kaplan, podría destinarse a la lucha contra la droga y a la rehabilitación de los adictos".

⁸ Ob. cit., 1ª ed., México, Editorial Diana, 1975, pág. 85.

OCTAVIO APARICIO⁹ y PETER LAURIE¹⁰ citan un editorial de la revista médica inglesa *The Lancet*, que ya en 1963 sugería la *legalización de la marihuana* porque *su nocividad era difícil demostrarse científicamente*, lo cual, por otra parte, representaría cuantiosos ingresos para el Estado, por medio de los impuestos, aunque sí deberían "tomarse precauciones en lo que respecta a la relajación de los controles".

En la República Federal Alemana, según informaba *El Correo de la Unesco* en una recopilación de artículos sobre las drogas, "se pone en duda la nocividad de la marihuana y del hachís y son varias las publicaciones y medios sociales que sugieren la legalización del uso de estas drogas"¹¹.

Y en cuanto a los Estados Unidos, desde hace muchos años existe nada menos que la *Organización Nacional para la Reforma de las leyes sobre la Marihuana* (NORML), cuyas actividades y campañas en pro de la legalización de esta droga son mundialmente conocidas.

Aunque para la época en que empiezan a proliferar en diferentes países del mundo las insinuaciones, propuestas y manifestaciones en pro de la *descri-minalización* o legalización de la marihuana ya se conocían, y desde mucho antes, numerosos estudios y conceptos de científicos que negaban o, por lo menos, ponían en seria duda los temibles efectos y consecuencias atribuidos a su consumo, lo cierto es que ello solo viene a ocurrir cuando esta droga *ha ascendido en el status social*: cuando deja de ser únicamente la *droga barata* de los negros, de las gentes de los bajos fondos sociales y de los habitantes de los barrios de miseria, de los barbudos y melencidos hippies, para penetrar en los colegios y universidades e invadir la clase media; cuando llega a los círculos de intelectuales y artistas, a los ejecutivos de las grandes empresas, y hasta se le abren las puertas en las reuniones sociales de la misma burguesía. En síntesis, cuando ha invadido todos los sectores y estratos sociales en Estados Unidos y otros países americanos, lo mismo que algunos de Europa occidental, llegándose, por consiguiente, a constituir en un gran negocio su producción y tráfico, pues un informe de la Comisión de Drogas y Narcóticos de las Naciones Unidas, publicado en 1971, calculaba en más de doscientos millones el número de usuarios de marihuana en el mundo¹².

IV. ¿EXISTE RELACIÓN ENTRE MARIHUANA Y DELITO?

La conexión entre consumo de marihuana y actos violentos y criminales ha sido negada o, al menos, puesta en duda por algunos investigadores, con diferentes argumentos. LESTER GRINSPOON¹³ cita a R. N. CHOPRA y a G. S.

⁹ *Drogas y toxicomanías*, Madrid, Editora Nacional, 1972, pág. 335.

¹⁰ Ob. cit., págs. 103, 193 y 194.

¹¹ *La verdad sobre la droga*, pág. 72. Libros de Bolsillo El Correo de la Unesco. Recopilación de artículos publicados en mayo de 1968 y mayo de 1973.

¹² Citado por OCTAVIO APARICIO en obra ya mencionada, pág. 291.

¹³ Trabajo antes citado, pág. 409.

CHOPRA, quienes "han afirmado que la cannabis en vez de incitar al comportamiento criminal, lo suprime; la intoxicación induce a un letargo que de ninguna manera incita a la actividad física, no se diga a la comisión de crímenes. La liberación de inhibiciones se resuelve a través de expresiones verbales más que de comportamiento. Durante el achispamiento, el que usa marihuana, puede decir cosas que normalmente no diría, pero en general no hará cosas que sean extrañas a su naturaleza. Si normalmente no es criminal, no cometerá ningún crimen bajo la influencia de la droga".

Es bueno anotar que los CHOPRA adelantaron sus investigaciones en la India, país en donde los preparados de marihuana tienen una milenaria tradición de consumo con fines religiosos y rituales; a la planta se le atribuye un origen sagrado por haber sido extraída del océano por el dios Siva.

Sobre los homicidios que han conmovido a las gentes de algunos países por la forma brutal o salvaje o absolutamente inmotivada de su ejecución, u otros delitos cometidos por personas que, reconocidas clínicamente, se ha diagnosticado o dictaminado por los siquiátricos un estado de intoxicación crónica o aguda producida por el uso de marihuana, se ha dicho que son casos aislados o excepcionales en los cuales la droga no ha obrado más que como desencadenante de la reacción del sujeto, de tal manera que su comportamiento criminal encuentra su explicación profunda es en la personalidad básica del individuo. En los casos de agresión o violación sexual, se ha agregado que la marihuana no es ningún afrodisíaco; que no actúa como estimulante del deseo erótico, sino que, por el contrario, lo debilita; siendo, entonces, inaceptable el que el individuo que está bajo sus efectos se sienta irresistiblemente arrastrado a su satisfacción, inclusive recurriendo a la violencia para lograrlo.

En cuanto a la oleada de criminalidad violenta que afectó a varias ciudades de los Estados Unidos en los años treinta, se ha explicado que con marihuana o sin marihuana el fenómeno siempre se hubiera presentado, pues quienes la desataron eran desempleados y habitantes de barrios miserables, duramente golpeados por la gran crisis económica de esa época.

Una explicación semejante se ha dado en otras latitudes. Por ejemplo, "Un investigador siquiátrico en Nigeria —dice el doctor LESTER GRINSPOON—, T. Asuni, notó que una comunidad menesterosa tenía una alta incidencia en el crimen y en el uso del hachís, pero concluyó que estas estadísticas eran atribuibles a la frustración de las vidas de las personas más que a la relación entre la droga y el crimen"¹⁴.

Finalmente, investigadores más prudentes o moderados han señalado como muy difícil y hasta imposible poder dilucidar cuál sea la relación entre la marihuana y la criminalidad que se atribuye a su consumo, pues frecuentemente, se da el caso de que quien consume marihuana, también consume otras drogas, v. gr., alcohol, barbitúricos, anfetaminas, etc.; en estas condiciones ¿cómo establecer si el comportamiento criminal influyó o no la marihuana?

¹⁴ Trabajo ya citado, pág. 410.

Por otra parte, como en relación con el comportamiento antisocial o delictivo es de capital importancia resolver el problema de la sanidad o insanidad mental del sujeto al momento de incurrir en él, se ha negado que el consumo de marihuana tenga el poder de producir *sicosis* o *desórdenes de personalidad*; que no se da un síndrome específico que pueda denominarse "*sicosis cannabis*", pues los casos de que hablan los siquiátricos de la India, Egipto, Marruecos y Nigeria no asumen características o peculiaridades propias, sino que lo son de otros estados de intoxicación aguda. En otros casos, los investigadores han concluido que se trataba de sujetos "predispuestos a sicosis funcional la cual solo fue precipitada por la droga"¹⁵. LESTER GRINSPOON aclara:

"Esto no significa que la droga no pueda precipitar un estado agudo de ansiedad con pensamientos paranoicos o aun una sicosis temporal en una persona susceptible. Una droga que altera el estado de conciencia y distorsiona la percepción y la imagen corporal, puede muy bien empujar, a un ego precariamente balanceado, ya sobrecargado de ansiedad, a reacciones esquizofrénicas"¹⁶.

V. COMPLEJIDAD DE LA PROBLEMÁTICA

En una "discusión-simposio" sobre la problemática de la droga, realizada en Bilbao (España), en la sede de la Academia de Ciencias Médicas, el 29 de marzo de 1974, uno de los expositores, A. BERISTAIN, al ser interrogado por el moderador sobre "¿Cuáles son las manifestaciones de las drogas con incidencia en el derecho penal?", al referirse a la marihuana expresó:

"El uso de la marihuana y de sus derivados no incrementa (ni está relacionado con) la delincuencia violenta o no violenta. Las estadísticas y las informaciones de los autores de delitos lesivos contra las personas muestran la no influencia de la marihuana"¹⁷.

En verdad, no alcanzamos a comprender cómo puede decirse esto, olvidando la discrepancia de opiniones que desde hace mucho tiempo ha existido entre los investigadores acerca del punto tratado, y sin dar la más mínima sustentación.

Más acorde con la realidad (¿y mejor informada?) se manifestó la Comisión de Encuesta Canadiense, al decir en su Informe:

"No existe unanimidad de opiniones sobre las relaciones del cannabis con la agresividad, la violencia y el crimen"¹⁸.

Nosotros consideramos que la cuestión planteada —si existe o no relación causal entre el consumo de marihuana y el comportamiento violento o delictivo—

¹⁵ Trabajo ya citado, pág. 412.

¹⁶ Trabajo antes citado, pág. 412.

¹⁷ *Las drogas*, obra dirigida por J. L. GOTTE ITURRIAGA, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1974, pág. 104.

¹⁸ Citado por JEAN-MICHEL OUGHOURLIAN, *La persona de toxicómano*, Barcelona, Editorial Herder, 1977, pág. 94.

vo— no es tan simple ni tan fácil de resolver, como la gran mayoría de autores que conocemos lo han pretendido. Se hacen afirmaciones o negaciones y se sacan tales o cuales conclusiones, pero poco o nada fundamentadas, y que no pueden ser sino el fruto de generalizaciones inadmisibles. Se parte de principios demasiado estrechos y de bases demasiado estáticas y simples, cuando la realidad es tan amplia, multifacética y compleja; tan dinámica, dúctil y variable.

La verdad es que sobre tal cuestión existen referencias históricas, datos de experiencia y muchos aspectos y variables que o no se tienen en cuenta o no se tratan con el suficiente detenimiento, cuando en realidad deben integrarse y relacionarse entre sí, a fin de poder lograr un enfoque lo más omnicompreensivo y realista posible.

Vamos ahora a hacer algunos planteamientos que, además de tener un sentido crítico sobre las opiniones y conclusiones que se han dado alrededor de la cuestión que nos ocupa, sientan las bases de nuestro punto de vista, el cual expondremos al final:

A) No obstante que sobre los efectos del consumo de la marihuana se han hecho observaciones y estudios desde hace muchos años, lo cierto es que no ha existido una verdadera tradición o continuidad investigativa. Respetables autoridades en la materia han coincidido en señalar que investigaciones de laboratorio serias y controladas solo datan aproximadamente del año 1968. Una de tales autoridades, el doctor ANDREW T. WEIL, escribía en 1979 que “los estudios serios de experimentación que se han hecho de ella, se pueden contar con los dedos de una mano. La literatura científica acerca de cannabis es amplia, pero en su mayoría está basada en rumores, anécdotas y en observaciones indirectas. Los datos farmacológicos más sencillos sobre la droga y sus efectos aún no han sido recolectados”¹⁹.

No sin razón, entonces, ha reinado tanta incertidumbre y controversia acerca de si la marihuana es o no nociva para la salud física y mental de los usuarios y si constituye o no un peligro para la sociedad por las posibles consecuencias negativas en la personalidad y en el comportamiento que se generen en aquellos.

Empero, lo más grave del caso es que hasta puede dudarse de la honradez científica de algunas opiniones o conclusiones sobre su no nocividad. En un artículo publicado en *Paris Match* por MARÍA-GISELE LANDES, esta hacía la siguiente denuncia:

“De todas maneras todavía hay gente que sostiene que la marihuana es menos nociva que el tabaco y hay doctores que lo prueban. Pero también se ha podido comprobar que hay muchos científicos pagados por los que están en el negocio que tratan de calmarles la conciencia a muchos”²⁰.

¹⁹ Tomado de un artículo reproducido en *Marihuana. Legalización o represión*, Biblioteca ANIF de Economía, 1979, pág. 95.

²⁰ Traducido, condensado y reproducido por la revista *Conciencia*, especializada en farmacodependencia, Medellín, Colombia, volumen V, núm. 25, págs. 46 y 47.

Y en un artículo publicado en el diario “La Opinión”, de Buenos Aires, número correspondiente al 16 de julio de 1972, DAVID COOPER decía:

“Creo que el uso del *cannabis* (marihuana, etc.) debería legalizarse en los países del Primer Mundo, para ayudar a detener sus maquinaciones. Sin embargo, contrariamente a lo que dije en una solicitud aparecida en *The Times* de Londres —que firmé con eminentes co-signatarios, urgiendo la liberalización universal de las leyes represivas para el uso del *cannabis* dado que no ocasiona daño alguno ni adicción—, no creo que su uso deba ser legalizado en el Tercer Mundo. Su ilegalidad engendra vigilancia, y su uso generalizado retardaría el proceso revolucionario, tal como Franz Fanon pensó que había demorado la revolución argelina”²¹.

Las investigaciones experimentales más recientes arrojan resultados y conclusiones que confirman o refuerzan a quienes en el pasado concluyeron en sus estudios que el consumo de marihuana produce efectos nocivos o indeseables en el individuo, tanto orgánicos como síquicos. Ya en 1976, con base en las investigaciones realizadas hasta ese entonces y cuyos resultados eran muy preocupantes, el secretario de salud, educación y asistencia social de los Estados Unidos, en su Sexto Informe Anual al Congreso, relacionaba como posibles efectos del consumo de marihuana los siguientes:

“a. Deterioro del sistema de defensas naturales del organismo contra las enfermedades, interferencia o depresión de la respuesta inmunológica del organismo.

“b. Alteraciones de los cromosomas, como por ejemplo, aumentos en el número de cromosomas anómalos en algunas células del cuerpo.

“c. Alteraciones básicas en el metabolismo celular.

“d. Deterioro de las funciones endocrinas; específicamente, reducción de la testosterona, hormona masculina y en los niveles de hormonas del desarrollo.

“e. Lesiones cerebrales”²².

Un buen indicativo de la acción que puede desarrollar la marihuana en el organismo del usuario lo constituye el descubrimiento de la prolongada permanencia en él del que ha sido considerado *principal componente químico activo*, el *tetrahidrocannabinol (THC)*, por lo menos por ser más conocido, el cual se acumula en el cerebro y en los órganos reproductivos y se metaboliza y excreta lentamente, hasta el punto que parte de él es posible detectarse un mes después de haberse ingerido, según lo explicaba ROBERT L. DUPONT, M. D., en una audiencia celebrada el 16 de noviembre de 1979 en Baltimore, Maryland, ante el Subcomité de Justicia Criminal del Comité Judicial²³. Esto a diferencia de los componentes del *alcohol* y del *tabaco*, que se metabolizan y eliminan rápidamente.

Se recalca también en que el alcohol es una sustancia relativamente simple, cuya composición química y acción en el organismo son suficientemente conoci-

²¹ Reproducido en *Drogas, ¿revolución o contrarrevolución?*, Compilación de artículos seleccionados y publicados por RODOLFO ALONSO, Buenos Aires, 1972, pág. 16.

²² *La marihuana. Peligrosa enemiga de la salud*, compilación de artículos. Agencia de Comunicación Internacional. Embajada de los Estados Unidos, Bogotá, Colombia, noviembre de 1980, pág. 40.

²³ *Ibidem*, pág. 27.

das; no así con respecto a la marihuana, la cual tiene alrededor de cien componentes, siendo solo bien conocida científicamente la acción de dos de ellos: los *tetrahidrocannabinol*, delta nueve tetrahidrocannabinol (Δ -9-THC) y delta ocho tetrahidrocannabinol (Δ -8-THC), y prácticamente desconocida la de los demás, haciéndose aún más de temer el uso de esta droga por los posibles efectos nocivos que se ignoran.

En la actualidad, investigadores y expertos en la materia son enfáticos en afirmar, con base en pruebas irrefutables de experiencia, que el consumo crónico de marihuana produce *múltiples efectos nocivos*, entre los cuales, por su mayor relación con el tema que estamos tratando, mencionamos los siguientes: alteraciones o distorsiones en la percepción; perturbaciones en el normal funcionamiento de la memoria, el pensamiento y el raciocinio; dificultades para la concentración y el trabajo intelectual.

Relacionado con lo anterior, es interesante anotar que ya desde la antigüedad el médico griego GALENO, al referirse al consumo de marihuana entre los hindúes y los mongoles, afirmaba que esta droga tenía el poder de lesionar el cerebro si se abusaba de ella²⁴. Actualmente, confirmando al eminente médico antiguo, no son pocos los expertos que hablan de atrofas o daños cerebrales irreversibles producidos por la marihuana.

B) Un factor que con mucha frecuencia no es tenido en cuenta en los estudios que conocemos sobre los efectos de la marihuana en los usuarios es el *grado de concentración de tetrahidrocannabinol (THC)* en el preparado o producto consumido, omisión que constituye un *gran error*, pues hoy es indiscutible que la potencialidad de la droga depende del mayor o menor contenido de este componente, conocido hasta ahora como el más sicoactivo dentro de la composición química de la marihuana. Tanto es así, que ha podido comprobarse que el preparado o producto más apetecido por los usuarios, por sus potentes efectos, es aquel en el que se emplean plantas de marihuana con un rico contenido de THC, como ocurre con la marihuana colombiana.

En un artículo anterior nuestro decíamos:

La multiplicidad de nombres con que se conoce la marihuana en el mundo se debe, generalmente, a la gran variedad de preparados que se hacen de ella para su consumo, variedad que, inclusive, llega a darse aun dentro de un mismo país, en lo cual juegan, como es obvio, muchos factores, tales como los gustos, hábitos y costumbres peculiares de cada pueblo, y hasta el mismo nivel socioeconómico de productores y consumidores.

Lo anterior indica que resulta prácticamente imposible la descripción y análisis de todos los preparados de marihuana de uso en el mundo, limitándose los autores, al menos los conocidos por nosotros, a referirse a unos pocos, entre los cuales ocupan los lugares más destacados el "charas", el "ganja" y el "bhang", nombres con los que se conocen en la India tres tradicionales preparados de gran consumo en ese país, y que se diferencian entre sí, principalmente, en razón de las partes de la planta que se emplean en la elaboración.

²⁴ JEAN-LOUIS BRAU, *Historia de las drogas*, Barcelona, Editorial Bruguera, S. A., 1974, pág. 17.

Es de gran interés científico el saber lo que son el "charas", el "ganja" y el "bhang" porque pueden servir como términos de comparación para medir el nivel de actividad o poder sicotrope de los demás preparados de marihuana que se conocen en el mundo, lo cual no parece arbitrario afirmarlo, por lo menos como pauta general, si se tiene en cuenta que ellos mismos difieren entre sí en nivel de actividad en razón de las partes de la planta que se utilizan en su elaboración, como lo veremos en seguida:

a) Para el "charas" se emplea principal o exclusivamente la resina, extraída de las partes superiores de plantas maduras. Es el más potente de los tres preparados, pues, como ya dijimos, la resina contenida en las extremidades floridas y en las hojas superiores posee la mayor concentración del principio químico activo: aproximadamente un 40%. Según el doctor LESTER GRINSPOON, el "charas" produce efectos de cinco a ocho veces más fuertes que la marihuana disponible normalmente en los Estados Unidos.

En los países árabes este preparado se denomina "hachís", por lo cual los autores, fundados en la equivalencia de preparados, utilizan más frecuentemente la denominación árabe, y no tanto la de "charas".

b) Para el "ganja" se emplean las flores y las hojas superiores de plantas esmeradamente cultivadas y seleccionadas. El "ganja" es menos activo que el "charas", pero mucho más que el "bhang", porque las partes empleadas en su elaboración son de un elevado contenido en resina.

c) Para el "bhang" se emplean las hojas y, en pequeña proporción, las flores, de plantas aún no maduras; pueden también emplearse el tallo y las semillas. Es el menos activo de los tres preparados, no solo por el bajo contenido en resina de las partes de la planta que la componen, sino, además, por tratarse de plantas aún verdes. "La mayoría de la marihuana fumada en Estados Unidos es de este grado", dice LESTER GRINSPOON.

Según ISTVAN BAYER, miembro de la División de Estupefacientes de las Naciones Unidas, en la India se ha prohibido el consumo de la pura resina. En cuanto al "ganja" y al "bhang", son permitidos "con fines médicos, cuasimédicos y rituales".

De acuerdo a lo anteriormente expuesto sobre el "charas", el "ganja" y el "bhang", bien puede concluirse que cuando vaya a hablarse de los efectos de la marihuana sobre las personas y a determinar si ella es o no perjudicial para su salud física o mental, es menester determinar el nivel de concentración o contenido del principio químico activo en el preparado, como primer elemento del juicio, y como en el mundo y aun en cada país no se consume uno solo, sino una gran variedad y con diferentes grados o niveles de actividad, bien puede apreciarse lo difícil que resulta llegar a conclusiones válidas universalmente. Así, por ejemplo, no puede hablarse de los mismos efectos en quienes, como en los países árabes o en la India, consumen "charas" o "hachís", cuya concentración de principio químico activo es del orden del 40%, que en quienes, como en los Estados Unidos, consumen un preparado o producto que solo contiene de un 8 a 12%, o en Túnez y Marruecos, que apenas llega al 5%, según datos del eminente tratadista de Medicina Legal, doctor C. SIMONIN²⁵.

En los Estados Unidos comúnmente se ha consumido un preparado de marihuana de muy bajo contenido de THC. El doctor JOEL SIMON HOCHMAN²⁶, quien escribió en 1975, decía que era aproximadamente de un miligramo por ciento y "raramente más de 5 miligramos". Agrega que el hachís o charas, que

²⁵ "Breves apuntes sobre la marihuana", en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, 1980.

²⁶ *Marihuana y evolución social*, edición ya citada, pág. 86.

“contiene de 10 a 16 miligramos por ciento de THC”, “es de menor disponibilidad y mucho más caro”.

El doctor HOCHMAN, quien es muy moderado en sus apreciaciones y conclusiones sobre la marihuana, sin embargo es muy claro en afirmar:

“Los efectos benignos de la gran escala social de uso, podrían cambiar drásticamente si las más fuertes preparaciones de cannabis en otros países, estuvieran disponibles aquí” (se refiere a Estados Unidos)²⁷.

A este respecto, queremos observar que un amplio campo de investigación y de expectativa se abre ahora en ese país en materia de efectos de la marihuana en los usuarios, al saberse del cultivo en California de la llamada “sin-semilla” (sin granos), de la cual, según revelaciones que hacía en 1979 el Instituto Nacional de la Droga (NIDA), contiene más THC que cualquiera otra de las especies conocidas²⁸.

Para terminar este punto bueno es anotar que para tratar de disminuir los riesgos o peligros de la marihuana en los usuarios hay quienes han tenido la idea de que se rebaje el contenido de THC, pero, obviamente, esta medida no puede tener efectividad en países en donde el cultivo y producción y aun el mismo consumo de la droga, se encuentran fuera de la ley, pues no se ve cuáles podrían ser los mecanismos de control.

C) En los juicios o conclusiones que se pretenda formular sobre los efectos y consecuencias individuales y sociales de la marihuana, es fundamental *diferenciar el uso ocasional*, esporádico, y aun el que se da con alguna regularidad, con *finés sociales o recreativos*, pero sin exceso (dosis de uso social), del *uso permanente, habitual*, con o sin excesos, y con la finalidad de satisfacer una *necesidad* que se ha desarrollado en la persona, formándose una verdadera *dependencia síquica* (la dependencia física generalmente no ha sido admitida) del usuario de la droga. En el primer caso, hablar de comportamientos antisociales, de reacciones violentas o criminales, que puedan derivarse del uso de la droga, no sería admisible, salvo que se trate de *reacciones por intolerancia*, como ocurre con otras drogas sicoactivas, como la morfina, la cocaína, etc., pues no siempre ni en todas las personas la marihuana produce efectos suaves, agradables, de bienestar y euforia; muchas son las personas que han vivido experiencias completamente contrarias. Los síntomas que presentan y sus mismos relatos pertenecen a la literatura científica sobre la materia. El doctor JEAN-MICHEL OUGHOURLIAN, por ejemplo, habla de “la ansiedad o incluso la angustia, la depresión, la irritabilidad, las náuseas, las cefaleas, la lipotimia, la confusión, las sensaciones de aturdimiento y la somnolencia”²⁹.

En el segundo caso, o sea el de la *habituación* al consumo de marihuana en grado tal que llega a formarse una verdadera *dependencia síquica* del usuario a la droga, y que corresponde a un *estado de intoxicación crónica*, de ninguna

²⁷ Obra citada, pág. 86.

²⁸ Véase artículo de MARÍA-GISELA LANDES, ya citado.

²⁹ Obra citada anteriormente, pág. 94.

manera puede negarse el *poder criminógeno de la droga*, en razón del *deterioro ético y social*, que sufre la persona, fenómeno que es común a varios tipos de *toxicomanías* (o farmacodependencias, como se quiere que se hable actualmente): morfínismo, heroínismo, cocainismo, alcoholismo, etc. Sicólogos, siquiatras y demás profesionales que trabajan en el tratamiento y rehabilitación de drogadictos sobradamente saben de los estragos orgánicos, síquicos y sociales producidos por el abuso en el consumo de drogas sicoactivas. Demasiado lo saben, también, sin necesidad de ser expertos, los familiares, amigos y conocidos del drogadicto. En resumen: lo sabe todo el mundo, porque es un hecho palpable y evidente. Y los que trabajan en el campo de la Criminología con mayor razón:

BENIGNO DI TULLIO dice que “la estructura psicológica de los distintos toxicómanos presenta características comunes. En efecto: todos los toxicómanos llegan a vivir bajo el dominio de su tendencia a procurarse el tóxico, por cualquier medio; caen fácilmente en estado de excitación, que puede ser de fondo ansioso; presentan un progresivo decaimiento síquico y especialmente de la voluntad; y adoptan una conducta orientada a la inmoralidad, a la antisociabilidad y a la delincuencia, en general”³⁰.

Por su parte, ENRICO ALTAVILLA habla de los “*delitos derivados de degradación ética*” de los toxicómanos, y dice que “no hay acto torpe del que los intoxicados no sean capaces, en las formas más contradictorias, ni hay delito patrimonial que no cometan; traicionan la confianza ajena, recurren a subterfugios pueriles y están prontos a denuncias y testimonios falsos. Cuando el síndrome es depresivo, se vuelven apáticos, descuidados de su persona, mendigos, vagabundos, ociosos, felices al humillar a su familia, olvidados de todo deber familiar y por lo tanto fáciles para no cumplir con las obligaciones de asistencia y también para actos de negligencia, que pueden integrar delitos culpables”³¹.

Hablando ya específicamente sobre la intoxicación por marihuana, C. SIMONIN, a quien más se le conoce entre nosotros por su monumental tratado de *Medicina Legal Judicial*, dice:

“Ha sido observado que el 70% de los intoxicados habían recurrido a la prostitución para comprar las drogas; los muchachos cometen robos o se vuelven pendencieros o criminales”³².

Y más adelante:

“La *intoxicación crónica* se observa en los que, debido al consumo habitual del cáñamo y sobre todo de la resina, se vuelven perezosos, apáticos y forman una plaga de irregulares y vagabundos más o menos en conflicto con la policía y la justicia.

“En el curso de episodios agudos, confusos, con alucinaciones visuales, seguidas de amnesia, aparecen actos impulsivos, fugas y reacciones trágicas u homicidas”³³.

³⁰ *Principios de criminología clínica y psiquiatría forense*, Madrid, Aguilar S. A., 1966, pág. 99.

³¹ *La dinámica del delito*, tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1961, pág. 343.

³² *Medicina Legal Judicial*, Barcelona, Editorial JIMS, 1966, pág. 654.

³³ Obra citada, pág. 655.

El criminólogo español MANUEL LÓPEZ-REY se muestra cauteloso en admitir la "conexión entre marihuana y crimen", considerándola "más dudosa o, cuando menos, más variable que la de los opiáceos", y para ello se funda en parte en "la índole impredecible de los efectos de su uso"³⁴. No vamos a discutir el argumento que presenta, porque lo consideramos válido en la forma tan genérica como lo plantea; pero sí observamos que él no se detiene en su exposición a hacer el examen de las consecuencias de la intoxicación crónica, entre las cuales está la degradación o deterioro ético-social del usuario, que lo sitúa como verdadero *fronterizo del delito*, y, por consiguiente, con amplia posibilidad de convertirse en delincuente.

D) La opinión de que el consumo de marihuana estimulaba la agresividad e impulsaba al delito predominó hasta cuando hizo irrupción el *movimiento hippie*, en la década de los años sesenta, movimiento al que mucho se le debe el gran auge de la marihuana, porque sus adeptos la usaban, además de otras drogas, como símbolo de la "revolución" que predicaban, convirtiéndose así en un gran medio de propaganda y de incitación a su consumo. A partir de entonces la opinión empieza a dar un giro favorable a la marihuana. Expertos e investigadores en materia de drogas comenzaron a manifestar sus dudas sobre lo que venía afirmándose desde muchos años atrás, y cautivados por la actitud de los *hippies*, por sus prédicas de amor y paz, en vez de odio y guerra, consideraban que era insostenible que una droga que inducía pasividad, letargo, inactividad; que inspiraba sentimientos de amor e impulsaba a las personas a una vida comunitaria, pudiera tenerse como inductora de agresividad, violencia o crimen.

Olvidaban, quienes así pensaban, el poder *excitante y desinhibidor* de la marihuana, según la dosis empleada, el grado de intoxicación y otros factores y circunstancias que hacen que los efectos no sean siempre los mismos. Olvidaban, también, que el movimiento *hippie* no constituía una línea uniforme en lo que podríamos llamar su filosofía, su estilo de vida y su forma de pensar y actuar, pues en él había grupos que predicaban la violencia y la hacían o querían hacerla. JEAN-MICHEL OUGHOURLIAN recuerda a este respecto "las bandas motorizadas y vestidas de cuero de los *blousons noirs*, «Ángeles del Infierno» y otros «Hijos de Satán» que se entregan a brutalidades extremas en la costa oeste de los Estados Unidos por ejemplo y que también fuman la marihuana"³⁵.

La marihuana pudo ser para los *hippies* la droga del amor, de la paz, de la dulzura y de la bienaventuranza, influidos por la filosofía religiosa y las prácticas hindúes. Pero no lo fue para la orden o secta religiosa ismaelita de los *hachisianos* (consumidores de hachís), que en los siglos XI y XII se hizo célebre por la crueldad con que sus miembros, bajo los efectos del hachís, eliminaban a sus enemigos con el puñal y el veneno, según lo refieren quienes se ocuparon en establecer el origen etimológico de la palabra francesa *assassin* (en español,

³⁴ *Criminología*, volumen I, Madrid, Aguilar S. A., 1973, pág. 385.

³⁵ Obra citada, págs. 95 y 96.

asesino). Tampoco debió de ser considerada tal cuando en Egipto, durante su ocupación por Napoleón Bonaparte, se prohibió su uso porque "los bebedores y fumadores habituales de esta planta pierden la razón y son presa de delirios violentos que los hacen entregarse a excesos de todas clases"³⁶. Tampoco para el guerrillero mejicano Pancho Villa, quien prohibió severamente su uso, pese a que en otras épocas hacía que sus huestes la consumieran para que entraran en combate con el enemigo, con valor y sin temor a la muerte, tal como lo refiere PABLO OSWALDO WOLF³⁷. ¿Y qué decir de los soldados norteamericanos en Vietnam, que veían crecer silvestre la marihuana, la cosechaban, la preparaban y la consumían, y no precisamente para predicar el amor o la fraternidad entre los hombres, ni para manifestarse en favor de la paz y en contra de la guerra, sino para incrementar su agresividad, darse valor e insensibilizarse ante las matanzas que debían realizar?

Es que, variando las condiciones, siendo otro el contexto y otras las motivaciones, los efectos de la *Cannabis Sativa L.*³⁸ cambian radicalmente. La potencialidad que ella tiene de obrar sobre el cerebro y los centros nerviosos, de ser estimulante síquico, de exagerar los afectos e intensificar las emociones, de relajar la voluntad, hacer más sugestionable al usuario y llevarlo a ideas fijas y delirantes, bien puede emplearse para muchos fines. Y efectivamente así ha ocurrido a través de los milenios de su historia.

VI. CONCLUSIÓN

De todo lo que hemos dejado expuesto podemos concluir que la cuestión de si el consumo de marihuana estimula agresividad y lleva a la violencia y al delito, ha sido mal planteada y mal resuelta por muchos, quizá la mayoría, de quienes se han ocupado de ella. Se han hecho afirmaciones y negaciones, pero en ambos casos sin una base suficientemente sólida y firme que las sustente. Se parte de formulaciones demasiado esquemáticas y mecanicistas, y se olvida frecuentemente que para la criminología la producción de un hecho antisocial o de un delito determinado no es el efecto de una causa o condición única o de un factor único; sino que en su producción convergen o se conjugan una pluralidad de factores, condiciones y circunstancias de diferente naturaleza, formando un complejo proceso causal en el que llegar a determinar o esclarecer qué fue lo preponderante no es posible sin el examen riguroso del caso particular.

Sin que pretendamos desconocer el papel que desempeñan las variables de personalidad en las reacciones y comportamientos antisociales o criminales del toxicómano, sin embargo consideramos que mucho se ha abusado de este tipo de análisis y de conclusiones por algunos autores, llegando a constituir un cierto estereotipo que cierra las puertas a un estudio más comprensivo y dialéctico de la compleja problemática antropológica y social de la droga.

³⁶ Cita tomada de JEAN-MICHEL OUGHOURLIAN. Obra ya referenciada.

³⁷ Citado por GUILLERMO URIBE CUALLA, *Medicina legal y psiquiatría forense*, 9ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 1094.

³⁸ Nombre científico de la marihuana.

El acto humano, y el delito lo es en toda la extensión de lo que por tal se entiende, le pertenece a su autor, y este no es una abstracción o un ser preparado de antemano para reaccionar y actuar de tal o cual manera, sino una realidad concreta y dinámica, resultante no solo de una estructura básica, sino, además, de vivencias, experiencias, condiciones y circunstancias, igualmente concretas, que se van sucediendo dentro de un contexto temporo-espacial, y que no caen en el vacío o desaparecen; por el contrario: repercuten y accionan en esa estructura básica y se incorporan a ella para formar una totalidad. En síntesis: cada persona no es un ser terminado o acabado, sino un ser en permanente transformación.

Consideramos, por consiguiente, que si bien resulta exagerado afirmar que, en general, existe una *relación directa o específicamente causal* entre los actos violentos, antisociales o delictivos y el consumo de marihuana, tampoco puede negarse o ponerse en duda que tiene la potencialidad suficiente para estar dentro del proceso de su causación.

Debemos ya terminar aquí. No tenemos la más mínima pretensión de haber agotado el tema o de haber dicho todo cuanto teníamos por decir; pero creemos haber sentado las bases y directrices para un estudio más completo y profundo en el futuro.

ASISTENCIA EN LIBERTAD DEL PENADO

UN HITO EN LA LUCHA DE SU RECONOCIMIENTO
COMO PERSONA

(Experiencia de Sundsvall, Suecia)

CARLOS CAPANDEGUI

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la *Asistencia en libertad (Fri-vård) de penados, con fines de rehabilitación*, en el distrito sueco de Sundsvall. El principio de *Reconocimiento del penado como persona*, servirá en alguna medida como guía de análisis y aspiración orientadora, tanto en materia de prevención general como especial.

La asistencia en libertad abarca en el caso, a) liberados condicionalmente, b) penados con trabajo diurno fuera de la prisión, y c) penados en etapa de preparación para trabajo diurno fuera de la prisión. La expresión 'disminuidos sociales' (*sociala handikappade*) comprende además disminuidos sociales no delincuentes, y la rehabilitación (*rehabilitering*) es el fin de prevención especial que se busca concretar en mayor medida, mediante la incentivación que constituye la experiencia de Sundsvall.

El sistema jurídico penal ya fue referido en mi trabajo anterior en esta misma revista, así como la lucha de escuelas, en materia de prevención y fines de la pena¹. Corresponde aquí mencionar que las ideas de VON LISZT penetran el derecho sueco en forma paulatina hasta alcanzar su máximo nivel legislativo en el Código Penal de 1965, aún vigente. Es así como, entre los países escandinavos, es Suecia el que se coloca en posición de avanzada en materia de prevención especial como base del sistema penal y de ejecución penal.

A su vez, el fundamento de la legislación anterior era liberal (BECCARIA), y colocaba la prevención general como base de sistema penal en materia de fines.

Simplificando en mucho los resultados obtenidos por ambos en materia de criminalidad y reincidencia, cabe llegar a similar conclusión, avalada estadísticamente: en ambos la criminalidad crece y el porcentaje de reincidencia también aumenta.

En relación con el Código Penal vigente, nos referimos a un lapso de quince años de aplicación:

¹ Sistema de sanciones indeterminadas en Suecia: su evolución.

Como resultado de la puja entre argumentos y posiciones, deviene profundización fructífera en la búsqueda de las propias razones, con mayor desarrollo en la línea de prevención individual, debida también a los largos años de progresiva aplicación, experiencia que tiene mucho de positivo, y que debe aprovecharse, aun dentro de un retorno a sistemas clásicos de responsabilidad individual, a decir del profesor NILS CHRISTIE².

Es así como el aumento de la delincuencia, en especial la juvenil y los llamados modernos delitos muestran lo limitado de la lucha preventiva contra el crimen, sea con fines de prevención general o especial.

A partir de allí, la investigación penal y criminológica estaría conteste en Suecia en el llamado retorno a la seguridad jurídica y responsabilidad individual como base de sistema, empleando los fines de la línea sociológica en el mayor desarrollo compatible, como implementación y no como base de sistema. Corresponde ahora la demarcación en lo práctico y en la teoría de los fines.

Paso ahora a citar la siguiente correlación de puntos:

1) Las críticas se centran en torno a algunos elementos importantes en ambos sistemas: a) Prevención general: pena inhumana, se destruye al individuo sujeto a pena. b) Prevención especial: inseguridad, desigualdad (sanción distinta a casos similares, en tipo y/o en extensión), falta de proporcionalidad entre gravedad de delito cometido y sanción, etc.

2) Resulta punto común de crítica, el penado como víctima, como perjudicado por el modo de ejecución penal, como ser humano primero, y luego como sujeto de derecho.

3) Toda mejora, ajuste o reestructuración tendiente a efectivizar sanciones en torno a la disminución de reincidencia y/o criminalidad en general, tiene un buen punto de apoyo en el principio de humanidad, que la religión introdujo en las prisiones en su tarea caritativa que comprende un largo ciclo de desarrollo histórico, y que ahora se esgrime nuevamente por los no religiosos en un llamado neoclasicismo.

4) Rehabilitación: este concepto pasa a ser también cuestionado en un proceso de verdadera clarificación de fines de la pena, en tanto se pregunta para qué se "rehabilita" al hombre, si para volver a ser el marginado social anterior al hecho del proceso, o con miras a redescubrir y solidificar sus verdaderos valores que como hombre posee³.

5) Y en este desarrollo cultural, que, por vía de búsqueda de disminución de reincidencia y/o criminalidad, nos lleva a considerar las causas profundas del hecho delictivo (mediatas), puesto que la solución o combate de los factores inmediatos no produce cambio alguno en la curva ascendente de la estadística criminal, aporta la ciencia jurídica un concepto de interés, que sin ser nuevo es aun aspiración compatible con contenidos humanistas y de verdadera rehabili-

² NILS CHRISTIE, Profesor de criminología de Oslo, *Straff och Rättfördighet* págs. 116/134.

³ Rehabilitación: véase a MUÑOZ CONDE, *Resocialización del delincuente*, doct. penal, 1979, págs. 625-641.

tación: la consideración del penado como persona, es decir como sujeto de derechos, dentro del marco de la ejecución penal.

Este principio puede servir de punto de apoyo en un análisis crítico de cada medida concreta que se tome en la ejecución de la pena y de cada línea orientadora de rehabilitación, por ejemplo los casos que este trabajo menciona de intentos de asistencia con fines de rehabilitación en libertad, de penados.

FREUDENTHAL decía a este respecto: "La idea de la condición jurídica del recluso apenas tiene dos decenios. Es dudoso decir si esto depende de juicios desvalorativos morales o sociales sobre el delincuente, o de la falta de influjo político de los presos o de otra causa. En todo caso la falta de seguridades jurídicas en lo referente a la relación del individuo privado de libertad con el Estado apenas ha sido sentida por la generalidad"⁴. CUELLO CALÓN sintetiza jurídicamente este pensamiento: "el recluso no es un *alieni juris*, no está fuera del derecho, se halla en una relación de derecho público con el Estado y, descontados los derechos perdidos o limitados por la condena, su condición jurídica es igual a la de las personas no condenadas"⁵.

6) Ahora bien, si del campo de ejecución de la pena nos elevamos al sistema jurídico penal que lo contiene, tenemos que este, especialmente por su contenido penal, refleja valores básicos de la sociedad que enmarca, o de los grupos de poder que legitima.

Por aquí se llega a planos valorativos fundantes de sistemas jurídicos que incluyan el reconocimiento del hombre como persona, sin distinción de grupos o privilegios. Pareciera ser que solo en la medida en que los distintos sistemas jurídico-políticos sean expresión o legitimación de este valor o principio, podemos intentar con alguna posibilidad de éxito la extensión del mismo al caso concreto de los penados. Es decir, solo es viable la obtención de un *status* jurídico par los que están en prisión, si los que se encuentran fuera de ella ya lo poseen. En caso contrario, se trata más bien de un modo indirecto de criticar el sistema mismo, en cuanto productor injusto de situaciones "delictivas".

Sea cual fuere la vía de utilidad, directa o indirecta, bienvenida la lucha como tal en tanto guiada por un principio valedero: la búsqueda del hombre mismo.

II. CONCEPTOS PREVIOS

Uno de los aspectos de la experiencia por desarrollar se refiere a la provisión de empleo para los disminuidos sociales en el mercado de trabajo sueco. En tal sentido, corresponde previamente señalar algunos rasgos importantes de la legislación laboral sueca que enmarquen y faciliten la comprensión del tema.

⁴ FREUDENTHAL, 1928, Berlín, *Deutsches Gefängniswesen*, 141, trad. de Cuello Calón, pág. 264. *La moderna penología*, t. I, ed. 1958.

⁵ EUGENIO CUELLO CALÓN, ob. cit.

a) *Legislación laboral.* Establece normas fundamentales como: horario de trabajo, vacaciones, seguridad en el empleo, protección laboral.

b) *Convenios colectivos.* El salario y demás condiciones generales de empleo se determinan principalmente por este medio. Se prohíben, por regla general, la huelga y el *lock-out* durante la vigencia de los convenios. Estos son lícitos en los períodos intermedios y como apoyo a otra organización que se halle en conflicto "lícito".

c) *Oficina de provisión de empleos.* Es el aspecto que atañe directamente a la experiencia de Sundsvall. El desocupado o persona que desea cambiar su empleo, debe dirigirse a la oficina mencionada de su zona (*arbetsförmedling*). Allí se informa: 1) plazas libres existentes en todo el país. Una publicación diaria gratuita, y otras especiales periódicas efectivizan la tarea de informar por escrito. 2) Asistentes especializados pueden consultarse a los fines de asesoramiento y orientación sobre las variaciones de mercado de trabajo, líneas diversas y especialización que se requiere para ingresar a ellas, así como cursos de capacitación técnica que se dictan.

d) *Seguro de desocupación.* El afiliado a sindicato lo es a la vez de esta caja. El no afiliado puede asociarse directamente a una caja de seguros. La cuota de los afiliados y una parte de subvención estatal sostiene esta caja de desocupación (*arbetslöshetskassa*). Se requiere haber trabajado un mínimo de doce meses, no consecutivos, o cinco meses en el período de doce meses inmediato anterior para tener derecho al seguro.

e) *Subvención del propio organismo de dirección del mercado laboral (konstant arbetsmarknadsstöd).* Es en efectivo y de monto y tiempo menor, para los que no reúnen los requisitos del beneficio de seguro de desocupación. Aquí el requisito es haber trabajado antes en Suecia por lo menos cinco meses durante los últimos 12 meses, o bien haber solicitado trabajo en la oficina de colocaciones (c), por lo menos durante tres meses.

f) *Educación,* patrocinada por el propio mercado de trabajo. Se trata de cursos de orientación técnico-profesional patrocinados por el propio mercado de trabajo (*arbetsmarknadsutbildning-AMU*). Dichos cursos no solo son gratuitos, sino que el interesado recibe una subvención para cubrir los costos de vida durante los mismos e indemnización por los viajes. El dinero lo abona la caja de seguros, está sometido a impuestos, y equivale a prácticamente un sueldo básico.

g) *Permiso para estudios.* El derecho a la educación se concreta en forma de enseñanza para adultos en los tres niveles, la que no solo es gratuita (la estatal al menos), sino que también da derecho a subvención mientras dure el estudio. Se financia de varios modos: ayuda de estudios otorgada por el propio mercado de trabajo, préstamos de estudios de hasta ocho años de duración, y otros tipos de ayuda. El obrero tiene derecho a optar por continuar estudiando, y el patrono la obligación de reservarle el empleo. Es común la alternación de períodos de trabajo con períodos de estudios, lo cual facilita la elevación de la capacitación obrera en lo específico, o en cualquier otra línea en cuanto a eventuales variaciones de mercado y/o cultura general.

Los puntos f) y g) suelen ser considerados como cifra negra de la desocupación en el mercado de trabajo. Los puntos e), f) y g) constituyen algunas de las soluciones a la desocupación, problema actual en las sociedades muy tecnificadas, donde la máquina reemplaza gradualmente al hombre, en cantidad y calidad de producción de bienes y servicios. La actividad humana tiende a dirigirse al planeamiento de las tareas en sus líneas cada vez más generales, o a la opción entre diversas líneas. Y, una parte de la ganancia que crece con la maquinización, se dedica a subvencionar el tiempo libre en las formas premencionadas, gracias a la intervención legislativa estatal en relación con las empresas.

Queda de este modo esquematizado el sistema de mercado de trabajo sueco, el que puede sintetizarse en pocas palabras: seguridad para el obrero sueco (empresas y/o personal estatal) en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida. El salario real es mayor de lo que los números pueden indicar, por cuanto la asistencia médico-hospitalaria es estatal y prácticamente gratuita para toda la población sueca. Y se completa el sistema de seguridad material con las pensiones y jubilaciones de otorgamiento automático, de monto decoroso y actualizado.

ARNOLD TOYNBEE define así el sistema: "el enfoque prevaleciente en Gran Bretaña y los países escandinavos difería del de los norteamericanos y del de los rusos por el hecho de ser menos doctrinario que cualquiera de estos dos... intento de hallar un camino medio en el que se diera una combinación de empresa privada con una reglamentación gubernamental enderezada a asegurar la justicia social".

Pese a los intentos y las mejoras sociales y asistenciales, al elevado nivel de vida, sucede todavía que la criminalidad mantiene su línea de crecimiento. En relación con el intento de eventuales cambios, estos pueden ser de índole cualitativa o cuantitativa. En cuanto a los primeros, ya se mencionó la propuesta de cambio de base de sistema de penas y medidas, volviendo a la prevención general. Ya que los resultados no mejoran con la ideología del tratamiento en materia de reincidencia, que por lo menos haya seguridad jurídica, siempre dentro del mismo esquema político, manifiestan sus sostenedores. En lo referente a cambios cuantitativos, corresponde incluir la experiencia de Sundsvall como intento de mejorar el sistema asistencial de rehabilitación, en general, y con miras a la disminución de reincidencia, en el caso de los penados en particular.

h) *Institución de vigilancia de penados en libertad (Övervakning).* Corresponde esbozar asimismo lo referente al funcionamiento de este medio de ayuda asistencial y control en Suecia, a través del cual se canaliza la experiencia por estudiar: a) Departamento de justicia, b) Consejo de asistencia en lo criminal (*Kriminalvårdsnämnden*), c) Consejo de vigilancia (*Övervakningsnämnden*), d) Asesores de protección (*Skyddskonsulenter*) y e) Vigilantes.

En ese orden, y a partir del Departamento de justicia, se canaliza la actividad y la responsabilidad en decisiones relativas a la tarea en torno a los liberados. En cada provincia, el organismo cabeza de asesoramiento es el Consejo de vigilancia.

Por medio de la organización estatal de la asistencia a los penados en libertad, se trata de evolucionar de una época en que las organizaciones religiosas llenaban esta tarea, con fundamento de caridad (dentro y fuera de las prisiones). La versión actual estadual intenta progresivamente cambiar el fundamento y dirigirse hacia el reconocimiento del penado como persona, en las distintas etapas que los organismos cumplen. Esto se da, por ejemplo, en la participación activa en la toma de decisiones que directamente le afectan, como elección de la persona que lo asistirá, planes destinados a regular su actividad en libertad, eventual cambio de asistente, modo, lugares y tiempo de contacto, etc.

En tal sentido cabe señalar que el asistente, último eslabón de la cadena administrativa, no es necesariamente una persona técnicamente preparada; cualquier persona puede realizar esa tarea, aun los expenados, es decir, se considera decisiva la experiencia de vida, trabajo, y las inclinaciones personales hacia una tarea humanamente importante, pero aún mal remunerada. La tarea del asistente es múltiple y especialmente importante en la toma de contacto con los organismos públicos encargados de suministro de trabajo, vivienda, ayuda familiar, así como en materia de apoyo personal, consejo, y en especial contacto humano.

Elección de asistente: puede proponerlo el mismo cliente y es preferible se trate de personas que se conozcan desde antes del hecho delictivo. La mayoría, por ser profanos (*lekmän*) realizan esta tarea en su tiempo libre, constituyendo alguna otra actividad su medio de vida. No es aconsejable que una misma persona asista a muchos liberados a la vez. Si se trata de internos de algún establecimiento penal, la designación se hará antes del egreso, con tiempo suficiente para que el asistente tome parte en la tarea de preparación para la libertad. En caso de comisión de nuevo delito durante el tiempo de prueba, el tribunal decidirá si se mantiene la asistencia en libertad, o si se aplicará otra sanción.

Facultades del asistente: a las ya mencionadas cabe agregar, para caso de incumplimiento de instrucciones por el liberado, la posibilidad de a) aviso, es decir, indicación al interesado de qué es lo que funciona indebidamente, b) arresto ocasional (hasta 14 días), y c) regreso a la prisión.

Modo de trabajo: libre para planear conjuntamente con el liberado. Específicamente ha de evitarse todo aquello que perjudique el secreto de la condición del penado, así como de la calidad de encargado de vigilancia. Por ejemplo, las visitas al lugar de trabajo serán excepcionales y preavisadas, sin que trascienda el motivo de ellas. De igual modo las visitas al domicilio, y preavisando con antelación. Las llamadas telefónicas deberán hacerse de modo de evitar la violación del secreto.

Tiempo: no hay reglas precisas, es de uso una o más veces por semana al comienzo; pueden extenderse a períodos de, por ejemplo, un mes después, todo dependiente de la necesidad de apoyo y de los problemas por resolver en relación con el interesado. Los informes al superior jerárquico se elevarán una vez cada tres meses. También los asesores (*skydds-konsulenter*) deben visitar al liberado al menos una vez al año.

Teniendo en cuenta la importancia de la tarea por realizar, es claro que esta institución no recibe todavía el apoyo estatal deseable, en materia de recursos y en materia de capacitación. Eso en cuanto a crítica negativa, pues se destaca como positivo: a) el intento de consideración del penado como persona, en cuanto parte activa en las decisiones que le son atinentes, y b) la posibilidad de que toda la población se integre por esta vía a la tarea de asistencia, interiorizándose de este modo de una problemática, que por ser social, nos incumbe a todos.

III. EXPERIENCIA DE SUNDSVALL

Asistencia en libertad y rehabilitación. El material que aquí se comenta proviene principalmente de dos *Rapport* del Instituto de Investigaciones para Prevención del Delito de Suecia⁶: "Penados en el mercado de trabajo", 1978⁷ el primero; y el segundo relacionado con la clientela penal específicamente, redactado por el profesor ECKART KÜHLHORN⁸.

"Para crear la base de una futura resolución acerca de la asistencia criminal en libertad resolvió el Parlamento en 1970 acerca de un intento de fortalecimiento de recursos (presupuesto) correspondiente a asistencia en libertad en el distrito de Sundsvall. El intento sería objeto de investigación científica. A fin de determinar los efectos del aumento de recursos, se eligió un distrito de control, Karlstad, en el cual no se efectuaría cambio alguno en el monto de recursos destinados a ese tipo de asistencia. El más importante objetivo del presupuesto se destinaría al personal para tratamiento y asistencia, que se triplica. Se fortalece paralelamente el personal administrativo..., y la oficina de provisión de empleos de Sundsvall (*Arbetsförmedling*) contraría a su vez con un asistente especial destinado a la clientela asistida..." (pág. 7, resumen *rapport* 1978).

1) *Recursos.* El destino de los fondos se aplicó a lo siguiente:

- a) triplicar el personal de tratamiento, de tres a nueve personas;
- b) aumentar el personal administrativo, de una a cuatro personas;
- c) agregar una clínica de medicina social, con un sicólogo contratado para trabajar tiempo completo, un siquiátra y una enfermera especializada que se contratan para trabajar media jornada;
- d) un hotel para asistidos en libertad con veinte (20) plazas, donde los clientes pueden vivir hasta solucionar su problema de vivienda;
- e) una casa para asistidos en libertad con veinte (20) plazas;
- f) un asistente especial en la oficina de provisión de empleos de Sundsvall con la misión de encargarse de orientar los problemas de trabajo de la clientela.

⁶ *Brottförebyggande Rådet*, BRÅ. Stockholm.

⁷ *Straffade på Arbetsmarknaden*, 1978: 4. LEIF JOHANSSON-ANDERS MARTINSSON, BRÅ.

⁸ *Slutrapport från Sundsvall-Frivård och rehabilitering*, ECKART KÜHLHORN, 1979: 3-BRÅ.

2) *Descripción de la clientela:* El grupo de personas por investigar comprende el conjunto de clientela que durante la primera mitad del año 1973 ha solicitado algún tipo de gestión en la oficina de provisión de empleos de Sundsvall (103 personas).

Las gestiones posibles son de tres tipos: 1) solicitar trabajo con garantía de ser recibido, 2) solicitar trabajo en concurrencia con los demás solicitantes, 3) pago de gastos de viaje para buscar trabajo en otras localidades, conforme a los anuncios existentes en la oficina de provisión de empleos.

A partir de esa primera gestión, se acompaña la actividad de los observados durante el período de seis meses. Aunque la actividad termina a los seis meses, las observaciones continúan con la ayuda de diverso material: informes de los encargados de vigilancia, observaciones de los asesores de vigilancia, constancias de tratamiento médico y siquiátrico-sicológico, investigaciones directas sobre la persona, material obrante en tribunales, entrevista con los patrones de los observados en el trabajo obtenido, etc.

Edad: Sobre 103 personas, 82 son menores de 30 años.

Sexo: El grupo se compone de 98 hombres y 5 mujeres.

Educación: El grupo de 103 personas se caracteriza por un relativamente bajo nivel educativo.

82% con estudios primarios.

10% con estudios primarios incompletos.

3% con estudios secundarios.

4% con estudios terciarios no universitarios.

63% carece totalmente de capacitación laboral.

21% ha tenido dificultades en la escuela (asistencia a clases bajo observación, clases de apoyo, clases complementarias, etc.).

Si se compara con el nivel de educación del total de población sueca, se encuentra notable diferencia: en 1975, 36% con estudios secundarios completos o mayor nivel, 64% con estudios secundarios incompletos en alguna de sus formas.

Comisión Protectora del Menor (Barnavårdsnämndsåtgärder) Para de algún modo poseer un cuadro referido a la adolescencia de los integrantes del grupo en su comportamiento social, se estudian las 86 personas de 30 o menos años en consideración a las gestiones de la comisión protectora del menor. De las 86 personas, el 56% (48 personas) han sido objeto de alguna forma de intervención por la comisión durante el período de 0 a 21 años.

Formas de intervención: investigación: 9
advertencia: 1
ayuda (consejo, apoyo): 2
vigilancia: 16
casa de crianza: 8
asistencia en institutos: 12

suma: 48

Drogadicción. 58% del grupo con abuso de alcohol y 8% con problema de narcóticos.

Esta última cifra puede ser mayor. Los porcentajes provienen de material obtenido de los asesores de vigilancia, policía, cuidado social, cuidado en libertad. Investigaciones realizadas con base en entrevistas con clientela de otros distritos muestra que al menos un 20% podría definirse como adicto o aficionado a las drogas.

3) *Programa de acción.* A los fines de comenzar el intento se establecen los siguientes puntos básicos como programa de acción:

a) La clientela será motivada para que por sí misma proceda a elegir su propio encargado de vigilancia (*övervakare*).

b) El encargado de vigilancia será el responsable por el trabajo de asistencia (en lugar de serlo los miembros del organismo administrativo permanente). Para facilitar la tarea del encargado de vigilancia de tomar contacto con otras estructuras, se prepara un catálogo indicador de los diversos cuerpos administrativos en el orden social a que puede recurrir, con explicación de las funciones que cumplen.

c) El encargado de vigilancia deberá disponer de tiempo suficiente para su misión. El número de clientes no podrá en principio ser mayor de tres por cada encargado.

d) El trabajo de asistencia consiste sobre todo en investigar las necesidades de los clientes y adoptar las medidas correspondientes. Esta tarea se puede comenzar con una reunión primera entre el cliente, el asistente del órgano administrativo y el encargado de vigilancia, documentándose las decisiones que se adopten y siguiéndolas luego.

e) La clientela con alto promedio de riesgo de reincidencia será asistida con mayor intensidad, consistente en tomar contacto una vez por semana al comienzo. La clientela con bajo riesgo de reincidencia será asistida según las normas comunes, una vez por mes, y después de un tiempo solamente una vez por trimestre. Si ninguna situación de inadaptación social y/o reincidencia sobreviene durante el primer año, podrá cesar la asistencia para el grupo de menor riesgo de reincidencia. La clientela con más alto riesgo de recaída podrá ser asistida intensivamente al comienzo y luego según las reglas comunes.

f) La clientela será dividida en grupos conforme al riesgo de reincidencia, a los fines de la distribución de los recursos de la experiencia, para atender los grupos conforme a las necesidades.

g) Se trabajará especialmente con los liberados condicionales, con penados con trabajo diurno fuera de prisión y con penados en etapa de preparación para trabajo diurno fuera de prisión.

Con respecto a los siete puntos precedentes del programa de acción cabe señalar: el intento de otorgar cierta autonomía a la actividad del encargado de vigilancia, aunque este no sea miembro permanente de los órganos administrativos de asistencia, así como el hecho de otorgar participación activa al asistido en la elaboración del plan de asistencia. Es este último un concreto ejemplo de aplicación del principio de consideración del penado como persona. Al primero puede llamárselo tentativa de desburocratización de actividad asistencial. Además, se puede resaltar un tercer punto interesante: en lugar de partir de pre-

misas teóricas, o de conceptos expresos de las leyes de asistencia en cuanto a los fines de la misma, hacer de las necesidades del cliente el punto real de partida de rehabilitación como intento.

h) En relación con la actividad de investigación mediante entrevistas personales (con patrones por ejemplo), la misma se realizará mediante personal capacitado de la estructura judicial y de la administración asistencial.

Diagramación. En la diagramación estadística para medir los efectos de la experiencia, se relacionan: a) período experimental en Sundsvall, o período durante el cual se aplica el fortalecimiento de recursos; b) período preexperimental o el mismo distrito antes del aumento de recursos; c) Karlstad, distrito para uso comparativo de resultados, sin incentivación alguna (se analiza también comparadamente con Sundsvall en los dos períodos pre y experimental).

Cientela. Para poder medir los efectos resulta necesario diferenciar entre dos tipos de clientes: a) los que se han inscrito en el distrito como nuevos clientes (*Kohorter*), delincuentes primarios; y b) los reincidentes que han sido condenados, con los que se intenta nuevamente una rehabilitación por medio de la asistencia en libertad (*vårdkedjefall*).

En lo que a reincidencia se refiere, se utilizan también las cifras de toda Suecia para comparar diferencias.

4) **Análisis de resultados.** a) nivel de actividad; b) cómo internaliza la clientela las propuestas de la Oficina de empleos; c) comportamiento durante el lapso de seis (6) meses.

a) *Nivel de actividad*

	Período de control. 1971 último semestre	Per. de introducción. 1972 último semestre	Per. de investigación. 1973 primer semestre
Cientela en Sundsvall (total)	370	357	361
Solicitudes de trabajo en la Oficina de empleo	68	85	152
Empleos ofrecidos a través de la Oficina de empleo	35 (51%)	62 (73%)	103 (68%)

Con el objeto de que los seis meses ahora investigados puedan compararse con el período de tres meses ya investigado, los empleos ofrecidos por medio de la Oficina de empleos se presentan en relación porcentual con el total de solicitudes de trabajo recibidas de la clientela de asistidos en libertad.

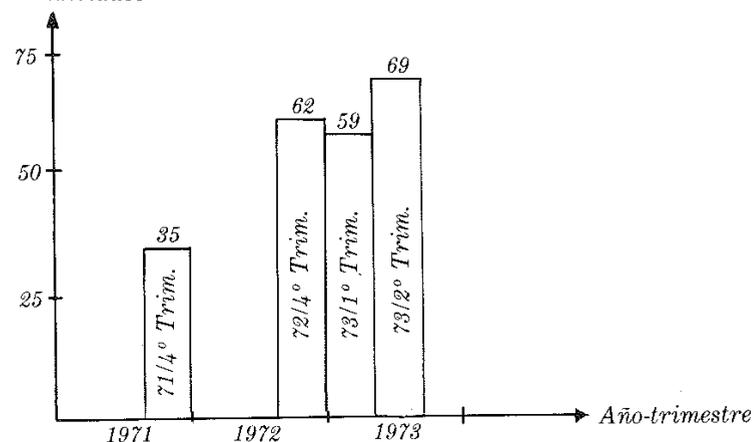
Se comprueba que el nivel de actividad en la oficina durante la introducción de 1972 es *más alto* que el de la clientela de un año anterior. Pese a que la

situación del mercado de trabajo en Sundsvall es algo peor durante la introducción que un año antes, casi el doble de clientes recibieron ofrecimiento de trabajo o posibilidad de estudio retribuido por el mismo Instituto.

Vemos también que para el período de investigación de 1973 se encuentra el nivel de actividad en un continuo *alto nivel*. La Oficina de empleo responde con ofrecimiento de trabajo al 68% de los solicitantes. Se observa asimismo que el número de clientes que reciben ofrecimiento de empleo crece durante la introducción. Al contrario, el número *relativo* de clientes que reciben ofrecimiento de empleo disminuye de 73% a 68%. Esto significa solamente que la Oficina ha recibido más solicitudes de empleo proporcionalmente en el período de investigación que en el de introducción.

El lapso de investigación 1973, primer semestre, se divide en 1° y 2° trimestres. Esto significa que algunas personas que reciben ofrecimiento de empleo durante el primer trimestre, también reciben ofrecimiento de empleo durante el segundo trimestre (59 solicitudes y 69 solicitudes respectivamente en cada trimestre).

N° de individuos



Como se observa, la actividad se ha estabilizado en un nivel considerablemente alto desde la iniciación en 1972, comparado con el tiempo de control de 1971. Esto puede depender, en parte, de que anteriormente no había ninguna persona en la Oficina de Trabajo (*Arbetsförmedling*) con especial responsabilidad por los grupos de clientela sometida a asistencia en libertad. Después que el asistente especial fue instalado en la Oficina de empleo, las solicitudes fueron remitidas por lo general directamente desde el organismo de asistencia de liberados al asistente especial. Es probable que una parte de las personas fueran directamente a la Oficina a solicitar empleo prescindiendo del contacto especial establecido en ella.

Se considera que muchos liberados se encuentran en inferioridad de condiciones para hacerse valer en concurrencia con los demás solicitantes de trabajo, tanto en lo relativo a comprometer a los representantes de la Oficina de empleo en la búsqueda del mismo, como en lo atinente a la obtención de un trabajo.

En estos casos han actuado conjuntamente los asistentes de liberados y los miembros de la Oficina de empleo en la obtención del mismo.

Ahora bien, si observamos el gráfico precedente tenemos que la clientela ha recibido similar número de ofrecimientos antes (1972) como durante 1973, período de investigación durante el cual se utiliza un especial servidor en la Oficina. Si vemos que el cliente prescinde del empleado especial y la tarea la realizan los propios asistentes del interesado en colaboración con los empleados comunes de la Oficina, puede concluirse que la tarea de obtener empleo solamente se ha mudado de los asistentes comunes al nuevo empleado especial, sin que haya ganado en efectividad notoria.

Situación del mercado laboral (Arbetsmarknadsläget). La situación del mercado de trabajo durante el período enero-julio 1973 se ubica en el comienzo de un ciclo de coyuntura favorable, pero que aún no influye en la disminución de la desocupación. Analizado en relación con los períodos de 1971 y 1972 y fuera de las variaciones periódicas estacionales, puede concluirse que ha empeorado algo, tomada la desocupación en cifras globales.

Tipos de ocupación remunerada	Número	Distribución porcentual
<i>Mercado de trabajo</i>		
Práctica laboral (paga por organismos estatales)	32	
Educación paga por empresas	5	
Trabajo a prueba-entrenamiento pago	5	
<i>Educación (dirigida por el mercado de trabajo)</i>	45%	(Ocupación dirigida por el mercado de trabajo)
Teórica	6	
Orientación laboral	10	
Otros	8	
<i>Trabajo - Mercado abierto</i>		
Rotativo	31	
Diurno	36	52% (Mercado abierto)
Pequeñas plazas de trabajo	10	
<i>Educación. Otros</i>		
Teórica	3	3% (Educación donde no dirige el mercado de trabajo)
Orientación laboral	2	
Total	148	100 %

De las 148 ocupaciones ofrecidas, 6 son sin garantía de que el interesado obtendrá el trabajo (sujeto a entrevista, pruebas, etc.). El resto, 142, son ofrecidas con garantía para la persona de poder comenzar la ocupación remunerada ofrecida.

Las 148 plazas ofrecidas se distribuyen entre las 103 personas motivo de la investigación. La mayoría ha recibido ofrecimiento de un trabajo durante el período de seis meses. Algunas personas más de un ofrecimiento de empleo, y de ellas una recibió 5 ofrecimientos durante el mismo período (cuatro de práctica laboral y uno de educación paga por empresa).

Sin detallar el cuadro comparativo de las ofertas laborales de los años 1971 y 1972, podemos referir directamente los resultados: a) un elevado porcentaje de los liberados solicitantes han conseguido ocupación; b) la mayor parte de los trabajos gestionados proceden del mercado abierto, mientras que disminuye la parte correspondiente a práctica laboral y cursos de capacitación.

Esto último resulta positivo a partir de la idea de que el tratamiento especial de personas disminuidas sociales, por ejemplo cursos de capacitación y práctica laboral, se consideran directamente dañosos desde el punto de vista de la sicología social. La llamada práctica laboral cubre la demanda de los trabajadores con un mínimo de experiencia, respecto de personas que solo poseen conocimientos teóricos. Pero a veces constituyen simples becas de "desocupados".

b) *Cómo internaliza la clientela las propuestas de la Oficina de empleo.*

Questionario utilizado:

a) ¿Cuántos comenzaron el trabajo ofrecido?

b) ¿Cuánto tiempo permanecieron en el trabajo?

c) Porcentaje de presentes-ausentes.

d) Si algún tipo de ocupación ofrece mejores resultados que otro.

e) ¿Cuál es el resultado de los viajes de visita a otras localidades por ofertas de empleo?

Analizadas las tablas comparativas, tenemos lo siguiente:

a) El 39% (57 casos) de la tarea ofrecida, *nunca* se inició. Y esto pese a que la casi totalidad (142 de 148) fueron ofrecidas con garantía de poder comenzar.

b) Las tablas muestran que los que iniciaron la tarea permanecieron en ella un término medio de 65 días.

c) El promedio de ausencia fue de 12 días.

De b y c se obtiene que, en relación con el 61% de los trabajos iniciados (91 casos), estos implicaron ocupación durante 53 días, incluidos los feriados. Se incluyen aquí también seis personas que en conjunto se desempeñaron 133 días con obligación de hacerlo (penados con trabajo diurno fuera del establecimiento).

El 7% de los que aceptaron la ocupación ofrecida cumplieron el período total de seis meses investigado, siendo esos trabajos en su mayoría de alrededor de 8 meses.

d) y e) El punto d) ofrece resultados en relación con los viajes de visita. De 15 viajes por ofertas de trabajo abonados por la Oficina de empleo, 11 tuvieron más o menos el carácter de "viajes de vacaciones" y no resultó de ellos empleo alguno. Se observa además que de los viajes con resultado negativo (11), nueve

correspondían a tareas de horario rotativo, y que los cuatro aceptados correspondían a ocupación normal continua (diurna). En un caso de los cuatro aceptados, el interesado cubrió los seis meses.

Resumiendo el punto desarrollado podemos decir que de los 148 trabajos ofrecidos, una tercera parte nunca fueron comenzados, a la vez que las restantes dos terceras partes (91 casos), duraron un término medio de dos meses.

Tipo de ocupación y aprovechamiento del mismo. Si bien es difícil obtener conclusiones generales al respecto, pueden realizarse algunas observaciones:

El trabajo obtenido en mercado abierto muestra mejores resultados que los demás. El promedio de adaptación (duración) es de tres meses, mientras que en los demás es de dos meses. En materia de ausencias al trabajo se puede decir que el promedio es bajo en el mercado abierto.

Pero si se comparan los liberados en relación con trabajadores comunes, el promedio de ausencia es varias veces superior en los primeros, en edades menores de 30 años. La ausencia por enfermedad es de un día mensual en el personal común, y de seis días mensuales en la clientela investigada.

Cursos teóricos del mercado de trabajo: alta durabilidad, pero, pese a eso, alto porcentaje de ausencia: 29%.

Cursos de orientación técnica laboral: 36% de ausencias.

Educación patrocinada por las empresas: 38% de ausencias.

En otros cursos se llega al 50% de ausencias.

En práctica laboral la ausencia es relativamente baja: 13%. Pero esto quizá tiene relación con la regla de que una persona pierde automáticamente su trabajo de práctica después de 8 días de ausencia continua, aun con causa legítima.

Distribución de tipo de ocupación en relación con el tipo de handicap

Tipo de ocupación	Nº de personas	Problema escolar	Alcohol	Narco-manía	Marihuana	Probl. síquicos	Anteced. criminales
Práctica laboral	32	7(22%)	22(69%)	4(13%)	1(3%)	10(31%)	22(69%)
Mercado abierto T. discontinuo	31	6(19%)	11(35%)	2(6%)	1(3%)	6(19%)	19(61%)
Mercado abierto T. diurno	36	3(8%)	14(39%)	1(3%)	3(8%)	6(17%)	21(58%)

Puede decirse en líneas generales que la adaptación al trabajo en sus diversos tipos no es buena, a modo de concepto previo, ya que un elevado porcentaje de clientes nunca comenzó la ocupación que se le ofreciera, y los que lo hicieron tuvieron alto porcentaje de ausentismo y corto tiempo de contratación.

De la tabla precedente puede observarse que más de la mitad de los clientes que recibieron práctica laboral paga, el 69% tenían problemas de alcoholismo, si se lo compara con los restantes tipos de ocupación.

En la tabla precedente, se han seleccionado 5 tipos de handicap social, que se consideran relacionados con la *pasividad y marginalización (utslagning)* de las personas estudiadas.

Cada handicap se evalúa en un punto. De modo que un cliente con cinco handicap de los mencionados recibe 5 puntos.

La distribución muestra el siguiente esquema:

5 puntos: ningún cliente.

4 puntos: 2 clientes.

3 puntos: 15 clientes.

2 puntos: 44 clientes.

1 punto : 21 clientes.

0 puntos: 15 clientes.

A partir de allí se conforma una tabla de distribución de ocupación según los puntos adjudicados, que muestra que la clientela de práctica laboral tiene un mayor contingente de multihandicap que la de los dos restantes tipos de ocupación que muestra el esquema. La inversa sucede en torno a clientela sin handicap o con solo un punto adjudicado.

Distribución de tipo de ocupación y gravedad de handicap

Tipo de ocupación	Handicap-puntaje					Nº de ocupaciones ofrecidas
	0	1	2	3	4	
Práctica laboral	4(13%)	5(16%)	16(50%)	6(19%)	1(3%)	32
Mercado abierto T. discontinuo	11(35%)	8(26%)	10(32%)	2(6%)	-	31
Mercado abierto T. diurno	9(25%)	12(33%)	12(33%)	3(8%)	-	36

Una mayor parte de la clientela que recibió ofrecimiento de práctica laboral es también con mayores antecedentes (reincidencia) que la restante.

c) *Comportamiento de la clientela durante un período de seis meses.*

Se ha podido comprobar hasta aquí que el resultado de las gestiones de la Oficina de empleo para los liberados no ha sido del todo exitosa. Se tratará ahora de aclarar algo más el panorama presentado. Se describe en tabla estadística la estabilidad en el empleo, la desocupación y el retorno a establecimientos penales, tomando como punto de partida el día de gestión de empleo en la oficina laboral. Esto se hace, a continuación, la primera semana, la segunda, y luego mes a mes, hasta llegar al sexto mes; prescindiendo del gráfico se resumirá solamente el resultado.

Recordemos que en total 103 personas solicitan ocupación y 65 la obtienen en el punto de partida, permaneciendo 35 desocupados, ya que no se presentaron al trabajo.

A la pregunta de si los 35 no se presentaron a hacerse cargo de la ocupación ofrecida por haber hallado otra más atractiva, la respuesta es *no*. A la semana de iniciar, ya 7 de los 65 habían dejado su trabajo y 3 retornado al establecimiento penal y/o de asistencia criminal.

Al mes, ya 7 personas se hallaban de retorno en el establecimiento asistencial-penal; a los dos meses, cerca del 12% del grupo se encontraba en el establecimiento del que saliera o similar.

A su vez, cerca de un 40% permanece desocupado y solamente alrededor del 50% de la clientela trabaja.

La situación se considera "estabilizada" entre los 2 y 3 meses.

Al terminar el período de seis meses, tras algunas variaciones en el 4º y 5º mes, se reproducen aproximadamente los porcentajes del segundo mes al tercero: desocupados: 38% aproximadamente, internos en establecimiento: 12%, y con ocupación: cerca del 50%.

Aclaración: el grupo de desocupados no es el mismo durante los seis meses. Existe una movilidad que varía con los individuos. Solo una persona permaneció los seis meses sin tarea, pese a que por lo menos una vez le fue ofrecida.

Entrevista con los patronos. Abarca patronos, personal de establecimientos, jefes de trabajo, docentes, con los que la clientela tuvo relación de trabajo y/o estudios.

Cuestionario:

- tipo de tareas encomendadas
- cómo fueron cumplidas
- contacto de los clientes con los compañeros de escuela y/o trabajo
- contacto con los patronos y/o maestros
- comportamiento
- causa de cesación de ocupación.

a) En relación con la especie de tarea encomendada, en su gran mayoría fue calificada en la misma forma que la encomendada al resto del personal.

b) La misma fue cumplida con similar nivel de eficiencia que el restante personal.

c) La mayoría de los observados tuvo buena relación con sus compañeros de escuela y/o tareas. En algunos pocos casos no se produjo contacto alguno.

d) Del mismo modo en relación con patronos y maestros, la mayoría mantuvo una relación normal. En 13 casos el contrato no ha funcionado tan bien o ha sido deficiente.

e) Para 44 clientes no hubo nada destacable en el comportamiento que lo diferenciara del normal. 14 personas han tenido algún tipo de observación, por ejemplo, algún grado de alcoholización, incumplimiento de horarios. Los demás han permanecido demasiado corto tiempo en su ocupación como para poder interpretarse su comportamiento.

f) Se observa aquí que 31 personas abandonaron su trabajo/estudio sin ningún tipo de motivación. De ellas 10 personas dejaron la ocupación por propia voluntad y otras 10 lo hicieron por pedido patronal/docente. 12 completaron su tiempo total de trabajo/estudio, y 8 se encontraban todavía contratadas al tiempo de la entrevista.

Handicap y ocupación. Marginalización del mercado. El mercado define así al handicap: "persona que, por causa de problemas físicos, síquicos, intelectuales o sociales, tiene o se espera que tendrá dificultades para conseguir o conservar su trabajo asalariado".

Cuestionario:

- ¿cómo se discierne el grupo investigado en consideración a distintos tipos de handicap?
- ¿qué grado de gravedad reviste el impedimento social del grupo?
- ¿tiene eso alguna influencia en la capacidad de los individuos para adaptarse a la vida laboral?

Se considera handicap común a todos los investigados, la calidad de penado. Las restantes formas de handicap se agrupan en cinco, conforme lo explicado anteriormente. Dentro de esto se hacen dos grupos, con alta y baja estabilidad laboral respectivamente.

Se observa:

Handicap	Estabilidad laboral	
	alta	baja
Bajo (0,1)	20	16
Alto (2,3,4)	20	41

Los individuos con alto número de handicap se relacionan con baja estabilidad ocupacional.

Con bajo número de handicap, por el contrario, no se observan mayores diferencias entre alta y baja estabilidad ocupacional.

Observación: resulta difícil de constatar si es el handicap o el tipo de ocupación la verdadera causal de inestabilidad ocupacional. Probablemente, ambos poseen una determinada influencia.

Con respecto a las personas con alto handicap de la tabla precedente (41), alrededor de la mitad ha tenido permanencia en establecimiento asistencial-penal durante el período. Esta permanencia probablemente ha disminuido la posibilidad de una mayor estabilidad laboral. También se puede razonar de inverso modo: que es debido a que esos individuos no pueden o no quieren trabajar, por lo que los mismos regresan a los establecimientos asistenciales.

IV. MARGINALIZACIÓN DEL MERCADO (*Utslagning*)⁹

Los autores BERGLIND-LUNDQVIST exponen su desacuerdo con la palabra handicap en el libro *Marginalización en el mercado de trabajo*. Sostienen que

⁹ *Utslagning*: implica separación o marginalización del mercado de trabajo.

quizá no es justo tratar a los individuos como disminuidos o incapaces, cuando quizá es la vida laboral la causante y la que debiera ser tratada como paciente.

Por lo tanto proponen la palabra *Utslagning* en reemplazo, traducible como: "marginalización".

Marginado: (*Utslagen*): "persona que tiene dificultades para obtener o conservar su trabajo asalariado en el mercado abierto".

Marginación: (*Utslagning*): "ha sido considerado también como un proceso en el cual la persona teóricamente puede desenvolverse igualmente bien en el mercado abierto, y para entrar y salir de él".

Desde el mercado de trabajo se remiten personas con mayores defensas por medio de trabajo preparatorio remunerado, cursos de capacitación laboral, general, etc., con la idea de colocar lo más rápido posible nuevamente a dichas personas en el mercado como elemento productivo.

Pese a ello, este proceso de capacitación y preparación de disminuidos sociales no ha producido el resultado deseado, sino que más bien sucede lo contrario: son las personas con ese tipo de ayuda o preparación las que constituyen el mayor grado de deserción, reincidencia, etc., conforme lo ya analizado estadísticamente.

Una consecuencia de este deficitario resultado es: las pensiones (jubilaciones) anticipadas (*förtidspensioneringar*) por causa del mercado de trabajo, han crecido. Llegan a casi 100.000 en diciembre de 1977.

La pensión anticipada puede verse como una de las etapas finales del proceso de marginalización.

Se llega así a la conclusión de que, aun cuando los marginados han participado esporádicamente en la vida laboral, más lo han hecho como un problema y un costo social que como fuerza laboral disponible (*arbetskraftstillgång*).

Causas de la vida laboral relacionadas con la marginalización de la fuerza de trabajo (handicap). El informe a fs. 42¹⁰ realiza algunas someras evaluaciones de la situación industrial de Suecia y los países de Europa occidental, caracterizando la situación como de creciente y dura concurrencia de productos y de mercados. Se habla también del proceso de concentración de capital, y de lucha entre pocos por la posesión del mercado.

B. RYDÉN, en *Fusiones e industria sueca*, lleva a cabo la verificación en 3.576 empresas en el período de 1946-49, y alrededor de la mitad en el período 1965-69.

La desocupación deviene también cada vez mayor en personas de todas las edades. En promedio, el tiempo de desocupación se ha alargado en un 30% entre 1970 y 1975. Las personas de mayor edad sufren los más duros efectos, pero también los más jóvenes. Ejemplo de menores de 25 años: 1970, 34% de desocupados, 1975, 41% de desocupados.

Para elevar la productividad y la fuerza de concurrencia en el mercado, se apela a la racionalización y a la creciente mecanización. La productividad crece así drásticamente: dos veces y media entre 1960 y 1970. Esto implica a su vez

¹⁰ *Straffade på arbetsmarknaden*, 1978: 4. JOHANSSON-MARTINSSON.

crecientes exigencias a los que aspiran a conseguir trabajo, por ejemplo, capacitación técnica y especialización.

Ahora bien, la racionalización de estructuras y las crecientes exigencias para admitir nuevos obreros conduce también a una más dura y considerable *marginalización (utslagning)* de extensos grupos de trabajadores.

Los más viejos, los penados y otros, por ejemplo los disminuidos físicos, son los que reciben el primer choque.

Bertil Olsson, director general del mercado de trabajo sueco, considera a Suecia como sociedad "postindustrial" (manejo de la máquina por el robot); quizá sea esto un poco anticipado, pero hacia allí se dirige Suecia aceleradamente, por lo que ha de tenerse presente ese tipo de sociedad en la búsqueda de soluciones y planteo de problemas.

En esa perspectiva, las inversiones del mercado sueco no parecen resultar demasiado objetivas, en tanto el trabajo preparatorio remunerado, los cursos de capacitación pagos, las ayudas de estudio, etc., no logren que los individuos que los reciben, puedan por medio de ellos reintegrarse. Por eso no es del todo incorrecta la mención de este grupo de personas como "desocupación oculta".

En 1977, incluida la oculta, la desocupación está cerca del medio millón de personas. A estos deben agregarse los ya comentados "pensionados anticipados" que hacen una cifra cercana a los 100.000, y todo en un país que no excede en mucho los 8 millones de habitantes.

Es aquí donde se observa el problema de rehabilitación de personas sometidas a sanción penal, en un marco un poco más extenso: el de fin de la era industrial en los países desarrollados, y el de un cambio cada vez más acelerado hacia algo cualitativamente diferente, me atrevo a decir.

Es así como el concepto de rehabilitación que se maneje se complica en cuanto al contenido que se le haya de conferir, ya que la discusión no solo se ha de centrar en la persona, en el penado considerado como persona, sino también en el medio social de movimiento cambiante acelerado, donde solo la claridad y firmeza en lo que el hombre consiste debe ser tenido en cuenta, y de lo cual no debe carecer so pena de dejar de ser él mismo. Los valores humanos básicos y las soluciones a las crisis, en especial las de crecimiento, deben funcionar paralelos, so pena de que la técnica avance y lo humano retroceda, en una sociedad que implica cambio permanente.

V. EVALUACIÓN DE RESULTADOS

Se trata de reflejar aquí lo más fielmente posible los comentarios que, a modo de conclusión, hacen JOHANSSON y MARTINSSON en lo realizado en Sundsvall¹¹.

"La investigación muestra que la clientela asistida presenta una deficiente adaptación al trabajo, como hecho que la mayoría de los trabajadores sociales reconocen a través de la diaria tarea con los asistidos (f. 46).

¹¹ *Penados en el Mercado de trabajo*, 1978: 4. fs. 46 y ss.

"La sociedad, a la vez que exige mayores niveles de capacitación para que los solicitantes puedan trabajar, debe preocuparse para que todos los solicitantes tengan luego la posibilidad de utilizar esa capacitación obteniendo trabajo.

"En muchos casos, sin embargo, la exigencia de que los clientes tendrán trabajo, acarrea o contribuye a una frustración más, a una mayor pérdida de confianza y autodesprecio en los clientes asistidos, y a una extrema pérdida de prestigio del mercado de trabajo y su oficina de empleo.

"¿No será por esto misión previa del organismo asistencial de penados, el contribuir a que los clientes se encuentren, en primer lugar, convenientemente preparados (equipados) para *conservar* un trabajo antes de establecer la exigencia de que el interesado tendrá su ocupación en el mercado abierto?

"La batería de medidas que hasta ahora se utilizaron a través de la asistencia en libertad (trabajo preparatorio, práctica y pruebas de trabajo, capacitación técnica laboral, etc., ya estudiadas) destinadas a la adaptación laboral y a la vida normal en sociedad, hasta ahora solo han obtenido marginales efectos (cabe agregar los permisos de salida, el trabajo obligatorio fuera de la prisión, hotel y casa para vivienda provisoria del interesado, actividad de un centro siquiátrico-sicológico).

"Esas medidas resultan naturalmente buenas desde el punto de vista *humanitario*, pero su debilidad consiste en que no se encuentran insertas en un método que funcione.

"Hasta ahora solo puede hablarse de una actividad positiva como mera tentativa de enfrentar el problema de readaptación socio-laboral, pero difícilmente de que alguna forma de 'cuidado' (asistencia) haya obtenido resultados, al menos en la mayoría de los sometidos a observación".

Los autores citados agregan: "No es posible obtener conclusiones claras de la investigación realizada en Sundsvall (f. 52).

"Los resultados muestran, sin embargo, que es posible alcanzar una más efectiva actividad de gestión laboral para la clientela asistida y quizá, en general, para todos los penados provenientes del sistema de ejecución penal.

"La población en general es también inesperadamente positiva en conceder a las personas condenadas una chance (sic) de reintegración a través del ofrecimiento de trabajo. En la encuesta de opiniones de Norrköping¹² la mayoría de los interrogados se mostró partidaria de conceder a los asistidos, un lugar preferencial en la fila de solicitantes de trabajo, o de ofrecerles ocupación dentro del sector público. Como alternativa, el pago de asistencia o el ordenamiento de plazas especiales de trabajo organizadas por la dirección de penales¹³.

"En relación al razonamiento sobre separación del mercado y handicap se puede comprender que las condiciones *sociales* y la incapacidad *personal* de los clientes para resolver los problemas personales y sociales, juegan un

¹² ECKART KÜHLHORN, *General deterrence*, Rapport n 2, "The National Swedish Council for Crime Prevention".

¹³ A veces el sentido común del pueblo ofrece formas de ayuda real que la meramente formal de las instituciones niegan.

destacado papel para la adaptación del interesado. En torno a las *condiciones de crecimiento* en la adolescencia y *condiciones sociales*, una discusión sobre cómo lograr que la clientela rompa su modelo destructivo de vida, a la vez que sobre cómo enseñarles a intentar resolver dificultades personales y sociales, es quizá significativamente más constructivo para todas las partes, que la mera representación unilateral de factores causales como las condiciones premencionadas.

"La experiencia obtenida de dos investigaciones¹⁴ referentes a resocialización juvenil nos muestra que, en relación a la situación social, movimientos estructurales, concentración de capital, etc., debemos establecer exigencias recíprocas y declarar qué toleramos nosotros y qué no toleramos¹⁵.

"Establecer exigencias con espíritu positivo significa verdadero compromiso en la solución del problema: Una parte del trabajo con los clientes consiste en intentar conservar los canales de comunicación con los grupos separados y desde allí disminuir el riesgo de gestación de subculturas".

En torno al logro de una ocupación concreta en el mercado y el poder conservarla, dicen los mencionados autores: "...es de central significación. El resultado de esta investigación muestra que una gran parte de las personas en el grupo investigado tienen mucha dificultad en conseguir y/o conservar un trabajo. Debe considerarse la posibilidad de alargar el tiempo de ocupación para estas personas o para otras en similar situación. De las 103 investigadas tenemos dos tipos de problemas: una tercera parte no comenzó nunca la tarea laboral que le fuera conseguida. Dos terceras partes comenzaron su trabajo o estudios pero permanecieron solamente dos meses como cálculo promedio.

"En el primer caso puede ser la causa simplemente que el solicitante no consideró de su agrado el contrato conseguido. En esto es importante aclarar la situación ocupacional general, donde muchos otros a veces técnicamente capacitados, también son desocupados. Para poder elegir se exigen méritos. Pero también puede ser que el momento elegido para comenzar a trabajar o estudiar sea erróneo. Muchos individuos con problemas sociales tienen períodos de recaída. Es creíble que motivaciones y aptitudes para el trabajo sean mayores si el individuo puede comenzar en un tiempo más favorable. Deviene problema administrativo el determinar el tiempo propicio para que el penado comience a trabajar¹⁶.

"Para las restantes dos terceras partes de clientela es el problema en alguna medida el mismo que el del primer grupo. Pero esas personas han comenzado en su ocupación, aunque en algún caso la duración no fuera de más de un par de horas. Es aquí natural tratar de aproximarse al problema, tomando como punto de partida el lugar de trabajo. Grupos de adaptación, o, si estos faltan, clubes de la organización obrera y/o patronal, deben tenerse en cuenta co-

¹⁴ EVA TYSKLING, *Proyecto de juventud en Uppsala*, Rehabilitación juvenil. "Colectividad de Hassela", Estocolmo, Instituto de menores.

¹⁵ Directa referencia a la consideración del hombre (penado) como persona en relación a la sociedad sancionante.

¹⁶ Quizá siquiátrico-sicológico como tarea.

mo medio. Un apoyo o sostén directo o indirecto debe organizarse. Y en los grupos alguien que realice tarea de acercamiento o enlace social¹⁷. Esta persona elegida, debe cumplir la tarea de introducir al interesado en el sitio laboral, y también encontrarse a mano como apoyo en torno a los problemas que allí existan o cuando aparezcan estos, y cuando el interesado deja el trabajo. A veces es suficiente un llamado telefónico oportuno a la casa en que vive el asistido, a veces en cambio es necesaria una mayor presión para hacer que la persona vuelva al trabajo. Desde ya, la ambición de este somero análisis no es resolver un problema que tiene naturalmente causas más profundas”.

Y los mentados autores concluyen así su análisis: “En el debate sobre el sistema de sanciones y la necesidad de acrecentar el control sobre la clientela asistida, debe la plaza laboral recibir un más destacado rol. La sociedad puede establecer exigencias para que el penado tenga alguna forma de ocupación y de control formal que, naturalmente, pueden consistir en apoyo personal; puede organizarse por la misma empresa patronal” (f. 55).

VI. EVALUACIÓN DE ECKART KÜHLHORN¹⁸ EN TORNO A REHABILITACIÓN

“Tres criterios se eligen en la experiencia de Sundsvall: a) reducción de reincidencia, b) reducción de alcoholismo y c) adaptación a la vida laboral.

“a) En materia de reincidencia, la clientela de Sundsvall no se diferencia de la línea general de crecimiento referida a la totalidad del país, y tampoco de los trece (13) distritos en que se distribuye la población, los que muestran grandes similitudes con el estudiado. Tampoco se anotan diferencias en el mismo distrito, si se compara el período anterior al incremento de recursos y el posterior, en materia de reincidencia.

“Tomando grupos parciales, tenemos sí una disminución en relación a los condenados a libertad vigilada con una condena anterior, es decir un grupo de peligro intermedio de recaída, sobre los que las medidas de asistencia fueron especialmente intensificadas. Pese a ello, el mejoramiento fue ocasional y mínimo en relación al nivel normal de reincidencia en Sundsvall.

“En el análisis se discrimina también según tipo de delito, tiempo transcurrido antes de la recaída y tipo de sanción que cada cliente cumple. Pero, pese al detallado estudio comparativo, no se observan mejoramientos destacables a partir del fortalecimiento de recursos para asistencia. A su vez tampoco hay indicios de que las distintas formas de asistencia en libertad hayan incentivado la criminalidad de la clientela.

“En general en Suecia, desde fines de la década de 1960, la reincidencia de la clientela sometida a tratamiento en libertad ha crecido en forma notoria, y la misma línea ascendente se registra en Sundsvall sin variaciones pese al aumento de recursos específicos estudiado.

¹⁷ Aspecto social descuidado en la investigación.

¹⁸ ECKART KÜHLHORN, Raport *Frivård och rehabilitering* (asistencia en libertad y rehabilitación), 1979, BRÁ.

“b) Alcoholismo: el 50% de la clientela investigada es adicta. Ello consta en los registros sociales o se observa a través de las entrevistas (síntomas de alcoholismo). O sea, en este aspecto tampoco obtiene buenos resultados la experiencia.

“c) El tercer criterio, adaptación a la vida de trabajo, en especial mediante la instalación de un asistente especializado en la Oficina de empleo, no ofrece mejores perspectivas. Debe suponerse que la adaptación es un problema mucho más amplio para la clientela observada, que el de mero acrecentamiento de colaboración en la búsqueda de ocupación.

“Se investiga también por qué la distribución de los recursos aumentados no dio los resultados esperados. Observada la actividad del asistente del liberado, se constata que los clientes se reúnen con sus asistentes demasiado pocas veces, para que algún tipo de tratamiento y/o asistencia pueda edificarse a través de esa relación. Si se promedia en horas, unas 14 horas anuales en relación a las varias veces que durante cada semana el interesado se reúne con sus amigos identificados como delinquentes, es claro que la influencia del asistente carece de significación. O sea, el fortalecimiento de recursos no ha tenido como consecuencia una paralela intensificación de contacto personal con el asistente¹⁹.

“La frecuencia de contacto debe ser también responsabilidad compartida por los clientes. Quede también aclarado que el mejoramiento de la asistencia en cantidad de tiempo y contenido, para mejor adaptación laboral y rehabilitación, no lleva en cambio hacia una disminución de criminalidad en forma tan directa”.

Por último, este autor propone “elegir una estrategia que aparece más prometedora en materia de asistencia y vigilancia de liberados, que signifique una alternativa: toma de responsabilidad en medio ambiente próximo al asistido, que en aumentar recursos económicos en las organizaciones profesionales de asistencia de liberados”.

VII. CONCLUSIÓN

A modo de consideración final, es de utilidad enmarcar el problema concreto motivo de estudio, en el más general de la sociedad en que se desenvuelve, a fin de una mejor correlación con la causalidad profunda, de la descripción fenomenológica que se realizó precedentemente.

a) Suecia, a raíz de la brusca expansión tecno-industrial, pasa de ser un país campesino pobre, a uno de los de más alto desarrollo y elevado nivel de vida.

b) El cambio se facilita aún más y acelera en el marco de un pacífico desarrollo histórico, ya que se trata de uno de los pocos países que crece al margen de grandes revoluciones y violentos derramamientos de sangre.

¹⁹ Se ha volcado, por ejemplo, en capacitar profesionalmente a personal asistencial y aumentar su número.

c) Se observa una subyacente disciplina en el pueblo sueco, una especie de rigidez en lo espiritual y social, una especie de apego a normas o moldes no visibles, quizá vestigios de un pasado religioso donde la Reforma dejó su sello.

d) Combinado lo material y lo espiritual, el hombre vive en una especie de aislamiento dentro del bienestar, que también genera *stress*, manifestaciones de conducta desviada como sustitutivo de comunicación y/o de protesta, en especial juvenil.

e) El control informal, fuerte en lo familiar y religioso de antaño, se ha debilitado notoriamente, pudiendo notarse en los jóvenes la búsqueda de modelo de conducta sustitutivo, en momentos de muy acelerado cambio en los restantes campos.

f) El modelo político es calificado por el concilio europeo como de democracia formal (de clase), y la realidad muestra democratización en los aspectos sociales, en especial asistencial, con un sistema igualitario para todos los grupos, y que satisface plenamente las necesidades de la población. La inexistencia de villas míserimas o barrios pobres es el mejor argumento en pro del sistema.

g) Pese al bienestar económico y seguridad asistencial, el fenómeno delictivo mantiene su línea de ascenso conforme a la estadística, con solo variaciones específicas en los delitos especiales.

h) La experiencia de Sundsvall busca relacionar el grado de incidencia del factor ocupacional, y en menor grado del social, en la reincidencia y criminalidad en general. En el corto tiempo de observación no se notan grandes mejoras con respecto a los grupos no privilegiados por la asistencia intensiva en diversos aspectos. La investigación aconseja volcar recursos humanos y económicos a lo estrictamente social de integración del penado, que muestra ser por lo menos tan importante como el aspecto laboral, en la etapa post-carcelaria y/o de directa asistencia en libertad.

i) A través de una actitud más abierta y positiva de la población en general (conforme a encuesta) que se interesa en el problema y en los modos de integrarse para colaborar en la asistencia del penado, se visualiza un modo de disminuir el estampado o "marca social", que la calidad de penado acarrea²⁰.

j) Que el interesado sea parte activa en su propio proceso de reintegración al medio social, eligiendo su asistente, opinando sobre los aspectos concretos que considere más útiles en su caso, etc., indica cuál ha de ser el primer escalón asistencial.

k) Queda en definitiva la marginalización (*utslagning*)²¹ como proceso no superado en el caso Sundsvall, de una mayoría de los sometidos a experiencia, hecho que se observa en lo laboral, se extiende a lo social, y continúa muchas veces en la conducta desviada, o, en el mejor de los casos, en las pensiones anticipadas para los marginados del mercado, como etapa final del proceso de *ustlagning*.

²⁰ BECKER, *Labeling teori*. KNUTSSON JOHANNES, 1977, "Stämplingsteori" en "Kritisk granskning" (examen crítico).

²¹ BERGLIND HANS, LINDQVIST ANNA LENA, *Utslagning på arbetsmarknaden*, 1977, Lund, Suecia.

FORO HISTÓRICO*

UN CASO DE HOMICIDIO POR EMBRIAGUEZ PATOLÓGICA

Doctor FERNANDO VELÁSQUEZ V.

1. HECHOS

El caso que presentamos fue narrado por el Juzgado Treinta y Tres de Instrucción Criminal, de la siguiente manera:

"Entre las doce de la noche del treinta de abril y la una de la mañana del primero de mayo del año en curso (1977), se llegaron a la «Heladería su tienda Mixta», situada en el barrio Alfonso López de esta ciudad, MM, VH, AB, GG, G'G' y una muchacha de nombre D; al momento de estos llegar, el administrador de tal establecimiento, EV, se disponía a cerrarlo, pero comoquiera que el dueño del mismo es el señor G'G', este se entró con sus compañeros y se cerraron; cuando los citados contertulios se dedicaban a ingerir licor se escuchó una algarabía o ruidos en la parte de afuera, razón por la cual, MM, quien había dejado allí el vehículo de su propiedad estacionado, salió a darse cuenta qué era lo que ocurría y al ver un individuo que estaba alicorado y profiriendo algunas frases ofensivas, le pegó arrojándolo a tierra; este individuo se llamaba RDOQ. Al ver tal situación el hermano de este, de nombre CE, le llamó la atención a MM, diciéndole que no le tirara así, que estaba muy borracho, pero MM no hizo caso a tales amonestaciones y esgrimió un revólver y lo disparó a quemarropa contra CE, quien al verse lesionado salió corriendo; en ese momento se levantó RDOQ del suelo y se le puso de frente a MM, quien al verlo le hizo un disparo a la cabeza dejándolo sin vida, cuestión que también le sucedió a CE" (f. 45).

* El expediente sobre el cual se ha elaborado este trabajo, se encuentra en el Juzgado Tercero Superior de Medellín, radicado bajo el número 13064, causa 1334. El proceso fue instruido por el dr. Gonzalo Gómez O. Como juez de conocimiento en primera instancia actuó el dr. Laureano Colmenares C. La Sala del Tribunal estuvo presidida por el dr. Alfonso Ortiz R. con motivo del recurso de casación interpuesto por el apoderado especial del procesado, el dr. Nódier Agudelo Betancur, quien también asistió al encartado a lo largo del proceso. Conoció del negocio la H. Corte Suprema de Justicia, siendo magistrado sustanciador el dr. Alvaro Luna Gómez. Fueron agentes del ministerio público, los doctores J. Guillermo Escobar Mejía y Mauro Trujillo T. Por su parte, actuó como procurador delegado en lo penal, el dr. Eduardo Torres E.

2. PROBLEMAS TEÓRICOS QUE LOS HECHOS PLANTEAN

Los hechos descritos, nos sitúan ante problemas teóricos tanto generales como particulares: el trastorno mental transitorio de un lado, la embriaguez patológica como forma de aquel, del otro.

a. *El trastorno mental transitorio. Notas características.* Lo que deba entenderse por la locución "trastorno mental transitorio", es una cuestión que debe afrontarse desde tres perspectivas: primero, aceptar el concepto en toda su pureza biológica (siquiátrica); segundo, darle un contenido meramente psicológico; tercero, optar ante las posiciones extremas planteadas, por una fórmula mixta¹.

Desde una perspectiva puramente psiquiátrica, HENRY EY nos define el trastorno mental transitorio como "una perturbación mental de las facultades de corta duración, como por ejemplo: el estado crepuscular epiléptico, la embriaguez plena y fortuita o la confusión mental exógena. Siendo necesario que como en el caso de la enajenación, dicho trastorno mental ocasione una completa anulación de la inteligencia o de la voluntad"².

Esta noción que catalogamos como "puramente psiquiátrica", orlada de matices psicológicos, se nos muestra como insuficiente. El trastorno mental transitorio tiene que orientarse desde una perspectiva *médico-legal*; tal exigencia se ha hecho creciente ante formulaciones "puramente biológicas" como la española en su artículo 8º, párrafo 1º³.

Un concepto *médico-legal*, es el esbozado por ENRIQUE C. HENRÍQUEZ, para quien "trastorno mental transitorio, modificativo de la responsabilidad criminal (es decir médico-legal), es una perturbación organo-síquica pasajera, que impide discriminar la naturaleza ética de las acciones, o inhibir los impulsos delictivos"⁴.

La jurisprudencia española por su parte parece exigir los siguientes *requisitos*, tal como se desprende de copiosas decisiones sobre la materia⁵:

1) *Estados de perturbación evidente, pasajera y curable.* Una perturbación mental de causa inmediata necesaria y fácilmente evidenciable, de aparición más o menos brusca, de duración, en general, no muy extensa y que termina

¹ Cfr. JUAN DEL ROSAL, *Estudios penales*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948, pág. 84. Criterio mixto en torno a la mencionada locución, se puede sostener a la luz del C. P. colombiano de 1980, art. 31.

² HENRY EY, P. BERNARD y CH. BRISSET, *Tratado de psiquiatría*, Barcelona, Toray, 1969, pág. 1153.

³ Así se manifiesta DEL ROSAL, *op. cit.*, pág. 85. En igual sentido: GIBBERT CALABUIG, *Medicina legal y práctica forense*, Ed. Saber, 1958, pág. 312; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, tomo VII, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1947, pág. 195; ENRIQUE C. HENRÍQUEZ, *Trastornos mentales transitorios y responsabilidad criminal*, La Habana, Cuba, Montero editor, 1949, pág. 71; "Trastornos mentales transitorios", en *Rev. Criminología*, año XXX, núm. 6, pág. 368. RAMÓN ALBERCA LORENTE, por su parte, cree que "hasta la fórmula más precisa deja cabos sueltos y abre el camino a las interpretaciones" (*Psiquiatría y derecho penal*, Madrid, Edit. Tecnos, 1965, pág. 38).

⁴ *Op. cit.*, págs. citadas.

⁵ GIBBERT CALABUIG, *op. cit.*, págs. 312 y ss.

por la curación sin dejar huella, producida por el choque síquico de un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza; es decir, una verdadera reacción de situación que produce en el individuo la alteración de su mente en términos tales que le hacen irresponsable de los actos en aquel momento ejecutados por él mismo (sentencias de 26 enero 1934, 31 enero 1934, 13 marzo 1934, 15 marzo 1934, 10 junio 1935, 19 diciembre 1935, 28 diciembre 1964)⁶. Esto en lo atinente a las *características*; en lo que respecta a las *causas*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que la causa es casi siempre de naturaleza exógena: "Aquellos trastornos llamados reaccionales, consecuencia o respuesta a un choque de naturaleza física o síquica" (sentencia de 31 enero 1934, 10 junio 1935)⁷.

Esta descripción del trastorno mental transitorio, anotan JUAN CÓRDOBA RODA y GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, recuerda mucho la noción de BANHOFFER sobre las reacciones exógenas; por lo que "vincular la categoría jurídica de trastorno mental transitorio a la referida categoría psiquiátrica, no resulta a nuestro juicio recomendable, y ello, no solo por la posibilidad de que una noción científica elaborada por el saber psiquiátrico sea con el tiempo rápidamente superada, sino además por el riesgo de dejar fuera de la eximente supuestos merecedores de ser incluidos en ella, tales como las situaciones pasionales de alto grado"⁸.

2) *Base patológica probada.* Inicialmente sostuvo la jurisprudencia que no puede aplicarse la *eximente* (en nuestro ordenamiento es causal de inimputabilidad), cuando no consta y se desprende de los hechos probados que el procesado "padezca lesión o estado patológico alguno", sin lo cual los estímulos que obraron sobre él no pueden alcanzar las circunstancias de exención de la responsabilidad criminal (sentencias de 1 y 5 de marzo 1935). Sin embargo, mediante resoluciones de 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935, 14 octubre 1944, se prescinde del mencionado requisito. La división se hace más notable, sobre todo cuando se tienen en cuenta recientes decisiones⁹.

En el ámbito doctrinario, la situación se plantea en términos similares. En efecto: CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, piensan que "es cierto que la presencia de una anomalía en la personalidad del agente, puede facilitar la producción del trastorno transitorio, pero ello no obsta a que también en un individuo normal sea posible la aparición de la indicada perturbación fugaz"¹⁰. De opinión contraria es RAMÓN ALBERCA LORENTE, quien duda mucho "que gentes rigurosamente normales presenten, solo por fuerza de motivos exter-

⁶ J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Barcelona, Ariel, 1976, pág. 217.

⁷ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pág. 303.

⁸ *Op. cit.*, pág. 217.

⁹ Consultese al respecto a FERNANDO VELÁSQUEZ V., PATRICIA GUARÍN DUARTE, y otros, en *Rev. Nuevo Foro Penal*, núm. 4, Acosta, Medellín, 1979, pág. 91. "Un homicidio en estado de embriaguez del sueño", en donde se hace detallada reseña, siguiendo a CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, pág. 218.

¹⁰ *Op. cit.*, pág. cit.

nos, cuadros con las características y la intensidad del trastorno mental transitorio capaz de eximir. Si alguien, en mis manos, lo presentara, trataría de ahondar en el juego de motivos, seguro de que allí anda una cierta disposición"¹¹.

3) *De tal intensidad que produzca anulación del libre albedrío e inconsciencia, no bastando la mera ofuscación.* Para poder determinar si un sujeto se halla en tal estado, cuando no ha sido observado por un técnico a raíz del hecho, sino después, a más o menos distancia del mismo, cuando han desaparecido los trastornos, deben tenerse en cuenta las condiciones particulares del interesado, los antecedentes del hecho, el hecho mismo, los móviles que le induzcan a conducirse en forma violenta y los actos que le subsiguieron, a fin de discernir si al reaccionar en el caso de que se trate a las excitaciones externas obra impulsado por motivos más o menos fuertes y legítimos que simplemente ofuscan su entendimiento y disminuyen su voluntad o la anulan totalmente colocándole en estado de inconsciencia (sentencias de 31 enero 1934, 18 abril 1936).

El efecto psicológico del trastorno mental transitorio, equivale a la plena perturbación de las facultades mentales, que impide al sujeto comprender la antijuridicidad de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión. CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, apoyados en FERNANDO DÍAZ PALOS, sostienen que la capacidad intelectual y volitiva equivale a la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad de su hacer y de orientar su actividad conforme a dicho conocimiento, que estriba según destaca SEELING, en la aptitud de aprehender el significado ético-social del hacer, y a la de adoptar en suma actitudes de valor ético-social y de basar la conducta en lúcida motivación. Al respecto, son varias las sentencias del Tribunal Supremo, que configuran el estado psicológico de la "eximente" tanto por enajenación mental, como por trastorno mental transitorio, no como ausencia total de conocimiento y voluntad, sino como perturbación plena de la "facultad de comprender la injusticia de sus actos o de obrar conforme a ese conocimiento" (sentencias de 17 de diciembre 1935, 14 febrero 1966)¹².

Siguiendo las pautas trazadas por la jurisprudencia española, debemos ubicar el fenómeno de la embriaguez patológica, como particular forma del trastorno mental transitorio, lo que a continuación hacemos¹³.

¹¹ *Op. cit.*, pág. 66. GIBERT CALABUIG rechaza la exigencia de la base patológica, argumentando que "como médicos no nos puede parecer más ortodoxa esta postura; pero tampoco hay que extremar las cosas. Es decir, para las respuestas patológicas ante choques síquicos emocionales, exigencia de la predisposición psicopática, sin la cual no concebimos que tal reducción pueda tener caracteres patológicos de suficiente intensidad. En cambio, en las infecciones, intoxicaciones, traumatismos craneales (choque físico), tal *base patológica* facilita el trastorno mental transitorio, pero no es indispensable" (*Op. cit.*, pág. 313).

¹² *Op. cit.*, págs. 208 y 209.

¹³ Otros criterios de trastorno mental transitorio, son los elaborados por ENRIQUE C. HENRÍQUEZ, *op. cit.*, nota 3. En lo que toca con la clasificación del trastorno mental transitorio, remitimos a E. F. PABLO BONNET, quien desde una perspectiva clínica, clasifica el t.m.t. en *completo* (ebriedad fisiológica completa, *ebriedad patológica*, ebriedad del sueño, manía transitoria, sonambu-

b. *La embriaguez patológica. Notas características.* Antes de caracterizar la embriaguez patológica, es preciso realizar una delimitación con respecto a otras formas de embriaguez.

Por embriaguez se entiende la alteración pasajera de las funciones síquicas, derivada de la ingestión inmoderada o no, de bebidas alcohólicas¹⁴. Debe, sin embargo, realizarse una distinción entre *embriaguez e intoxicación crónica*: aquella supone un estado transitorio de perturbación del siquismo, esta significa un verdadero trastorno mental permanente, derivado de la ingestión habitual de bebidas alcohólicas. La embriaguez se puede mirar, bien en su *grado* o en su *causa*, como lo hacía el maestro CARRARA¹⁵. Atendiendo al *grado* o magnitud del trastorno provocado por la acción tóxica del alcohol, se distinguen tres períodos:

1) *Período de excitación*, cuya sintomatología se manifiesta en exaltación general de las funciones intelectuales, apreciable sobre todo en la rapidez de la asociación de ideas, euforia, logorrea y, de ordinario, tendencia a la irritabilidad; en otras personas, en cambio, se producen fenómenos de depresión síquica. En esta etapa hay conciencia de los actos.

2) *Período de incoherencia*, obnubilación, automatismo, incoordinación motora, impulsos. Esta fase comporta pérdida de la conciencia.

3) *Período de sueño tóxico o coma*, es decir de suspensión del ejercicio y de las funciones de la vida de relación.

El segundo y el tercer períodos, como dice CIAFARDO, corresponden a la llamada "embriaguez amnésica", debido a que el examen retrospectivo permite comprobar en el sujeto en quien se manifestaron una laguna completa o casi completa de la memoria, que abarca lo acontecido durante el lapso de duración del trastorno de conciencia¹⁶.

En lo atinente a la *causa*, CARRARA resume su pensamiento, así:

1) *Embriaguez accidental*, la cual se tiene en el que no bebe inmoderadamente, pero queda dominado, ya sea por su condición morbosa, ya por una alteración del licor realizada maliciosamente por otro;

2) *Embriaguez culposa*, que es la del que bebe inmoderadamente hasta emborracharse, pero sin prever que podía embriagarse;

3) *Embriaguez voluntaria*, que es la del que, poniéndose a beber, se propone claramente el fin de llegar al estado de ebriedad, pero sin prever que cometería un delito;

lismo, hipnosis, epilepsia síquica, *raptus* emocionales, *raptus* pasionales, estados oníricos) e *incompleto* (estados oniroides, delirios reflexoides, emociones violentas, estados puerperales, estados preparoxísticos epilépticos, estados post-paroxísticos epilépticos). Consúltese "El trastorno mental transitorio", en revista *Criminalia*, año xxx, núm. 4, abril 30 de 1964, págs. 242 y ss.

¹⁴ RAÚL EUGENIO ZAFFARONI, "La embriaguez en el derecho penal", en revista *Criminalia*, año xxxi, núm. 6, junio 30 de 1965, pág. 314.

¹⁵ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1971, pág. 235.

¹⁶ ROBERTO CIAFARDO, *Psicopatología forense*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1972, pág. 276.

4) *Embriaguez estudiada*, o, como dicen otros, preordenada o premeditada, y es aquella en que se pone el culpable después de haber premeditado un delito, con el fin de tener mayor valor de cometerlo, o de ahogar las dudas que le proponga la conciencia, o de prepararse una excusa¹⁷.

Se clasifica también la embriaguez atendiendo a la *estructura sicosomática* de la persona, y se dice entonces que la embriaguez es:

1) *Normal*. Que es la que se desarrolla en un individuo que presenta una estructura sicosomática normal.

2) *Patológica*. De entrada, debemos señalar que no hay acuerdo entre los estudiosos en torno a esta denominación de "patológica": hay quienes, como KURT KOLLE, la denominan *epileptoide*, pues es "llamada así, con mucha propiedad, a causa de su semejanza con los estados de excepción epilépticos. La denominación «embriaguez patológica» debe ser evitada, porque hablando en rigor, toda embriaguez es patológica"¹⁸. W. WEYGANDT, la llama *atípica o patológica*¹⁹. El profesor colombiano GERMÁN DÍAZ LÓPEZ, la llama *manía ebriosa*²⁰. TH. SPOERRI, habla de *embriaguez anormal o patológica*²¹. NOYES y KOLB, prefieren hablar de *intoxicación patológica*²². MIRA y LÓPEZ, habla de *síndrome de la embriaguez patológica*²³; al paso que VALLEJO NÁGERA, autor bastante trajinado en nuestro medio, habla de *embriaguez patológica*²⁴.

Una *definición*, con todos los riesgos que ello implica, es la que proporcionan JOHN R. CAVANACH y JAMES B. MCGOLDRICK, en los siguientes términos: "la embriaguez patológica es una sicosis alcohólica aguda producida como reacción del individuo ante la ingestión de pequeñas cantidades de alcohol, apareciendo una conducta agresiva, estado delirante o alucinaciones. Este cuadro va seguido ordinariamente de sueño profundo y de amnesia completa del ataque"²⁵.

En cuanto a las *características*, podemos decir que la embriaguez patológica propiamente tal, se caracteriza, como apunta VALLEJO NÁGERA, por la in-

significante cantidad de alcohol necesaria para desencadenarla, por presentarse casi inmediatamente de la ingestión y durar brevísimo o demasiado tiempo, por acompañarse de síntomas de extraordinaria violencia que difieren de los de la embriaguez normal, y por la amnesia accasional más o menos completa que suele seguirla. Sintomatológicamente se caracteriza por la presentación de agitación o de estados crepusculares, por lo regular con desconocimiento del medio ambiente y de la situación, frecuentemente con alucinaciones y afectos excesivos, en particular angustia o furia²⁶.

Como *causas predisponentes*, deben señalarse tanto las *heredadas* como las *adquiridas*. Contrariamente a la embriaguez normal, la patológica, dice VALLEJO NÁGERA, "solo se presenta en individuos predispuestos a padecerla, predisposición sobre todo constitucional y de causa hereditaria, pero que así mismo puede adquirirse, e incluso engendrarse, por causa de los abusos alcohólicos"²⁷; Esta predisposición es propia de neurópatas, histéricos, esquizofrénicos, epilépticos y sicópatas; anotando que no debe confundirse con la "intolerancia alcohólica", que se presenta en individuos que se embriagan normalmente con pequeñas cantidades de alcohol, sin que la embriaguez presente anomalías desde el punto de vista cualitativo²⁸.

Como *causas adquiridas*, pueden señalarse principalmente, el alcoholismo crónico, los traumatismos craneales, graves enfermedades cerebrales, sífilis, tabaquismo, infecciones generales, estados de agotamiento corporal o síquico. Agregando, con KURT KOLLE, que la predisposición se ve favorecida "por una enfermedad anterior, agotamiento, fatiga, hambre, vivencias desagradables, ingestión rápida de bebidas alcohólicas"²⁹. El hecho de que se presente una determinada predisposición epileptoide o sicopática, dice GRÜNTAL, no "justifica por sí sola, la aceptación de un estado de embriaguez patológico. La experiencia nos dice que hay personas con una disposición intensamente anormal que toleran muy bien el alcohol, sin que nunca se produzca en ellos embriaguez patológica"³⁰.

¹⁷ *Op. cit.*, págs. 235-6.

¹⁸ KURT KOLLE, *Psiquiatría*, Madrid, Ed. Alhambra, 1964, pág. 302.

¹⁹ W. WEYGANDT, *Psiquiatría forense*, 2ª ed., México, D. F., Editora Nacional, 1959, pág. 387.

²⁰ GERMÁN DÍAZ LÓPEZ, en destacado concepto médico-forense, que aparece citado en el *Tratado de derecho penal*, de ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, tomo I, ediciones U.P.B., 1948, pág. 153.

²¹ TH. SPOERRI, *Compendio de psiquiatría*, Barcelona, Ed. Toray, 1965, pág. 67.

²² NOYES y KOLB, *Psiquiatría clínica moderna*, México, Fournier, 1963, pág. 200. De "intoxicación patológica", como una "sicosis alcohólica", perteneciente al grupo de "sicosis asociadas a síndromes cerebrales", se habla en la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales (CIE-68), bajo el dígito 291.6, y se describe como "un síndrome cerebral agudo que se manifiesta por sicosis después de una ingestión mínima de alcohol" (*Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales*, 2ª ed., APA, Washington, D.C., 1968).

²³ EMILIO MIRA y LÓPEZ, *Psiquiatría*, tomo I, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1946, pág. 402.

²⁴ ANTONIO VALLEJO NÁGERA, *Tratado de psiquiatría*, Barcelona-Madrid, Salvat Editores, S. A., 1954, pág. 839.

²⁵ JOHN R. CAVANACH y JAMES B. MCGOLDRICK, *Psiquiatría fundamental*, Barcelona, Ediciones Miralé, 1963, pág. 496. Con GRÜNTAL, debemos anotar que tal embriaguez anormal —y esto es muy importante— "aparece también en personas que no son bebedores habituales (en contraposición con el *delirium tremens* alcohólico) y que quizá, en general, sean totalmente abstemias" (en *Psiquiatría general y especial*, de M. REICHARDT, Barcelona, Gredos, 1957, pág. 487).

²⁶ *Op. cit.*, pág. cit.

²⁷ *Idem*, pág. 840.

²⁸ W. WEYGANDT, parece identificar ambos estados, al manifestar que la embriaguez atípica (patológica) se presenta "a veces incluso consecutivamente del consumo de pequeñas cantidades de alcohol (intolerancia alcohólica)". Cfr. *op. cit.*, pág. 387.

²⁹ *Op. cit.*, pág. 303. Al respecto GRÜNTAL, ya citado, dice que "en muchos sujetos con intolerancia al alcohol, basta solo con la ingestión de alcohol para que se produzca el estado de embriaguez patológica (sobre todo cuando hay una disposición epiléptica). En otros casos la borrachera patológica solo se produce cuando se añaden otros factores causales, sobre todo *estados afectivos intensos* (excitabilidad explosiva, irritabilidad patológica). El estado de la embriaguez anormal en la mayoría de los casos se asemeja a las *sicosis epilépticas agudas* y, en parte, incluso pertenece a la esfera de la epilepsia" (*Op. cit.*, pág. 487). Advierte también VALLEJO NÁGERA, cómo "los grandes fríos o calores, en personas no habituadas a ellos, pueden originar una disposición transitoria a la embriaguez patológica. En los frentes de batalla obsérvanse con alguna frecuencia síndromes de este tipo" (*Op. cit.*, pág. 840). Sobre este punto, se puede consultar a R. VON KRAFFT-EBBING, *Medicina legal*, tomo II, Ed. La España Moderna, sin fecha, págs. 195 a 197. También entre nosotros, a GERARDO PAZ OTERO: "Alcohol y Delito", en *Revista de la Universidad del Cauca*, mayo, 1953, núms. 18 y 19, págs. 29 y ss., JULIO ROMERO SOTO, *Psicología judicial y psiquiatría forense*, Bogotá, 1973, págs. 207 y ss.

³⁰ *Op. cit.*, pág. 488.

En cuanto a los *síntomas* observables en este tipo de embriaguez, ellos son *somáticos* o *síquicos*³¹. Una descripción magistral, es la que al respecto nos da VALLEJO NÁGERA: "La principal característica de la embriaguez patológica, es un estado de agitación intensa que sobreviene casi bruscamente: el enfermo pierde la noción de las cosas, se irrita o angustia, se revuelve furioso contra personas y cosas, con profunda turbación de la conciencia y absurda agitación motriz, que le impulsa a actos violentos. Una palabra, un gesto, una simple indicación desencadena rabiosa furia incoercible, o el sujeto emprende vertiginosa carrera, arrollando cuanto se opone a su paso. El rostro aparece congestionado, la mirada rígida y desorbitada, el gesto amenazador o estúpido, cambiando las expresiones fisonómicas con el contenido alucinatorio o con las falsas percepciones. En general el paciente está desorientado, presa de miedos fantásticos o de absurdas ideas delirantes de persecución, a veces como sonámbulo, sumido en estado crepuscular, asemejándose en ocasiones el cuadro al del *delirium tremens*. Habitualmente no se recuerdan las vivencias accesorias, pero en otros casos la amnesia es solo parcial. Durante la embriaguez patológica son frecuentes los atentados homicidas y al pudor, incendios, violaciones, exhibicionismos y pederastia. La violencia del enfermo es extraordinaria e imposible de contener... algunas veces sobreviene la embriaguez patológica al despertarse el individuo de un sueño favorecido por el alcohol, llamando la atención su furia y agresividad, el acceso suele terminar por sueño profundo, del que despierta con cierta confusión mental y sin que recuerde lo sucedido, o en todo caso muy imperfectamente"³².

En lo atinente a *diagnóstico diferencial*, con respecto a la embriaguez normal (fisiológica) o con la simulación, este solo puede hacerse *a posteriori* "recurriendo a una anamnesis cuidadosa y al estudio objetivo y minucioso de los actos (y de su posible o probable motivación) que son materia de la inculpación. En efecto, en la embriaguez patológica existe casi siempre una conciencia crepuscular que impide al sujeto una conducta ordenada e inteligente, le ocasiona una amnesia ulterior *no absoluta* (salvo raras ocasiones) y le deja un período

³¹ Véase a GERARDO PAZ OTERO, *op. cit.*, pág. 40.

³² *Op. cit.*, págs. 840-41. En el mismo sentido GERMÁN DÍAZ LÓPEZ, *op. cit.*, MARCO A. CASTRO REY, reduce a nueve los síntomas advirtiendo que no aparecen siempre juntos: Son ellos: 1) comienzo súbito sin síntomas de embriaguez ordinaria; 2) ingestión de pequeñas dosis de alcohol; 3) obnubilación profunda de la conciencia; 4) alucinaciones e ideas delirantes; 5) alteración profunda de la esfera afectiva con manifestaciones depresivas o de terror, espanto o cólera; 6) excitación motora; 7) coordinación motora perfecta y buena puntería; 8) cesación súbita de la embriaguez con paso rápido al sueño, y 9) amnesia completa de los acontecimientos durante la situación patológica" (*Manual de psiquiatría forense y reflexología*, Bogotá, 1967, pág. 138). GRÜNTAL, por su parte, describe así el fenómeno en lo que toca con su sintomatología: "lentamente o (con mayor frecuencia) de modo brusco, se produce un profundo *enturbiamiento de la conciencia*, muchas veces en forma de estado crepuscular alucinatorio, de persecución (desconocimiento delirante del medio ambiente); o bien se produce un temor carente de sentido, un impulso elemental a moverse, arrebatos ciegos, furor, excitabilidad intensamente aumentada o impulsos patológicos aislados (peligrosidad); también se observan estados crepusculares tranquilos, humor expansivo y, rara vez, alteraciones que recuerdan al estupor. El estado de embriaguez anormal muchas veces solo dura de unos minutos a un cuarto de hora. Termina en un sueño profundo. Después queda en una amnesia completa o casi completa (que en algunos casos solo se desarrolla al cabo de horas o de días). Otros estados de embriaguez patológica pueden ser seguidos, durante días, por anomalías del estado de ánimo (irritabilidad) y falta de conocimiento de la enfermedad" (*Op. cit.*, págs. 487 y 488).

de tránsito y perplejidad angustiosa (muy difícil de simular) de breve duración"³³.

Probar el estado anormal no deja de ser bastante difícil mediante un diagnóstico *a posteriori*; de todas maneras, es necesario probar el estado agudo, o por lo menos presentar datos que lo hagan muy probable (testimonios muy exactos de personas presentes). En caso de necesidad, dice GRÜNTAL "se puede también administrar de modo experimental alcohol al sujeto, durante una observación clínica, y probar su tolerancia"³⁴.

KRAFT-EBBING, ha llamado la atención, sobre un hecho de diaria ocurrencia: los jueces no conciben la inconsciencia patológica desde una perspectiva psicológica, sino en el sentido que se le da en el lenguaje corriente, de lo que resulta "que la inconsciencia del hombre embriagado no se admite, pues el inculpado tiene relaciones con el mundo externo, habla y obra de una manera coordinada, aunque esta manera de ser no excluye en nada la posibilidad de la inconsciencia, esto es, la posibilidad de que el inculpado no sabe lo que hace"³⁵.

Se debe resaltar la importancia que para la psicología judicial tiene la embriaguez patológica, cuando toma la forma de un estado crepuscular, en el cual, como dice ROMERO SOTO, "la persona observa un comportamiento exterior discretamente ordenado, tanto es así que *no parece embriagado* a las personas que lo observan, pero sin embargo y de un momento a otro comienza a ejecutar actos inconvenientes (manifestaciones de expansividad erótica o directamente de exhibicionismo, gestos exagerados, ruidosas exposiciones de ideas de grandeza)"³⁶. El pacífico se vuelve pendenciero; el indiferente irritable; el equilibrado y ecuaníme, susceptible, "es como si un ente extraño se hubiera injertado en la personalidad. El que se embriaga de esta manera está fuera de sí, se comporta como un perturbado, y como tal hay que juzgarlo"³⁷.

3. CONFRONTACIÓN DEL CASO CON LA TEORÍA

En este punto trataremos de ubicar el caso en estudio a la luz de la etiología, causas predisponentes, sintomatología y diagnóstico diferencial, de la embriaguez patológica.

a. *La etiología*. De lo hasta aquí visto, se puede colegir que la embriaguez patológica es independiente de la cantidad de alcohol ingerido. Tanto se puede presentar el fenómeno en personas que no son bebedores habituales, como en las que sí lo son; con la ingestión de pocas dosis de etílico o con bastante consu-

³³ Véase a EMILIO MIRA Y LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 402.

³⁴ *Op. cit.*, pág. 841.

³⁵ *Op. cit.*, pág. 191. Entre nosotros, el profesor ROMERO SOTO sostiene que la importancia de estos casos reside "en que es muy difícil persuadir a las personas profanas en estas materias de que una persona que presenta un aspecto que por estas es considerado como normal, no lo es sin embargo para el médico, haya obrado en un estado en el que se encuentra ausente su capacidad de querer y de entender como consecuencia de la embriaguez reciente" (*Op. cit.*, pág. 208).

³⁶ Ídem.

³⁷ KURT KOLLE, *op. cit.*, pág. cit.

mo. A diferencia de la borrachera común, que depende de la cantidad de alcohol ingerido, este factor juega un papel relativo en la patológica³⁸. Sobre este punto las probanzas nos indican que la cantidad de alcohol ingerido por el procesado era abundante. En la *indagatoria*, dijo:

"Preguntado: diga si quiere, ¿qué clase de licor, tomaba Ud. la noche de los hechos? contestó: Aguardiente. Preguntado: diga si quiere, ¿desde qué horas estaba tomando aguardiente y en que cantidad tomó? Contestó: yo principié a eso de las dos y media o tres de la tarde a tomarme unos aguardientes, cuando subí al barrio B.A. a chequear (sic) el carro que le estaba haciendo mantenimiento, luego me fui para el centro y luego a los lados de occidente, no recuerdo haber estado en ninguna otra parte y no recuerdo en que cantidad tomé" (fl. 32 vltto.).

También la prueba testimonial nos confirma el aserto inicial: el testigo G'G', dice a fls. 13 fte., que "estaba tomado, aunque manejaba bien el carro". El testigo EV., nos dice:

"Sobre MM, él estaba desde tempranas horas tomando aguardiente en mi establecimiento él estaba en compañía de VH, el socio mío, entre ellos dos se tomaron dos botellas de aguardiente por hay (sic) de las siete a las diez y media de la noche aproximadamente" (fl. 54 fte.).

Debe notarse que el procesado normalmente no ingería aguardiente sino cerveza, pues aquel le hacía mucho daño; por ello nos dice en su *indagatoria*:

"Siempre he acostumbrado tomar cerveza ya que es la única bebida que no me afecta en tal extremo, pero dadas las circunstancias de que en ninguno de esos establecimientos había cerveza, opté dizque por tomarme unos aguardientes" (fl. 32 vltto.).

b. *Causas predisponentes*. Estas pueden ser adquiridas o heredadas, tal como hemos visto. Entre los estudiosos del fenómeno hay dos tendencias básicamente: una encabezada por NOYES y KOLB, para quienes es una variante de la epilepsia sicomotora liberada por el alcohol en personas predispuestas a dicha crisis³⁹; la otra, mayoritaria, para la cual a más de los epilépticos, están predispuestos los esquizofrénicos, traumatizados cerebrales, sicópatas, personalidades sometidas a fuerte tendencia afectiva, etc.⁴⁰.

Como causas predisponentes en el caso de autos, se pueden señalar:

1) *Antecedentes hereditarios*. En la *indagatoria* señala el encartado que una hermana y un tío sufrieron de trastornos mentales (fls. 31 vltto., 35 y 36). Mediante certificaciones expedidas por el Hospital Mental, se comprobó cómo un

³⁸ Seguimos de cerca a GERARDO PAZ OTERO, *op. cit.*, págs. 40 y 41.

Al respecto, dice KURT KOLLE: "En los que soportan mal el alcohol, la embriaguez epileptoide puede presentarse ya en pequeñas cantidades de él. Pero también hay borracheras epileptoideas que se presentan tras un considerable abuso de alcohol" (*op. cit.*, pág. 302).

³⁹ *Op. cit.*, pág. 201.

⁴⁰ Dentro de esta tendencia se ubican los demás autores aquí citados, sin embargo, "los casos más comunes, considerados por los tribunales, son los epilépticos, que con una pequeña cantidad de alcohol, caen en la embriaguez patológica" (EUGENIO ZAFFARONI, *Op. cit.*, pág. 332). En igual sentido, EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, México, Editora Nacional, 1975, pág. 444.

colateral y el abuelo del procesado, habían sido internados en dicho establecimiento (fl. 63). En su declaración, el padre del procesado da cuenta cómo una tía suya, hermana de la abuela del procesado, sufrió perturbaciones mentales. Además, otro hermano del procesado sufre los mismos trastornos que él cuando se embriaga (fl. 135 vltto.).

2) El encartado *sufrió hacia el año 1973 fuerte golpe en la cabeza* que le ocasionó pérdida de la conciencia (fls. 35 vltto., 36 y 138). Al respecto dice su esposa:

"para mí él después de ese golpe ha sido el mismo en estado normal; pero embriagado sí cambió mucho. El se queja mucho cuando se acuesta embriagado y a veces grita, como que no se puede dormir y me dice que le duele una cosa horrible la cabeza" (fl. 136).

Aparece también la declaración de un distinguido galeno, quien manifiesta haber tratado al procesado de ese golpe en la cabeza (fls. 145 y 146).

3) Mediante peritazgo psicológico realizando por un psicólogo clínico y una psicóloga general, se verificó, luego de practicársele los *test* de Weschler, Rorschach, Machover y el M.M.P.I., que el procesado presentaba "una personalidad de una estructura fuertemente esquizoparanoide, caracterizada por una agresividad difícilmente controlable" (fl. 164). Con el M.M.P.I. se pudo comprobar la personalidad esquizoparanoide caracterizada por "agresividad, tendencia a las alucinaciones o ilusiones, bloqueos en su capacidad de control emocional ante estímulos como la droga y el alcohol (el dr. RAFAEL NÚÑEZ en *Aplicación del inventario multifásico de personalidad M.M.P.I., a la psicopatología*, Méjico, 1968, afirma que estas personas "al embriagarse pueden llegar a ataques agresivos"), desconfianza, perturbación en el campo ideativo o de los sentimientos bajo reacciones emocionales y confusión en la memoria y concentración" (fl. 162).

Lo anterior nos demuestra, pues, la existencia de una predisposición en el procesado MM. Debe anotarse que en la embriaguez ordinaria no es necesaria la predisposición.

c. *Sintomatología*. Los síntomas pueden ser somáticos o síquicos. Entre los primeros se destacan: el rostro congestionado; la mirada rígida y desorbitada; la no presencia de ataxia motora; miosis; debilidad del reflejo pupilar; no hay perturbación del equilibrio. Entre los segundos tenemos: se presenta en forma súbita; no hay períodos especiales; *raptus* de ciego furor; agitación epileptiforme; estados crepusculares; lentitud en la ideación; no hay incoherencias; no hay trastornos de coordinación; desorientación; falsos reconocimientos; ilusiones; angustia; desesperación; impulsiones homicidas⁴¹.

⁴¹ GERARDO PAZ OTERO, *op. cit.*, pág. cit.

Según el profesor LUIS JAIME SÁNCHEZ, "súbitamente el sujeto se torna violentamente agresivo e irascible dentro de un cuadro de extrema agitación psíquica y motora. La susceptibilidad patológica lo expone a reacciones de furia terrible con motivo de la menor alusión, la menor palabra, el menor gesto de los interlocutores" (*Tratado de clínica de las enfermedades mentales*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1952, pág. 333).

Los síntomas aparecen expeditos en diversas piezas procesales, así: Según el testigo HRT, MM, el procesado, salió congestionado y como enloquecido:

"Preguntado: diga usted si observó el comportamiento del sindicato, especialmente si notó en él, en su rostro, algún gesto de anormalidad? *Contesta:* pues francamente en el instante en que lo ví salir de este establecimiento sí se notó pues en él poca normalidad, el salió como enloquecido y congestionado" (fl. 69 vltó.).

Y el testigo JVC, relata claramente como MM presentaba una fisonomía descompuesta:

"Le dije a H y a O que nos fuéramos mejor que había llegado un loco con un revólver" (fl. 29 vltó.).

Tampoco manifestaba el procesado MM, perturbación en el equilibrio o ataxia motora:

"Sí estaba ebrio, era un cliente que aguantaba mucho, pues no ví que se valanceara (sic)" (versión de JCV, a fl. 30 vltó.).

Y G'G' nos dice por su parte:

"Estaba tomando aunque manejaba bien el carro" (fl. 16 fte.).

El testigo HRT, nos dice:

"Cuando yo ví salir de la heladería a mi confrontado estaba sumamente embriagado, mi confrontado estaba como loco" (fls. 107 vltó. y 108 fte.).

La crisis se desató al parecer porque el procesado, ante la solicitud de sus amigos, salió repentinamente a la calle a atender que su vehículo no fuera golpeado, por uno de los hermanos que resultó posteriormente muerto, quien en medio de su borrachera se dedicaba a ofender a los presentes, con quienes discutía en la parte de afuera (testimonios de G'G' a fls. 16 fte.; VAH, fl. 17; RTB, fl. 18; JCV, fl. 30; igualmente diligencia de reconstrucción a fls. 61 y ss.).

Al respecto manifiesta el procesado en su indagatoria:

"Me paré para salir, cuando oí como un problema, yo estaba muy borracho y cuando iba a salir a la puerta, recuerdo que alguien me gritó que «cuidado con el carro», yo abrí la persiana y en el momento en que salí, un cliente a quien no conozco, mas sin embargo noté que se me avalanzaba, de lo poco que me recuerdo, yo le dí con el revólver, después no recuerdo más, yo hice varios disparos pero no recuerdo más..." (fl. 32 fte.)⁴².

A esta altura de nuestro estudio, traemos nuevamente a VALLEJO NÁGERA, para darnos cuenta cómo cualquier situación, por elemental que ella sea, cualquier gesto, palabra o actitud, desencadena el fenómeno:

"Es un estado de agitación intensa que sobreviene casi bruscamente: el enfermo pierde la noción de las cosas, se irrita o angustia, se revuelve furioso contra personas y

⁴² Como se puede apreciar, hay huellas de una amnesia parcial, comoquiera que algunos recuerdos surcan la memoria del procesado; sin embargo esto no desvirtúa la embriaguez patológica. Al respecto dice KURT KOLLE: "No habla en contra de la existencia de la embriaguez epileptoide la presencia de recuerdos fragmentarios, a modo de islotes en el mar sin orillas de su amnesia" (*Op. cit.*, pág. 303).

cosas, con profunda turbación de la conciencia y absurda agitación motriz, que lo impulsa a actos violentos. *Una palabra, un gesto, una simple indicación desencadena rabiosa furia incoercible, o el sujeto emprende vertiginosa carrera, arrollando cuanto se opone a su paso*"⁴³.

También nos confirman las pruebas, que MM se encontraba desorientado y presentaba falsos reconocimientos. Véase en efecto cómo, trascurridos algunos minutos de los sangrientos hechos, aparece normalmente en su carro, se detiene en el sitio del insuceso, hace sonar varias veces el pito, y al ver que nadie se aproxima, arranca de nuevo:

"Por allí como al cuarto de hora, volvió a bajar M, y la muchacha que lo acompañaba en el carro y paró al frente de la heladería y tocó varias veces y al ver que nadie salía de allí, emprendió la marcha y se fue" (Declaración de JVC, a fl. 30 fte.).

El testigo, por su parte, quien había estado ingiriendo licor con el procesado en otras oportunidades, da cuenta cómo MM, bajo los efectos del licor se desorienta totalmente:

"Yo he estado con él muchas veces y lo enloquece el trago, se enlaguna, una vez andaba yo en el carro de él, estábamos en un lugar donde él no sabía que estaba ni dónde tenía el carro, ni nada, él no sabía nada" (fl. 70).

Pero a más de los síntomas que se pueden captar en las deposiciones de los testigos, encontramos la sintomatología observada por los peritos y por el señor juez instructor, cuando a petición del apoderado se le suministraron algunos tragos de aguardiente, para constatar la forma como reaccionaba MM. Se trataba de someterlo a un electroencefalograma bajo los efectos del alcohol, comoquiera que al haber sido sometido a la misma prueba sin haber consumido alcohol ni ninguna otra droga, el EEG fue normal (fl. 87, informe del perito neurólogo). En efecto, el señor juez dejó la siguiente constancia:

"Sin que fuera posible retenerlo se salió de la oficina bruscamente donde ingería el etílico preparatorio del examen médico bajo el control del suscrito, diciendo que se hacía matar pero que se iba. En llegando a la calle tambaleándose entró en el Bar la B. seguido por el suscrito, y allí pidió un aguardiente doble no habiéndoselo podido tomar. De repente se levantó furioso y cogiendo una silla la aventó contra una mesa a la vez que decía: "¿Y quien habla?", asumiendo una actitud agresiva frente a los circunstantes. Luego salió hacia la calle y en la acera daba golpes a las rejas y cubiertas de los ventanales y sin consideración alguna arremetía violentamente contra las personas que estaban cerca de él, y asumiendo posturas de gladiador, de púgil, ostentaba ojos desorbitados. Al fin llegó la policía y sin percatarse de que estaba armada se enfrentó a ella. Al verlo como «loco», el suscrito intervino para que no fuera muerto o herido" (fl. 85 fte.).

Veinte días después, es decir el 28 de junio de 1977, se le suministraron ocho tragos de aguardiente y se le practicó el EEG. El perito neurólogo, interpretó así la prueba:

⁴³ *Op. cit.*, pág. 840.

"En el registro practicado bajo el efecto del alcohol bajo intensa excitación sicomotora se observa un ritmo de 7-8 ciclos por segundo bisincronico con su mayor amplitud en regiones posteriores. El enfermo no colaboró para la hiperventilación pulmonar voluntaria ni para la fotoestimulación.

Conclusión: EEG dentro de lo normal. Durante el examen el paciente estuvo excitado, agresivo, grosero, reacción demasiado exagerada ante la poca dosis de aguardiente que habla ingerido".

Ante memorial suscrito por el apoderado, pidiendo aclaración sobre el peritazgo rendido, este hizo las siguientes precisiones:

1) Al ser consultado sobre la posibilidad de una "simulación"⁴⁴, dijo que la excitación presentada por el paciente no era simulada porque "presentó los signos clínicos que acompañan a la excitación, que entre otras cosas fue muy peligrosa para nosotros, ya que el enfermo se apoderó de unas tijeras del consultorio y hubiera podido herirnos, a los presentes, ya que mostraba una reacción también paranoide" (fl. 143).

2) Al ser interrogado sobre la posibilidad de que el fenómeno constituyera una embriaguez patológica, dijo tajantemente que sí, "ya que con tan poco licor el paciente alcanzó una gran excitación y que parecía que él ya conocía porque decía varias veces «no me den más licor que me enloquecen y me matan»" (fl. citado).

3) Otro punto importante en el peritazgo aclarado, es el atinente a si, según el concepto del perito, "puede haber casos de embriaguez patológica sin que necesariamente deban registrarse a la vez malformaciones cerebrales o disritmias cerebrales" (el apoderado a fl. 127). El neurólogo manifestó: "cuando las borracheras patológicas son una epilepsia en el momento de ingestión y excitación aparecen descargas disríticas paroxísticas. En las borracheras patológicas no epilépticas el EEG puede ser normal en el mismo momento de la excitación".

Como puede colegirse, la sintomatología observada en el procesado por los peritos y los testigos, se enmarca dentro del cuadro de la embriaguez patológica⁴⁵.

d. *El diagnóstico diferencial.* Que se trataba de una embriaguez patológica y no normal, se pudo establecer mediante los dictámenes rendidos por los dos peritos sicólogos; el perito neurólogo; los testigos; la constancia dejada por el instructor sobre las manifestaciones observadas por él en el procesado; así como por el dictamen del perito siquiátra, quien en escueta respuesta al señor juez del conocimiento, manifestó:

⁴⁴ El apoderado del procesado citó en su cuestionario de ampliación del peritazgo la siguiente conceptualización de simulación: "una serie de fraudes clínicos, perpetrados por diversos motivos, tendientes todos ellos a engañar al médico, que consisten en la imitación, agravación o provocación de síntomas patológicos más o menos aparatosos y graves" (ANTONIO VALLEJO NÁGERA, *La enfermedad simulada*, 3ª ed., Editorial Salvat, 1951, pág. 3).

⁴⁵ Los síntomas de la embriaguez patológica difieren de los observados en la embriaguez normal, en la que como veíamos se presentan tres períodos, cada uno de los cuales implica diversas manifestaciones *síquicas*. Los síntomas *somáticos* en la embriaguez normal se concretan en: vasodilatación general, taquicardia moderada, poliuria (abundante secreción de orina), perturbaciones en el equilibrio, diplopía (doble visión), disartria (dificultad para la articulación de las palabras) y dismetría.

"El señor MM tiene tendencia a presentar cuadros clínicos compatibles con una embriaguez patológica. Por tanto en el momento de la comisión de los mismos se encontraba en estado de grave anomalía síquica transitoria, desencadenada en él por la ingestión de alcohol, independiente a su voluntad, cuyo único tratamiento hasta ahora conocido es la abstención completa del consumo de licores" (fl. 132).

4. EL CASO FRENTE A LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA

a. *Referencia a la doctrina.* Son en realidad pocas las referencias que sobre la embriaguez patológica encontramos en el ámbito de la doctrina jurídico-penal, no así en el campo médico como se ha podido comprobar. El papel de la doctrina ha sido recoger esas elaboraciones.

REYES ECHANDÍA, por ejemplo, dice que la embriaguez patológica es "el conjunto de reacciones anormales que sufre una persona con trastornos fisiológicos o mentales cuando bebe licor"⁴⁶; para efectos de determinar las características y la sintomatología, recurre a PAZ OTERO, quien a su turno copia a VALLEJO NÁGERA.

LUIS CARLOS PÉREZ señala que se trata de un caso típico de grave anomalía síquica "que, sin llevar al paciente a la enajenación, sitúa sus actos fuera del control consciente"⁴⁷.

BARRIENTOS RESTREPO sostiene que el fenómeno en estudio solo se produce en personas que han adquirido el hábito del alcoholismo: "La manía ebriosa (embriaguez patológica) es ya una verdadera enfermedad de personas que han adquirido el hábito de vivir embriagadas"⁴⁸. Esta tesis es incorrecta como ya se ha visto.

ANTONIO VICENTE ARENAS, retomando a los siquiátras GERMÁN DÍAZ LÓPEZ y a LUIS JAIME SÁNCHEZ⁴⁹, ha caracterizado el fenómeno de la siguiente manera:

1) Solo se presenta en individuos predispuestos por sus taras mentales. "Se trata de una verdadera reacción de intolerancia del sistema nervioso central al tóxico".

2) Las excitaciones se producen en forma inusitada, repentina, violenta y a veces están acompañadas de ilusiones o de alucinaciones.

3) No es la cantidad de alcohol ingerida la que despierta esos estados de impulsividad o de furor inmotivado, como ocurre en la embriaguez común; a veces una exigua dosis basta para poner al enfermo en estado de locura transitoria. Existe pues una manifiesta desproporción entre la causa y el efecto, entre

⁴⁶ *La imputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, pág. 91.

⁴⁷ *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 76.

⁴⁸ *Elementos de derecho penal*, Medellín, Bedout, 1977, pág. 351. Al respecto dice SERPA FLÓREZ que "no siempre tiene relación con la cantidad de alcohol ingerido; muchas veces bastan pequeñas cantidades de alcohol" (*La siquiatria y la ley*, Bogotá, Temis, 1979, pág. 42).

⁴⁹ Citados por ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal*, tomo I, Medellín, Ediciones U.P.B., 1948, pág. 153; LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, tomo I, Bogotá, Edit. Temis, 1967, págs. 385 y ss.

el estímulo alcohólico y las reacciones que suscita, entre los motivos insignificantes que ocasionan las reacciones violentas y los delitos que por ellos se cometen.

4) La agitación síquica y motora es extraordinariamente intensa pero de corta duración. Durante ella el enfermo incurre en los más graves atentados contra la vida o la integridad personal, contra la integridad moral o contra la libertad en sus diferentes formas, y lo hace por motivos fútiles o sin ninguno aparente.

5) En la embriaguez común la persona sufre alteraciones en la locomoción y en la emisión de la palabra, se mueve con torpeza y se expresa con dificultad. En la embriaguez patológica "faltan los trastornos de coordinación en la marcha y en el lenguaje, constantes en la borrachera común".

6) El enfermo se muestra renuente a dormir cuando a ello se le invita, y si lo hace no es raro que se despierte súbitamente en estado de furor, tan intenso o más que el inmediatamente anterior.

7) En la embriaguez común el ebrio recuerda, aunque sea vagamente, lo que hizo o en qué lugares estuvo. En la patología hay un estado de amnesia total de lo ocurrido, debido a que el enfermo no tiene conciencia de lo que hace, ni noción del tiempo ni del espacio, ni de las cosas que lo rodean, ni de las personas que lo acompañan⁵⁰.

b. *Referencia a la jurisprudencia.* A partir del Código de 1936, la Corte Suprema de Justicia estableció en diversas jurisprudencias la clasificación de la embriaguez, así: intoxicación crónica, aguda anormal, aguda normal y preordenada. Al respecto, en sentencia de octubre 23 de 1944, dijo la citada corporación:

"La ley penal —conforme a los postulados de la siquiatria— clasifica la intoxicación producida por el alcohol en dos aspectos —el crónico o permanente y el agudo o transitorio— previstos en los artículos 29 y 38 del Código; y no hay que confundir el estado de inconsciencia producido por el uso de sustancias embriagantes, con el producido por trastornos mentales, nítidamente previstos en aquel Código, ni tampoco la embriaguez ordinaria con el alcoholismo crónico, pues si la primera apenas causa una simple perturbación intelectual transitoria, la segunda, en cambio, es un estado patológico producido por el hábito del alcohol.

"La embriaguez accidental no preordenada, es apenas una circunstancia de menor peligrosidad, si el embriagado no puede prever sus consecuencias delictuosas"⁵¹.

⁵⁰ *Comentarios al Código Penal*, Bogotá, Ediciones ABC, 1968, pág. 319. Véase del mismo autor: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 367. En torno de estas características debe anotarse, que la amnesia no siempre es total, el mismo DÍAZ LÓPEZ, seguido por el autor, recuerda que si bien generalmente es así, a veces hay recuerdos fragmentarios. Véase ob. cit., pág. cit. Cfr. con las notas 33 y 42.

⁵¹ En igual sentido sentencias de nov. 15 de 1956, en "G. J.", t. LXXXIII, pág. 982; 23 de mayo de 1947, en "G. J.", t. LXII, pág. 781; 15 de junio de 1945, en "G. J.", t. LIX, pág. 249; asimismo el fallo de febrero 22 de 1965. Otras decisiones, pueden consultarse en "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", tomo II, recopilada por DOMINGO SARASTY, Bogotá, Ed. Horizontes, 1968, págs. 311 y ss.

Tratándose de la *embriaguez patológica*, ha dicho reiteradamente la Corte, apoyada en MIRA Y LÓPEZ y VALLEJO NÁGERA, lo siguiente:

"La embriaguez patológica se produce en individuos tarados o debilitados por el ancestro patológico, y en sus reacciones se manifiesta con toda brutalidad porque su mente no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior. La embriaguez patológica no se presenta sino en los tarados, temperamentos enfermos y nerviosos. No se emborracha patológicamente el que quiere sino el que puede...

"El diagnóstico de la embriaguez patológica debe ser producto de exámenes detenidos sobre la personalidad del acusado, para determinar su estado de anormalidad o las taras existentes con anterioridad al hecho que se le imputa. «En sujetos predispuestos genótipicamente —dice MIRA Y LÓPEZ—, sicópatas, comiciales latentes, etc., es posible que se observe una intolerancia cualitativa para el alcohol que dé lugar a la denominada embriaguez patológica⁵². Contrariamente a la normal —dice VALLEJO NÁGERA—, la embriaguez patológica solo se presenta en individuos predispuestos a padecerla, predisposición sobre todo constitucional, pero que así mismo puede adquirirse, e incluso engendrarse por causa de los abusos alcohólicos... la disposición a la embriaguez patológica puede adquirirse de muchas maneras, principalmente como consecuencia del alcoholismo crónico, traumatismos craneales, graves enfermedades cerebrales, sífilis, infecciones generales, estados de agotamiento corporal o psíquico"⁵³.

Entre las jurisprudencias más recientes, debe mencionarse la de octubre 18 de 1968, con ponencia del entonces magistrado LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, en la que se insiste en que el fenómeno solo se produce en individuos fronterizos; dice así:

"La embriaguez patológica, dadas sus excepcionales características y que de ordinario solo se produce en individuos «fronterizos», por razón de cargas hereditarias o desajustes de la personalidad, es situada por la siquiatria forense en el campo de las graves anomalías síquicas, y así ha tenido por jurisprudencia"⁵⁴.

c. *Pasos que se dieron tendientes a la solución del caso concreto.* Con miras a resolver el caso en estudio, se dieron los siguientes pasos:

Al resolver la *situación jurídica* el juez instructor decretó la detención preventiva sin beneficio de excarcelación en contra del señor MM y por el doble delito de homicidio (fl. 47).

A petición del apoderado del procesado, se allegaron pruebas testimoniales tendientes a establecer su comportamiento en estado de alicoramiento, así como los antecedentes hereditarios (fls. 40 y 57).

A lo largo del período de instrucción, se practicaron dos electroencefalogramas al encartado, como ya vimos: uno en estado normal, sin haber ingerido ninguna droga o porción de alcohol; el otro, habiendo ingerido algunas porciones de etílico. Los resultados fueron normales (fls. 87 y ss., 125 y ss.). El

⁵² Cfr. MIRA Y LÓPEZ, *op. cit.*, nota 23, pág. 401. Igualmente notas 27 a 30 y 40.

⁵³ Véase "G. J.", t. LXXXIX, pág. 348, 1953; "G. J.", t. LXVI, pág. 695, 1949; "G. J.", t. LXVII, pág. 352, 1954; "G. J.", t. LXIII, pág. 794, 1947.

⁵⁴ En *Derecho colombiano*, núm. 82, Bogotá, 1968, pág. 164.

hecho de que el segundo EEG hubiera resultado "dentro de lo normal" pese a que el procesado había consumido ocho tragos de aguardiente, fue catalogado por el perito como un caso en que la borrachera patológica, no suponía "una epilepsia en el momento de la ingestión y excitación" advirtiendo que "en las borracheras patológicas no epilépticas el EEG puede ser normal en el mismo momento de la excitación" (fl. 143). La prueba experimental a que fue sometido MM, fue de suma importancia, pues por medio de ella el perito neurólogo y el funcionario instructor, constataron el comportamiento de aquel, compatible con la sintomatología de la embriaguez patológica y sus manifestaciones (véase la constancia dejada por el instructor, ya transcrita a fl. 85, así como la ampliación del perito a fl. 143).

Enviado el procesado a los médicos legistas, estos conceptuaron que el caso en estudio, constituía una embriaguez patológica (fl. 132). Los peritos sicólogos, por su parte, concluyeron su estudio sobre la personalidad de MM, afirmando que se trataba de "una personalidad de una estructura fuertemente esquizoparanoide, caracterizada por una agresividad difícilmente controlable bajo estímulos frustrantes o funcionales que disminuyen su estado de vigilia" (fls. 162 y ss.).

Concluido el período investigativo y al ordenarse el traslado de rigor al señor fiscal del Juzgado Tercero Superior, despacho al que había correspondido avocar el conocimiento del negocio, *la Fiscalía rindió su concepto*, pidiendo el enjuiciamiento bajo la égida del art. 29 del C. P.:

"Hemos de pensar que MM es un grande desventurado que entra a delinquir bajo excepcionales circunstancias que están determinadas, dígalo si no el caso presente, por su distorsión de personalidad que excitada por el estímulo del alcohol lo lleva, súbitamente, a cuadros patológicos perfectamente ubicables en el art. 29 del C. P.; quedando, esto sí bien claro, que es aterradora la peligrosidad que representa el señor M, y ello exige que en su juzgamiento jamás se puede perder de vista un criterio prioritario de defensa social" (fls. 171 y 172).

El señor Juez Tercero Superior, por su parte, en el *auto de proceder*, llamó a responder en juicio criminal a MM, sin intervención de jurado de conciencia, por el doble homicidio cometido en las circunstancias del art. 29 del C. P. derogado. El funcionario, apoyado en los autorizados conceptos de los profesores ALFONSO MEJÍA CALAD, W. WEYGANDT y VALLEJO NÁGERA, expresó lo siguiente:

"Cabe entonces para nuestro caso teniendo en cuenta las enseñanzas de tan autorizados y científicos criterios que consultan los dictámenes allegados en toda su extensión, destacándose, se repite, el psicodiagnóstico, afirmar que, el acusado al tiempo de cometer su doble conducta homicida, lo hizo bajo los efectos de una embriaguez patológica, la que también se revela por gestos y actitudes ya en el momento del episodio o bien inmediatamente después o también con anterioridad, como se destaca con el testimonio de quienes pudieron observarla... como conclusión de todo lo anterior de una parte hay que señalar que se dan los presupuestos propios para que el acusado comparezca a juicio, porque habiendo cometido el doble homicidio uno y otro le son imputables, y de la otra, puesto que su obrar no estuvo presidido de conciencia a título de intención o culpa sino

afectado por la anomalía grave y transitoria reconocida en el dictamen, el juzgamiento es especial debido a que la conducta encaja dentro de una de las hipótesis del art. 29 del C. P." (fl. 185 fte.).

En la *sentencia*, volviendo el señor juez, sobre los argumentos expuestos para llamar a responder en juicio al procesado, le condenó como autor responsable del doble homicidio, a dos años y medio de reclusión en colonia agrícola especial, así como a la medida accesoria de prohibición de concurrir a establecimientos públicos donde se expendieran bebidas alcohólicas por un término de cuatro años. El razonamiento fue el siguiente:

"Resulta inobjetable que a MM, puesto que delinquiró en estado de grave anomalía síquica transitoria, solo nos es permitido aplicar la medida conforme lo disponen los arts. 61 a 64; esta última norma del Código Penal determina que el mínimo de reclusión en ningún caso será inferior a un año. Mas como para nuestro caso se trata de un doble homicidio cumplido en circunstancias de especial gravedad y por una personalidad de gran peligrosidad social, el mínimo imponible debe elevarse a dos años y medio. Esta medida cesará solamente tal y conforme lo preve la norma invocada cuando haya dejado de ser peligroso previo dictamen del perito siquiátra, audiencia del ministerio público y decisión judicial que así lo reconozcan" (fls. 203 y 204)⁵⁵.

Consultada la sentencia ante el Tribunal Superior de Medellín, el defensor del procesado se dirigió a esta corporación, solicitándole que la sentencia fuera reformada, comoquiera que en materia de medidas de seguridad no era factible la aplicación del art. 33 del C. P., según el cual "al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para la más grave, aumentada hasta en otro tanto". El juez de conocimiento había impuesto un mínimo de dos años y medio cuando la ley establecía un mínimo de un año (art. 64). Razonó así el defensor:

"La pena como retribución debe ser proporcionada a la gravedad del delito. Al contrario, la medida de seguridad no depende de la gravedad objetiva de la infracción si-

⁵⁵ Como se sabe, el art. 61 del C. P. de 1986 establecía que las medidas de seguridad aplicables a los delincuentes a que se refería el art. 29 eran: reclusión en manicomio criminal o colonia agrícola especial, libertad vigilada, trabajo obligatorio en obras o en empresas públicas, prohibición de concurrir a determinados lugares públicos. El art. 63 disponía: "El manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos". Esta norma era solo aplicable a los "alienados" y no a los grave-anómalos síquicos, como equivocadamente lo sostuvo el Tribunal Superior de Medellín, lo que originó se interpusiera el recurso de Casación.

El C. P. de 1980 consagró en su art. 93 como medidas de seguridad las siguientes: internación en establecimiento siquiátrico o clínica adecuada, internación en casa de estudio o de trabajo, libertad vigilada. Como se puede ver, la colonia agrícola desapareció como medida y el art. 377, expresamente consagró que "quienes estén cumpliendo condena de presidio o de relegación a colonia agrícola penal continuarán descontándola como si se tratara de pena de prisión".

Con lo anterior, lo único que se hizo fue reconocer la realidad imperante en torno a las medidas de seguridad, bastante cruda por cierto, comoquiera que nunca se han hecho efectivas y siempre se han descontado como prisión, pues tampoco la distinción entre presidio y prisión se hizo real. Así tengamos una nueva Codificación, la vergüenza tendrá que cubrirnos cada que pensemos en el único "frenocomio" o "manicomio criminal" de Bogotá, sitio que muy bien recuerda las porquerizas y al que hay que remitir a la mayoría de los inimputables, que producto de su anomalía caminan por los intrincados laberintos de la legislación penal.

no que depende en primer lugar de la peligrosidad del sujeto. Y esta peligrosidad está indicada por el estado o modo de ser del sujeto. En el caso concreto, esa peligrosidad la determinaría la anomalía síquica transitoria.

"Ahora bien: sabemos que se habla de una peligrosidad predelictual y de una peligrosidad postdelictual y esta (la que nos importa en el caso de autos), como posibilidad de comisión de nuevos delitos en el futuro, se mide por el estado anómalo o no del sujeto, estado de normalidad o anormalidad que el art. 64 reserva a «decisión judicial» posterior, que se tomará «previo dictamen de peritos». De modo que, tratándose de medidas de seguridad, no parece factible la aplicación del art. 33. Tratándose de penas, el mínimo y el máximo se fija por la ley. Tratándose de medidas de seguridad, el mínimo en principio es ilimitado pero depende en última instancia del estado posterior del sujeto" (fls. 216 y 217).

Abogaba también el defensor por el abono de la detención preventiva, por razones de justicia y equidad, al paso que invocaba algunas decisiones de la Corte y del Tribunal que así lo reconocían⁵⁶.

El Fiscal Cuarto de la corporación, por su parte, sostuvo la tesis de que para el caso de autos debía reformarse la sentencia imponiendo un año de relegación a colonia agrícola, en efecto:

"a la reclusión en una colonia agrícola especial por dos años y medio, la Fiscalía, opina que en este punto, se excedió el señor juez. La disposición del artículo 64 del Código Penal, determina que cuando se trata de reclusión en colonia agrícola, esta no podrá ser inferior a un año. Más como ella debe cesar o subsistir hasta que el acusado deje de ser peligroso para la sociedad, y judicialmente se reconozca conforme a las previsiones del artículo citado, sobra el exceso que aplicó el señor juez del conocimiento" (fl. 214).

El Tribunal, con ponencia del magistrado ORTÍZ RODRÍGUEZ, consideró que el art. 63 se aplicaba no solo a los alienados que cometieran delitos sancionados con presidio, sino también a los delitos cometidos en una de las circunstancias del art. 29 "cuyo estado los haga especialmente peligrosos". Sostuvo por ello, que la medida aplicable al caso era el manicomio criminal durante un mínimo de dos años y que la decisión en torno a si procedía o no el abono se tomaba al momento de cumplirse el mínimo establecido. El razonamiento fue del siguiente tenor:

"El estado de la personalidad de MM lo hace especialmente peligroso para la sociedad. Su personalidad, dada su caracterización por agresividad de difícil control, permite la conclusión antes mencionada. Por esto y porque los delitos cometidos están sancionados con pena de presidio, la medida imponible al acusado es la de reclusión en un manicomio criminal por tiempo no inferior a dos años como lo dispone el artículo 64 del Código Penal. Por esto mismo no es procedente la medida impuesta como accesoria consistente en la prohibición de concurrir a establecimientos públicos donde se expendan bebidas alcohólicas. Esto sería procedente cuando el acusado no se halle en condiciones de

⁵⁶ La Corte niega el abono en decisiones de octubre 18 de 1966 y 1968, pero lo acoge en mayo 28 de 1947 y 29 de septiembre de 1950. El Tribunal Superior de Medellín lo admite en decisión de febrero 20 de 1974 y 18 de febrero de 1977.

recuperar su libertad conforme al inciso final del artículo 64 citado. Y esa es la oportunidad legal para que se resuelva sobre la petición del señor defensor" (fl. 230)⁵⁷.

Esta decisión del Tribunal fue impugnada mediante el recurso extraordinario de casación, que fue *concedido* por decisión de aquel (fls. 239 y 240). Con ponencia del magistrado LUNA GÓMEZ, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró *admisible* el recurso y ordenó que se corriera traslado por el término de 30 días al recurrente, para que formulara su demanda (fl. 2 cuaderno de casación).

En la demanda, el apoderado especial adujo "una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 63 del Código Penal, pues se aplicó este sin ser pertinente para el caso concreto"⁵⁸. Esta aplicación indebida condujo a una infracción directa de la ley, por falta de aplicación de los arts. 62 y 64 o del art. 67; lo anterior porque:

"el error es evidente, pues si se da por probado que el sindicado «no es un alienado» mal puede aplicarse el artículo 63 al caso, pues tal artículo solo contempla al enajenado mental. Y solo se aplica a estos sujetos y no a otros, independientemente de la peligrosidad que reporten" (fl. 16)⁵⁹.

Y concluyó el apoderado especial en el desarrollo del cargo, que se debió aplicar la libertad vigilada o la relegación a colonia agrícola especial, medidas aplicables a los intoxicados crónicos y a los que al momento del hecho padecen de grave anomalía síquica (fl. 21). La demanda fue declarada por la Sala de Casación Penal, *ajustada* a los requisitos legales establecidos en el art. 578 del C. de P. P., y ordenó el traslado por 15 días a las partes no recurrentes.

El procurador tercero delegado en lo penal, por su parte, solicitó a la corporación:

"infirmar parcialmente el fallo recurrido para imponer al procesado la medida de relegación a colonia agrícola por el término no menor de un año y a partir del momento en que ingrese en el establecimiento respectivo; e imponerle también como accesoria la prohibición de concurrir a lugares donde se expendan bebidas alcohólicas de conformidad con la ley" (fl. 45).

Al resolver el recurso extraordinario, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente:

"para que un procesado pueda ser recluso en manicomio criminal se requiere: que sea alienado y que, además, se cumpla a lo menos una de estas dos condiciones: que el delito de que se trata tenga señalada pena de presidio o que aquel estado de alienación lo

⁵⁷ Reiteradamente el Tribunal había sostenido que la medida aplicable era la de colonia agrícola en estos eventos. Véase providencia de marzo 2 de 1966, en *Rev. Nuevo Foro Penal*, núm. 1, Acosta, Medellín, págs. 81 y ss. Así como los fallos más recientes reseñados en las págs. 103 y ss. de la misma.

⁵⁸ La causal aducida es la contemplada en el numeral 1° art. 1°, del art. 580 del C. de P. P., que dice: "cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o por interpretación errónea".

⁵⁹ Apoyó el apoderado su petición en decisiones de la misma corporación, de agosto 1° de 1972, 18 de octubre de 1966 y 1968, agosto 9 de 1972.

haga especialmente peligroso (C. P., art. 63). Pero siempre habrá de tratarse de un alienado.

"Entonces, si se acepta como por ahora debe aceptarse, en atención a lo enseñado por los tratadistas, que la alienación implica un trastorno general y persistente y que, por definición, la grave anomalía síquica transitoria no ostenta esas características, es apenas natural deducir que a quien comete un hecho en este último estado, no puede aplicársele la relegación a manicomio criminal, la cual se señala únicamente para los alienados" (fls. 62 y 63).

La corte casó, pues, la sentencia recurrida e impuso al procesado la medida de seguridad consistente en reclusión en una colonia agrícola especial, por un término no menor de un año y le prohibió concurrir a los establecimientos públicos donde se expendan bebidas alcohólicas.

d. *El caso frente al C. P. vigente.* Antes de hacer la ubicación anunciada, hemos de remitirnos al C. P. de 1936, bajo cuya vigencia la embriaguez patológica fue catalogada como "grave anomalía síquica", tesis recogida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Tratadistas como LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, se pronunciaban en tal sentido:

"cuando la embriaguez tiene un origen patológico, se está, ya lo dijimos, en presencia de una grave anomalía psíquica, en aquellos casos en que dicha base patológica puede ser calificada de grave"⁶⁰.

El C. P. de 1980 define la imputabilidad por su aspecto negativo: "es inimputable, quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental" (art. 31).

Se consagran, pues, dos causales de imputabilidad bastante genéricas: el *trastorno mental* (permanente o transitorio) y la *inmadurez psicológica*.

Para caracterizar el trastorno mental transitorio, fenómeno que para nuestros efectos es el que interesa, nos debemos remitir a la jurisprudencia española, que como bien sabemos desde 1932 ha desarrollado la fórmula del art. 8º, en la que aparecía como causal que excluye la responsabilidad criminal, el trastorno mental transitorio. Justamente, la embriaguez patológica es una forma de trastorno mental transitorio, como ya veíamos al reseñar la clasificación de E.F. PABLO BONNET⁶¹.

Ahora bien, quien al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, padeciere de un trastorno mental transitorio, que le impida comprender la ilicitud de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, deberá ser sometido a medida de seguridad. Tal medida está prevista en el art. 95 y consiste en la

⁶⁰ En su *Derecho penal*, vol. II, Bogotá, Temis, 1969, pág. 37. En igual sentido ANTONIO VICENTE ARENAS, *op. cit.*, pág. 319; LUIS CARLOS PÉREZ, *Manual...*, pág. 76; ALFONSO REYES E., *op. cit.*, pág. 166; SAMUEL BARRIENTOS R., *op. cit.*, pág. 351; VÁSQUEZ ABAD, *op. cit.*, pág. 152.

⁶¹ Véase la nota 13. La clasificación del trastorno mental transitorio en completo e incompleto, no tiene fundamento legal en nuestra codificación, pues no se acogió la tan difundida postura de algunas legislaciones —entre ellas la española y el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica— en torno a la imputabilidad disminuida.

internación en establecimiento psiquiátrico o similiar, de carácter oficial, con un mínimo de seis meses, sitio en el cual "será sometido al tratamiento científico que corresponda". La única excepción a este tratamiento, es la prevista en el art. 33, inc. 2, que contempla la no imposición de medida de seguridad alguna cuando el agente "no quedare con perturbaciones mentales", esto sin perjuicio de la responsabilidad civil.

Ante la ausencia de establecimientos psiquiátricos o similares "*de carácter oficial*" en nuestro medio, pensamos que en estos casos se debe dar una aplicación extensiva al art. 96, en cuanto permite el internamiento de los inimputables no trastornados mentales (es decir los inmaduros psicológicos, salvo el indígena a quien se reintegra a su medio ambiente natural cuando su inimputabilidad se deba a inmadurez psicológica), en "establecimiento público o particular". Con ello pretendemos que el "tratamiento científico que corresponda" tan pregonado por el legislador, sea por lo menos una realidad, así haya que realizarlo en clínicas o establecimientos particulares, al paso que reivindicamos el espíritu del art. 12, norma rectora que establece para las medidas de seguridad especiales "fines de curación, tutela y rehabilitación".

Como fundamentos de la interpretación⁶² propuesta invocamos el art. 75 del Proyecto de 1976, que expresamente preveía la internación en establecimiento particular para los trastornados mentales, norma que no fue tenida en cuenta por el legislador de 1980, que partió de los proyectos de 1974 y 1978, pero que de todas maneras reporta un antecedente que se puede invocar; de otro lado, encontramos que en el Proyecto de 1978 en su art. 116, se establecía la posibilidad del tratamiento sin necesidad de internar al inimputable, aunque muy restringidamente. Asimismo el Anteproyecto de 1974 en su art. 70 consagraba la internación para inimputables por trastorno mental "en establecimientos especiales, anexos psiquiátricos o clínicas adecuadas", sin que se dijera que tenían que ser oficiales o públicos.

Alternativa similar a la propuesta cabría con respecto al absurdo yerro en que se incurrió al redactar el art. 95, en el que se establece una internación *ad eternum* para los casos de inimputabilidad provenientes de trastorno mental permanente, pues lo cierto es que la gran mayoría de estos trastornados *nunca* recuperarán su normalidad síquica, como lo exige el texto legal.

Hechas las anteriores observaciones, creemos que la ubicación del caso que nos ocupa, sería como causal de inimputabilidad, por tratarse de un trastorno mental transitorio. Y no habría lugar a imponer medida de seguridad, pues el procesado no quedó con perturbaciones mentales como secuela de su trastorno.

⁶² No se trata aquí de una *aplicación analógica* de la ley penal, o mejor de una analogía *in bonam partem*, ni tampoco de una *interpretación analógica*, que suponen *estructuralmente* lo mismo, es decir, aplicar una regulación legal dada para un caso determinado a otro similar no previsto en dicha regulación; aunque *materialmente* se distinguen, se trata más bien de una *interpretación extensiva*, que se parece mucho a la *interpretación analógica* y que supone mantener la norma dentro de su presupuesto institucional, pero entendiendo incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra, como afirma DIEZ PICAZO, citado por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, pág. 155, autor a quien remitimos para efecto de las distinciones anotadas.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

LA DENUNCIA PENAL COMO CAUSAL DE RECUSACIÓN

La denuncia penal de que habla el art. 142, num. 7º del C. de P. C. no fue consagrada como causal de recusación por el C. de P. P., estatuto este que enumera las situaciones que provocan tal fenómeno de manera taxativa; tal causal del C. de P. C., no puede aplicarse de manera extensiva. Menos discutible es el problema cuando la denuncia ni siquiera ha dado lugar a proceso. La denuncia, por sí sola, tampoco da lugar a la causal "grave enemistad" de que trata el numeral 5º del art. 78 del C. de P. P.

Auto de julio 7 de 1981.

Magistrado ponente, doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ
Abogado asistente, ROBERTO VÉLEZ PATERNINA

VISTOS:

En el proceso que por infracción al decreto 1188 de 1974 el Tribunal Superior de Pasto sigue a Conrado Marín Zapata, este ha solicitado al magistrado sustanciador Clemente Viteri Alvarado declararse impedido para seguir conociendo del asunto, por cuanto en el expediente reposa copia de la denuncia que en su contra fue "presentada en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia" por su apoderado judicial.

Entendiendo el memorial del procesado no como una simple petición de declaratoria de impedimento, sino como de recusación, el magistrado aludido la rechaza porque encuentra desavenidos con la realidad los hechos de la denuncia y textualmente afirma:

"La denuncia no me causa odio ni enemistad, ni es capaz de producir interés en orden a ocasionar perjuicios a mi detractor y a las personas vinculadas al proceso penal. Mi juicio no se perturba con la diatriba injusta, ni apartan a mi ánimo del sereno y desprevenido cumplimiento del deber".

Además, la secretaria de la Sala ha informado que la denuncia formulada por el doctor Olid Larrarte contra los doctores Clemente Viteri y Eudoro Benavides, radicada en esta corporación bajo núm. 26.846, a la fecha no ha dado lugar a auto cabeza de proceso.

SE CONSIDERA:

La Sala, mayoritariamente, ha venido sosteniendo el criterio expuesto en auto de 21 de agosto de 1980:

“...aunque el art. 142, num. 7º del C. de P. C., consagra como causal de recusación el «existir denuncia penal contra el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, formulada por alguna de las partes, su representante o su apoderado», lo evidente es que dicha causal no fue consagrada en el estatuto procesal penal y que el elenco de las que allí aparecen es taxativo, y siéndolo, no puede acudir a la vía de la aplicación extensiva de normas del Código de Procedimiento Civil, permitida por el art. 8º del Código de Procedimiento Penal en situaciones diferentes. De no aceptarse dicha taxatividad se correría el riesgo de extender peligrosamente por vía jurisprudencial las causales de impedimento o recusación a hechos o situaciones diversos de los precisamente consagrados en el Código, en detrimento de la presunción de rectitud que ha de amparar las determinaciones judiciales...”.

Los que no participan de tal hermenéutica procedimental basan el disenso en la estimativa de que “la simple denuncia no genera situación alguna de impedimento o recusación. Pero cuando esta da origen a un proceso penal o disciplinario, la circunstancia, en sí, es suficiente para separar al funcionario del conocimiento del correspondiente negocio”, aplicando en el campo penal, mediante uso de la facultad consignada en el art. 8º del ritual procesal, la causal de impedimento o recusación que disciplina el ordinal 7º del art. 142 del estatuto de pro-

cedimiento civil, porque el “desinterés, garantía de imparcialidad, puede verse seriamente comprometido cuando el juez sabe que al que juzga es quien, a su vez, lo tiene denunciado a él”.

En este caso, sin embargo, la discordancia no existe, porque según informe de secretaría la denuncia formulada contra el recusado no ha dado lugar a proceso.

Tampoco cabría la invocación de la causal de impedimento o recusación que norma el ordinal 5º del art. 78 del Código de Procedimiento Penal, porque la denuncia no prueba la existencia de enemistad grave “entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado”; esta no es circunstancia imposible, pero cuando la recusación, por ese motivo, no está acompañada de las pruebas pertinentes, nada más lógico que acudir a la personal apreciación del funcionario vinculado al incidente sobre los sentimientos que lo animen respecto del recusante y ya ha quedado expuesto que en su sentir la denuncia no es motivo de perturbación de su imparcial criterio de juzgador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara infundada* la recusación contra el magistrado CLEMENTE VITERI ALVARADO, quien debe seguir conociendo del proceso ameritado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 163 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Procede en cualquier momento del proceso y por el funcionario de primera o segunda instancia, y aun por la Corte Suprema de Justicia, si la causal se presenta o se alega durante la tramitación del recurso extraordinario.

Auto de 13 de mayo de 1981.

Magistrado ponente, doctor DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA

El art. 163 del C. de P. P. establece, entre las varias hipótesis de improcedibilidad o imposibilidad del ejercicio de la acción penal, la referente a que esta no pudiere proseguirse, lo cual se presenta, entre otros casos, cuando fallece el procesado, pues ese hecho extingue la acción penal (C. P., art. 76).

El pronunciamiento sobre la causal de improcedibilidad y la consecuente cesación de toda actuación puede hacerse en cualquier estado del proceso, de oficio o a solicitud de parte, previo concepto del ministerio público, y siempre que aquella aparezca plenamente comprobada. Esa decisión, que debe ser consultada, le corresponde al juez, esto es, al funcionario del conocimiento, no al que es meramente instructor. Se exige, por tanto, tener competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto que constituye la relación jurídico-procesal que se discute.

Ahora bien, como respecto de un determinado caso pueden tener competencia, en sus correspondientes momentos procesales, el juez de primera instancia, el de segunda y la propia Corte por intermedio de su Sala Penal cuando se interpone el recurso de casación, cabe dilucidar si la decisión

que se toma con base en el art. 163 del C. de P. P. corresponde privativamente al juez competente de la primera instancia o si puede adoptarse por el de segunda, o, en su caso, por la Corte si la causal se presenta o se alega durante la tramitación del recurso extraordinario, como ocurre en el proceso que motiva este análisis.

La jurisprudencia, en la que ha predominado el criterio de que la determinación incumbe al juez del conocimiento, ha mostrado variantes respecto de si puede y debe tomarla el de segunda instancia cuando el asunto está bajo su competencia.

En auto de 15 de diciembre de 1954 (“G. J”, t. LXXIX, pág. 868) sostuvo la Corte la exclusividad de esa competencia en el juez de primera instancia, al no haber resuelto acerca de la declaratoria de prescripción para deferir el pronunciamiento al funcionario de instancia. Así se desprende de la siguiente transcripción: “Pero se advierte que la acción penal se halla prescrita, pues los hechos denunciados tuvieron lugar con anterioridad al mes de octubre de 1949, por lo cual el auto de sobreseimiento consultado habrá de revocarse por la Sala con la finalidad distinta de que el tribunal *a quo* decida, por ser de su incumbencia, sobre la apli-

cación del art. 153 del estatuto procesal por ese concepto" (subrayado fuera de texto).

En cambio, en pronunciamiento del año de 1962, atribuyó esa competencia al funcionario de segunda instancia. En él se expresó: "Por lo demás, nada implica que tal decisión se haya tomado en la segunda instancia, porque como muy bien lo dice el tribunal *ad quem*, ello, «en manera alguna da a tal proveído el carácter y calidad de sentencia principal, ya que esta superioridad puede dictar la providencia de que trata tal disposición, comoquiera que ella puede dictarse en cualquier estado del proceso». Tan evidente es lo anterior que bien podría considerarse como un posible delito de abuso de autoridad... el hecho o circunstancia de no dictarse ese proveído cuando hay lugar a ello" (auto de 26 de febrero de 1962, "G. J.", t. XVIII, pág. 178).

De una manera todavía más concreta, y extendiendo el criterio tanto a las instancias como a la sede de casación, dijo la Corte en providencia de 10 de noviembre de 1958:

"La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse —dice el art. 153 del Código de Procedimiento Penal— «en cualquier estado del proceso». Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal «o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse», el juez debe dictar sentencia en que así lo declare. «El juez» de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda y del mismo carácter participa la Corte de Casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación del procedimiento pueden dictarla el juez *a quo*, o el juez *ad quem*, o la Corte como Tribunal de Casación.

"Es cierto que la sentencia de que se viene hablando «debe ser consultada», pero ello no quiere decir que cuando no pueda

serlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no puede dictar sentencia sobre cesación del procedimiento en los negocios que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar su decisión.

"Cuando la ley dice que la sentencia «debe ser consultada», presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtir ese grado de jurisdicción. Si no lo tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar la sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consignada en el art. 153 del Código de Procedimiento Penal sobre la inmediata cesación del procedimiento «en cualquier estado del proceso» en que las causas para decretarla se presenten" ("G. J.", t. LXXXIX, págs. 587 y 588, 1958).

La amplitud de criterio que recoge la providencia trascrita, consulta los elevados fines que persigue este medio extraordinario de fenecimiento de la acción penal, que no son otros que los de no dilatar innecesariamente la decisión de una situación jurídica generada en una causa que no existió o que dejó de tener vigencia. Potísimas razones de justicia y también de economía procesal prestan sólido respaldo a esta posición.

Además, la objeción que podría resultar de la pretermisión de la instancia, se obvia si se considera que los objetivos que se buscan mediante el recurso o la consulta, que son la revisión por parte del superior jerárquico de las decisiones del inferior en orden a enmendar posibles desaciertos, quedan asegurados, hay que presumirlo, cuando es el máximo organismo judicial el que conoce, aparte de que los casos de consulta han venido siendo progresivamente restringidos por la ley (C. de P. P., art. 199; ley 17 de 1975, art. 1°). A lo anterior debe agregarse que para que proceda la aplicación de la norma que se viene comentando es preciso que la causal que se alegue esté *plenamente* comprobada.

Así lo había hecho notar la Corte cuando, refiriéndose al art. 153 del anterior Código

procedimental, disposición sustancialmente igual a la del art. 163 del estatuto vigente, hizo la siguiente apreciación:

"El art. 153, que figura en las disposiciones generales de la actuación procesal, fue traído a la nueva ordenación del procedimiento, que empezó a tener vigencia el 1° de julio de 1938, con el claro fin de evitar dilaciones inoficiosas y perjudiciales para la marcha rápida de la justicia y en favor de los sindicados, que veían generalmente prolongar una situación embarazosa para ellos, sin medios de definirla, como no fuera el de un sobreseimiento que solía llegar demasiado tarde y después de una actuación laboriosa o llevada con marcada desidia, contrariando los propósitos de la economía procesal, en un caso, y manteniendo un estado de zozobra para el procesado, en el segundo" ("G. J.", t. LXV, pág. 161, 1948).

No resultando afectados los intereses del procesado y de las otras partes, ni tampoco los de la justicia, pues es garantía de acierto el que conozca el superior, así sea en forma directa, y atendidos los nobles fines que se pretenden con la institución del feneci-

miento anticipado de la acción penal (C. de P. P., art. 163), ceden paso a la tesis que se propugna de su aplicación en cualquier estado del proceso por el funcionario competente que estuviere conociendo del asunto, todas aquellas preocupaciones que podrían surgir cuando se trata de actuar en sede de casación, derivadas de la naturaleza excepcional de este recurso, sometido a una rigurosa técnica, regido por unas causales taxativas y librado al ámbito que le fija el propio recurrente al indicar los motivos de impugnación de la sentencia, de tal forma que la Corte no puede ocuparse de causales distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes (C. de P. P., art. 581), con la sola excepción que ha venido a establecerse, por vía jurisprudencial, de conocer oficiosamente de la nulidad cuando es ostensible y de carácter absoluto.

Debe, por tanto, resolverse acerca de la aplicación del art. 163 del C. de P. P. en cualquier estado del proceso en que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que él consagra, y ha de hacerlo quien tenga en ese momento a su conocimiento el negocio.

Tribunal Superior de Medellín

LÍMITES DEL VEREDICTO. CONTRAEVIDENCIA. EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA. DEFENSA PUTATIVA

La soberanía del jurado de conciencia no es absoluta en la apreciación de las pruebas, pues sus valoraciones, sus convicciones íntimas, deben tener un límite en la evidencia procesal.

En el exceso en la legítima defensa existe, *ab initio*, un peligro real grave e injusto. En la defensa putativa de un derecho no hay legitimidad en el obrar pues es una causal de inculpabilidad y no de justificación. Tal fenómeno consiste en la defectuosa representación de un peligro inexistente en el campo objetivo. Empero, necesita, al menos, alguna acción, movimiento, gesto o ademán de la víctima, y no puede ser fruto de la sola arbitraria o negligente imaginación del inculpatado.

Auto de agosto 13 de 1980.

Magistrado ponente, doctor HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

VISTOS:

Mediante auto de fecha ocho (8) de mayo último, objeto de consulta, el Juzgado Doce Superior de esta ciudad declara contraevidente el veredicto "Sí es responsable, pero dentro de las circunstancias del art. 27 del C. P. por exceso en la legítima defensa", emitido por mayoría de votos al término de la vista pública de la causa que avanza en detrimento de Víctor Antonio Luján Cano, a quien se acusa de homicidio intencional en la persona de Héctor Darío Osorio Botero (folios 159 a 166). Nada dice acerca de la convocatoria de nuevo jurado de conciencia para que decida en definitiva el asunto debatido en el juicio.

En superficial, equivocada e incompleta valoración de las probanzas, la Fiscalía Sexta del Tribunal, que incurre en el mismo

error del representante del justiciable al confundir dos fenómenos o instituciones claramente deslindados en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, observa que al introducir el occiso la mano en el bolsillo del pantalón "para sacar dinero", Luján entendió que iba a extraer arma y por ello "actuó con el revólver de inmediato", ubicándose así en el campo del "exceso en cuanto a la causa de una agresión aparente". De ahí la solicitud de revocatoria del acto *sub examine* (folios 168 a 176).

Más adelante se verá la ligereza de esas apreciaciones, ajenas por completo a la figura que plasma la respuesta del jurado (no un error esencial de hecho o defensa putativa sino una de carácter objetivo o real, ejecutada con exceso), y, además, en abierta pugna con las enseñanzas más generalizadas en torno a la oposición entre las causa-

les de exclusión de la culpabilidad y el exceso punible que regula el art. 27 del C. P. para situaciones muy distintas.

En orden a decidir, agotada la sustanciación a que había lugar y ajeno el trámite a cualquier motivo de nulidad, se *considera*:

Hechos y actividad procesal

Los inmediatos antecedentes y desarrollo de la conducta que dio origen al llamamiento a juicio, por delito de homicidio intencional de la especie que define y sanciona el art. 362 del C. P., cabe resumirlos así: Víctor Antonio Luján Cano, individuo de temperamento belicoso, sin oficio definido y próximo a cumplir los dieciocho (18) años de edad a la época de la tragedia, era enemigo ostensible de Héctor Darío Osorio Botero, joven de veinte (20) años de edad, laborioso y de muy buena conducta, ambos vecinos del barrio Belén-Aguas Frías, de esta ciudad, y quienes días antes altercaron hasta lesionarse mutuamente. Bajo ese antecedente, el seis (6) de mayo de mil novecientos setenta y nueve (1979), cuando después de una larga permanencia e ingestión de bebidas alcohólicas en la tienda de Luis Eduardo Correa Cardona, ubicada en dicho sector, Osorio Botero, su progenitor José María Osorio Valencia y algunos amigos iban a retirarse pacíficamente, hizo sorpresiva aparición el agresivo Luján y a tiempo que Osorio entregaba al dueño del expendio un billete que extrajo del bolsillo del pantalón con el objeto de cancelar un "fresco" o gaseosa, sin articular palabra y a corta distancia su adversario le fue disparando arma de fuego. El proyectil hizo certero blanco la altura de la región pectoral izquierda e irrogó tan graves estragos que el atacado dejó de existir en pocos minutos, víctima de anemia aguda, ya que hubo herida del pulmón y de la arteria pulmonar izquierda "en su salida, con producción de hemotórax masivo y hemopericardio" (fls. 1, 2 y 22).

Ejecutoriado en la primera instancia el auto de formulación del cargo (fls. 98 y 109 v.) y trascurrida en blanco la etapa probatoria del juicio, el inculpatado, al responder el interrogatorio de la vista pública, insistió, luego de referirse a su enemistad con el occiso y al lesionamiento de que en otra oportunidad le había hecho objeto, en la mentirosa disculpa de que la víctima extrajo cuchillo de "doce pulgadas", obligándolo a utilizar su pistola o trabuco para conjurar el comienzo de ataque (fls. 137 a 141).

La cuidadosa, sincera y lógica exposición de la Fiscalía en el curso del debate oral tuvo que convencer al señor defensor, quien volviendo espaldas a las absurdas, rebuscadas y pueriles explicaciones de su acudido sobre el momento crucial de los hechos (la supuesta agresión, cuchillo en mano, de que iba a ser víctima por parte de Osorio), impetró, con base en los graves antecedentes de enemistad entre los protagonistas, las circunstancias de que el occiso vivía armado, era persona más desarrollada físicamente que su adversario y que el justiciable actuó en la creencia de que iba a experimentar un ataque, el reconocimiento de la defensa subjetiva. Sin embargo, a pesar de la categórica afirmación de que en el proceso no había "bases para la legítima defensa objetiva", al terminar su discurso y en lenguaje que desvirtúa el sentido mismo de sus exposiciones, sugirió tres fórmulas de veredicto, la segunda de ellas encaminada a la plena admisión de "la legítima defensa", y la tercera, acogida textualmente por el *juri*, al reconocimiento de la misma figura que sensatamente nadie alcanza a entender, pues si las cosas hubiesen ocurrido como las cuenta el acusado, no se ve dónde radicaría el exceso punible (fls. 148 a 157).

Como el *juri* incurrió en la misma confusión del señor defensor (recuérdese que la defensa putativa no es legítima y entraña error esencial de hecho previsto en el art. 23 del C. P.), el proveído que decreta la contraevidencia se limita a destacar los elementos de certeza que en forma elocuenti-

sima repudian la existencia de la anotada causal de justificación del homicidio, escribiendo en lo esencial que antes que verse envuelto en alguna agresión o comienzo de ataque por parte de Osorio Botero, Luján le acometió sin motivo legítimo y en forma repentina y violenta, con arma de fuego de corto alcance, dejándolo muerto (f. 165).

Del veredicto y los factores probatorios que lo rechazan

Como la soberanía del jurado no es absoluta en la apreciación de las pruebas, así se mueva en un ámbito distinto al del juez de derecho, ya que sus valoraciones, su convicción íntima deben tener un límite en la evidencia procesal, resulta viable este paso de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín: "Es contraevidente un veredicto, cuando el jurado, al responder al cuestionario propuesto, invierte los términos en forma caprichosa e injusta, cuando al agresor lo coloca en la situación de la víctima, cuando al ofendido lo hace aparecer como ofensor, cuando al provocador lo presenta como provocado.

"No puede el jurado ponerse en contradicción con las constancias procesales, ni puede situar a los personajes que intervinieron en un suceso en campos que no son los que les corresponden en la realidad" (*Crónica Judicial*, núm. 280, pág. 3810).

En otra ocasión manifestó el Tribunal "que la ley no confiere completa ni absoluta autonomía y libertad al jurado para sustraerse de una manera arbitraria y por puro concepto subjetivo, a la pauta que el proceso le señala. No se puede tronchar la verdad y la lógica de los hechos por simples apreciaciones que desconocen la realidad probada. Los veredictos deben tener una sólida base en los autos, porque de lo contrario van contra la evidencia, van contra lo demostrado y probado" ("G. J.", núms. 295 y 296, pág. 229).

A la luz de las nociones anteriores resulta en extremo obligante y fácil la aprobación

del acto *sub judice*, pues el único que ha tenido la osadía de alegar una actividad ceñida a derecho es el belicoso Luján Cano, a quien los testigos Luis Eduardo Correa Cardona, José María Osorio Valencia, Argidío Torres y Luis Carlos Pérez Vidal, lo mismo que el acta de levantamiento judicial del cadáver (fs. 1 a 6, 11, 12, 14 a 19, 33 y 34), desmienten la artificiosa idea de que el occiso "sacó cuchillo" para acometerle, viéndose por eso en la necesidad de ulti-marlo con arma de fuego.

Como antes del levantamiento del cadáver nadie vio a Osorio Botero en posesión de arma blanca y el declarante Correa Cardona ha sido enfático y uniforme en el hecho de que la víctima no extrajo cuchillo y ni siquiera hizo ademán o movimiento dirigido a mostrar incomodidad en la presencia del agresor, basta reproducir, en contra de la injusticia que encierra el veredicto, este paso de la intervención fiscal en la audiencia: "...Entonces, ¿ante qué reaccionó Víctor Antonio?, no existe esa violencia por parte de Héctor Darío. Y no existiendo esta primera condición, no puede entonces reconocerse la legítima defensa. Si realmente se hubiera establecido que Héctor Darío hubiera sacado o siquiera intentado sacar su arma, no estaría Víctor Antonio aquí sentado ante vosotros. Es que cuatro testigos son enfáticos en manifestar que no vieron a Osorio esgrimiendo o siquiera tratando de esgrimir ninguna arma y ¿quién los contradice?, el propio sindicado. Es que solo él es el interesado en buscar una excusa, una razón para explicar su conducta. ¿Quién es el que tiene interés para mentir?, ¿quién más que el propio acusado sabe que refutando los testigos puede crear una duda y conseguirse su libertad?, y ¿qué interés podía tener el cantinero para prefabricar pruebas que perjudicaran a Víctor Antonio y favorecieran a Héctor Darío?, ninguno. Osorio no hizo movimiento alguno que indicara ánimo de agredir a nadie, dos amigos suyos confirman lo anterior. ¿En dónde está esa agresividad de Héctor Darío para que se reconozca la legítima defensa

en favor de Víctor Antonio? ¿Cómo podría reconocerse la legítima defensa en favor de Víctor Antonio, si todos los testigos han dicho que en el mismo momento en que Héctor Darío se disponía a salir del establecimiento fue alcanzado por el proyectil?..." (fl. 145).

No se diga, para descalificar tan elocuentísimas probanzas, que a excepción del cantinero Correa Cardona los testigos que echan por tierra las argucias y mentiras de Luján estaban ebrios, porque, de un extremo, el acta de inspección judicial establece que los declarantes hallábanse en condiciones visuales y auditivas de percibir los hechos que narran de manera uniforme (fs. 47 a 49), y del otro —así lo admiten ellos y lo confirma el cantinero Correa— no les impedía darse cabal cuenta de las escenas observadas y descritas luego a las autoridades sin entrar en contradicciones sustanciales que les mermen credibilidad a sus dichos inculpadores.

A pesar de que el veredicto no puede auscultarse en campo que no le incumbe, pues que gramatical y jurídicamente su órbita es la del exceso en la legítima defensa, que, ya se vio, reclama la existencia de un peligro grave e injusto contra la integridad corporal de quien usa la violencia para eludirlo (C. P., art. 25-2), no sobran estas consideraciones:

Si la defensa putativa, anota REINHART MAURACH, "comprende el error sobre la presencia de una agresión, sobre su actualidad, sobre su antijuridicidad, y sobre la especie y extensión de la acción defensiva"¹, es necesario advertir que según la más depurada doctrina el defecto de representa-

ción del peligro no puede ser obra de la arbitraria o negligente imaginación o creencia del inculpador, sino el fruto de alguna acción, movimiento, gesto, ademán o circunstancia inofensiva de la víctima.

Bien dice LUIS CARLOS PÉREZ que "la defensa subjetiva o putativa tiene, por consiguiente, un elemento material imprescindible y así instituye su esencia como la reacción necesaria determinada por la creencia razonable, fundada en hechos externos, de un peligro actual, grave e injusto que realmente no existe"².

Frente al esquema que acaba de exponerse sí que aparece mal interpretado el veredicto, pues, y sirva eso de réplica a la Fiscalía de segunda instancia, no hubo ningún ademán, movimiento o gesto del occiso que hiciera nacer en Luján Cano la equivocada pero razonable creencia de que iba a ser víctima de un ataque armado. Muy al contrario: Sorpresivamente agredió al pacífico Osorio en instantes en que se disponía a entregar un billete a Correa Cardona. De ahí esta gráfica expresión del testigo: "...no alcanzó a pagar porque se quedó con el billete en la mano" (fs. 33 v.).

Sin necesidad de otras consideraciones y en desacuerdo con el ministerio público, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el auto de fecha, origen y contenido indicados, con la *adición* de que se ordena la convocatoria de nuevo jurado de conciencia que resuelva en definitiva sobre la responsabilidad o inocencia del acusado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

¹ R. MAURACH, *Derecho penal*, t. II, Barcelona, Ediciones Ariel, pág. 153.

² LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1964, pág. 122 (subraya el Tribunal).

PELIGROSIDAD, READAPTACIÓN Y LIBERTAD CONDICIONAL

La peligrosidad no es más que un juicio formado sobre lo que ha de ser la conducta hacia el futuro, en tanto que la readaptación es deducible de los datos obtenidos en la ejecución de la pena. El nuevo Código Penal eliminó de su texto el término "peligrosidad", por lo que los conceptos de peligrosidad a que aluden la ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario deben considerarse derogados. No obstante, la peligrosidad mantiene su influencia a través del criterio de personalidad a que se refiere ese estatuto.

Auto de agosto 21 de 1981.

Magistrado ponente, doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

La Sala no va a terciar en la polémica sobre si la peligrosidad terminó o no, aunque el nuevo Código Penal no la menciona. En esta forma, las disposiciones de la ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario 2119 de 1977 que hablan de peligrosidad, son incompatibles con los nuevos textos penales y por tanto debe considerarse que han sido derogadas tácitamente. Es decir: quizá la "peligrosidad" pueda todavía influir, bajo otros nombres, en la dosificación de la pena, porque en esta incide la personalidad y ciertos criterios criminológicos que el nuevo C. P. mantuvo. Pero la peligrosidad como institución penal y procesal ha desaparecido, de suerte que la calificación de alta peligrosidad contenida en una sentencia debe considerarse como no escrita. Esa calificación se hacía con el objeto de privar al reo peligroso de ciertos beneficios ejecutivos, entre ellos el subrogado de la libertad condicional. Pero el actual art. 72 no supe- dita ese subrogado a la ausencia de peligrosidad, sino a la suposición fundada de re-

adaptación social, que no es lo mismo. La peligrosidad es un juicio de futuro sobre la conducta, mientras que la suposición de readaptación social solo se puede basar en los datos de la ejecución penitenciaria. La readaptación social es uno de los fines de la pena, según el art. 12 del C. P. en vigencia, que le da el nombre de resocialización. El juez no puede suponer que la pena no ha cumplido sus funciones sino cuando la conducta carcelaria así lo indica. En otras palabras: el juicio de peligrosidad abarca toda la conducta anterior del procesado y toda su vida pasada; la suposición de que el convicto se ha resocializado es la apreciación judicial de si la pena ha cumplido o no sus fines esenciales y no puede por tanto retrotraerse a la ejecución de la pena, pues si así fuera llegaría todavía a sostenerse la tesis de la incorregibilidad de ciertos delincuentes, incompatible con el principio de culpabilidad y con la exclusión en la nueva ley de institutos como la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad.

La falta de resocialización es la frustración del carácter preventivo especial de toda pena, y si el juez la desconoce gratuitamente, está desconociendo la propia institución de la pena en desfavor del condenado. Si la readaptación por la pena se considera hoy un derecho humano, no se puede desconocer más allá de las estrictas salvaduras de la ley: solo la mala conducta del penado, sus fugas, sus delitos ulteriores, etc., pueden ser parámetros para suponer que la pena no ha surtido ese efecto. Pero es un contrasentido sostener la ausencia de ese efecto con base en factores anteriores a la causa, que es la pena, pues la causalidad nunca marcha hacia atrás. Como, de otra parte, la personalidad es un concepto dinámico, esto es, en permanente evolución, el juez no puede de buenas a primeras reputar que no ha cambiado después de introducir el nuevo factor transformador de la pena, a menos que, al contrario de lo que la ley supone, no crea en esos cambios y sostenga por tanto la revaluada tesis lombrosiana sobre la incorregibilidad de los delincuentes más peligrosos. Para estos precisamente, que son los condenados a penas de más larga duración, es para quienes está establecido el subrogado de la libertad condicional, que en las penas cortas no tiene cabida. Solo la indisciplina carcelaria, la negativa al trabajo honrado, la evasión o sus conatos y todo delito concomitante con el proceso de ejecución penal, pueden hacer pensar o suponer, con algún fundamento, que la "personalidad al momento del hecho" sigue siendo la misma "personalidad al momento final de ejecución de la pena". Solo apreciados a través de ese prisma de la conducta carcelaria, pueden rastrearse y apreciarse los antecedentes del convicto como señales de inadaptación que la pena ha querido en vano eliminar.

"Más que una forma especial de cumplir la pena en ciertos casos, la libertad condicional debe considerarse como parte del tratamiento penitenciario que debe aplicarse al sujeto con el fin de lograr su readaptación; es propiamente un tratamien-

to en libertad y un ensayo o verificación de la eficacia del tratamiento aplicado en el establecimiento carcelario con el objeto de asegurar la apropiada reintegración a la vida en sociedad"¹, de suerte que no se trata propiamente de un beneficio y por tanto puede revocarse.

"Las nociones de peligrosidad —signa con acierto el h. magistrado dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ—, peligroso y alta peligrosidad, tan incrustadas en la legislación vernácula antes de la reforma penal en vigencia (arts. 36, 80, 85 y 89 del Código abolido, en armonía con el art. 1º de la ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario 2119 de 1977), no subsisten como categorías autónomas, aisladas, a manera de criterios rectores de la penalidad porque en el nuevo sistema «No se sanciona al individuo porque sea peligroso, sino exclusivamente en cuanto es culpable. Es decir, en cuanto ha realizado un comportamiento socialmente reprochable, producto de una voluntad que no ha debido ser. La culpabilidad adquiere entonces categoría de fundamento y medida de la pena. La cantidad del castigo se establece con base en el grado de la culpa. De ahí el sentido expiatorio de la pena, como uno de sus fines, aunque no el único»².

"Suprimidos en el nuevo estatuto penal los conceptos de reincidencia y peligrosidad, es lógico que la prohibición indicada en la ley 32 de 1971 ha desaparecido también, de manera que no hay obstáculo para abonar a la condena de las personas estimadas reincidentes o de alta peligrosidad en la sentencia, el tiempo de las labores y del estudio carcelarios. Así lo impone el principio de favorabilidad que encierran las nuevas instituciones, consagrado en los arts. 26 de la Constitución Nacional, 6º del nuevo Código Penal, y 43 y 45 de la ley 153 de 1887.

¹ CARLOS KÜNSEMÜLLER, "La libertad condicional y la prevención especial del delito", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 1, 1973.

² *Relación explicativa del nuevo Código Penal*, ed. oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1980, pág. 21 (subraya el Tribunal).

"El diagnóstico de desaparición del estado de peligro y de la no incurso en nuevos comportamientos delictivos que exigía el art. 85 del Código abolido, ha sido reemplazado por una concepción más científica, ajustada a la personalidad del infractor, a su buena conducta en el establecimiento carcelario y a sus antecedentes de todo orden, que permitan al juez suponer con idóneas bases la readaptación o rehabilitación social del culpable (art. 72)". (Auto de doce de mayo de mil novecientos ochenta y uno, causa contra Francisco Antonio Rodríguez Gómez, por homicidio y robo agravados).

Si se observa con algún detenimiento la documentación arrojada por los condenados para efectos de la viabilidad de sus pretensiones, se infiere la "ejemplar conducta" observada por los reos durante el largo y expiatorio cautiverio, su dedicación al trabajo readaptador y la completa ausencia de

sanciones por infracciones al régimen disciplinario, según se colige de las constancias de fls. 14, 35, 45, 66, 73 y 34, lo que arroja muestras inequívocas de su readaptación y deseo de ingresar de nuevo al seno de la sociedad e incorporarse de nuevo a sus familias. La Sala considera que ese inmenso anhelo es más que justo y humano y por ello se colman a satisfacción los fines que el art. 12 del Código Penal en vigencia asigna a la pena.

Por tanto, el Tribunal procederá, de conformidad a la documentación arrojada al proceso por los rematados, a hacer los cómputos respectivos para ver de establecer si ya reúnen los requisitos de la temporalidad, para proceder a hacer efectiva su liberación como lo pretenden en sus escritos dirigidos a esta corporación para efectos de la sustentación de los autos impugnados.

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres litográficos de Editorial Temis S.C.A., el día 19 de julio de 1982

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

ACEVEDO GÓMEZ, Lino: <i>Derecho individual del trabajo</i> , XXVII + 358 páginas. Rústica	\$ 780.00
ACEVEDO PRADA, Luis A.: <i>La prescripción y los procesos declarativos de pertenencia</i> , 2ª ed., XVII + 365 páginas. Rústica	700.00
AGUDELO BETANCUR, Nódier: <i>Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad</i> , XII + 108 págs. Rúst.	250.00
ALZATE, Helí: <i>Compendio de sexualidad humana</i> , XX + 235 páginas. Rústica	580.00
CANCINO, Antonio J.: <i>El delito emocional</i> (M. J. 20), VIII + 88 páginas. Rústica	130.00
FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: <i>Derecho penal fundamental</i> . Introducción. Teoría del delito, XXVIII + 596 páginas. Pasta	1.400.00
GACHARNÁ, María Consuelo: <i>La competencia desleal</i> , VIII + 117 páginas. Rústica	250.00
JARAMILLO URIBE, Jaime: <i>El pensamiento colombiano en el siglo XIX</i> , 3ª ed., XX + 420 páginas. Pasta	1.000.00
LONDOÑO SALDARRIAGA, Darío: <i>El concordato preventivo</i> , X + 127 páginas. Rústica	270.00
LONDOÑO BERRÍO, Hernando L.: <i>El error en la moderna teoría del delito</i> , XV + 212 páginas. Rústica	450.00
ORTEGA TORRES, Jorge: <i>Código de Procedimiento Penal</i> . Edición de bolsillo, 426 páginas. Pasta	390.00
ORTEGA TORRES, Jorge: <i>Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo</i> , 13ª ed. Comentada, concordada y con jurisprudencia, 1569 páginas. Pasta	2.000.00
PÉREZ VIVES, Álvaro: <i>Variaciones sobre la carta de crédito</i> (M. J. 17), XII + 92 páginas. Rústica	140.00

DE PRÓXIMA APARICIÓN

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Bases críticas para un nuevo derecho penal*.
 BERGALLI, Roberto: *Crítica a la criminología*.
 CANCINO, Antonio J.: *El delito de autojusticia*.
 FERREIRA D., Francisco J.: *Delitos contra la administración pública*.
 LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando: *Derecho procesal penal*.
 LÓPEZ BLANCO, Hernán F.: *Comentarios al contrato de seguro*.
 MORA, Nelson: *El fraude procesal*, 2ª edición.
 NOVOA M., Eduardo: *Causalismo y finalismo en el derecho penal*.
 ORTEGA TORRES, Jorge: *Código de Procedimiento Penal*. Comentado, con jurisprudencia y doctrina.
 PEIRANO FACIO, Jorge: *La cláusula penal*, 2ª edición.
 PINZÓN, Gabino: *Sociedades comerciales*, vol. I, Teoría general.
 VALENCIA Z., Arturo: *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*.