

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR
Coordinador

EDITORIAL

Acerca de la pena de muerte

44

DERECHO PENAL

La teoría de la pena en el pensamiento de Francesco Carrara. **Ferrando Mantovani**
Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos. **Cristina Méndez Rodríguez**
El dinero como objeto material del peculado. **Erleans de Jesús Peña Ossa**

POLÍTICA CRIMINAL

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

FORO HISTÓRICO

Alegato sobre la valoración en la prueba indiciaria en el proceso penal. **Fernando Velásquez V.**

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Inconstitucionalidad de la prisión perpetua. **Fabio Morón Díaz**

Comentario de los Drs. Hernando León Londoño Berrio y Juan Oberto Sotomayor Acosta.

CO/XIV
F/Z

2345

ABRIL

MAYO

JUNIO

Licencia 00577 de 1985

Director

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Coordinador

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

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

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

Auxiliares

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

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1989

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

Christliches Seminar
der Universität
Göttingen

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

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

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

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

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

	PÁG.
Acerca de la pena de muerte.	143

DERECHO PENAL

La teoría de la pena en el pensamiento de Francesco Carrara. Ferrando Mantovani	149
Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos. Cristina Méndez Rodríguez	167
El dinero como objeto material del peculado. Erleans de Jesús Peña Ossa	183

POLÍTICA CRIMINAL

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.	191
--	-----

FORO HISTÓRICO

Alegato sobre la valoración de la prueba indiciaria en el proceso penal. Fernando Velásquez V.	225
---	-----

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inconstitucionalidad de la prisión perpetua. Fabio Morón Díaz	253
Comentario de los Drs. Hernando León Londoño Berrio y Juan Oberto Sotomayor Acosta	275

1950

EDITORIAL

There is a general feeling of optimism in the air...

THE NEW YEAR

As the year draws to a close, we look back on a year of progress...

CONCLUSION

Let us enter the new year with confidence and determination...

APPENDIX

For further information, please contact the editorial office...

NOTES

The following information was obtained from the records...

EDITORIAL

Acerca de la pena de muerte *

“Ir, por ejemplo, a las cárceles. Allí veremos solo ladrones, principalmente. Y heridos u homicidas. En algunos muy contados casos, violadores, estupradores y pequeños traficantes de drogas. Y por supuesto, si nos dejan verlos, también delincuentes políticos”¹.

Siempre he creído que un debate sobre la conveniencia o inconveniencia de la pena de muerte debe ser despojado de una serie de factores emocionales, conceptos e “ideologías” que recargan el ambiente e impiden el análisis —los árboles no dejan ver el bosque—.

La mejor forma de encarar el asunto es empezar por responder qué finalidad tiene la pena y si efectivamente cumple con esa finalidad, o quizás mejor preguntar: ¿Para qué sirve la pena?

Teóricamente, el Código Penal, al que podemos catalogar sin discusión como el instrumento más drástico de control social institucional, advierte a todos los individuos de una comunidad nacional que deben abstenerse de realizar ciertas conductas y obligatoriamente realizar otras, bajo la amenaza de una sanción denominada *pena* en caso de que infrinjan sus disposiciones.

Se pretende con ello que exista un orden y que se respete por todos los asociados, que actúan conminados por aquella pena. Tal postulado, que podría ser el sustento del sistema penal, tiene unos presupuestos que son de por sí un mito. El primero de ellos es la igualdad de los asociados ante el derecho y ante la vida, por lo menos en igualdad de condiciones mínimas que les permitan colocarse ante la advertencia jurídica penal en la posibilidad (libertad) de escoger el camino conforme a derecho o el camino contrario a derecho. Sin

* Ponencia leída en las Jornadas Criminológicas Colombo-venezolanas, celebradas en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, los días 28, 29 y 30 de abril de 1988.

¹ LOLA ANIYAR DE CASTRO, “Sistema penal y sistema social”. *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, pág. 22.

embargo, la realidad y la práctica son contrarias y desoladoras: ¿qué se puede pedir a un hombre a quien en su infancia no se le dio ni abrigo ni afecto, porque no tuvo hogar ni verdadero ni sustituto, ni educación ni medios de sustento; que no tiene ni un nombre, ni una posición social digna, sino, por el contrario, el desprecio de una sociedad que ve en él un paria?; ¿y qué esperar de la prostituta, que en las cloacas sociales gana su sustento con la indignidad de su cuerpo y entre los vicios, las enfermedades y el desprecio de la comunidad?; ¿o de los padres que sin oportunidades ven a sus hijos extinguirse de hambre o pasar la vida sin esperanzas de un mejor futuro? Para tantos desheredados, para el lumpen, para esa gran masa amorfa y despreciada de los marginados, no dice nada el derecho penal ni como conminación ni como sanción.

El otro mito es el de que la justicia penal impone por igual su apocalíptico castigo a todos los asociados. Ello es falso; la justicia, al menos en nuestro medio, es para "los de ruana".

En un reciente discurso en la ciudad de Cali, quien fuera presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, manifestó: "No podemos permitir que el derecho penal siga siendo el derecho de los pobres, no en cuanto protege mejor sus derechos, sino por ser a ellos, a quienes más fuertemente golpea con sus sanciones"². Y para nadie es un secreto que la ley no llega a los sectores privilegiados. ¿Qué ocurre, por ejemplo, con el peculado, el tráfico de influencias, el soborno, el contrabando técnico?; ¿cómo se explican los diversos estamentos de la sociedad, los enriquecimientos de la noche a la mañana de nuestros políticos y funcionarios de altos e importantes cargos?; ¿cuántos industriales y comerciantes están en las cárceles colombianas por producir y vender artículos adulterados, sin las calidades debidas, por ejemplo, drogas y alimentos, causando con ello graves perjuicios en la salud?; ¿y cuántos banqueros inescrupulosos que han organizado estafas colectivas y defraudaciones millonarias?; ¿qué decir de los usureros profesionales que exprimen a las gentes? Se pregunta también: ¿será que las mujeres de las altas clases sociales y económicas no se practican el aborto, o será que solo se conocen los de las pobres mujeres del pueblo realizados por parteras incultas en lugares antihigiénicos?

Estos ejemplos rápidamente traídos sirven para concluir que la sociedad tiene una serie de mecanismos y de filtros para aplicar la justicia a los desvalidos, a los humildes, a los desheredados de la patria.

Las cárceles están colmadas de gentes sin recursos económicos, de desarraigados sociales, de aquellos seres que por su mísero aspecto, cualquiera de ellos correspondería al retrato hablado del delincuente trazado por alguien socialmente importante: sucios, desharrapados, incultos, ordinarios, maliciosos, iletrados, vagos y de malas costumbres; y que por todo ello la opinión pública los estigmatiza.

Y es esa misma opinión la que califica de graves ciertos hechos; indudablemente el asunto es de conveniencia, hay comportamientos delictivos que golpean muy

duramente a las altas esferas sociales, como el secuestro, la extorsión, el abigeato, y que causan la natural zozobra e intranquilidad en esos sectores de donde constantemente parten voces que piden con dolorido clamor la imposición de la pena de muerte para aquellos delincuentes, en la creencia de que la lucha contra esos males sociales se efectiviza de esta forma. Sin embargo, nadie dice nada de otras conductas delictivas tan graves o más, que atentan no contra una persona individualmente considerada, sino contra toda la colectividad o contra un gran sector de ella, o en ocasiones contra la economía nacional, como cuando una poderosa empresa productora de cemento contamina el ambiente, generando con ello serios problemas de salud comprobados en un vasto sector de la ciudad, principalmente en niños, o cuando se juega con la economía colombiana, o con los bienes de la administración. Cosa extraña: ¡nadie piensa en la gravedad del asunto ni a nadie se le ocurre pedir la pena capital para estos delincuentes!

La pena de muerte es para nosotros una insensatez, tiene el sentido de la reacción primaria, al tiempo que implica la negación de una problemática y el ocultamiento de una culpa colectiva. La sociedad antes que intolerancia necesita reflexión profunda sobre sus grandes males para solucionarlos con valor y solidaridad; por eso no creemos que el remedio sea la pena de muerte ni para los privilegiados ni para los marginados; aunque para estos últimos, de ser establecido el máximo suplicio, pediríamos que por favor lo quiten, porque las afueras de las ciudades colombianas se han convertido en cementerios públicos y en testigos silenciosos de las muertes causadas por la intolerancia del sistema que, sumido en sus propios delirios, pretende acabar con homosexuales, prostitutas, pordioseros, raterillos, disidentes políticos, obreros y toda esa extensa masa de marginados, mediante la más torpe de las acciones: la violencia, generadora de más violencia. Por ello ALBERT CAMUS dijo proféticamente: "No habrá paz durable, ni en el corazón de los individuos, ni en las costumbres de las sociedades, hasta que la muerte no sea excluida de la ley"³.

RODOLFO MANTILLA JÁCOME

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

² ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 8, 1983, pág. 94.

³ ALBERT CAMUS, *La pena de muerte*, pág. 164.

DERRECHO PENAL

La teoría de la pena en el pensamiento de Francesco Carrara

Ferrando Mantovani

Profesor de la Universidad de Pisa (Italia).

Traducción del Dr. Jorge Guerrero

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTIVAS

No ha habido época, y acaso nunca la habrá, tan creativamente fecunda para las ciencias criminales como el siglo XIX. A este siglo convencionalmente se hace remontar el nacimiento de las tres ciencias criminales fundamentales, a saber: la ciencia penal, la criminología y la política criminal. Además, en este siglo se plantearon, con claro conocimiento crítico, los cuatro problemas fundamentales de las ciencias criminales: el de la definición de la criminalidad, el de las causas de la criminalidad, el de la defensa contra el crimen y el de las garantías del individuo frente a las ciencias criminales.

Y fue también en el siglo XIX cuando a estos problemas se les dieron grandes respuestas de fondo, dentro de la perenne dialéctica entre la *libertad* y la *necesidad*, entre el absolutismo jusnaturalista-racionalista y el relativismo histórico-sicológico, entre las garantías individualistas y la defensa social. Y asimismo en dicho siglo se elaboraron aquellas categorías racionales del pensamiento jurídico que constituyen la osatura conceptual de todo sistema penal evolucionado y a través de las cuales toda instancia de justicia sustancial debe ser filtrada para no quedar en el nivel de un nebuloso intuicionismo, expuesto a toda clase de subjetivismos y aventuras.

Y así como toda época de gran capacidad creadora es también época de conflictos radicales, también el siglo XIX, dentro de la creatividad criminalística, presenció el surgimiento de extremismos opuestos

del dogma jusnaturalista-racionalista y del dogma historicista, del dogma del indeterminismo clásico y del dogma del determinismo positivista, del dogma individualista y del sociológico, clasista y no clasista.

De esta suerte, por lo menos en cierta medida, el siglo XIX es el siglo de la *dialéctica de los contrarios* y el siglo XX es el siglo del esfuerzo de una superación de los dogmatismos intolerantes del siglo XIX, para hacer una síntesis de las *constantes* y de las *variables* del derecho penal, de la libertad moral condicionada, de la responsabilidad graduable, del relativismo y del multifactorialismo criminológico, del eclecticismo de doble vía y de la pluridimensionalidad de la pena.

Y FRANCESCO CARRARA le aportó una contribución fundamental a la creatividad de las ciencias criminales del siglo pasado. Hijo de su propia época, el profesor de Pisa participó de la dialéctica de los contrarios, en la parte más unilateral, criticada (no siempre con fundamento) y caduca de su pensamiento: en la teoría del delito como "ente jurídico" abstracto, en el postulado de la igualdad de libertad y, por lo mismo, de la igualdad de responsabilidad de los sujetos frente a la igualdad de delitos; en la supuesta suficiencia de la pena, proporcionada al derecho violado, para realizar la defensa contra el delito. Pero en una medida más consistente el maestro CARRARA participó, en lo que hay de menos caduco dentro de su sistema, en la racionalización del problema del *jus puniendi*, en el fundamento y límites, en las formas y medios de aplicación, y en la elaboración de los principios de civilización, que se encuentran en la base de todo derecho penal avanzado y garantizador de los derechos de la persona, y de instituciones y categorías que deben perdurar como adquisiciones definitivas, en el campo de los principios, por la sucesiva evolución del derecho y de la ciencia penal. Y esto debe decirse ya sea en cuanto se refiere a la "teoría del delito", como en cuanto a la "teoría de la pena".

2. EL JUSNATURALISMO RACIONALISTA COMO FUNDAMENTO DEL PENSAMIENTO CARRARIANO

Jusnaturalismo, humanismo y sistema de garantías, lo mismo que riqueza, modernidad y equilibrio, parecen caracterizar el pensamiento carrariano, inclusive en lo que se refiere a la pena.

La concepción carrariana de la pena, si bien parece que encuentra la más rigurosa ubicación sistemática en el *Programa*, surge con toda su riqueza y su plenitud de detalles en los diferentes estudios sobre este tema (*Doctrina fundamental de la defensa del derecho; Enmienda del reo considerada como único fundamento y fin de la pena; Variedad de la idea fundamental del derecho punitivo*).

En los raros estudios parciales dedicados a ella (y en los juicios sobre ella expresados en otros textos), la doctrina carrariana de la pena es interpretada, de un modo general, unilateralmente y de un modo recortado, y no en la coherente continuidad y en aquel equilibrio fundamental que recientemente han sido puestos de relieve.

En verdad, no parece fácil captar en su alcance real la doctrina carrariana sobre la pena, y apreciar los fundamentos y la unilateralidad de ciertas interpretacio-

nes sobre ella, formuladas sin remontarse a su eje básico, ni a la idea-fuerza que sostienen con coherente continuidad íntegra la concepción carrariana del derecho penal, desde la teoría del delito hasta la teoría de la pena; es decir, a aquel que hace poco fue calificado de jusnaturalismo católico-liberal de CARRARA. Si con CARRARA nace la moderna ciencia del derecho penal italiano, sin embargo es "la filosofía que le administra el bautismo". Si ciertamente es verdad que la construcción rigurosamente jurídica del delito tiene su validez formal, que en cierto modo es independiente del contenido que la filosofía de CARRARA le da al concepto del derecho, sin embargo es verdad que tal construcción jurídica no habría sido posible sin alcanzar el impulso teórico en una visión jusnaturalista y racionalista del universo moral y social. En contraste con muchas de las interpretaciones corrientes se ha observado que la contribución de CARRARA al progreso de la ciencia penal no es "otra cosa", ni otro aspecto de su doctrina, en oposición a ese fundamento filosófico o no obstante este fundamento (racionalista jusnaturalista), sino que fue posible precisamente por el andamiaje racional y antiempírico de su doctrina del derecho criminal; esto es, que la armonía y la solidez de la doctrina carrariana del derecho de castigar y de la ciencia del derecho penal se derivan precisamente de tales fundamentos filosóficos.

Por otra parte, es clara en este sentido la enseñanza misma de CARRARA, el cual al precisar que "la sanción ... tiene su legitimación espontánea en la legitimidad de la prohibición, quiere indicar que, antes de hacerle frente al problema de la justificación y la función de la pena, es necesario remontarse a un criterio sustancial para determinar cuáles son las acciones punibles y merecedoras de pena; cuáles son los hechos humanos que pueden y deben ser considerados delitos". De modo que la determinación del objeto jurídico del delito es el presupuesto para la determinación de la función misma de la pena.

Expresados sistemáticamente en los *Prolegómenos al Programa del curso de derecho criminal*, aunque ya habían sido tratados ampliamente en algunos ensayos recogidos en los *Opúsculos*, los fundamentos jusnaturalistas del pensamiento penal de CARRARA pueden reducirse, aproximadamente, a las siguientes proposiciones:

1ª) Que el estado de asociación es el único estado primitivo del hombre (en el cual la ley de la propia naturaleza lo "colocó desde el primer instante de su creación", puesto que "la ley eterna del orden impulsa al individuo a la sociedad"); por este motivo debe considerarse como errónea la doctrina contractualista de la transición del estado aislado de naturaleza al estado de sociedad civil;

2ª) Que los hombres, ya originariamente asociados, quedan sometidos, no solo a las leyes físicas que tienen en sí mismas una fuerza de coacción que hace "indefectible su observancia", sino también a las leyes morales, cuya observancia se deja al arbitrio del hombre, ya que están desprovistas de sanción, aunque no en sentido moral, por carecer de "sanción sensible";

3ª) Que, por lo mismo, la propia actuación de la ley del orden en la vida terrena exigía el complemento indispensable de la ley moral (en aquella parte que regula los deberes del hombre hacia la humanidad), valiéndose de su reforzamiento mediante la coacción y la sanción sensibles;

4ª) Que este complemento no podía ser realizado sino por la *sociedad civil*, la cual, a diferencia del “estado de asociación”, sin embargo no “nació con el hombre”, “sino que fue un primer progreso de la humanidad naciente, al cual era conducida por una ley del orden primitivo, en virtud de otras necesidades distintas de aquellas que la habían impulsado a la asociación inmediata”: la necesidad de la observancia y del respeto de aquellos derechos que la ley natural le había dado al hombre antes que cualquiera otra ley política, porque le fueron suministrados como medios para realizar los propios deberes y para alcanzar su destino aquí en la tierra. De modo que “la razón de ser de la sociedad civil es, por tanto, primitiva y absoluta”, “porque absoluta y primitiva es la ley que impone la observancia efectiva de los derechos humanos”, “pero consiste solo en la defensa del derecho”;

5ª) Que la sociedad civil debía estar dotada de una *autoridad* que tuviera el poder de prohibir y de castigar, “poderes que no son sino una cadena de instrumentos de la ley del orden”;

6ª) Que el derecho penal (y aquí entramos en el meollo del pensamiento carrariano) “tiene su origen y fundamento racional en la ley eterna de la armonía universal”. El derecho de castigar tiene, sin embargo, como su fundamento y medida, la “justicia, la retribución del mal, mientras está solo en las manos de Dios (que «no castiga al ladrón y al homicida para defender al hombre, sino porque el hurto y el homicidio son un mal, y la justicia exige que quien hace un mal sufra también un mal»)”. Sin embargo, cuando se encuentra en las manos del hombre “no tiene más legitimidad que la necesidad de la *defensa*, porque al hombre se le entrega solo en cuanto es necesaria para la conservación de los derechos de la humanidad”. “Pero aun cuando la defensa sea la única razón de la delegación, el derecho delegado siempre queda sometido a las normas de la justicia, porque no puede perder la índole punitiva de su esencia al pasar a las manos del hombre”.

Por esto cae en error “quien encuentra el origen del derecho de castigar en la sola necesidad de la defensa, desconociendo el origen primitivo en la justicia”, puesto que de ese modo “se autoriza la represión de actos no malvados, bajo el pretexto de utilidad pública; y se concede a la autoridad social la tiranía de la arbitrariedad”. Pero también “cae en error quien encuentra el fundamento del derecho de castigar en el solo principio de la justicia, sin reducirlo a los límites de la necesidad de la defensa”, puesto que de este modo “se autoriza un control moral aun en el caso de que no haya un daño sensible; y la autoridad social usurpa la función de la divinidad, sometiendo a su tiranía los pensamientos con el pretexto de perseguir el vicio y el pecado”. De esta suerte, “el límite interno del derecho penal se reduce a la más simple y a la más exacta expresión con esta fórmula: el derecho penal debe acudir siempre que sea necesario para proteger el derecho; el derecho penal no tiene para qué acudir allí donde el derecho no ha sido violado o puesto en peligro inminente. Por lo mismo, es *deficiente* o *defectuoso* si no cumple con el primer canon, y es exorbitante e injusto si excede el segundo, así sea contra un acto inmoral o intrínsecamente malvado;

7ª) Que no es cierto que el “derecho penal sea restrictivo de la libertad humana, pues, por el contrario, es protector de la libertad humana. No es, a diferencia de los demás derechos, una limitación de la libertad, porque la libertad humana no es sino la facultad de ejercer la actividad propia sin lesionar los derechos ajenos”, por lo cual “la libertad de uno debe coexistir con la libertad igual de todos”, y porque fue “la restricción de la ley natural, la que le dio los derechos a la humanidad y le impuso a los hombres el deber de respetarlos”, razón por la cual “la ley humana no aminora la libertad al contenerla dentro de los límites de su naturaleza”. Es protección de la libertad humana, ya sea interna, porque le da al hombre una fuerza de más para vencer las propias pasiones, ya sea externa, porque protege al débil contra el fuerte en el goce de los propios derechos dentro de los límites de lo justo, en lo cual consiste la verdadera libertad;

8ª) Que entre el derecho penal y el derecho de policía, y, por lo tanto, entre los “delitos” y las “transgresiones” “media un abismo”, porque el derecho de policía no se funda sino en un principio de utilidad y no de rigurosa justicia, ya que no tiene en cuenta un hecho malvado de conducta, y no siempre coordina sus actos con la justicia rigurosa; y además, puede hacerse realmente modificativo de la libertad humana.

Y “fue un fenómeno constante el de que bajo gobiernos despóticos la función de policía se mezclara o amalgamara con el derecho punitivo, y que con todo celo se mantuvieran separadas estas dos funciones bajo los gobiernos libres”. Al mezclar la “función de policía con el derecho penal se originó una confusión de ideas, y se abrió el camino a la arbitrariedad, porque acaeció entonces que la función de policía, por el influjo de los principios del derecho penal, se vio estrechada por tales lazos, que se tornó ineficaz”, y que “en el derecho penal se le atribuyera una influencia decisiva a la idea de la prevención, ampliando así el arbitrio, en perjuicio de la justicia”. De este modo, en cuanto a las transgresiones de policía —y aquí el aristocrático liberalismo carrariano sirvió de escape al problema— “la ciencia del derecho penal no lanzó sino una mirada fugaz, para advertir a los legisladores que fueran benignos y humanos”;

9ª) Que la ciencia del derecho penal debe ser independiente de cualquier precepto de una ley humana, y debe estar dirigida solo por reglas absolutamente racionales. Y esto por cuanto el derecho penal “no tiene su raíz y su norma en la voluntad del legislador, sino que procede de la ley eterna del orden”. En este caso el estudio de dicha ciencia se reduciría al árido comentario del Código del Estado, y sus preceptos variarían con el variar de los tiempos, de los lugares, de las necesidades y de las opiniones; y esta ciencia penal se “suicidaría aceptando la idea de la elasticidad perpetua del derecho penal”. Mas lo cierto es que el “derecho de castigar que está en las manos del hombre procede de la ley eterna del orden, razón por la cual las demostraciones de la ciencia penal deben ser deducciones lógicas de la razón eterna”.

Y como los preceptos humanos “fueron muy a menudo inicuos e irracionales, por ser excitados por las pasiones y las alucinaciones del intelecto humano, si el

tipo de la ley natural se pretendiera deducir de este criterio, o se caería en un escepticismo terrible, o se legitimaría toda injusticia”;

10ª) Que el delito como “ente jurídico” es “la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, y moralmente imputable”. Pero el ente jurídico-delito en la concepción carrariana tiene en verdad, ante todo, una esencia jusnaturalista, antes que legalista, puesto que es la infracción, no de la ley simplemente positiva, en cuanto ha sido dictada en cualquier forma, sino de la ley como debe ser, ya que se presupone que “fue dictada conforme a la suprema ley natural jurídica”. Y la referencia a la ley positiva, lejos de constituir una mínima concesión al positivismo jurídico, que considera único derecho el derecho positivo, cualquiera que sea, responde solo a una exigencia de garantía para la certeza jurídica, esto es, para no privar al ciudadano de la “regla escrita de la propia conducta” y para no dejar la determinación del carácter delictuoso de un hecho al “fluctuante arbitrio del juez”.

Como el mismo CARRARA lo puntualiza, “el objeto del delito no puede ser sino un derecho, al cual la ley le ha concedido expresamente su protección por medio de la prohibición y la sanción”. De este modo, “ley protectora y derecho protegido se compenetrán para formar la idea, que sirve de objeto al ente jurídico llamado *delito*”. Y al descubrir la “esencia del delito en la violación de un derecho”, el maestro de Pisa pone este principio como límite insuperable a la actividad del legislador, el cual no puede, “sin caer en tiranía”, calificar como delito una acción que no constituye lesión de un derecho.

CARRARA desarrolla y lleva a su perfección la doctrina del delito como violación de un derecho natural, ontológicamente fundado.

De este absolutismo jusnaturalista-racionalista e inclusive antihistórico de CARRARA surgen, al lado de los límites del pensamiento carrariano, algunas enseñanzas que se presentan como “puntos firmes”, olvidados a veces, pero redescubiertos contra los constantes peligros de regresiones oscurantistas y vinculados a la continua reaparición de turbidas concepciones del mundo. Merecen mención particular los siguientes:

1º) La reafirmación particular del derecho como valor, en contraposición a toda concepción empirista y fenomenológica del derecho;

2º) Los peligros de las recurrentes concepciones históricas del derecho penal. Al hacer absoluto lo relativo y al convertir en fascinante lo contingente, estas concepciones niegan la misma “criminalidad”, y desembocan en una total asepsia moral, legitimando el atropello y elevando la fuerza a la condición de instrumento único de solución de los conflictos humanos. Además, hacen imposible la construcción de ciencias criminales autónomas, que quedan disueltas en la más general de la *política*, lo mismo que la fundación del conocimiento del fenómeno criminoso, al identificarlas con la absoluta variabilidad histórica. También hacen imposible la programación de la política criminal como “racionalidad” y no como pura “fuerza”.

El jusnaturalismo carrariano, si en su absolutismo no refleja completamente la realidad histórica del derecho penal, que está formado por *constantes* y por *variables*, y que no es todo política, pero sí es política, sirve muy bien para expresar el ideal superior de un derecho penal positivo, en el que la “criminalidad legal” se identifique con la “criminalidad natural”. Y por lo mismo sirve para recordar, frente a cierta criminología sociológica radical, que el progreso civil consiste, no en volver absolutos los componentes histórico-relativos de la criminalidad para negar toda consistencia ontológica a la criminalidad indiscutiblemente ofensiva de la sociedad, sino en favorecer esa identificación, declarando criminales las solas conductas realmente antisociales, reduciendo las esferas de inmunidad subjetivas (de cierta delincuencia privada y de la delincuencia de Estado, especialmente en los Estados autoritarios y totalitarios), y acabando con la criminalización de las auténticas libertades humanas:

3º) En cuanto a la función bidimensional de los derechos naturales, en estos debe descubrir ante todo el fundamento y no solo el límite de la potestad punitiva del Estado, como tradicionalmente lo han sostenido, por el contrario, el liberalismo y el humanitarismo penal, lo mismo que el constitucionalismo clásico. Y ello con todo ese consiguiente proceso de “desvitaminización” del derecho penal y el garantismo unilateral de los derechos del reo más que de los derechos de la víctima (potencial), que se está convirtiendo en objeto de creciente revisión crítica de parte de la doctrina constitucionalista y penalista, además del redescubierto del postulado de que el reconocimiento de un derecho no puede admitir la licitud jurídica de su violación y, por tanto, la no sancionabilidad de ella. Y de ello hay significativas manifestaciones, además del redescubrimiento de la despreciada víctima en los debates internacionales sobre política criminal y la proclamación del supuesto derecho a la libertad del crimen, la tendencia a la individualización de “obligaciones constitucionales de criminalización” y la revaluación de la potestad punitiva del Estado, depurada de su tradicional violencia autoritaria, como funcional para la protección de los derechos constitucionales, y para la coexistencia de las libertades;

4º) La necesidad de acoger una definición de delito no meramente formal (abierta a todos los contenidos) ni íntegramente sustancial (expuesta a la incertidumbre y al subjetivismo del juez), sino —por decirlo de este modo— sustancial-formal, es decir, encaminada a realizar la constante aspiración de la compenetración, de la “síntesis” entre “legalidad” y “justicia”, que —después de las trágicas experiencias del juspositivismo— fue propuesta una vez más a la ciencia penal, aun cuando no ya en los términos individualistas e históricamente superados del pensamiento iluminista-liberal, sino sobre nuevas bases personalistas-solidaristas, y que entre nosotros ha dado lugar a la noción de delito calificada de “constitucionalmente orientada”, fiel al principio del *nullum crimen sine lege*, pero encaminada a “positivizar en la ley” los valores expresados por nuestra Constitución;

5º) El carácter central del objeto jurídico, que, en cuanto constituido por los derechos naturales del hombre, preexistentes a la ley positiva y protegidos por ella, no creados, desarrolla una función fundamental crítica que garantiza el límite a

la libertad del legislador. Después de todas las erosiones y de todas las sustracciones sufridas, con la crisis del Estado de derecho, por el *bien jurídico*, degradado a una simple categoría formal omnicompreensiva abierta a todos los bienes creados por el legislador, desde hace algún tiempo dicho bien ha retornado al centro del debate penalista, en su función originaria de crítica y garantía de entidad preexistente, deducible *aliunde*, esto es, de fuentes metajurídicas o, de acuerdo con un novedoso planteamiento, de fuentes jurídicas superiores, como la Constitución, ya que el bien jurídico, para cumplir esa función, debe ser a un mismo tiempo ontológicamente preexistente a la norma penal y vinculante para el legislador penal;

6º) La concepción del delito como lesión de los derechos naturales, pues el principio de la ofensividad constituye el fundamento del delito, ya sea en el momento de la creación, ya en el de la aplicación de la norma. Y esto con la consiguiente exclusión del derecho penal de las crecientes categorías de los "delitos sin bien jurídico" y de los "delitos sin ofensa", que cada vez más están corrompiendo las modernas legislaciones penales.

3. DEFINICIÓN, ORIGEN Y FIN DE LA PENA

A la luz de las mencionadas premisas sobre el jusnaturalismo-racionalista carrariano, pasemos a examinar más específicamente la doctrina de CARRARA acerca de la pena, la cual, dentro de la ubicación sistemática del Programa, se vincula: a) a la definición; b) al origen; c) al fin, y d) a las condiciones de la pena.

A) En cuanto a la definición, la pena es "aquel mal que, en conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que han sido, con las formalidades debidas, reconocidos culpables de un delito". La conminación por parte de la ley [*nulla poena sine lege*], la culpabilidad del sujeto y la imposición por parte de la autoridad legítima, distinguen la pena de la venganza. La conminación de la pena por parte del legislador "por fines irracionales o saliéndose de los límites del derecho penal" hace la pena "injusta, abusiva, perjudicial", aunque "siempre permanece como una pena".

B) Acerca del origen de la pena, CARRARA distingue entre origen histórico, que se refiere al hecho, y origen jurídico, que se refiere al origen de un derecho.

El origen histórico se vincula al sentimiento pasional de venganza, primero *privada*, luego *divina* y por último *pública*, según el proceso sincrónico de civilización de las sociedades primitivas, impulsadas a infligir un mal a quien había causado a otro un mal, mucho antes que los cálculos racionales demostraran que esto era conforme a la justicia e indispensable a la protección de los derechos humanos.

En cuanto al origen jurídico-filosófico, referente no "al por qué lo hayan hecho los hombres, sino al por qué se debe hacer y se puede hacer así", es un problema que, vislumbrado por antiguos filósofos, en forma fugaz "estaba reservado al siglo XIX". Aun cuando en "esta investigación los modernos publicistas anduvieron errando por muchísimos caminos distintos y a menudo contradictorios", formulando teorías no siempre distinguibles entre sí, y clasificadas por CARRARA en diez grupos.

Para CARRARA el derecho de castigar que tiene la autoridad civil "emana de la ley eterna del orden aplicada a la humanidad; que es como decir que emana de la ley natural". Esto lo demuestra por una serie de proposiciones, que se pueden sintetizar así: a) en primer lugar, "existe una ley eterna, absoluta, constituida por un conjunto de preceptos directivos de la conducta exterior del hombre; ley que fue promulgada por Dios a la humanidad mediante la pura razón"; b) en segundo lugar, "que esta ley concede al hombre los derechos necesarios a él para alcanzar su destino en esta tierra"; c) en tercer lugar, "que de la necesidad en que están los hombres de gozar de estos derechos, se deriva el derecho de ejercer inclusive coactivamente la protección contra aquellos que ... violan el deber de respetarlos; d) en cuarto lugar, que del libre ejercicio de estos derechos y de la respectiva obediencia al deber de respetarlos, nace el orden moral externo impuesto por la ley natural"; e) en quinto lugar, "que la necesidad de este orden, es decir, la protección efectiva de los derechos humanos, no la satisface la sociedad natural", porque la ley moral, expuesta a violaciones a causa de la libertad humana, no tiene en sí una coacción eficaz, ni una sanción inmediata y sensible; f) en sexto lugar, "que, por lo tanto, es necesidad de la naturaleza humana el estado de *sociedad civil*, es decir, de una sociedad en la cual una autoridad protectora del orden externo esté por encima de los asociados y que se encuentre provista de aquellas fuerzas que le son necesarias para alcanzar este fin". Pero "como las fuerzas remunerativas y las preventivas de la autoridad social no cumplen con esta necesidad, sin el derecho de castigar a los violadores de la ley jurídica, esa misma ley que ha querido la autoridad y sus fines, le confiere a ella el derecho de castigar. Por lo mismo, "la sociedad civil tiene como única razón absoluta de su existencia solo la necesidad de castigar las ofensas inferidas a los derechos del hombre". Y "el fin principal de la sociedad civil es el establecimiento en la tierra del reinado de la ley jurídica, que sin ella no sería posible; esto es, hacer vivir a los hombres sometidos al vínculo de obediencia a la ley del derecho". Y no es la sociedad la que hace nacer el derecho de castigar; es la necesidad de castigar a los violadores del derecho la que hace nacer la sociedad civil". Y concluye con estas palabras: "De conformidad con tales ideas, yo descubro o encuentro el principio *fundamental* del derecho punitivo en la necesidad de defender los derechos del hombre; y en la justicia encuentro el límite de su ejercicio".

C) En cuanto concierne al fin de la pena, en su Programa CARRARA afirma: "El fin de la pena no es ni que se haga justicia ni que se vengue la ofensa; ni que se resarza el daño sufrido por la víctima; ni que se aterricen los ciudadanos; ni que el delincuente purgue su delito, ni que se obtenga la enmienda del reo. Todas estas pueden ser consecuencias accesorias de la pena; y algunas de ellas pueden ser deseables; pero la pena sería un acto intachable aun cuando faltaran todos estos resultados. El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad", turbado por el delito.

El delito acarrea una doble ofensa: a) "ofende materialmente a un individuo o a una familia, o a un número cualquiera de personas", pero "este mal no se repara con la pena"; b) "ofende a la sociedad violando sus leyes; y de este

modo ofende a todos los ciudadanos disminuyendo en ellos la opinión de su propia seguridad, y creando el *peligro* del mal ejemplo”.

“Este daño, completamente moral, origina una ofensa para todos, mediante la ofensa de uno, porque perturba la tranquilidad de todos”. En verdad, mientras “el peligro del ofendido realmente ha pasado ya, puesto que se ha convertido en un mal efectivo, el peligro que amenaza a todos los ciudadanos solo ha comenzado en este momento. Esto es, el peligro de que el malvado, si se deja impune, renueve contra otros sus ofensas, y el peligro de que otros, envalentonados por el mal ejemplo, se entreguen también ellos a violar las leyes. Naturalmente esto despierta el efecto moral de un temor, de una desconfianza en la protección de la ley en todos los asociados, que abrigan a la sombra de ella la conciencia de su libertad”.

Por lo tanto, “la pena debe reparar este daño con el restablecimiento del orden, que ha sido perturbado por el desorden del delito”. Y la “reparación lleva implícita las tres resultantes de *corrección* del culpable, de *estímulo* de los buenos y de *amonestación* a los mal inclinados”. Pero CARRARA a renglón seguido se preocupa de advertir que este concepto de reparación “difiere grandemente del concepto puro de la *enmienda* y del concepto del hecho de infundir temor”, puesto que una cosa es “inducir un culpable a no delinquir, y otra cosa es pretender hacerlo interiormente bueno. Una cosa es recordarles a los mal inclinados que la ley cumple sus amenazas, y otra cosa es difundir el terror en los ánimos. El terror y la enmienda van implícitos en la acción moral de la pena; pero si de ellos quiere hacerse un fin especial, se desnaturaliza la pena y la función punitiva termina en aberraciones”.

En la “fórmula de la tranquilidad se resume el fin de la pena”, porque los ciudadanos que temían nuevas ofensas del delincuente, dejan de temerlas, esperando que resulte frenado por la pena, y “los ciudadanos que temían por parte de otros la imitación del malvado, dejan de temerla, esperando que el mal que se le ha infligido se convierta en una rémora que elimine el impulso del mal ejemplo”. En efecto, “no basta que la pena obre sobre los malvados, sino que es preciso que obre suficientemente sobre los buenos, para que permanezcan tranquilos, tanto respecto al delincuente mismo, como respecto a sus temidos imitadores”. De este modo, “la pena que no pone remedio al mal material del delito, es remedio muy eficaz y único del mal moral ... En esta forma, el fin último de la pena es el bien social, representado en el orden que se proporciona mediante la defensa de la ley jurídica”.

Contra las repetidas y frecuentes quejas sobre la inutilidad de la pena frente a la comprobada continuación del delito, CARRARA corrobora su utilidad y necesidad, por cuanto los partidarios de tal tesis “solo tienen en cuenta a aquel individuo que, no obstante la amenaza de la pena, ha violado el derecho, y se olvidan por completo de otros mil que de ningún modo han violado la ley”, porque vieron apoyadas sus vacilantes virtudes por el temor de la pena. Este argumento es el mismo de la criminología, y ha sido confirmado por los más diversos campos de la experiencia, que al lado de una minoría de sujetos que no delinquen aun sin la pena y una minoría de sujetos que delinquen no obstante la pena, existe una

mayoría, un “número oscuro” de sujetos que no delinquen a causa de la pena, puesto que la pena estimula su autocontrol.

Y contra el “optimismo” de las recurrentes doctrinas palingenésicas (utopistas, anarquistas, marxistas) que han formulado hipótesis sobre la extinción total del delito y del derecho penal por medio de la eliminación de las causas sociales de la criminalidad, CARRARA contrapone el realismo de la imposibilidad de eliminar el delito y el derecho penal, y hace derivar el primero de la libertad humana y el segundo de la ley eterna y natural del orden. “El derecho necesita que su vida real se personifique en un poder terreno, que lo proclame y lo proteja con voz y con mano superior a todos los otros ciudadanos. Esta necesidad absoluta de una autoridad social para el fin de la justicia no puede faltar o desaparecer por cualquier progreso de la civilización; puesto que el hombre, por más que se haya civilizado, siempre se verá dominado por las pasiones que impelen a la violación de lo justo, y para reprimir estas pasiones no es suficiente la atracción de las buenas intenciones, si no le ayuda la repulsión del temor. Por esto, la conminación de un mal contra quien hace mal a otro, ya sea como factor de perfeccionamiento moral, ya como guardián del orden externo, es requisito indefectible de la naturaleza humana y de los destinos de la humanidad”.

4. TEORÍA DE LA PENA COMO PROTECCIÓN DEL DERECHO

La doctrina carrariana de la protección del derecho se encuentra expuesta en el ensayo *Doctrina fundamental de la defensa del derecho*. Siendo “una necesidad absoluta de la ley suprema que gobierna a la humanidad”, la “simplísima fórmula de la tutela jurídica” o defensa del derecho, expresa el fundamento y el fin de la pena y señala a un mismo tiempo sus límites y su medida.

Esta doctrina no puede ser confundida —contra lo que a menudo sostienen sus opositores— ni “con el sistema de la justicia absoluta”, ni “con el sistema de la defensa social indirecta”, ni muchos menos puede ser considerada como un “sistema escéptico”, ya que “es el sistema de la protección del derecho y nada más”. Y el pensamiento de CARRARA acerca de este punto, puede resumirse en la forma siguiente:

A) En cuanto se refiere al *fundamento* y al *fin*, “no es el sistema de la justicia absoluta”, puesto que este “tiene por fundamento la ley puramente moral según la cual quien hace el bien debe recibir un bien, y quien hace mal, debe recibir un mal”. Y esto con dos consiguientes “defectos capitales”, porque, proclamada la verdad del principio como regulador del mundo moral: a) “en primer lugar no da razón de por qué aquella facultad de imponer coactivamente semejante aspiración pertenece a la autoridad social”, en vez de dejarla “en las manos de Dios”, con el “evidente peligro de que el hombre imponga una nueva expiación a quien ya había expiado plenamente ante Dios el delito cometido”; b) “en segundo lugar, conduce al absurdo de que la sociedad pueda imponer una pena inclusive por el mal que no causó daño a nadie y de este modo someter legítimamente a pena

todos los vicios y todos los pecados". En contradicción con este sistema, el de la defensa del derecho confiere a la autoridad social el poder de castigar "no por la idea abstracta de pagar mal con mal, sino por la defensa de los derechos humanos, razón por la cual no se admite derecho de castigar cuando no se ha causado lesión a ningún derecho, y se le niega a la autoridad social el derecho de castigar al hombre por sus vicios y por sus pecados, que aunque sean muy graves ante Dios ... fueron inofensivos para sus semejantes".

Pero "el sistema de la defensa del derecho tampoco se identifica con el de la defensa social indirecta, puesto que tiene como fundamento la sociedad civil, que ya la supone establecida", y sin demostrar la razón de ser de la autoridad le atribuye la facultad de defenderse a sí misma sin dar razón de por qué lo hace. Esto conduce a los siguientes "defectos capitales": a) a hacer del hombre un *instrumento* en las manos de la sociedad, la cual se sirve del cuerpo de un ciudadano para intimidar a los otros ciudadanos martirizándolo para convencer a aquellos de no violar las leyes sociales y en esta forma el castigo no puede dar otra razón de sí mismo que la utilidad, la cual es su fundamento real; b) a "no tener ya razón para subordinar la consecución de esta gran utilidad a la culpabilidad del condenado", porque "la impunidad de un delito grave es un mal social que amenaza a todos los demás" y la utilidad social y el fin de la intimidación hacen legítima la condena de un inocente. En oposición diametral se coloca la defensa del derecho, porque prohíbe castigar a cualquiera sin la prueba de la culpabilidad, por cuanto ella es precisamente la defensa de los derechos de todo individuo, los cuales no pueden disminuirse u ofenderse sino en el que se ha puesto en guerra con la prohibición de la ley jurídica, y en esta forma se ha hecho merecedor a una sanción. La defensa del derecho funda la legitimidad de las penas en la violación de los derechos de parte de la persona a quien se le deben aplicar. Y legitimada la sanción como tal, su posterior irrogación "no tiene el fin ni de hacer expiar ni de hacer temer", pues "no es sino un hecho que le sigue a la prohibición y a la sanción, la cual llegaría a ser nula sin ejecución". Y el sistema de la defensa del derecho —continúa CARRARA— no puede calificarse de ecléctico, porque un método ecléctico es el que "toma dos sistemas y los reúne en uno solo para hacerlos converger hacia un solo punto", mientras que el sistema carrariano solo tiene de común alguna función con otros métodos. Y no se puede decir en realidad que "el sistema de la defensa del derecho le dé un abrazo cordial y fraterno a los dos sistemas (el de la justicia absoluta y el de la defensa social), y que los reestructure en él, puesto que, por el contrario, los rechaza a ambos y niega tanto al uno como al otro".

B) En cuanto hace a los límites del derecho de castigar, el sistema de la defensa del derecho se diferencia consecuentemente de los sistemas de la justicia absoluta y de la defensa social, porque ellos le confieren al legislador, respectivamente, "el derecho de prohibir todas aquellas acciones que por ser malvadas en sí mismas implican el deber de la expiación" y el "derecho de elevar a la categoría de delito todas las acciones que perjudican el bienestar de la sociedad, por ejemplo el ocio, el celibato, la avaricia y cualquiera dispersión caprichosa de fuerzas productivas

y todas las que otros quieren llamar trasgresiones de policía", porque la utilidad social da plena autorización para ello.

Por el contrario, el sistema de la defensa del derecho le concede al legislador solo el derecho de castigar única y exclusivamente las acciones que ofenden los derechos humanos, pues para conferirle el derecho de castigar no basta "la maldad de una acción, sino que se necesita la lesión de un derecho", ni bastan tampoco las previsiones de la ventaja de la mayoría, ya que a ello provee la función de policía y la función administrativa.

C) Por último, en cuanto concierne a la medida de la pena, el sistema de la justicia absoluta "mide el delito con la no commensurable gravedad del mal moral, y en esta forma, con el fin de adecuar la expiación, prodiga las más exorbitantes penas a delitos que ofenden derechos de levisima importancia". A su vez, el sistema de la defensa social "persigue el fin de aterrorizar a los ciudadanos con las penas, para que se abstengan de delinquir, y así se condena a un progresivo rigor, que no tiene término, ya que, para ser lógico, ante toda renovación de los delitos debe confesar que la pena irrogada al delincuente anterior fue insuficiente para conseguir su objetivo; y se encuentra en la necesidad de aumentarla para porvenir. Y de este modo el delincuente de hoy encuentra la razón de la mayor pena que se le impone, no en un mayor daño ocasionado, sino en la maldad de los demás, que habiéndolo precedido en ese delito obligaron al legislador a aplicar una mayor severidad".

En cambio, el sistema de la defensa del derecho, "sin dejarse dominar ni por especulaciones morales, ni por hechos exteriores ... deduce la medida de la pena de la importancia de los derechos protegidos, criterio que, por su positividad, se aleja tanto de la arbitrariedad cuanto más se aproximan los otros a ella".

En esta forma, CARRARA ha resuelto en términos totalmente negativos el problema hoy discutido en la doctrina dominante de la prevención general, esto es, si la exigencia de la prevención general debe ser considerada en el solo momento de la determinación legislativa de la pena que conmina la ley o en el momento de la determinación judicial de esa pena.

Surge así clara la distinción entre *derecho penal* y *moral*, entre *delito* y *pecado*, que a la luz del jusnaturalismo católico y liberal carrariano sirve para demostrar que el derecho penal no puede tener por objeto lo que concierne a la sola moral. Empero por ello el derecho penal no puede ser *inmoral* ni *amoral*, y debe tener como centro el binomio derechos naturales y delitos naturales, esto es, las acciones que son malas por sí mismas. Y aquí está otra perenne enseñanza de CARRARA frente a las grandes fajas de "inmoralidad" de los derechos penales autoritarios o totalitarios o de "amoralidad" de la exuberante y frondosa planta de los delitos de mera creación legislativa (de los *mala quia vetitu*), que está sofocando el derecho y el procedimiento penales y haciendo vana la posibilidad de una seria política criminal, represiva y preventiva y las garantías del *nulla poena sine lege* y del *nulla poena sine iudicio*, dentro de un desbarajuste general de la justicia.

Por último, en cuanto se refiere a la creciente teoría de la enmienda, esto es, del “no castigar, sino corregir”, la actitud de CARRARA no se presenta como de un rechazo total, a la manera del rechazo de la peligrosa teoría de la defensa social, sino de una comprensión y de una aceptación de las exigencias de humanidad y de caridad que se encuentran en el fondo de esa teoría. “No me opongo al deseo de enmendar al culpable; me asocio de buena gana a la labor de los benefactores de la humanidad que consagran a este fin sus instrumentos y sus fuerzas”. Sin embargo, no cede un centímetro ni en el plano de los principios ni en los de sus consecuencias. Rechaza la *enmienda subjetiva*, encaminada a hacer interiormente bueno al reo, puesto que la función punitiva no está autorizada para penetrar en la intimidad de la consciencia, que pertenece a la libertad, ni a interesarse en la maldad, mientras esta no se manifieste en acciones lesivas del derecho ajeno. Y de la enmienda objetiva, encaminada a moderar las inclinaciones del reo, de suerte que no se deje arrastrar a actos externos ofensivos de la ley, acepta cuanto es aplicable mediante la inflexibilidad de la pena y, por lo mismo, como “efecto consiguiente” de esta, es decir, propio del hecho de ser la pena “freno de las malas pasiones”, lo que no debe ser combatido por la función punitiva. Y esta no debe oponerse a la enmienda, sino facilitarla y promoverla, “irrogando una pena que no se convierta en corruptora del reo, y rechazando toda forma de castigo que envilezca o corrompa al condenado, o le haga más difícil el regreso al buen camino”. Por lo tanto, “castigar y corregir es el verdadero concepto sobre el cual debe apoyar su disciplina el derecho penal. No exasperar al caído con enormes penas; no cerrarle el camino de la enmienda quitándole la vida; no impulsarlo a la perdición con penas corruptoras”. Pero permanecer siempre y únicamente en el ámbito de la defensa del derecho. “Proporcionar con el dolor de la pena la corrección, como consecuencia natural del hecho y del modo. Castigar benignamente y con sabiduría civil; pero castigar de manera inflexible; para que la defensa común se robustezca con una doble fuerza. Y si se quiere alimentar en el encarcelado una esperanza que le sea estímulo para el bien, esto se puede conseguir haciéndole más benigno el aislamiento o por otros medios, excepto la restitución anticipada a la libertad. Así, pues, la cesación de la pena en virtud de la enmienda no puede aceptarse reduciendo en alguna forma la defensa del derecho o eliminándole a la pena lo que le da más fuerza que cualquiera otra cosa, es decir, su *certeza*”.

Ante la posición de CARRARA frente al principio absoluto de la irredimibilidad de la pena y de la inderogabilidad de esta, en relación con el principio de la renunciabilidad de aquella frente al reo enmendado, no hay coexistencia posible.

Este rigorismo carrariano, si bien por un lado no aparece aceptable a la moderna ciencia penal, que casi en forma unánime admite la exigencia de la derogabilidad de la pena, por otro constituye no obstante una amonestación.

5. EL PROBLEMA DE LA CLASIFICACIÓN DE LA DOCTRINA CARRARIANA DE LA PENA

Frente a la riqueza y complejidad de la doctrina carrariana de la pena, no parece fácil la clasificación de ella entre las teorías sobre la función de la pena,

que tradicionalmente han sido expuestas. Los pocos estudios parciales y los juicios doctrinales sobre ella, oscilan entre la posición mayoritaria de aquellos que la incluyen dentro de las teorías retributivas y la posición de quienes afirman que no es posible incluirla en ninguna de las teorías tradicionales, por lo cual se descubre el equilibrio carrariano en el rechazo igual sea de las teorías absolutas, sea de las teorías relativas, sea de las teorías morales, sea de las teorías políticas.

Pero la riqueza y el equilibrio de la teoría carrariana no excluyen que se puedan descubrir en ella algunos puntos suficientemente firmes, que tratamos de exponer en los términos siguientes.

El primer punto consiste en que en la primera *summa divisio* entre las teorías absolutas del *quia peccatum est* y las relativas del *ne peccetur*, la doctrina de la defensa del derecho parece que se coloca, sustancialmente en virtud del mismo jusnaturalismo carrariano, entre las primeras, porque el castigo de los culpables es una necesidad absoluta impuesta por la ley eterna del orden, y es reconocida, “no como necesidad política, sino como una necesidad de la ley natural, que exige que el precepto jurídico tenga una sanción eficaz y no permanezca como un simple consejo”. El segundo punto consiste en que entre las teorías absolutas de la retribución, la doctrina de la defensa del derecho ciertamente no es clasificable, no obstante una opinión aislada contraria, en la teoría de la retribución moral, sino que presenta, formalmente, los caracteres más próximos a la *retribución jurídica*, según la cual la pena encuentra su propio fundamento immanente en el concepto mismo de derecho, el cual, negado por el delito, es reafirmado por la pena, que es reparadora.

En efecto, CARRARA admite, lo mismo que los demás exponentes de la escuela clásica, la racionalidad del postulado de que quien ha obrado mal, merece mal, con esta perentoria expresión: “El principio absoluto de una ley de *retribución*, dominadora de la humanidad es sin duda una verdad positiva, tanto desde el punto de vista teológico, como desde el punto de vista filosófico”. Pero al mismo tiempo afirma “que si ese postulado es una verdad positiva, sin embargo el aceptarlo como base del derecho de castigar es vicioso y falaz”, para lo cual aduce tres clases de razones:

a) porque aún no se conoce la justicia absoluta, pues de lo contrario se tendrían iguales penas para iguales delitos en todos los ordenamientos positivos, de modo que la proporción entre el mal cometido por el reo y la pena que este merece puede establecerse solo aproximadamente, según la sensibilidad que varía de lugar a lugar y de legislador a legislador;

b) porque la ley positiva no puede castigar cualquier acción moralmente malvada, sino solo las que lesionan arbitrariamente el ejercicio de los derechos ajenos;

c) porque el fin de la pena no se agota en la represión de un crimen, sino que se expresa también como prevención de nuevos delitos “mediante la amonestación de los mal inclinados”, recordándoles a estos que la ley cumple sus amenazas.

El tercer punto consiste en que la doctrina de CARRARA sobre la pena no es una “fórmula vacía de contenido”, como ha sido criticada por ciertos juristas autorizados, quienes implícitamente se han referido más que todo a la teoría general de la retribución jurídica. Pero con ello no se hace más que afirmar el principio evidente, compatible por lo demás con cualquier doctrina de la pena, de que todo

ordenamiento, para ser efectivo, debe aplicar la sanción que conmina. Esta acusación puede presentar cierta apariencia de verosimilitud si nos detenemos solo en la fórmula, expresada en el *Programa*, del fin de la pena como “*restablecimiento del orden externo en la sociedad*” y en la enumeración negativa de lo que no debe ser el fin de la pena (justicia absoluta retributiva, intimidación, expiación, enmienda). Pero resulta del todo infundada si, a la luz de todas las más ricas consideraciones contenidas en los demás ensayos y sobre todo en el jusnaturalismo carrariano, se penetra en la doctrina de la “defensa del derecho” en toda la plenitud de contenidos positivos que tiene en cuenta:

a) en primer lugar, el objeto de la defensa del derecho, consistente en la defensa de los derechos subjetivos, que es cosa muy distinta de la defensa —que se lleva a cabo poniendo como fin exclusivo de la pena la prevención general— de la voluntad del poder, no importa cuáles sean sus contenidos. De este modo el supuesto vacío de la fórmula del “restablecimiento del orden externo en la sociedad”, se “llena”, no con la realización de un orden cualquiera, sino del orden constituido por la garantía de los derechos subjetivos;

b) en segundo lugar, la pluralidad de funciones que, aun dentro del ámbito y dentro de los límites de la defensa del derecho, le reconoce CARRARA a la pena.

Y con esto pasamos al *último punto*, constituido por el reconocido equilibrio de la concepción carrariana sobre la pena, aun cuando considerando el principio de la defensa del derecho como absoluto e inderogable. CARRARA no solo no ignora, sino que admite explícitamente y corrobora otras finalidades de la pena, aun cuando dentro del ámbito, dentro de la función y dentro de los límites de ese principio inderogable, y sin admitir ningún eclecticismo.

Más en particular, CARRARA acoge, ante todo, la exigencia, propia de la justicia distributiva, de la *proporcionalidad* del mal de la pena al mal del delito, puesto que “todo sufrimiento que se irroge al culpable, fuera del principio de la pena, es decir de dar una sanción al precepto proporcionalmente a su importancia jurídica, y fuera de la necesidad de la defensa, es decir, de eliminar la fuerza moral objetiva del delito, es un abuso de fuerza y es una crueldad ilegítima”. Y “para señalar el carácter excesivo de la pena, basta la sola razón de justicia, prescindiendo de cualquier consideración empírica”.

También proclama la exigencia de la *prevención general*, puesto que el restablecimiento del orden, más que reparación del mal cometido, es una “amonestación a los mal inclinados”, es una eliminación del peligro futuro que amenaza a todos los ciudadanos, esto es, que si al malvado se le deja impune, renovará contra otros sus ofensas, y que otros, envalentonados por el mal ejemplo, se permitirían también violar las leyes. Trátase, sin embargo, de la *prevención general de las ofensas a los derechos subjetivos, que va insita en la pena proporcional al derecho violado*, no de la “defensa social” del Estado, que muy a menudo se ha convertido en “representante del principio despótico” y que se funda sobre la “intimidación”, hasta llegar a la pena terrorista.

La *ejemplaridad* de la pena, es decir, que sea tal “que produzca en los ciudadanos la persuasión de que el reo ha padecido el mal” la incluye CARRARA entre

las condiciones de la pena. Pero “la ejemplaridad es un resultado, que se debe obtener del castigo, sin que para obtenerla se altere la medida más allá de la proporción impuesta por la justicia”. “Una cosa es recordar a los mal inclinados que la ley cumple sus amenazas, y otra cosa es difundir el terror en sus ánimos”.

Pero tampoco ignora la exigencia de la prevención especial, puesto que “el restablecimiento del orden exige que al delincuente no se le deje impune, para que no renueve contra otros sus ofensas”. Por ello lleva en sí implícita la necesidad de la “corrección del culpable”. Trátase, no obstante, de la prevención especial, propia de la aplicación de la pena, y no de la “enmienda” o, como se dice en términos modernos, de la reeducación, puesto que “nosotros no reconocemos como fin propio de la pena la reforma moral del culpable sino en cuanto de su índole misma de pena surge un freno para las malas pasiones”. Una cosa es inducir al culpable a no delinquir, y otra cosa muy distinta es pretender hacerlo interiormente bueno. Y manteniéndose siempre dentro del ámbito del principio de la defensa del derecho y de la consiguiente inderogabilidad de la pena, CARRARA tampoco desconoce la exigencia de la *no desocialización* del reo, “puesto que la pena debe irrogarse de modo que no se convierta en pervertidora del reo”. Aprobamos cuanto puedan hacer los gobiernos pródigos para utilizar las penas como medio para hacer retornar a la moralidad a los ciudadanos descarriados. Pero una cosa es decir que se debe *aprovechar un hecho* para alcanzar un fin ulterior, y otra muy distinta es afirmar que este fin es una razón o una causa del hecho. Una cosa es lo que corresponde al buen gobierno o función de policía, y otra lo que corresponde a la función punitiva. Pero si en la corrección interna del reo, que aprobamos como labor saludable de la función de policía, no descubrimos un fin propio de la pena, sin embargo rechazamos toda forma de castigo que envilezca y corrompa al condenado, o que le haga más difícil su retorno al buen camino.

Y no hay duda de que el rigorismo de CARRARA acerca de la irredimibilidad e inderogabilidad de la pena y sobre el derecho penal, que termina con la sentencia, por lo cual permanece extraño a la ejecución de la pena, es el punto de controversia más irreductible entre el sistema carrariano y las doctrinas resocializadoras y los sistemas penales modernos en cierta forma inspirados en ellas; estos sistemas, si bien muy benignos acerca del principio reeducativo, ya han sido definitivamente abandonados.

Pero prescindiendo de todo lo que hay de contingente y de caduco en cualquier pensamiento humano, inclusive en la doctrina de la pena, el pensamiento carrariano es expresión de alta civilización jurídica, de profunda idealidad y de un perenne humanismo. Y también en virtud de los esfuerzos intelectuales de CARRARA, el siglo XIX, con sus irrepetibles poderes de creación, legó a las ciencias criminales una herencia tan importante, que la ha obligado a vivir, en una medida consistente, de la prudente administración de ese patrimonio cultural. No es raro que a menudo la historia tenga sus vacíos y que por esto en ocasiones se presenten como novedades en el campo del pensamiento penal, ideas que ya habían sido enunciadas. Y esto con el peligro de volverse a encontrar en el punto de partida y de tener que tornar a partir de nuevo, después de haber repetido los mismos errores humanos.

Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos

Cristina Méndez Rodríguez
Universidad de Salamanca (España)

1. INTRODUCCIÓN. DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

Para todos los "iniciados" en derecho penal, resulta muy familiar la clásica distinción delitos de lesión-delitos de peligro, sobre todo a causa de la debatida cuestión del resultado, de su desvalor y del desvalor de la acción y sobre la cual la literatura ha sido muy abundante y el debate doctrinal muy largo y denso, sin que, pese a ello, pueda decirse que sea un tema acabado.

Sin entrar en la polémica que la distinción ha levantado, en general, siempre se ha establecido dicha diferenciación en función de la forma de ataque al bien jurídico. De esta manera, se han definido los delitos de lesión como aquellos que destruyen o menoscaban un bien jurídico y los delitos de peligro como aquellos en los que hay la probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado. En el homicidio encontramos un ejemplo claro de delito de lesión: el que mata a otro destruye un bien jurídico, la vida; así como constituye un ejemplo evidente de delito de peligro, el delito de incendio que establece el Código Penal en su art. 549.3, en el que se tipifica la conducta de quien incendia un bosque con riesgo de que se propague a casas habitadas, con el consiguiente peligro para la salud o la vida de las personas.

En el Código Penal español no hay un título, capítulo o sección dedicada a la recopilación de todos los delitos de peligro. Aparte de diversos artículos diseminados por todo el Código, únicamente

el capítulo II del título V, que se intitula "De los delitos de riesgo en general", establece una ordenación de los tipos penales en función del peligro para bienes jurídicos. En su primera sección regula los "delitos contra la seguridad del tráfico", en la 2ª los "delitos contra la salud pública y el medio ambiente" y en la 3ª los "delitos contra la seguridad en el trabajo".

Aunque, como expondremos más adelante, se está utilizando esta técnica de tipificación con mucha frecuencia, sobre todo para la protección de bienes jurídicos colectivos, ya desde las primeras codificaciones se recurrió a esta forma de tipificación, como puede verse en artículos como el ya mencionado 549.3.

"A los que incendiaren un bosque con riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnan varias personas".

O el 488 (respecto al abandono de un niño menor de 7 años por parte de la persona encargada de su guarda o custodia): "Cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño, será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo y si sobreviniere la muerte, se impondrán las penas inmediatas superiores".

Aunque sobre la distinción delitos de lesión-delitos de peligro ha habido un agudo debate (al hilo de la discusión sobre el resultado), se observa un profundo vacío en la investigación jurídica centrada sobre los delitos de peligro, vacío que es particularmente grave en la literatura jurídica en lengua castellana.

Lo que ha ocurrido es que, después de establecer dicha diferenciación, todos los estudios y trabajos se han ocupado siempre de los delitos de lesión, por lo cual nos encontramos al estudiar los delitos de peligro con que los conceptos y categorías consolidados respecto a los delitos de lesión tienen que ser en cierta forma distorsionados o adaptados —y algunas veces ni siquiera esto es posible— si se pretende aplicarlos al estudio de los delitos de peligro. Este motivo nos conduce a considerar este tema no solo como muy complejo sino también como muy amplio, puesto que afecta a todos los contenidos dogmáticos de la parte general del Derecho Penal e incide en gran número de delitos concretos de la parte especial.

Como simple muestra de algunos problemas que plantean estos delitos, cabe citar:

— la determinación de la punibilidad de las formas imperfectas de ejecución, por ejemplo de la tentativa, ¿cuándo puede hablarse no ya de una puesta en peligro sino de un intento de puesta en peligro?;

— la existencia y prueba de dolo, ¿se puede hablar de un dolo específico, de un "dolo de peligro" junto a los tipos de dolo acuñados por la doctrina (directo de primero y segundo grado y eventual)?;

— la posibilidad de comisión por culpa, ¿se puede hablar de una puesta en peligro imprudente?;

— la concreción de la prueba del peligro, ¿cuándo podemos decir que una acción pone en peligro un bien jurídico?, ¿cuándo hay posibilidad de lesionar un bien jurídico?, ¿cuándo hay una alta o una baja probabilidad de lesión?

2. LOS DELITOS DE PELIGRO

La principal razón que han esgrimido siempre los defensores de la existencia de los delitos de peligro, es que esta figura supone una mayor protección de bienes jurídicos, puesto que con estos delitos se produce un "adelantamiento de la barrera de protección penal", el legislador tipifica determinadas acciones, de modo que con la simple puesta en peligro del bien jurídico, sin lesión alguna, se produce la consumación; en realidad, se anticipa la consumación del delito al momento en que se produce el peligro de lesión de ciertos bienes jurídicos. Por ejemplo: el 340 bis a)1 del Código Penal español: "El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes". En el art. 340 bis a)1 se prevé una pena por el hecho de conducir en determinadas condiciones, sin que se requiera para la consumación del delito ningún resultado lesivo, ninguna lesión de otros bienes jurídicos, de la vida, la integridad física o el patrimonio.

El tipo requiere la puesta en peligro de un bien jurídico, pero ¿cuándo se pone en peligro?, y más concretamente, ¿qué es peligro?

La discusión doctrinal en torno al concepto de peligro, y habida cuenta de que el Código Penal español no define el peligro, al igual que casi todas las demás legislaciones, ha dado como fruto tres grandes concepciones juridicopenales sobre el peligro: objetiva, subjetiva y objetivo-subjetiva¹.

La teoría subjetiva considera que el peligro es un producto de la imaginación humana. Si *a posteriori* no hubo lesión, es que nunca hubo peligro *ex ante*. El peligro no es más que un hijo de nuestra ignorancia, es una mera impresión subjetiva de temor, no es real.

En realidad, dicen, solo puede suceder una de dos: o el peligro aboca en la lesión (y entonces falta lo específico del peligro, su autonomía), o el peligro se supera sin daño alguno (y entonces tampoco hay realmente peligro). En las leyes fisisco-naturales todo lo que tiene que suceder, sucede; nunca hay peligro.

Para un ser onmisciente y omnipotente, con un dominio absoluto sobre la materia, no habrá jamás riesgo ni amenaza. Conocería absolutamente todos los factores y circunstancias que confluyen en un hecho, y por lo tanto para él solo existirían lesiones o hechos inocuos.

Este tipo de argumentaciones es característico de toda pretensión de especificar en relación con un absoluto, y por lo mismo es una dirección infecunda, ya que trabaja con meras idealidades².

La teoría objetiva considera el peligro como una realidad. En el mundo real, afirman sus defensores, independientemente de la imaginación humana, existe *ex*

¹ Cf. BERISTAIN, "El delito de peligro por conducción temeraria", en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1970, Madrid, pág. 541.

² BUSTOS RAMÍREZ, "Los delitos de peligro", en *Control social y sistema penal*, Barcelona, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, pág. 324.

ante una posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado dañoso. La evitación del daño a posteriori no prueba la inexistencia de aquella posibilidad o probabilidad de que se produzca el peligro, prueba únicamente su no verificación.

La posibilidad, como la probabilidad, tiene una existencia objetiva, es un "ente real", un hecho, y no un mero producto de la imaginación.

La teoría objetivo-subjetiva aún, como es obvio, las dos posturas anteriores y considera que el concepto de peligro significa la posibilidad inmediata, la probabilidad, que debe ser conocida, de la producción de un determinado acontecimiento dañoso. Se trata, por tanto, de un juicio fundamentado en la experiencia general, en el conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, que expresa el temor fundado e inmediato de la lesión del bien jurídico. Por eso se sostiene que es incorrecto decir que el peligro solo puede ser algo puramente objetivo.

Teniendo en cuenta que cada una de las tres grandes concepciones sobre el peligro que hemos enunciado más arriba está siempre en la base, y si queremos hacer una simple aproximación al concepto de peligro, hay que tratar como uno de los temas fundamentales (dejando a un lado la naturaleza del peligro) el que concierne a cómo se podría definir el peligro, y en segundo lugar habría que analizar cuándo podemos decir que estamos ante una situación peligrosa para un bien jurídico, puesto que si respecto de la lesión se plantean a veces problemas de identificación y determinación, es obvio que mucho más problemática es la cuestión respecto del peligro.

En cuanto al primer tema, las opiniones de los autores se diversifican hasta el infinito. Como demostración, nada más significativo que la definición que han dado tres autores españoles que se han ocupado de esta cuestión:

— Para BARBERO SANTOS, el peligro es "la probabilidad —no en sentido matemático, sino en el de relevante posibilidad— de que se produzca la lesión de un bien jurídico"³. Pero la pregunta es ¿qué es "relevante posibilidad"?

— NAVARRETE lo define como "la posibilidad de un resultado dañoso". Puntualiza, además, que "la existencia del peligro ha de ser objetivamente determinada, sin que la mera creencia de su existencia o inexistencia pueda tener repercusiones en el campo de la antijuridicidad"⁴.

— Para TORIO "el peligro es un juicio relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso. El peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa"⁵. Este autor establece una nueva categoría de delitos de peligro: los "delitos de peligro hipotético", cuya característica reside en que implican la posibilidad, no la realidad del peligro para el bien jurídico protegido.

³ BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de Derecho Penal*, 1973, pág. 487.

⁴ NAVARRETE URIETA, "La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código Penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. III, Madrid, 1959, pág. 426.

⁵ TORIO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal*, 1976, pág. 841.

En resumidas cuentas, la doctrina ha centrado el núcleo de la definición del concepto de peligro en una:

- posibilidad simplemente;
- posibilidad próxima;
- probabilidad, en el sentido de más posibilidades a favor que en contra;
- probabilidad, en el sentido de más posibilidades en contra que a favor;
- probabilidad sin punto de referencia;

— sería y fundada inquietud de que una persona razonable y consciente del deber tomaría precauciones;

— situación en que la producción del resultado dañoso escape al cálculo y la previsión humanos;

— también se considera que el grado de posibilidad tiene que depender de la importancia del bien jurídico, de modo que cuanto más valioso sea el bien jurídico, menor será el grado de posibilidad de lesión exigible.

Hay definiciones de peligro que se centran en una próxima, relevante, escasa, lejana, posibilidad.

Ya no es solamente el concepto de peligro lo que plantea graves problemas, sino también la determinación y la configuración de los límites de la prueba del peligro. ¿Cuándo hay peligro en un caso concreto y quién lo aprecia? En cuanto a la causalidad, si hay problemas para determinarla, ¿podría aplicarse a los delitos de peligro la tesis de la imputación objetiva? Por ejemplo: un sujeto enciende un fuego en un bosque sabiendo que hay casas habitadas a cien metros de distancia y un fuerte viento en dirección a esas casas. ¿Se puede decir que hay riesgo de que se propague a las casas habitadas? ¿Y si el fuego se encendiera a un kilómetro? ¿Y si se enciende el fuego a dos kilómetros y se propaga a las casas? ¿Qué ocurre si en el momento de juzgar si se ha producido o no el peligro, consta ya que el resultado lesivo sí se ha producido? ¿Si hay resultado lesivo, ha habido siempre peligro?

Para aclarar el concepto de peligro y poner límites a la determinación de la prueba del peligro se han establecido numerosas clasificaciones respecto del peligro, entre las que destacan como más comunes las siguientes: delitos de peligro abstracto y concreto, delitos de lesión-peligro, delitos de peligro explícito e implícito, delitos de peligro general y concreto, y delitos de peligro hipotético.

a) *Delitos de peligro concreto y abstracto*. Es la clasificación que, fijándose en la estructura del tipo penal, determina que son delitos de peligro concreto aquellos en los que el peligro es un elemento del tipo, por lo que para la consumación es necesaria la demostración de que en la situación concreta hubo peligro para determinados bienes jurídicos. El ejemplo clásico de delito de peligro concreto es el 340 bis a) 2: "El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes"; en los delitos de peligro abstracto el peligro no es un elemento del tipo sino la razón o el motivo de la tipificación. El legislador observa que determinadas acciones producen generalmente peligro para determinados bienes jurídicos y en razón de este peligro que habitualmente se produce se tipifican acciones, configurándose

así una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no se admite la prueba del peligro, la prueba de que en esa situación nunca hubo peligro para bienes jurídicos [por ejemplo, el art. 340 bis a) 1, en el que se presume que la acción de conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes causa siempre peligro para bienes jurídicos].

La configuración de los tipos penales presuponiendo que las acciones en ellos descritas van a causar peligro para bienes jurídicos siempre, tiene trascendental importancia en relación con la protección de bienes jurídicos colectivos, puesto que ellos suelen ser el objeto de tutela de los nuevos tipos penales contruidos como delitos de peligro abstracto. Es un dato de importancia, que no puede desconocerse, el hecho de que la recomendación novena sobre "El concepto y principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa" del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrada en El Cairo en 1984, se incline por la utilización de los delitos de peligro abstracto para la tipificación de los delitos socioeconómicos. Además hay autores que vinculan la protección de bienes jurídicos colectivos a la técnica de tipificación a través de delitos de peligro abstracto⁶.

Sin embargo, a pesar de la tendencia legislativa, de la opinión de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la de destacados autores, la configuración de los delitos de peligro abstracto ha provocado, como es lógico, numerosas críticas⁷.

La razón de la creación de un tipo penal es la protección de bienes jurídicos frente a acciones que los pongan en peligro, menoscaben o lesionen. Si en este caso la acción de un sujeto no puso en ningún momento en peligro un bien jurídico, la inmediata pregunta es: ¿qué se está protegiendo aquí? Pensemos en el caso extremo de un sujeto que conduce a toda velocidad y completamente embriagado por un desierto, ¿qué bien jurídico está poniendo en peligro? ¿La vida, el patrimonio o la integridad física de las personas? ¿O la seguridad en el tráfico?

Aquí no cabe más que concluir que se está imponiendo una pena por la simple infracción de un mero deber de obediencia al Estado, ya que no puede hablarse de una infracción de puesta en peligro⁸.

⁶ TIEDEMANN ("Delitos contra el orden económico", en *La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, pág. 173) sostiene que "la introducción de estos delitos (delitos de peligro abstracto) implica una considerable ampliación de la punibilidad que solo es aceptable si ya el peligro abstracto en sí es merecedor de pena. Partiendo de este razonamiento se ha criticado en el derecho penal económico alemán la limitación de los nuevos tipos de delito de obtención fraudulenta de subvenciones y créditos a meros actos engañosos. Ahora bien, al proceder así, generalmente se pasa por alto que el peligro parece abstracto únicamente referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que, si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico, con frecuencia no resultará imaginable otra configuración típica que no sea la del «peligro abstracto»".

⁷ ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*. Colección Jurídica, cap. XII, pág. 251; y BARBERO SANTOS, *op. cit.*, pág. 487.

⁸ En el mismo sentido TORIO LÓPEZ (*op. cit.*, pág. 825): "En caso de duda sobre la presencia de un bien jurídico, el legislador penal debería optar *in dubio pro libertate* por la no intervención".

Hay autores, como RODRÍGUEZ DEVESA, que consideran que la ley penal pretende la protección de bienes jurídicos, pero que su manera de obrar consiste en la imposición de deberes. Que no todo delito es, en contra de lo que generalmente se sostiene, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero que en todo delito hay la infracción de un deber de actuar o no actuar impuesto por la ley⁹.

O bien como BINDING, que el objeto jurídico inmediatamente protegido es la falta de obediencia¹⁰.

Si el delito supone siempre un peligro o una lesión para un bien jurídico protegido, no se puede hablar de delito cuando nos consta la inexistencia del peligro para dicho bien jurídico.

Solamente quien sostenga que el objeto jurídico inmediatamente protegido con la creación de un tipo penal es un simple deber de obediencia a las normas del Estado, es decir, solo quien sostenga una concepción meramente formal del delito, podría mantener esta posición.

Además, estos delitos irían contra los principios informadores del derecho penal comúnmente aceptados, como aquel que proclama que solo pueden ser objeto del derecho penal los ataques a bienes jurídicos muy importantes, y solo respecto a los ataques de mayor gravedad, puesto que el derecho penal se caracteriza por ser un derecho subsidiario cuya utilización está subordinada a la utilización de otras ramas del ordenamiento jurídico (*principio de ultima ratio*, carácter fragmentario del derecho penal).

Si no hay lesión, ni peligro de lesión para bienes jurídicos y la forma de ataque a estos bienes no es de tanta gravedad, deberían ser acciones circunscritas al ámbito del derecho administrativo. Hay que tener en cuenta que la concepción del delito como lesión o peligro de lesión para bienes jurídicos se encuentra en la base del proceso de descriminalización característico del derecho penal actual, que ha llevado a separar de él amplios sectores del injusto administrativo¹¹.

Respecto al *tipo subjetivo* de estos delitos, se sostiene por parte de algunos autores —merece a este respecto especial atención el trabajo de BERISTAIN¹²— que hay una categoría específica de dolo, el llamado "dolo de peligro" (dolo de puesta en peligro)¹³; después se diversifican las opiniones y se concibe a veces como una

⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte general, 1971, Madrid, pág. 261.

¹⁰ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. IV, Leipzig, 1919, pág. 408.

¹¹ TORIO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 826.

¹² BERISTAIN, "El delito de peligro ...", *op. cit.*, pág. 557.

¹³ En contra: JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de derecho penal*, vol. v, Buenos Aires, Ed. Losada, S. A., 1956, pág. 564), quien niega la existencia del dolo de peligro: "si recordamos el ejemplo de Stoops referente al cazador que dispara con riesgo para los ojeadores y mata a uno, es fácil comprender que ese supuesto «dolo de peligro» será unas veces «dolo eventual» y otras «culpa consciente», según que el apasionado escopetero dispare su arma ratificando la muerte del que bate la caza, en un inhumano afán de que la pieza no escape; o que se diga: 'hay un ojeador en peligro, pero yo soy muy experto en el tiro y es imposible que mate a ese hombre'. Así, pues, serán casos de *dolus eventualis* o de culpa con representación pero no de dolo de peligro, cuya figura no existe como entidad autónoma, como clase común a infracciones de variada índole".

categoría autónoma junto con el dolo directo de primero y segundo grados y el dolo eventual; y otras veces como una subespecie de ambos tipos de dolo, propia de los delitos de peligro, concretándose su contenido en que el autor conoce y quiere su acción (su temeraria forma de conducir) y su resultado (el peligro prohibido).

Según otra opinión —es aquí significativa la postura de BARBERO SANTOS¹⁴—, el dolo de los delitos dolosos de peligro es idéntico al de los delitos dolosos de lesión. Por eso sus sostenedores están en contra de la utilización de las expresiones “dolo de lesión” - “dolo de peligro”.

Hay que tener en cuenta que querer el resultado de este tipo de delitos, rara vez se dará como objeto de volición. No puede ser cuestionado el que un sujeto quiera su acción peligrosa, “pero lo que es difícil de imaginar es que se quiera la situación de peligro, ya que en general, a lo más, se la aceptará como resultado concomitante”¹⁵. El que conduce temerariamente quiere normalmente su acción peligrosa, pero es más difícil de sostener que con su acción peligrosa lo que busca es crear una situación de peligro.

Normalmente, entonces, no es que el sujeto se decida por la realización de una acción teniendo prevista la producción de un resultado peligroso para el bien jurídico, sino que el resultado peligroso no es lo directamente buscado con la acción del sujeto; es por este motivo por el que en este tipo de delitos hay que acudir con frecuencia al dolo directo de segundo grado o al dolo eventual, y es aquí donde continúan los problemas, ya que la diferenciación de los distintos tipos de dolo respecto a los delitos de peligro es considerada imposible por algunos autores, sobre todo respecto al dolo eventual y la culpa con representación; en todo caso, los límites son muy tenues, por lo que, y como ocurre con los delitos de lesión, “se tiende a prescindir de tal diferencia con la consecuencia de que los delitos de peligro se satisfarían en el ámbito subjetivo con la mera representación”¹⁶.

El típico ejemplo esgrimido siempre para poder apreciar la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación, es la mejor prueba de la inutilidad de tal diferenciación: un sujeto conduce su coche a una velocidad normal y al llegar a un *pare* hace caso omiso del mismo; las consecuencias a que da lugar su acción son, aparte de los daños materiales, la muerte de dos personas. Se trata de dolo eventual si el sujeto al saltarse el *pare* sin detenerse argumenta de la siguiente manera: es de noche y hay menos tráfico, por esta carretera no pasan habitualmente muchos coches, pero es posible que si no detengo el coche en el *pare* provoque un accidente; en todo caso voy a actuar “contando con” la probabilidad de que dicho accidente se produzca. Se trata de culpa con representación si el sujeto, argumentando del mismo modo, concluye que es imposible que pase algún coche, que no va a provocar ningún accidente, por lo que actúa “rechazando dicha posibilidad”.

Aplicar este tipo de argumentación a los delitos de peligro, es suficiente prueba de lo que venimos exponiendo.

¹⁴ BARBERO SANTOS, “Contribución al estudio ...”, *op. cit.*, pág. 496.

¹⁵ BUSTOS RAMIREZ, “Los delitos de ...”, *op. cit.*, pág. 333.

¹⁶ *Idem*, *ib.*, pág. 334.

En cuanto a la *culpa o imprudencia*, se ha discutido la distinción entre la acción peligrosa y la acción descuidada en la medida en que ambas pueden producir peligro para bienes jurídicos y ambas implican la representación del resultado lesivo; es así como se ha intentado, desde este presupuesto, confundir o equiparar los delitos de peligro con los delitos culposos, cuando lo que no se puede desconocer es que los delitos culposos son delitos de resultado lesivo, ya que este es un elemento del tipo, mientras que en los delitos de peligro no es necesario que se produzca esta lesión de un bien jurídico. Tal y como sostiene BUSTOS, solamente si nos centramos en el desvalor de acción y consideramos que el resultado en los delitos culposos es una mera condición objetiva de punibilidad, la confusión podría suscitarse¹⁷.

De todo lo anteriormente expuesto se desprenden diversas razones¹⁸ para el rechazo de los delitos de peligro abstracto. Algunas de ellas son:

- carecen de contenido material en la antijuridicidad, así como materialmente de nocividad para los bienes jurídicamente protegidos;
- amenazan la seguridad jurídica y pueden dar lugar a un inflacionismo punitivo;
- pueden violar el principio *nullum crimen sine culpa*;
- desdibujan los límites del derecho penal con la ética, etc.

En definitiva, la creación de los delitos de peligro se debe al intento del legislador de proteger bienes jurídicos frente a acciones que los pongan en peligro, pero si no existe peligro para un bien jurídico tampoco puede haber delito (porque el fundamento de la punición es precisamente la existencia del peligro).

Otras clasificaciones de menor importancia, construidas tomando también como eje el concepto de peligro, son:

a) Delitos de *peligro general*, cuando el peligro puede afectar bienes jurídicos de un colectivo o de una sola persona pero indeterminada. Los delitos de *peligro concreto* se refieren en este caso a bienes jurídicos determinados y de personas concretas.

b) Delitos de *lesión-peligro*: producen una lesión en el mundo externo que además amenaza con causar otras lesiones más graves (548: “*Los que incendien edificio, alquería ... sabiendo que dentro se hallaban una o más personas*”).

c) Delitos de *peligro explícito*, cuando la producción del peligro es un elemento formal del tipo y delitos de *peligro implícito* cuando no lo es.

d) Delitos de *peligro hipotético*, que se definen como aquellos en los que no es necesario constatar la producción de la situación peligrosa para un bien jurídico, sino que es suficiente que la acción peligrosa sea idónea para producir un peligro

¹⁷ *Idem*, *ib.*, pág. 339. Autores que, por el contrario, consideran el resultado como una condición objetiva de punibilidad, y que el ilícito se agota en un simple desvalor de acción: BACIGALUPO, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 78, y MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial 1979, pág. 47.

¹⁸ BERISTAIN, “Resultado y delitos de peligro”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1969, pág. 457.

para un bien jurídico. La cuestión de cuándo ha de estimarse relevante en sentido jurídicopenal una acción, es un problema eminentemente valorativo del caso concreto.

3. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Después de analizar brevemente el concepto y la clasificación de los delitos de peligro, volvamos al punto de partida. Los delitos de peligro se crean para proporcionar mayor protección a determinados bienes jurídicos, y es evidente en este sentido la tendencia actual hacia la utilización de este tipo de delitos (sin ir más lejos, el Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización del Código Penal español, de 26 de septiembre de 1988, introduce en el capítulo II del título V del libro II del Código Penal, una sección cuarta nueva, cuyo título es el de *Delitos de riesgos catastróficos*). Esta tendencia se debe, en primer lugar y según manifestaciones de muchos autores¹⁹, al intento de protección de bienes jurídicos, más intensamente; así, frente a los mayores riesgos y peligros de una sociedad progresivamente industrializada y mecanizada (no hay que olvidar que basta con la puesta en peligro, en principio hay mayor protección), por ejemplo, los delitos contra la seguridad en el trabajo; y en segundo lugar, es también debido a que el Estado intervencionista actúa y toma parte en las disfunciones de los procesos sociales y económicos, protegiendo, en ocasiones, intereses que van más allá de los puramente individuales propios del Estado liberal, tales como el medio ambiente o la salud pública. Por lo tanto, el estudio de este tema implica necesariamente el análisis de los bienes jurídicos colectivos, que son los que el legislador trata de proteger prioritariamente al utilizar esta técnica de los delitos de peligro. Cabe además destacar que, curiosamente, casi todas las nuevas tipificaciones de delitos de peligro tienen por objeto la protección de bienes jurídicos colectivos.

¿Por qué se tiende a proteger bienes jurídicos colectivos mediante tipos de peligro? Se funda la razón en que los bienes jurídicos colectivos no admiten otra forma de protección distinta de los tipos de peligro, o es que la importancia de estos bienes jurídicos colectivos obliga al legislador a adelantar la barrera de protección penal para proteger no solo su lesión sino también su puesta en peligro?

SCHRÖEDER dice que puede hablarse de peligro si la figura tiene un determinado objeto de protección que permita determinar con seguridad si fue realmente puesto en peligro (parece que está refiriéndose a bienes jurídicos individuales). Pero estima, por el contrario, que habrá que ceder ante la caracterización legal del peligro si el delito se dirige contra la colectividad o contra un objeto inexistente o no comprobable en el momento del hecho²⁰.

¹⁹ Como ejemplo, cf. BARBERO SANTOS, *op. cit.*, pág. 487.

²⁰ SCHRÖEDER, "Die Gefährdungsdelikte in Strafrecht", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, pág. 17.

Para una línea doctrinal²¹, cuando nos encontramos ante un bien jurídico de carácter colectivo o macrosocial, dada la índole inmaterial del objeto no cabe hablar de peligro, sino de perturbación, perjuicio. Hablar de peligro respecto a estos bienes jurídicos es hacerlo en sentido impropio.

Sin embargo, otra línea doctrinal²² mantiene que los bienes jurídicos globalmente considerados no son susceptibles de menoscabo apreciable: el perjuicio no es mensurable. El recurso a los delitos de peligro se hace inevitable; así, el adelantamiento de la barrera de protección en los bienes jurídicos colectivos no se deriva de su importancia sino de la esencia misma de tales bienes, porque solo admiten la fórmula de protección mediante tipos de peligro.

Respecto al bien jurídico colectivo, se afirma que al configurar un determinado delito de peligro, la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien. De esta forma, el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico protegido en el delito de peligro, aunque no suponga todavía más que un riesgo para otro bien. Esto significa, en resumidas cuentas, que la seguridad de determinados bienes jurídicos puede ser ya en sí misma un bien jurídico²³. Esta construcción tiene importancia, porque se ha utilizado en el sentido de que con los bienes jurídicos colectivos de lo que se trata —a través de los delitos de peligro— es de que sirvan de barreras protectoras de la seguridad de bienes jurídicos individuales.

Se dice también por parte de algunos autores que hay que diferenciar el bien jurídico "institucionalizado", esto es, el efectivamente lesionado (seguridad del tráfico), del bien jurídico genuino o complementado puesto en peligro (vida, integridad física), que es el que trata de proteger el ordenamiento jurídico penal; y se dice que es la razón última del adelantamiento de la protección por la peligrosidad de la conducta²⁴. Hay quien opina que "no puede construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables los bienes jurídicos individuales" ... "el bien jurídico colectivo es más bien un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales, auténticos objetos de tutela de la norma penal"²⁵.

²¹ En este sentido, OTTO ("Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983) mantiene que la protección de bienes jurídicos colectivos mediante tipos de peligro no supone un "adelantamiento" de la protección penal, puesto que se trata de delitos de peligro para bienes individuales, pero de lesión para los colectivos. También PADOVANI, "La problematica del bene giuridico in la scelta delle sanzioni", en *Dei delitti e delle pene*, 1984.

²² Cf. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Reinbek bei Hamburg, 1976; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973.

²³ Así también, ARROYO ZAPATERO (*op. cit.*, pág. 252): "Con el paso del delito de resultado al delito de peligro se opera una alteración respecto al bien jurídico tutelado en el primero. Si en este se trata de la vida y la salud de los trabajadores, en el delito de peligro se protege directamente la misma seguridad en el trabajo".

²⁴ Cf. ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, pág. 44, y PÉREZ ÁLVAREZ, *El delito alimentario nocivo*. Tesis doctoral dactilografiada, Salamanca, 1988, pág. 74.

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, *Delitos de peligro y criminalidad económica*. Ejemplar dactilografiado, págs. 15 y 16.

Las afirmaciones anteriores, ¿no suponen vaciar en cierta forma el concepto de bien jurídico colectivo? No se puede medir el perjuicio respecto de un bien jurídico colectivo; este solo es lesionado si se ha causado un perjuicio a un bien jurídico individual que está en la base de esa protección, por tanto estamos refiriendo siempre el bien jurídico colectivo a un bien jurídico individual; entonces ¿qué contenido tiene el bien jurídico colectivo? Este concepto debe de suponer algo más que la simple suma de bienes jurídicos individuales. El auténtico problema es encontrar un substrato material claramente reconocible en los bienes jurídicos colectivos (que nos ayude en la creación de figuras penales sin manipulación legislativa que impida, por ejemplo, la criminalización de acciones contra la moral sexual general, substrato material que por este motivo solo podemos encontrar en la realidad social) y en este sentido se encuentran algunos trabajos recientes sobre el tema²⁶.

4. REPERCUSIONES QUE EN LA TIPIFICACIÓN A TRAVÉS DE DELITOS DE PELIGRO TIENE EL QUE SE PROTEJAN BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Tomemos como ejemplo de los problemas que va a plantear la efectiva aplicación de un tipo penal construido como tipo de peligro y cuyo objeto de protección es un bien jurídico colectivo, el art. 347 bis del Código Penal español: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”.

El bien jurídico protegido en este tipo penal es el medio ambiente, en consonancia con el mandato constitucional del art. 45, que establece como principio rector de la política social y económica el derecho de todos “a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”.

Analizando el tipo objetivo de este delito comprobamos que la acción consiste en “provocar o realizar directa o indirectamente”. El primer verbo incluye todo tipo de conductas que puedan llevar a la realización del hecho, tales como facilitar, incitar, promover, poner las condiciones, el segundo es mucho más concreto, con lo cual se equiparan dos actividades completamente diferentes en su contenido. La primera abarca actos simplemente preparatorios, a los cuales se les aplica la misma pena que a los actos de realización²⁷.

El comportamiento típico es muy complejo y amplio, es necesario también que se contravengan las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente; es,

²⁶ Cf. como ejemplo TERRADILLOS BASOCO, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1981, págs. 123-149, y BUSTOS RAMÍREZ, “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de JIMÉNEZ DE ASÚA en el Código Penal de 1932)”, en *Control Social y Sistema Penal*, cit., págs. 181-203.

²⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, Ed. Ariel, 1986, pág. 353.

en suma, lo suficientemente vago como para que resulte problemática su determinación y la efectiva aplicación de este artículo.

Pero además hay restricciones en el tipo: la primera es que la acción de provocar o realizar emisiones o vertimientos ponga en *peligro grave* la salud de las personas. La segunda restricción es que puedan *perjudicar gravemente* las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Es obvio que no se protege todo el medio ambiente, sino solo lo específicamente determinado en la parte final de ese artículo, y hay que demostrar además el peligro concreto grave respecto a un concepto tan amplio como las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. El eje del artículo serían los criterios —que por supuesto no especifica la ley— que vamos a utilizar para demostrar que ha habido un peligro concreto y grave, que se han perjudicado gravemente las condiciones de vida animal.

Respecto a la prueba del peligro, es notorio que esta plantea múltiples problemas, pero es que también la prueba de la lesión respecto de bienes jurídicos colectivos los trae consigo. Es de destacar la opinión de TERRADILLOS²⁸ a este respecto, quien considera que “la adveración de la lesión de un bien jurídico tan inconmensurable (se está refiriendo a un bien jurídico colectivo al que líneas más arriba ha calificado como «bien jurídico marco») es, en la mayoría de los casos, imposible”; por esta razón se opone a las consideraciones de autores antes citados, como OTTO, que propugnan la creación de auténticos delitos de lesión respecto de bienes jurídicos colectivos; y por esta razón se decanta por la creación de tipos de peligro concreto para la protección de estos bienes. Pero la auténtica dificultad respecto a la prueba del peligro está cifrada en el hecho de que tenemos que probar que ha existido un peligro para un bien jurídico supraindividual; debido a esta circunstancia, los problemas que ya existen en los delitos de peligro en relación con bienes jurídicos individuales se acrecientan cuando nos referimos a bienes jurídicos colectivos. TERRADILLOS sostiene que la cuestión problemática²⁹ es que lo que el legislador protege, es decir, lo que está en la base de los tipos penales, sean auténticos bienes jurídicos, de manera que “a pesar ... de tener un carácter global y difuso, puedan ofrecer una base material al ilícito penal”.

Sin embargo, si analizamos esta problemática a la luz del art. 347 bis del Código Penal, vemos que aunque se declara que el bien jurídico es el medio ambiente (primer problema, la determinación de este), la acción ha de estar dirigida a la puesta en *peligro grave* de la salud de las personas, y no del medio ambiente;

²⁸ TERRADILLOS BASOCO, *Delitos de peligro ...*, cit., págs. 67 y ss.

²⁹ TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, págs. 69 y 70. BUSTOS RAMÍREZ (“Los bienes jurídicos colectivos ...”, *op. cit.*, pág. 186): “En definitiva, tanto la crítica intrasistémica como la metasistémica respecto del bien jurídico no afectan tanto al concepto mismo del bien jurídico como a una revisión de él, con el fin de llegar a un planteamiento material de su contenido”. También en la pág. 195: “El problema a resolver es si estos bienes jurídicos colectivos, por el hecho de referirse al funcionamiento del sistema social y tener un carácter doblemente masivo y universal, pierden su capacidad para ofrecer una base material precisa al ilícito penal”.

si se quería anticipar la protección, se tenía que haber castigado la puesta en peligro concreto del medio ambiente³⁰ y no recurrir para la consumación del delito a un bien jurídico individual. Así nos encontramos con que este tipo protege un bien jurídico colectivo —el medio ambiente—, pero solo en la medida en que ponga en peligro grave la salud de las personas o bien pueda perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, teniendo en cuenta, además, que hay que provocar (?) o realizar, con la previa infracción de una ley o reglamento protector del medio ambiente, una emisión o vertimiento de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas (¿por qué limitarlo a estos cuatro supuestos? ¿Qué pasa, por ejemplo, con el subsuelo?) que pongan en peligro grave (?) la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente (?) las condiciones (?) de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

La doctrina no ha perfilado criterios para la determinación de la prueba del peligro; la mayor parte de los autores sostienen que respecto a la prueba del peligro "es imposible dar una regla práctica o entrar al detalle de cada situación, que estamos en presencia de tipos abiertos que el juez deberá llenar en cada caso de acuerdo a las circunstancias y a una racional experiencia social"³¹.

Sin embargo, otros autores sostienen que el dejar a la apreciación del juzgador la determinación de la realidad o proximidad del peligro, permite intervenir en la concreción del tipo un elemento personal y, en cuanto tal, indeterminado e imprevisible, con quebranto de las garantías penales³².

Respecto al tipo subjetivo. El problema de los delitos de peligro respecto de bienes jurídicos colectivos estriba en que el autor raramente dirige su acción a la lesión de bienes tales como el medio ambiente, sino que tiene objetivos mucho más determinados y se dirige contra bienes más concretos. Por esta razón, autores como ARROYO³³ sostienen que sufre una transformación considerable, ya que no solo se amplía el círculo de conductas punibles (al punir no solamente el resultado lesivo para el bien jurídico sino también la puesta en peligro de ese bien jurídico), sino que si en el delito de resultado se da el dolo solamente cuando dicho resultado es querido o aceptado por el sujeto, en el delito de peligro el dolo se afirma ya con la voluntad o aceptación del peligro.

En los delitos de peligro concreto el elemento volitivo del dolo aparece considerablemente debilitado, aceptándose generalmente la presencia del dolo con el conocimiento (elemento intelectual) del mismo.

Siguiendo con el ejemplo del delito ecológico, el autor de este delito no suele perseguir el atentado al medio ambiente, sino que con su acción pretende liberar

a su empresa, por ejemplo, de los costos económicos que supondría la instalación de una planta depuradora, o de los inconvenientes y molestias que implicaría la adopción de medidas tendentes a evitar contaminación; y en la medida en que pretende cumplir estos objetivos, acepta el peligro que para el medio ambiente va a derivarse, pero no se trata de que el autor del delito pretenda el resultado contaminante o poner en peligro, ni grave ni leve, la salud de las personas.

CONCLUSIONES

Después de esta esquemática presentación de los problemas esenciales de los delitos de peligro, especialmente de las repercusiones que en la protección de bienes jurídicos colectivos tiene esta técnica de tipificación, nos queda, casi como reflexión obligada, la idea de que se está utilizando con demasiada ligereza esta forma de protección de bienes jurídicos. Todos los nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, tales como el medio ambiente, o todos los del ámbito socioeconómico, están estructurados no como delitos de lesión sino como delitos de peligro. Como ya se dijo en páginas anteriores, el Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización del Código Penal, de 26 de septiembre de 1988, introduce en el capítulo II del título V una nueva sección, la cuarta, cuyo título es el de "Delitos de riesgos catastróficos", cuya regulación responde a la misma idea. Con ello se intenta en principio proteger más eficazmente bienes jurídicos que afectan a toda la colectividad, pero en realidad por las dificultades —no resueltas por los estudios doctrinales— que plantean estos delitos, lo que implica una práctica inaplicación de estas figuras ante los tribunales, se acaba en una desprotección efectiva de todos estos bienes jurídicos.

Desprotección efectiva que es necesario vincular a la selección criminalizadora que se realiza a través de la diversa formulación técnica de los comportamientos que van a quedar incluidos en el ámbito penal³⁴. Tal y como puso de manifiesto BARATTA: "En lo que concierne a la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos, el «carácter fragmentario» del derecho penal pierde las ingenuas justificaciones basadas en la naturaleza de las cosas o en la idoneidad técnica de ciertas materias, y no de otras, para ser objeto de control penal. Estas justificaciones son una ideología que cubre el hecho de que el derecho penal tiende

³⁴ Cf. BARATTA (*Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 1986, Siglo XXI Editores, s. a. de c.v., pág. 168): "El análisis teórico y las investigaciones empíricas han llevado a la destrucción del mito del derecho penal como derecho igual, así frente a la idea de que el derecho penal protege igualmente a todos los ciudadanos contra las ofensas a los bienes esenciales, en los cuales están igualmente interesados todos los ciudadanos, la corriente crítica ha puesto de manifiesto que el derecho penal no defiende todos y solo los bienes esenciales en los cuales están interesados por igual todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial. El grado efectivo de tutela ... es independiente de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que estas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizadora y de su intensidad".

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, ed. cit., pág. 354.

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, "Los delitos de ...", op. cit., pág. 332.

³² NOVOA MONREAL, "Les délits de mise en danger", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, pág. 332.

³³ Vid. ARROYO ZAPATERO, op. cit., pág. 252. Sobre el dolo en los delitos de peligro, cf. BUSTOS POLITOFF, "Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, vols. I-II, 1969, págs. 348 y ss.

a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ellas, y ligados funcionalmente a la existencia de la acumulación capitalista, y tiende a orientar el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas. Esto no solo acontece con la elección de los tipos de comportamientos considerados para acuñar la figura legal delictiva y con la diversa intensidad de la amenaza penal, que a menudo está en relación inversa con la dañosidad social de los comportamientos, sino en la formulación técnica misma de las figuras delictivas³⁵.

El dinero como objeto material del peculado

Erleans de Jesús Peña Ossa

Exmagistrado interino de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva. Juez 2° Superior de la misma ciudad

1. NOCIÓN

No se discute que la diferencia entre peculado por apropiación y peculado por uso indebido radica en que, mientras en aquel el sujeto activo no tiene ninguna intención de restituir el bien, en este sí, y hace, por tanto, mero aprovechamiento o disfrute momentáneo del objeto. Recordemos que, de manera por demás absurda, el art. 3° del decreto extraordinario 1858 de 1951 (normatividad que se convirtió en la ley 141 de 1961 y derogó los arts. 151, 152 y 153 del C. P. de 1936) traía en esa misma disposición ambas clases de peculado con un igual tratamiento punitivo. El estatuto en vigor desde el 29 de enero de 1981, a partir de su anteproyecto, restableció la lógica y la equidad, describiéndolos de manera separada, dándole a cada uno de ellos penas diferentes y estatuyendo una más severa para el peculado por apropiación¹.

En efecto, usar es, desde el punto de vista tanto gramatical como penalístico, hacer que un bien preste un determinado servicio, utilidad o beneficio, uso que dado el elemento normativo de contenido jurídico involucrado en el tipo penal, debe ser indebido, vale decir, no autorizado por normatividad alguna. Por manera que el empleado oficial que comete peculado por uso, realiza sobre el bien actos de dueño sin serlo, después de los cuales no tienen ningún interés en seguir disfrutándolo.

¹ Anteproyecto del Código Penal colombiano, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 352.

³⁵ BARATTA, *op. cit.*, pág. 171.

El asunto no ofrece ninguna dificultad en aquellos casos en que el aprovechamiento temporal no permitido legalmente, en modo alguno imposibilita que se devuelva el mismo bien. Un vehículo oficial del que se hace uso indebido puede de nuevo seguir siendo empleado en actividades del órgano público para el cual fue adquirido. Las divergencias surgen en torno a aceptar o no el peculado por uso, cuando el dinero es el objeto material.

Quienes están por la viabilidad de la hipótesis, sostienen que ella es una realidad cuando se logra establecer el propósito claro de devolver². Quienes se identifican con la negativa, aducen que en los supuestos en que el uso implique consumisión, destrucción o transformación, lo que existe es sustracción o apropiación, como ocurre con el dinero o las cosas consumibles³.

2. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En vigor del citado decreto extraordinario, fue reiterativamente copiosa la tesis del alto tribunal de justicia, según la cual "... lo mismo comete peculado por uso indebido quien se apropia los fondos oficiales como quien los distrae para hacer préstamos, aunque los reintegre. El dinero, los licores, etc., son bienes fungibles que no pueden usarse sin consumirse. Lo cual quiere decir que quien hace de ello un uso conveniente a su naturaleza, se los apropia aunque después los reintegre o devuelva"⁴.

Como fácil resulta advertirlo, el planteamiento se identifica con el de quienes no admiten el dinero como objeto material del peculado por uso.

Ya en vigencia del actual estatuto, los siguientes hechos dieron ocasión a otro pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia: una juez consignó un dinero entregado por un obligado alimentante en su cuenta personal en vez de hacerlo a nombre del juzgado, suma de la cual hacía entregas mensuales a la esposa de aquel, quedando un remanente que vino a devolver cuando, trasladada a otro municipio, su sucesora se lo exigió.

Fue así como por auto del 27 de enero de 1987, con ponencia del doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y con el salvamento de voto del doctor JAIME GIRALDO ÁNGEL, en lo pertinente consignó la Corte:

"Se ha querido ver, por el *a quo* y para fundamentar el sobreseimiento definitivo, o para advertir que se trata de un peculado por uso indebido —salvamento de voto—, que el art. 2246 del Código Civil obliga a quien se apropia del dinero depositado, por lo mismo que puede disponer de él, a «restituir otro tanto en

la misma moneda». Conviene a este respecto comentar la tesis y fijarla en su exacto alcance. El legislador, en materia civil, ha regulado el depósito (libro 3º, título 31, capítulo 1º) y, ciertamente, para señalar prestaciones y contraprestaciones de este rango, establecer tal normatividad sobre la base de considerar el dinero como bien fungible. Pero tal disposición presenta una limitante, o sea, que se trate del «depósito». Se parte, entonces, de la posibilidad de un contrato en que las partes tienen libertad para acordar su realización y al cual la ley, para suplir la voluntad silenciada, establece algunas previsiones, entre ellas la que se comenta. Pero la actividad analizada no responde a este marco jurídico, pues bien distinta es la relación que se establece entre un juez que, en ejercicio de una función pública, determina el cumplimiento de una obligación de parte de quien ha sido demandado o se comporta como demandante. En este caso ninguno de los elementos propios y esenciales del contrato de depósito, se da para una situación de esta índole. De ahí que no puedan aplicarse una serie de conceptos, de carácter privado, a una relación eminentemente pública, regida por otras disposiciones de diferente contenido, desarrollo y alcance. El obligado se ve compelido a cumplir con la entrega de un dinero que no «deposita» aunque verifique una consignación bancaria a órdenes del despacho judicial, o por mandato de este para un tercero, a fin de que uno y otro, según los términos de la decisión que la causa, lo afecten. El juez, en este caso, nada recibe en depósito ni puede disponer en provecho suyo ese dinero. La ley le veda toda intervención al respecto. De donde mal puede aplicarse un precepto con notoria connotación de relación privada, en la cual el punto de partida lo constituye la posibilidad de «emplearlo» para personal provecho o de un tercero ligado al depositario. Tan cierto resulta esta consideración, que si se llega a admitir la eventualidad de este «empleo», no puede ni siquiera hablarse de uso indebido sino de un obrar conforme a derecho, pues se está haciendo con base en mandatos de la ley, en el campo civil, que auspician esta conducta".

El solitario disenso se registró de la siguiente manera:

"1. Es claro que al recibir y consignar la juez D. G. O. unas sumas de dinero entregadas por una de las partes en un proceso por inasistencia alimentaria, consignándolas en su cuenta personal, incurrió en un apoderamiento indebido de dinero del Estado.

"Es claro también que su comportamiento no puede justificarse con base en la facultad que da el art. 2246 del Código Civil al depositario para disponer del dinero que se da en depósito, pues un juez en ningún caso puede recibir a este título los dineros que la ley obliga a las partes a consignar por razón de los procesos que se tramiten en su despacho.

"2. Sin embargo, el apoderamiento y disposición de un bien no constituye por sí solo el delito de peculado por apropiación, pues con relación a los bienes fungibles, su uso implica la capacidad del usuario para disponer de los mismos, tal como lo prevén las normas del Código Civil.

"Por tanto, para poder definir si en estos casos se trata de un peculado por apropiación o por uso, es necesario tener en cuenta la intención del sujeto activo de la infracción, colegida de su comportamiento concreto.

² ANTONIO J. CANCINO MORENO, *El delito de peculado en el nuevo Código Penal (análisis histórico y dogmático)*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 121 y ss.

³ RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. VII, Córdoba-Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1974, pág. 115; CARLOS CREUS, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1984, pág. 327.

⁴ Casación penal del 10 de abril de 1958. Magistrado ponente, Dr. ANTONIO VICENTE ARENAS.

”En el caso en estudio, está plenamente demostrado en el proceso que la doctora G. no tuvo nunca la intención de apropiarse de las sumas de dinero recibidas, pues periódicamente entregaba a la demandante las mesadas acordadas, y cuando fue requerida por la funcionaria que la sustituyó en el juzgado, reintegró el remanente que estaba pendiente de entrega, poniendo de manifiesto su ignorancia con relación a la obligación que tenía de consignar a nombre del juzgado la mencionada suma. En mi opinión se configura, por tanto, un peculado por uso y no apropiación”⁵.

3. NUESTRO CRITERIO

Creemos que en el aprovechamiento de los réditos de una determinada suma de dinero entregada al empleado oficial por alguna razón del cargo, el comportamiento lleva ínsito el ánimo restitutorio, como que el sujeto agente en modo alguno se apropia del capital —que es el bien, *stricto sensu*, en el evento en examen— sino de sus beneficios, lo que constituye una manera de hacer uso de él.

Tratándose de la disposición del dinero adquiriendo con él bienes y servicios, el asunto amerita precisiones, pues la intención restitutoria solo puede colegirse en aquellas conductas en que, de una parte, el agente sepa con certeza que puede hacer la devolución de la suma que toma para sí o para un tercero dentro de un lapso relativamente breve y, de otra, que la acción típica se realice en ese espacio de tiempo, como sucedería, a título de ejemplo, si un juez recibe dinero de quien desea participar en un remate y dispone de él sabiendo que a la realización de la diligencia tiene la manera de responder, pues ya habría recibido su sueldo.

Aceptar una permanente e incierta vocación de reintegro del dinero, sería tanto como sostener que el peculado por apropiación nunca tendría estructuración, cuando de tal bien material se trate, pues siempre habrá alguna posibilidad de devolución (un préstamo, la generosa donación de un pariente o amigo y hasta un golpe de fortuna), inclusive para los efectos de atenuación punitiva —C. P., art. 139—.

Pero, igualmente, negar antes de todo análisis la estructuración del peculado por uso y dar por establecido el peculado por apropiación cuando se disponga de especies monetarias, puede constituir la más flagrante violación de uno de los principios básicos del derecho penal moderno, cual es el derecho penal de hecho, en una de sus variantes: imputarle al sujeto activo más de lo que en realidad quiso y realizó, lo que desdice de un derecho penal liberal y democrático.

Ciertamente que *de lege data* el viejo planteamiento de la Corte Suprema de Justicia se imponía. Al fin y al cabo en la ley positiva a la sazón vigente peculado por apropiación y peculado por uso eran comportamientos alternativos de un mismo tipo penal. Actualmente resulta insostenible, teniendo en cuenta que ambas formas de peculado se han separado y contienen penalidades diversas. Además, y lo decimos

⁵ *Jurisprudencia penal*, primer semestre, 1987, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, págs. 21 y ss.

con nuestro acostumbrado respeto, acusa el defecto de la postura doctrinante que descarta apriorísticamente la configuración del peculado por uso cuando el objeto material es el dinero, con base en la consideración de que este es un bien fungible.

Y es cierto que en la terminología jurídico-civil la moneda es un bien fungible, pero no porque perezca o se destruya por el primer uso “sino por la equivalencia que preside toda obligación de pagar dinero ...”⁶. Así los cien mil pesos, pongamos por caso, que el mutuario devuelve al mutuante se entiende, obviamente, de igual valor a los cien mil pesos que recibió de este y de los cuales dispuso. De igual suerte el empleado oficial que realiza la acción descrita en el art. 134 del C. P. sobre especies monetarias, devuelve la suma numérica de la que hizo uso indebido. De tal modo que el dinero es un bien fungible, no por su naturaleza —ya que no se consume ni se transforma cuando de él se hace uso— sino por disposición expresa de la ley, la cual, en los contratos en donde es objeto, permite que su devolución se cumpla con una suma equivalente, lo que no podría ser de otra manera debido a su activa circulación.

En este orden de ideas, discrepamos de los autorizados argumentos consignados en la providencia mayoritaria del máximo organismo jurisdiccional del 27 de enero de 1987. No se trata de utilizar caprichosamente categorías iusprivatistas en una relación eminentemente pública, sino de determinar si en ese caso concreto, la forma de reintegro por estar regulada por el derecho civil constituye un obstáculo insalvable para emplearla en el ámbito penal, o si, por el contrario, es una relación jurídica universal y válida para ambas ramas del ordenamiento, como creemos es evidente.

A este respecto resultan atinadas las observaciones de GUARNERI⁷ cuando, abordando el tema de si en sede penal han de recogerse las relaciones jurídico-privadas, acota: “... de ninguna manera podemos hablar de una autonomía o subordinación absolutas ... Prescindiendo de generalizaciones estériles y apriorísticas, cuyo único motivo de justificación es la relación terminológica, el intérprete debe atender a la situación concreta e individual protegida por la norma penal para identificar sus elementos esenciales”. MANTOVANI⁸ más recientemente puntualiza, por su parte, que “negar *a priori* toda posibilidad de correspondencia o divergencia entre conceptos civiles y los penales resulta, desde el punto de vista de la aplicación concreta, arbitrario. Por ello, tanto la denominada corriente civilística como la autonomista pecan de apriorismo porque intentan postular una convergencia de conceptos allí donde puede haber una mera convergencia terminológica, o una divergencia allí donde puede darse plena concordancia tendiéndose, por tales vías a imponer al intérprete del derecho penal un itinerario diverso del típicamente inductivo, que es propio del conocimiento científico en general”.

⁶ JOSÉ J. GÓMEZ, *Bienes*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1981, pág. 87.

⁷ *Diritto penale ed influenze civilistiche*, Milano, 1974, págs. 64-65, citado por SUSANA HUERTA, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, 1ª ed., Madrid, Edit. Civitas, S.A., 1980, págs. 21 y 22.

⁸ *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962, pág. 26, también citado por SUSANA HUERTA, ob. cit., pág. 22.

Y los conceptos civiles referentes a la manera de realizar el reintegro del dinero, trátase de un contrato de depósito, de mutuo, etc., o simplemente del uso ilícito que de tal bien haga un empleado oficial al que se le haya confiado por razón de sus funciones, no pueden ser diferentes, vale decir, el depositario, el mutuario y el empleado oficial incurso en peculado por uso, solo pueden devolver la suma numérica recibida o usada indebidamente.

Además, resulta incuestionable —como lo registra el magistrado que salvara el voto— que el comportamiento de la juez no puede justificarse con base en la regulación que del fenómeno restitutorio del dinero hace el Código Civil. Otra cosa es que ontológicamente no dispusiera de otra vía para devolver lo que usó indebidamente y de lo cual no tuvo en mente apropiarse.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

PREÁMBULO

Las Partes en la presente Convención.

Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad,

Profundamente preocupadas por la sostenida y creciente penetración en diversos grupos sociales del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y, particularmente por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado ilícito del consumo de drogas y como instrumentos de la fabricación, la distribución y el comercio ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, con el peligro de incalculable gravedad que ello encierra,

Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados,

Reconociendo también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad,

Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las

estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles,

Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad,

Deseosas de eliminar las causas profundas del problema del uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, comprendida la demanda ilícita de dichas drogas y sustancias y las enormes ganancias derivadas del tráfico ilícito,

Considerando que son necesarias medidas de control con respecto a determinadas sustancias, como los precursores, productos químicos y disolventes, que se utilizan en la fabricación de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y que, por la facilidad con que se consiguen, han provocado un aumento de la fabricación clandestina de esas drogas y sustancias,

Decididas a mejorar la cooperación internacional para la supresión del tráfico ilícito por mar,

Reconociendo que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional,

Reconociendo la competencia de las Naciones Unidas en materia de fiscalización de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y deseando que los organismos internacionales relacionados con ella actúen dentro del marco de esa Organización,

Reafirmando los principios rectores de los tratados vigentes sobre fiscalización de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y el sistema de fiscalización que establecen,

Reconociendo la necesidad de fortalecer y complementar las medidas previstas en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, con el fin de enfrentarse a la magnitud y difusión del tráfico ilícito y sus graves consecuencias,

Reconociendo también la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito,

Deseosas de concertar una convención internacional que sea un instrumento completo, eficaz y operativo específicamente dirigido contra el tráfico ilícito en la que se tomen en cuenta los diversos aspectos del problema en su conjunto, en particular los que no estén previstos en los tratados vigentes en la esfera de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas,

Convienen en lo siguiente:

Artículo 1

Definiciones

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el tema de la presente Convención:

Por "adormidera" se entiende la planta de la especie *Papaver somniferum L*;
Por "arbusto de coca" se entiende la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxylon*;

Por "bienes" se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

Por "Comisión" se entiende la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;

Por "Consejo" se entiende el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;

Por "Convención de 1961" se entiende la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes;

Por "Convención de 1961 en su forma enmendada" se entiende la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes;

Por "Convenio de 1971" se entiende el Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971;

Por "Cuadro I" y "Cuadro II" se entiende la lista de sustancias que con esa numeración se anexa a la presente Convención, enmendada oportunamente de conformidad con el artículo 12;

Por "decomiso", se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;

Por "embargo preventivo" o "incautación" se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente;

Por "entrega vigilada" se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II, anexos a la presente Convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención;

Por "Estado de tránsito" se entiende el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias;

Por "estupefaciente" se entiende cualquiera de las sustancias naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención de 1961 y de esa Convención en su forma enmendada;

Por "Junta" se entiende la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes establecida por la Convención de 1961 y por esta Convención en su forma enmendada;

Por "planta de cannabis" se entiende toda planta del género *Cannabis*;

Por "producto" se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3;

Por "Secretario General" se entiende el Secretario General de las Naciones Unidas.

Por "sustancia sicotrópica" se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio de 1971;

Por "tráfico ilícito" se entiende los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 de la presente Convención;

Por "transportista comercial" se entiende una persona o una entidad pública, privada o de otro tipo dedicada al transporte de personas, bienes o correo a título oneroso.

Artículo 2º

Alcance de la presente Convención

1. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

2. Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

3. Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno.

Artículo 3º

Delitos y sanciones

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;

ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

iii) la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con el objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);

iv) la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines;

v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

c) Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico,

i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

ii) la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines;

iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

2. Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno,

cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

3. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

4. a) Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.

b) Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social.

c) No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento.

d) Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o del castigo por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2° del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicho castigo, disponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente.

5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte;

b) la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas;

c) la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito;

d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente;

e) el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo;

f) la victimización o utilización de menores de edad;

g) el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales;

h) una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita.

6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas destinadas a hacer cumplir la ley respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos.

7. Las Partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos.

8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia.

9. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas, conforme a lo previsto en su propio ordenamiento jurídico, para que la persona que haya sido acusada o declarada culpable de alguno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en el territorio de dicha Parte comparezca en el proceso penal correspondiente.

10. A los fines de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5°, 6°, 7° y 9°, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

11. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con estos queda reservada al derecho interno de las Partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados, con arreglo a lo previsto en ese derecho.

Artículo 4°

Competencia

1. Cada una de las Partes:

a) adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1° del artículo 3°:

i) cuando el delito se cometa en su territorio;

ii) cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito;

b) podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1° del artículo 3°:

i) cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;

ii) cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo;

iii) cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3° y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3°.

2. Cada una de las Partes:

a) adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3° cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte deniegue su extradición a otra basándose en que:

i) el delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito; o

ii) el delito ha sido cometido por un nacional suyo;

b) podrá adoptar también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3° cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte deniegue su extradición a otra.

3. La presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno.

Artículo 5°

Decomiso

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3°, o de bienes cuyo valor equivalga al de este producto;

b) de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y los equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3°.

2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros, o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

4. Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente respecto de un delito tipificado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3°, la Parte en cuyo territorio se encuentren el producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo:

i) Presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso al que, en caso de concederse, dará cumplimiento; o

ii) Presentará ante sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en la medida solicitada, el mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, en lo que se refiera al producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 que se encuentren en el territorio de la Parte requerida.

b) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente en un delito tipificado según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3°, la Parte requerida adoptará medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras al eventual decomiso que se ordene ya sea por la Parte requirente o, cuando se haya formulado una solicitud con arreglo al inciso a) del presente párrafo, por la Parte requerida.

c) Las decisiones o medidas previstas en los incisos a) y b) del presente párrafo serán adoptadas por la Parte requerida de conformidad con su derecho interno y con sujeción a sus disposiciones, y de conformidad con sus reglas de procedimiento o los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que haya concertado con la Parte requirente.

d) Será aplicable mutatis mutandis lo dispuesto en los párrafos 6 a 19 del artículo 7°. Además de la información enumerada en el párrafo 10 del artículo 7°, las solicitudes formuladas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

i) en el caso de una solicitud correspondiente al apartado i) del inciso a) del presente párrafo, una descripción de los bienes por decomisar y una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente que sea suficiente para que la Parte requerida pueda tramitar el mandamiento con arreglo a su derecho interno;

ii) en el caso de una solicitud correspondiente al apartado ii) del inciso a), una copia admisible en derecho de un mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente que sirva de fundamento a la solicitud, una exposición de los hechos e información sobre el alcance de la solicitud de ejecución del mandamiento;

iii) en el caso de una solicitud correspondiente al inciso b), una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

e) Cada una de las Partes proporcionará al Secretario General el texto de cualesquiera de sus leyes y reglamentos por los que haya dado aplicación al presente párrafo, así como el texto de cualquier cambio ulterior que se efectúe en dichas leyes y reglamentos.

f) Si una de las Partes opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los incisos a) y b) del presente párrafo a la existencia de un tratado pertinente, dicha Parte considerará la presente Convención como base convencional necesaria y suficiente.

g) Las Partes procurarán concertar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo.

5. a) La Parte que haya decomisado el producto o los bienes conforme a los párrafos 1 o 4 del presente artículo, dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

b) Al actuar a solicitud de otra Parte, con arreglo a lo previsto en el presente artículo, la Parte podrá prestar particular atención a la posibilidad de concertar acuerdos a fin de:

i) aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dicho producto y de dichos bienes, o de los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas;

ii) repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin.

6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, estos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:

i) el producto;

ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o
iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto.

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes y con arreglo a lo dispuesto en él.

Artículo 6°

Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3°.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si una Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra Parte, con la que no la vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. Las Partes que requieran una legislación detallada para hacer valer la presente Convención como base jurídica para la extradición considerarán la posibilidad de promulgar la legislación necesaria.

4. Las Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellas.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición.

6. Al examinar las solicitudes recibidas de conformidad con el presente artículo, el Estado requerido podrá negarse a darles cumplimiento cuando existan motivos de peso que induzcan a sus autoridades judiciales u otras autoridades competentes a presumir que su cumplimiento facilitaría el procesamiento o el castigo de una persona, por razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que se ocasionarían perjuicios por alguna de estas razones a alguna persona afectada por la solicitud.

7. Las Partes se esforzarán por agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

8. Con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, la Parte requerida podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud de la Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

9. Sin perjuicio del ejercicio de cualquier competencia penal establecida de conformidad con su derecho interno, la Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente deberá,

a) si no lo extradita por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º, por los motivos enunciados en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 4º, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que se haya acordado otra cosa con la Parte requirente;

b) si no lo extradita por un delito de ese tipo y se ha declarado competente en relación con ese delito de conformidad con el inciso b) del párrafo 2 del artículo 4º, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que la Parte requirente se oponga a efectos de salvaguardar su competencia.

10. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena se deniega basándose en que la persona objeto de la solicitud es nacional de la Parte requerida, esta, si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legislación, previa solicitud de la Parte requirente, considerará la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta conforme a la legislación de la Parte requirente o el resto de dicha condena que quede por purgar.

11. Las Partes procurarán concertar acuerdos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

12. Las Partes podrán considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, ya sean especiales o generales, sobre el traslado de las personas condenadas a prisión u otra forma de privación de libertad por los delitos a los que se aplica el presente artículo, a fin de que puedan terminar de cumplir sus condenas en su país.

Artículo 7º

Asistencia judicial recíproca

1. Las Partes se prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º.

2. La asistencia judicial recíproca que ha de prestarse de conformidad con el presente artículo podrá ser solicitada para cualquiera de los siguientes fines:

- a) recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) comunicar documentos judiciales;
- c) efectuar inspecciones e incautaciones;
- d) examinar objetos y lugares;
- e) facilitar información y elementos de prueba;
- f) entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial;
- g) identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;

3. Las Partes podrán prestarse cualquier otra forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno de la Parte requerida.

4. Las Partes, si así se les solicita y en la medida compatible con su derecho y práctica internos, facilitarán o alentarán la presentación o disponibilidad de personas, incluso de detenidos, que consientan en colaborar en las investigaciones o en intervenir en las actuaciones.

5. Las Partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones derivadas de otros tratados bilaterales o multilaterales, vigentes o futuros, que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca en asuntos penales.

7. Los párrafos 8 a 19 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al mismo, siempre que no medie entre las Partes interesadas un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando las Partes estén vinculadas por un tratado de esta índole, se aplicarán las normas correspondientes de dicho tratado, salvo que las Partes convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 8 a 19 del presente artículo.

8. Las Partes designarán una autoridad, o cuando sea necesario varias autoridades, con facultades para dar cumplimiento a las solicitudes de asistencia judicial recíproca o transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Se notificará al Secretario General la autoridad o autoridades que hayan sido designadas para este fin. Las autoridades designadas por las Partes serán las encargadas de transmitir las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente; la presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de las Partes a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando las Partes lo acuerden, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser ello posible.

9. Las solicitudes deberán presentarse por escrito en un idioma aceptable para la Parte requerida. Se notificará al Secretario General el idioma o idiomas que sean aceptables para cada una de las Partes. En situaciones de urgencia, y cuando las Partes lo acuerden, se podrán hacer las solicitudes verbalmente, debiendo ser seguidamente confirmadas por escrito.

10. En las solicitudes de asistencia judicial recíproca deberá figurar lo siguiente:

- a) la identidad de la autoridad que haga la solicitud;
- b) el objeto y la índole de la investigación, del proceso o de las actuaciones a que se refiera la solicitud, y el nombre y funciones de la autoridad que esté efectuando dicha investigación, dicho procesamiento o dichas actuaciones;
- c) un resumen de los datos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes para la presentación de documentos judiciales;
- d) una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que la Parte requirente desee que se aplique;
- e) cuando sea posible, la identidad y la nacionalidad de toda persona involucrada y el lugar en que se encuentre;
- f) la finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

11. La Parte requerida podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

12. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno de la Parte requerida y, en la medida en que no se contravenga la legislación de dicha Parte y siempre que ello sea posible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

13. La Parte requirente no comunicará ni utilizará, sin previo consentimiento de la Parte requerida, la información o las pruebas proporcionadas por la Parte requerida para otras investigaciones, procesos o actuaciones distintas de las indicadas en la solicitud.

14. La Parte requirente podrá exigir que la Parte requerida mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si la Parte requerida no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato a la Parte requirente.

15. La asistencia judicial recíproca solicitada podrá ser denegada:

- a) cuando la solicitud no se ajuste a lo dispuesto en el presente artículo;
- b) cuando la Parte requerida considere que el cumplimiento de lo solicitado pudiera menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;
- c) cuando el derecho interno de la Parte requerida prohíba a sus autoridades acceder a una solicitud formulada en relación con un delito análogo; si este hubiera sido objeto de investigación, procesamiento o actuaciones en el ejercicio de su propia competencia;
- d) cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico de la Parte requerida en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

16. Las denegaciones de asistencia judicial recíproca serán motivadas.

17. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por la Parte requerida si perturbase el curso de una investigación, un proceso o unas actuaciones. En tal caso, la Parte requerida deberá consultar con la Parte requirente para determinar

si es aún posible prestar la asistencia en la forma y en las condiciones que la primera estime necesarias.

18. El testigo, perito u otra persona que consienta en deponer en juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio de la Parte requirente, no será objeto de procesamiento, detención o castigo, ni de ningún tipo de restricción de su libertad personal en dicho territorio por actos, omisiones o por declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio de la Parte requerida. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido durante 15 días consecutivos, o durante el período acordado por las Partes, después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y, no obstante, permanezca voluntariamente en el territorio o regrese espontáneamente a él después de haberlo abandonado.

19. Los gastos ordinarios que ocasione la ejecución de una solicitud serán sufragados por la Parte requerida salvo que las Partes interesadas hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, las Partes se consultarán para determinar los términos y condiciones en que se haya de dar cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

20. Cuando sea necesario, las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, den efecto a sus disposiciones o las refuercen.

Artículo 8

Remisión de actuaciones penales

Las Partes considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º, cuando se estime que esa remisión obrará en interés de una correcta administración de justicia.

Artículo 9

Otras formas de cooperación y capacitación

1. Las Partes colaborarán estrechamente entre sí, en armonía con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º. Deberán, en particular, sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales:

a) establecer y mantener canales de comunicación entre sus organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio rápido y seguro de información sobre todos los aspectos de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º, incluso, siempre que las Partes interesadas lo estimen oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

b) cooperar en la realización de indagaciones, con respecto a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º y de carácter internacional, acerca de:

i) la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º;

ii) el movimiento del producto o de los bienes derivados de la comisión de esos delitos;

iii) el movimiento de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II de la presente Convención e instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de esos delitos.

c) cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga a lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las Partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos las Partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación;

d) proporcionar, cuando corresponda, las cantidades necesarias de sustancias para su análisis o investigación;

e) facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos y servicios competentes y promover el intercambio de personal y de otros expertos, incluso destacando funcionarios de enlace.

2. Cada una de las Partes, en la medida necesaria, iniciará, desarrollará o perfeccionará programas específicos de capacitación destinados a su personal de detección y represión o de otra índole, incluido el personal aduanero, encargado de suprimir los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º. En particular, estos programas se referirán a:

a) los métodos utilizados en la detección y supresión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º;

b) las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º, en particular en los Estados de tránsito, y medidas adecuadas para contrarrestar su utilización;

c) la vigilancia de la importación y exportación de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II;

d) la detección y vigilancia del movimiento del producto y los bienes derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º, y de los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en

el Cuadro I y el Cuadro II, y de los instrumentos que se utilicen o se pretenda utilizar en la comisión de dichos delitos;

e) los métodos utilizados para la transferencia, la ocultación o el encubrimiento de dicho producto, y de dichos bienes e instrumentos;

f) el acopio de pruebas;

g) las técnicas de fiscalización en zonas y puertos francos;

h) las técnicas modernas de detección y represión.

3. Las Partes se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos en las esferas mencionadas en el párrafo 2 del presente artículo y, a ese fin, deberán también, cuando proceda, recurrir a conferencias y seminarios regionales e internacionales a fin de promover la cooperación y estimular el examen de los problemas de interés común, incluidos en particular los problemas y necesidades especiales de los Estados de tránsito.

Artículo 10

Cooperación y asistencia internacionales para los Estados de tránsito

1. Las Partes cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, para prestar asistencia y apoyo a los Estados de tránsito y, en particular, a los países en desarrollo que necesiten de tales asistencia y apoyo, en la medida de lo posible, mediante programas de cooperación técnica para impedir la entrada y el tránsito ilícito y otras actividades conexas.

2. Las Partes podrán convenir, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, en proporcionar asistencia financiera a dichos Estados de tránsito con el fin de incrementar y fortalecer la infraestructura que necesiten para una fiscalización y una prevención eficaces del tráfico ilícito.

3. Las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo y podrán tomar en consideración la posibilidad de concertar arreglos financieros a ese respecto.

Artículo 11

Entrega vigilada

1. Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3º y de entablar acciones legales contra ellas.

2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.

3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan.

Artículo 12

Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas

1. Las Partes adoptarán las medidas que estimen adecuadas para evitar la desviación de las sustancias que figuran en el Cuadro I y en el Cuadro II, utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y cooperarán entre ellas con este fin.

2. Si una de las Partes o la Junta posee datos que, a su juicio, puedan requerir la inclusión de una sustancia en el Cuadro I o en el Cuadro II, lo notificarán al Secretario General y le facilitarán los datos en que se base la notificación. El procedimiento descrito en los párrafos 2 a 7 del presente artículo también será aplicable cuando una de las Partes o la Junta posean información que justifique suprimir una sustancia del Cuadro I o del Cuadro II o trasladar una sustancia de un Cuadro a otro.

3. El Secretario General comunicará esa notificación y los datos que considere pertinentes a las Partes, a la Comisión y, cuando la notificación proceda de alguna de las Partes, a la Junta. Las Partes comunicarán al Secretario General sus observaciones acerca de la notificación y toda la información complementaria que pueda serle útil a la Junta para elaborar un dictamen y a la Comisión para adoptar una decisión.

4. Si la Junta, teniendo en cuenta la magnitud, importancia y diversidad del uso lícito de esa sustancia, y la posibilidad y facilidad del empleo de otras sustancias tanto para la utilización lícita como para la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas, comprueba:

a) que la sustancia se emplea con frecuencia en la fabricación ilícita de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica;

b) que el volumen y la magnitud de la fabricación ilícita de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica crean graves problemas sanitarios o sociales, que justifican la adopción de medidas en el plano internacional,

comunicará a la Comisión un dictamen sobre la sustancia, en el que se señale el efecto que tendría su incorporación al Cuadro I o al Cuadro II tanto sobre su uso lícito como sobre su fabricación ilícita, junto con recomendaciones de las medidas de vigilancia, que, en su caso, sean adecuadas a la luz de ese dictamen.

5. La Comisión, teniendo en cuenta las observaciones presentadas por las Partes y las observaciones y recomendaciones de la Junta, cuyo dictamen será determinante en cuanto a los aspectos científicos, y tomando también debidamente en consideración otros factores pertinentes, podrá decidir por una mayoría de dos tercios de sus miembros, incorporar una sustancia al Cuadro I o al Cuadro II.

6. Toda decisión que tome la Comisión de conformidad con el presente artículo será notificada por el Secretario General a todos los Estados y otras entidades que sean Partes en la presente Convención o puedan llegar a serlo, y a la Junta. Tal decisión surtirá pleno efecto respecto de cada una de las Partes a los 180 días de la fecha de la notificación.

7. a) Las decisiones de la Comisión adoptadas con arreglo al presente artículo estarán sujetas a revisión por el Consejo, cuando así lo solicite cualquiera de las Partes dentro de un plazo de 180 días contados a partir de la fecha de la notificación de la decisión. La solicitud de revisión será presentada al Secretario General junto con toda la información pertinente en que se base dicha solicitud de revisión.

b) El Secretario General transmitirá copias de la solicitud de revisión y de la información pertinente a la Comisión, a la Junta y a todas las Partes invitándolas a presentar sus observaciones dentro del plazo de 90 días. Todas las observaciones que se reciban se comunicarán al Consejo para que este las examine.

c) El Consejo podrá confirmar o revocar la decisión de la Comisión. La notificación de la decisión del Consejo se transmitirá a todos los Estados y otras entidades que sean Partes en la presente Convención o que puedan llegar a serlo, a la Comisión y a la Junta.

8 a) Sin perjuicio de las disposiciones de carácter general del párrafo 1 del presente artículo y de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971, las Partes tomarán las medidas que estimen oportunas para vigilar la fabricación y la distribución de sustancias que figuren en los Cuadros I y II que se realicen dentro de su territorio.

b) Con este fin las Partes podrán:

i) controlar a todas las personas y empresas que se dediquen a la fabricación o la distribución de tales sustancias;

ii) controlar bajo licencia el establecimiento y los locales en que se realicen las mencionadas fabricación o distribución;

iii) exigir que los licenciarios obtengan la autorización para realizar las mencionadas operaciones;

iv) impedir la acumulación en posesión de fabricantes y distribuidores de cantidades de esas sustancias que excedan de las que requieran el desempeño normal de las actividades comerciales y las condiciones prevaletientes en el mercado.

9. Cada una de las Partes adoptará, con respecto a las sustancias que figuren en el Cuadro I y en el Cuadro II, las siguientes medidas:

a) establecer y mantener un sistema para vigilar el comercio internacional de sustancias que figuran en el Cuadro I y en el Cuadro II, a fin de facilitar el descubrimiento de operaciones sospechosas. Esos sistemas de vigilancia deberán aplicarse en estrecha cooperación con los fabricantes, importadores, exportadores, mayoristas y minoristas, que deberán informar a las autoridades competentes sobre los pedidos y operaciones sospechosos;

b) disponer la incautación de cualquier sustancia que figure en el Cuadro I o en el Cuadro II si hay pruebas suficientes de que se ha de utilizar para la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

c) notificar, lo antes posible, a las autoridades y servicios competentes de las Partes interesadas si hay razones para presumir que la importación, la exportación o el tránsito de una sustancia que figura en el Cuadro I o en el Cuadro II se destina a la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, facilitando en particular información sobre los medios de pago y cualesquiera otros elementos esenciales en los que se funde esa presunción;

d) exigir que las importaciones y exportaciones estén correctamente etiquetadas y documentadas. Los documentos comerciales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, deberán contener los nombres tal como figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II de las sustancias que se importen o exporten, la cantidad que se importe o exporte y el nombre y la dirección del importador, del exportador y, cuando sea posible, del consignatario;

e) velar por que los documentos mencionados en el inciso d) sean conservados durante dos años por lo menos y puedan ser inspeccionados por las autoridades competentes.

10. a) Además de lo dispuesto en el párrafo 9, y a petición de la Parte interesada dirigida al Secretario General, cada una de las Partes de cuyo territorio se vaya a exportar una de las sustancias que figuran en el Cuadro I velará por que, antes de la exportación, sus autoridades competentes proporcionen la siguiente información a las autoridades competentes del país importador:

i) el nombre y la dirección del exportador y del importador y, cuando sea posible, del consignatario;

ii) el nombre de la sustancia que figura en el Cuadro I;

iii) la cantidad de la sustancia que se ha de exportar;

iv) el punto de entrada y la fecha de envío previstos;

v) toda otra información que acuerden mutuamente las Partes.

b) Las Partes podrán adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en el presente párrafo si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias.

11. Cuando una de las Partes facilite información a otra Parte con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 9 y 10 del presente artículo, la Parte que facilita tal información podrá exigir que la Parte que la reciba respete el carácter confidencial de los secretos industriales, empresariales, comerciales o profesionales o de los procesos industriales que contenga.

12. Cada una de las Partes presentará anualmente a la Junta, en la forma y de la manera que esta disponga y en los formularios que esta suministre información sobre.

a) las cantidades incautadas de sustancias que figuran en el Cuadro I y en el Cuadro II y, cuando se conozca, su origen;

b) cualquier sustancia que no figure en el Cuadro I o en el Cuadro II pero de la que se sepa que se emplea en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias

sicotrópicas y que, a juicio de esa Parte, sea considerada lo bastante importante para ser señalada a la atención de la Junta;

c) los métodos de desviación y de fabricación ilícita.

13. La Junta informará anualmente a la Comisión sobre la aplicación del presente artículo y la Comisión examinará periódicamente la adecuación y pertinencia de los Cuadros I y II.

14. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a los preparados farmacéuticos, ni a otros preparados que contengan sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II y que estén compuestos de forma tal que esas sustancias no puedan emplearse o recuperarse fácilmente por medios de sencilla aplicación.

Artículo 13

Materiales y equipos

Las Partes adoptarán las medidas que consideren adecuadas para impedir el comercio y la desviación de materiales y equipos destinados a la producción o fabricación ilícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y cooperarán a este fin.

Artículo 14

Medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

1. Cualquier medida adoptada para la aplicación de la presente Convención por las Partes no será menos estricta que las normas aplicables a la erradicación del cultivo ilícito de plantas que contengan estupefacientes y sustancias sicotrópicas y a la eliminación de la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas conforme a lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971.

2. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente.

3. A) Las Partes podrán cooperar para aumentar la eficacia de los esfuerzos de erradicación. Tal cooperación podrá comprender, entre otras cosas, el apoyo, cuando proceda, al desarrollo rural integrado tendente a ofrecer soluciones sustitutivas del cultivo ilícito que sean económicamente viables. Factores como el acceso a los mercados, la disponibilidad de recursos y las condiciones socioeconómicas imperantes deberán ser tomados en cuenta antes de que estos programas hayan sido

puestos en marcha. Las Partes podrán llegar a acuerdos sobre cualesquiera otras medidas adecuadas de cooperación.

b) Las Partes facilitarán también el intercambio de información científica y técnica y la realización de investigaciones relativas a la erradicación.

c) Cuando tengan fronteras comunes, las Partes tratarán de cooperar en programas de erradicación en sus respectivas zonas situadas a lo largo de dichas fronteras.

4. Las Partes adoptarán medidas adecuadas tendentes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas con miras a reducir el sufrimiento humano y acabar con los incentivos financieros del tráfico ilícito. Estas medidas podrán basarse, entre otras cosas, en las recomendaciones de las Naciones Unidas, los organismos especializados de las Naciones Unidas, tales como la Organización Mundial de la Salud, y otras organizaciones internacionales competentes, y en el Plan Amplio y Multidisciplinario aprobado por la Conferencia Internacional sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas celebrada en 1987, en la medida en que éste se relacione con los esfuerzos de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y de entidades privadas en las esferas de la prevención, del tratamiento y de la rehabilitación. Las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales tendentes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

5. Las Partes podrán asimismo adoptar las medidas necesarias para que los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II que se hayan incautado o decomisado sean destruidas prontamente o se disponga de ellas de acuerdo con la ley y para que las cantidades necesarias debidamente certificadas de esas sustancias sean admisibles a efectos probatorios.

Artículo 15

Transportistas comerciales

1. Las Partes adoptarán medidas adecuadas a fin de garantizar que los medios de transporte utilizados por los transportistas comerciales no lo sean para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3°; entre esas medidas podrá figurar la concertación de arreglos especiales con los transportistas comerciales.

2. Cada una de las Partes exigirá a los transportistas comerciales que tomen precauciones razonables a fin de impedir que sus medios de transporte sean utilizados para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3°. Entre esas precauciones podrán figurar las siguientes:

a) Cuando el establecimiento principal del transportista comercial se encuentra en el territorio de dicha Parte:

- i) la capacitación del personal para descubrir personas o remesas sospechosas;
- ii) el estímulo de la integridad moral del personal.

b) Cuando el transportista comercial desarrolla actividades en el territorio de dicha Parte:

- i) la presentación por adelantado, cuando sea posible, de los manifiestos de carga;
- ii) la utilización en los contenedores de sellos inviolables y verificables individualmente;

iii) la denuncia a las autoridades competentes, en la primera ocasión, de cualquier circunstancia sospechosa que pueda estar relacionada con la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

3. Cada una de las Partes procurará garantizar que los transportistas comerciales y las autoridades competentes de los lugares de entrada y salida, y demás zonas de control aduanero, cooperen a fin de impedir el acceso no autorizado a los medios de transporte y a la carga, así como en la aplicación de las medidas de seguridad adecuadas.

Artículo 16

Documentos comerciales y etiquetas de las exportaciones

1. Cada una de las Partes exigirá que las exportaciones lícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas estén debidamente documentadas. Además de los requisitos de documentación previstos en el artículo 31 de la Convención de 1961, en el artículo 31 de la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el artículo 12 del Convenio de 1971, en los documentos comerciales, tales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, deberán indicarse los nombres de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas que se exporten, tal como figuren en las listas correspondientes de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971, así como la cantidad exportada y el nombre y la dirección del exportador, del importador y, cuando sea posible, del consignatario.

2. Cada una de las Partes exigirá que las remesas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas exportadas no vayan incorrectamente etiquetadas.

Artículo 17

Tráfico ilícito por mar

1. Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.

2. Toda Parte, que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización. Las Partes a las que se solicite dicha asistencia la prestarán con los medios de que dispongan.

3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacio-

nal y que enarbole el pabellón o que lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave.

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

a) abordar la nave;

b) inspeccionar la nave;

c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las Partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado.

6. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, someter su autorización a condiciones que serán convenidas con la Parte que sea el Estado requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad.

7. A los efectos de los párrafos 3 y 4 del presente artículo, las Partes responderán con celeridad a las solicitudes de otras Partes de que se averigüe si una nave que esté enarbolando su pabellón está autorizada a hacerlo, así como a las solicitudes de autorización que se presenten a tenor de lo previsto en el párrafo 3. Cada Estado, en el momento de entrar a ser Parte en la presente Convención, designará una o, en caso necesario, varias autoridades para que se encarguen de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todas las demás Partes, antes de que transcurra un mes de la designación.

8. La Parte que haya adoptado cualquiera de las medidas previstas en el presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida.

9. Las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.

10. Las medidas que se adopten en cumplimiento del párrafo 4 del presente artículo serán solo aplicadas por buques de guerra o aeronaves militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno que hayan sido autorizadas a tal fin.

11. Toda medida adoptada de conformidad con el presente artículo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho internacional del mar, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias.

Artículo 18

Zonas y puertos francos

1. Las Partes, a fin de eliminar, en las zonas y puertos francos, el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II adoptarán medidas no menos estrictas que las que apliquen en otras partes de su territorio.

2. Las Partes procurarán:

a) vigilar el movimiento de bienes y personas en las zonas y puertos francos, a cuyo fin facultarán a las autoridades competentes a inspeccionar las cargas y las naves a su llegada y partida, incluidas las embarcaciones de recreo y los barcos pesqueros, así como las aeronaves y los vehículos y, cuando proceda, a registrar a los miembros de la tripulación y los pasajeros, así como los equipajes respectivos;

b) establecer y mantener un sistema para descubrir los envíos sospechosos de contener estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II que entren en dichas zonas o salgan de ellas;

c) establecer y mantener sistemas de vigilancia en las zonas del puerto y de los muelles, en los aeropuertos y en los puntos de control fronterizo de las zonas y puertos francos.

Artículo 19

Utilización de los servicios postales

1. Las Partes, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud de las Convenciones de la Unión Postal Universal, y de acuerdo con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, adoptarán medidas a fin de suprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito y cooperarán con ese propósito.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo comprenderán, en particular:

a) medidas coordinadas y orientadas a prevenir y reprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito;

b) la introducción y el mantenimiento, por el personal de detección y represión competente, de técnicas de investigación y de control encaminadas a detectar los envíos postales con remesas ilícitas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II;

c) medidas legislativas que permitan utilizar los medios adecuados a fin de allegar las pruebas necesarias para iniciar actuaciones judiciales.

Artículo 20

Información que deben suministrar las Partes

1. Las Partes suministrarán, por mediación del Secretario General, información a la Comisión sobre el funcionamiento de la presente Convención en sus territorios, y en particular:

a) el texto de las leyes y reglamentos que promulguen para dar efecto a la Convención;

b) los pormenores de casos de tráfico ilícito dentro de su jurisdicción que estimen importantes por las nuevas tendencias que revelan, las cantidades de que se trata, las fuentes de procedencia de las sustancias o los métodos utilizados por las personas que se dedican al tráfico ilícito.

2. Las Partes facilitarán dicha información del modo y en la fecha que solicite la Comisión.

Artículo 21

Funciones de la Comisión

La Comisión tendrá autoridad para estudiar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de la presente Convención, y en particular:

a) la Comisión examinará, el funcionamiento de la presente Convención, sobre la base de la información presentada por las Partes de conformidad con el artículo 20;

b) la Comisión podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de la información recibida de las Partes;

c) la Comisión podrá señalar a la atención de la Junta cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de la misma;

d) la Comisión tomará las medidas que estime adecuadas sobre cualquier cuestión que le haya remitido la Junta de conformidad con el inciso b) del párrafo 1 del artículo 22;

e) la Comisión, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 12, podrá enmendar el Cuadro I y el Cuadro II;

f) la Comisión podrá señalar a la atención de los Estados no Partes las decisiones y recomendaciones que adopte en cumplimiento de la presente Convención, a fin de que dichos Estados examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con tales decisiones y recomendaciones.

Artículo 22

Funciones de la Junta

1. Sin perjuicio de las funciones de la Comisión previstas en el artículo 21 y sin perjuicio de las funciones de la Junta y de la Comisión previstas en la Conven-

ción de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971:

a) Si, sobre la base de su examen de la información a disposición de ella, del Secretario General o de la Comisión, o de la información comunicada por órganos de las Naciones Unidas, la Junta tiene motivos para creer que no se cumplen los objetivos de la presente Convención en asuntos de su competencia, la Junta podrá invitar a una o más Partes a suministrar toda información pertinente;

b) Con respecto a los artículos 12, 13 y 16:

i) Una vez cumplido el trámite señalado en el inciso a) del presente artículo, la Junta podrá, si lo juzga necesario, pedir a la Parte interesada que adopte las medidas correctivas que las circunstancias aconsejen para el cumplimiento de las disposiciones de los artículos 12, 13 y 16;

ii) Antes de tomar ninguna medida conforme al apartado iii) *infra*, la Junta tratará confidencialmente sus comunicaciones con la Parte interesada conforme a los incisos anteriores;

iii) Si la Junta considera que la Parte interesada no ha adoptado las medidas correctivas que se le han pedido conforme a este inciso, podrá señalar el asunto a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión. Cualquier informe que publique la Junta de conformidad con este inciso incluirá asimismo las opiniones de la Parte interesada si esta así lo solicitare.

2. Se invitará a toda Parte interesada a que esté representada en las reuniones de la Junta en las que se haya de examinar de conformidad con el presente artículo una cuestión que le afecte directamente.

3. Si, en algún caso, una decisión de la Junta que se adopte de conformidad con el presente artículo no fuese unánime, se dejará constancia de las opiniones de la minoría.

4. Las decisiones de la Junta de conformidad con el presente artículo se tomarán por mayoría de dos tercios del número total de miembros de la Junta.

5. En el desempeño de sus funciones de conformidad con el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo, la Junta protegerá el carácter confidencial de toda información que llegue a su poder.

6. La responsabilidad de la Junta en virtud del presente artículo no se aplicará al cumplimiento de tratados o acuerdos celebrados entre las Partes de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

7. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las controversias entre las Partes a las que se refieren las disposiciones del artículo 32.

Artículo 23

Informes de la Junta

1. La Junta preparará un informe anual sobre su labor en el que figure un análisis de la información de que disponga y, en los casos adecuados, una relación de las explicaciones, si las hubo, dadas por las Partes o solicitadas a ellas, junto

con cualesquiera observaciones y recomendaciones que la Junta desee formular. La Junta podrá preparar los informes adicionales que considere necesarios. Los informes serán presentados al Consejo por conducto de la Comisión, la cual podrá hacer las observaciones que juzgue convenientes.

2. Los informes de la Junta serán comunicados a las Partes y posteriormente publicados por el Secretario General. Las Partes permitirán la distribución sin restricciones de dichos informes.

Artículo 24

Aplicación de medidas de fiscalización más estrictas que las establecidas por la presente Convención

Una Parte podrá adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en la presente Convención si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para prevenir o eliminar el tráfico ilícito.

Artículo 25

Efecto no derogatorio respecto de anteriores derechos y obligaciones convencionales

Las disposiciones de la presente Convención serán sin perjuicio de los derechos y obligaciones que incumben a las Partes en la presente Convención en virtud de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971.

Artículo 26

Firma

La presente Convención estará abierta desde el 20 de diciembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1989 en la oficina de las Naciones Unidas en Viena y, después, hasta el 20 de diciembre de 1989 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, a la firma:

- a) de todos los Estados;
- b) de Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia;
- c) de las organizaciones regionales de integración económica que sean competentes para negociar, concertar y aplicar acuerdos internacionales sobre cuestiones reguladas en la presente Convención, siendo aplicables a dichas organizaciones dentro de los límites de su competencia las referencias que en la presente Convención se hagan a las Partes, los Estados o los servicios nacionales.

Artículo 27

Ratificación, aceptación, aprobación o acto de confirmación formal

1. La presente Convención está sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados y por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y a los actos de confirmación formal por las organizaciones regionales de integración económica a las que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación y los instrumentos relativos a los actos de confirmación formal serán depositados ante el Secretario General.

2. En sus instrumentos de confirmación formal, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Esas organizaciones comunicarán también al Secretario General cualquier modificación del alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención.

Artículo 28

Adhesión

1. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de todo Estado, de Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y de las organizaciones regionales de integración económica a las que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión ante el Secretario General.

2. En sus instrumentos de adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Estas organizaciones comunicarán también al Secretario General cualquier modificación del alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención.

Artículo 29

Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el noagésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado por el Secretario General el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados o por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia.

2. Para cada Estado o para Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el vigésimo instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, la presente Convención entrará

en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que tal Estado o Namibia haya depositado dicho instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión.

3. Para cada organización regional de integración económica a la que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26, que deposite un instrumento relativo a un acto de confirmación formal o un instrumento de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que se haya efectuado ese depósito, o en la fecha en que la presente Convención entre en vigor conforme al párrafo 1 del presente artículo, si esta última es posterior.

Artículo 30

Denuncia

1. Cada una de las Partes podrá en cualquier momento denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General.

2. La denuncia surtirá efecto para la Parte interesada un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 31

Enmiendas

1. Cualquiera de las Partes podrá proponer una enmienda a la presente Convención. Dicha Parte comunicará el texto de cualquier enmienda así propuesta y los motivos de la misma al Secretario General quien, a su vez, comunicará la enmienda propuesta a las demás Partes y les preguntará si la aceptan. En caso de que la propuesta de enmienda así distribuida no haya sido rechazada por ninguna de las Partes dentro de los veinticuatro meses siguientes a su distribución, se considerará que la enmienda ha sido aceptada y entrará en vigor respecto de cada una de las Partes tras un periodo de noventa días, después de que esa Parte haya depositado ante el Secretario General un instrumento en el que exprese su consentimiento a quedar obligado por esa enmienda.

2. Cuando una propuesta de enmienda haya sido rechazada por alguna de las Partes, el Secretario General consultará con las Partes y, si la mayoría de ellas lo solicita, someterá la cuestión, junto con cualquier observación que haya sido formulada por las Partes, a la consideración del Consejo, el cual podrá decidir convocar una conferencia de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas. Las enmiendas que resulten de esa conferencia serán incorporadas en un Protocolo de Enmienda. Todo asentimiento a quedar vinculado por dicho Protocolo deberá ser notificado expresamente al Secretario General.

Artículo 32

Solución de controversias

1. Si surge una controversia acerca de la interpretación o de la aplicación de la presente Convención entre dos o más Partes, estas se consultarán con el fin de resolverla por vía de negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, recurso a organismos regionales, procedimiento judicial u otros recursos pacíficos que ellas elijan.

2. Cualquier controversia de esta índole que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo será sometida, a petición de cualquiera de los Estados Partes en la controversia, a la Corte Internacional de Justicia.

3. Si una de las organizaciones regionales de integración económica, a las que se hace referencia en el inciso c) del párrafo 26, es Parte en una controversia que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo, podrá, por conducto de un Estado Miembro de las Naciones Unidas, pedir al Consejo de las Naciones Unidas que solicite una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el artículo 65 del Estatuto de la Corte, cuya opinión se considerará decisiva.

4. Todo Estado, en el momento de la firma o la ratificación, la aceptación o la aprobación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, o toda organización regional de integración económica en el momento de la firma o del depósito de un acto de confirmación formal o de la adhesión, podrá declarar que no se considera obligado por los párrafos 2 y 3 del presente artículo. Las demás Partes no estarán obligadas por los párrafos 2 y 3 del presente artículo ante ninguna Parte que haya hecho dicha declaración.

5. Toda Parte que haya hecho la declaración prevista en el párrafo 4 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General.

Artículo 33

Textos auténticos

Los textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso de la presente Convención son igualmente auténticos.

Artículo 34

Depositario

El Secretario General será el depositario de la presente Convención.

En testimonio de lo cual los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello, han firmado la presente Convención.

Hecha en Viena el día veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

ANEXO

Cuadro I

Ácido lisérgico
Efedrina
Ergometrina
Ergotamina
1-fenil-2-propanona
Seudorefedrina

Las sales de las sustancias enumeradas en el presente Cuadro siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

Cuadro II

Acetona
Ácido antranílico
Ácido fenilacético
Anhídrido acético
Eter etílico
Piperidina

Las sales de las sustancias enumeradas en el presente Cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

Alegato sobre la valoración de la prueba indiciaria en el proceso penal

Fernando Velásquez V.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana

“Un aparente concurso de circunstancias puede servir para acusar al más inocente del mundo” (MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, pág. 453).

“Juzgar sin ver es injusto. Es preferible que se derrumbe el mundo antes de ir a cometer una injusticia, al hacer una deducción que puede ser o no acertada” (Darío Taborda).

Honorable Magistrada ponente:

He elegido como epígrafes de mi alegato una cita del sumo maestro de la critología en todos los tiempos, C. J. A. MITTERMAIER, y una frase del trabajador del Banco Industrial Colombiano, *Darío Taborda*, extraída de uno de los folios; con ello, quiero llamar la atención sobre la injusta sindicación que se ha hecho al señor *Luis Hernando Toro Posada*, como presunto autor de un supuesto delito de hurto cometido en desmedro de los intereses del BIC, sucursal Villagrande del vecino municipio de Envigado, al parecer el día 16 de septiembre de 1985, habiendo llegado incluso a dictársele auto de detención, partiendo de una errada valoración de la prueba indiciaria manipulada caprichosamente, sin criterios científicos, mediante meras intuiciones, sin realizar ningún análisis serio y ponderado de las probanzas, presumiendo siempre en contra del reo y nunca a su favor como lo manda la ley procesal penal (C. de P. P., art. 335).

A lo largo del presente alegato me propongo verificar los anteriores asertos, sin perseguir en ningún momento trabarme en disputa alguna con los distinguidos funcionarios que han intervenido en el proceso; me propongo, racionalmente y de manera desapasionada, demostrar cómo en este negocio —que ha estado rodeado de una alta temperatura emocional— la justicia ha venido dando palos de ciego y, como dice CARNELUTTI, “la amenaza del error pende, como la espada de Damocles, sobre el proceso” (*Las miserias del proceso penal*, pág. 106).

El orden de mi exposición comprenderá un acápite inicial, dedicado a los antecedentes del presente litigio, seguido de otro dedicado a tratar de auscultar cuál es el trasfondo del mismo; luego, en tercer lugar, me ocuparé de la prueba indiciaria, donde echaré las bases de mis alegaciones, analizando dicho medio probatorio tanto en el alegato del señor fiscal del Tribunal, como en la providencia del señor juez *a quo*, haciendo la crítica de rigor, para concluir formulando mi petición.

1. LOS ANTECEDENTES

Por supuestas irregularidades administrativas y de carácter penal, el 18 de octubre de 1985 fue despedido sin justa causa por la señora *Patricia Acosta Pérez*, gerente de la sucursal del BIC mencionada, el señor *Luis Hernando Toro Posada*, después de dieciocho años de servicio a la institución, mediante una carta —me atrevo a decirlo sin ningún empacho— calumniosa e injuriosa, en la cual se le imputaba la comisión de varios hechos punibles después de una “investigación”, de la cual “se infiere su participación” en los mismos.

Con base en lo anterior, mi poderdante, cuatro días después de sucedido tal hecho (y no el largo período de tiempo que supone el *a quo*, quien en la diligencia de indagatoria preguntaba extrañado por qué se había demorado tanto para denunciar!), decidió incoar la querrela ante las autoridades competentes para que se investigara el presunto delito de calumnia cometido en su contra, causándole daños psicológicos y morales, de los cuales no se ha recuperado un año después, pese haberse puesto en manos de destacados especialistas. Avanzada la investigación, esta fue cerrada y el *a quo* decidió, acorde con su respetable criterio, sobreseer definitivamente a la encartada formulando un anticipado pliego de cargos contra mi representado por el supuesto hurto de \$ 500.000.00, que entonces investigaba otro despacho judicial, lo cual originó que el H. Tribunal, en Sala de Decisión a su cargo, revocara tal proveído y ordenara la reapertura de la investigación, decretando la acumulación de ambos procesos.

Como el señor juez del Circuito, por razones oportunamente expuestas, se sintiera inhibido para continuar adelante con la investigación, aduciendo que de hacerlo se vería obligado a vincular a mi cliente mediante indagatoria, se declaró impedido; el H. Tribunal, sin embargo, no aceptó el impedimento y le ordenó proseguir el averiguatorio, lo cual le permitió vincular mediante injurada a mi patrocinado y dictarle el auto de detención ya anunciado con antelación, que ahora es objeto de cuestionamiento.

2. EL TRASFONDO DEL LITIGIO

Ya decía ARISTÓTELES que el hombre es un animal político, que todos los actos de nuestra vida son políticos. Pues bien: si algo queda claro en este negocio, H. Magistrada, es que la lucha de clases propia de una sociedad capitalista como la nuestra trae aparejado todo un conflicto político, que se transluce en los planos social y económico; la división de la sociedad en clases conlleva, entonces, la posibilidad de que haya capitalistas y asalariados, patronos y obreros, banqueros y empleados bancarios (proletariado mal remunerado) como en este caso.

Luis H. Toro, humilde asalariado (condición que también pareciera reprochársele en el detentivo!), quien aún cree en la justicia humana, vapuleado, calumniado, perturbado emocionalmente por el daño moral causado después de honestos dieciocho años de servicio, acude a los tribunales para que estos le devuelvan su honra, le digan que es inocente y que su vida ha sido pulcra, pese al bien concebido montaje del Banco sobre un tinglado que permite cambiar la naturaleza de las cosas y acomodar expresiones lingüísticas al amaño, con miras a eludir el compromiso penal disfrutando las imputaciones a él formuladas.

También algunos de los funcionarios judiciales intervinientes, obrando de plena buena fe, aunque procediendo a la ligera, han terminado acolitando las posiciones del Banco: al frente está el distinguido señor fiscal del Tribunal acompañando a su excolega apoderado de la denunciada, sumándose a ellos el respetado señor juez *a quo*.

¡Qué ingenuo es *Luis H. Toro*, podría pensarse, aún cree en la justicia y que los hombres de frente limpia pueden alegar su inocencia ante los tribunales, exigiendo la condena de los calumniadores! ¡Qué iluso fue al pensar que podía “sentar en el banquillo de los acusados a un banquero”, como lo dijera en alguna oportunidad el señor apoderado de la parte civil!

Sí, hasta ahora, se ha hecho justicia para los banqueros: ¡*Luis H. Toro* tiene un auto de detención que pesa como una mácula sobre sus hombros, el daño moral se acrecienta cada día más, y solo él sabe que es inocente!

Pues bien, Honorable Magistrada, también me declaro ingenuo y he venido a sumarme al corro de los que todavía creen en la justicia, al corro de los que denuncian los atropellos y creen en nuestros jueces, así se les vilipendie y se les pisotee, incluso cuando se equivocan en sus juicios, porque humano es errar, y la justicia es humana. Con J. RENARD, “declaro que la palabra Justicia es la más bella del lenguaje humano y que si los hombres ya no la comprenden habrá que llorar”.

Afortunadamente el H. Tribunal ha demostrado mesura en este litigio, su posición ha sido equilibrada, se ha tornado en juicioso árbitro en medio de esta controversia, que en el fondo es la misma que agita la sociedad colombiana: ¡la lucha entre el asalariado y el capitalista, la lucha de clases! La contienda a dirimir aquí es la atinente al hurto presuntamente cometido; en otra oportunidad se decidirá lo relativo a la denuncia instaurada por mi patrocinado.

3. LA PRUEBA DE INDICIOS

Como se trata de evaluar con seriedad las probanzas, corriendo el riesgo de extenderme demasiado, he creído prudente comenzar por clarificar los conceptos, haciendo citas de diversos autores, para poder entrar a evaluar los indicios que se dice pesan sobre mi representado.

A. *¿Qué es el indicio?* El art. 229 del C. de P. P. ha definido este medio de prueba diciendo que "se entiende por indicio un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho". Ya este concepto nos demuestra que debemos manejar las leyes de la lógica, con el rigor que ello supone; que está prohibido acudir a meras conjeturas, intuiciones o razonamientos sofisticos.

Por su parte el art. 230 consagra el principio, tan olvidado cuando se manipula tan difícil medio de prueba, de la *unidad del indicio*: "Las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, constituyen un solo indicio"; a él se suma el principio de la *plena prueba del hecho indicador*: "Para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente" (C. de P. P., art. 235).

Las disposiciones transcritas no son otra cosa que la plasmación legal de las más importantes doctrinas de los especialistas en materia de critología, quienes nos enseñan:

"Entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos" (HERNANDO DEVIS, *Teoría general de la prueba judicial*, 2, pág. 601).

El indicio es, pues, un hecho que está conectado lógicamente con otro, un hecho comprobado y otro no manifiesto aún, pero que se trata de comprobar, partiendo del hecho conocido hasta llegar al desconocido. Así sucede con el ejemplo de aula universitaria: si vemos salir humo de un edificio (hecho conocido), podemos inferir que se ha desatado fuego en el interior (hecho desconocido), al cual llegamos por vía de la inferencia. Por ello dice MITTERMAIER: "El indicio es, por decirlo así, *el dedo que señala un objeto, contiene en sí mismo un hecho diferente, si es aislado; pero que al momento adquiere gran importancia cuando el juez ve que tiene conexión con otro*" (ob. cit., págs. 437-8).

Pero nadie como DELLEPIANE ha logrado explicar mejor ese concepto contenido en el art. 229 del C. de P. P.:

"Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido" (*Nueva teoría de la prueba*, pág. 57).

B. *Requisitos de la prueba indiciaria.* Como también se ha olvidado, Honorable Magistrada, a la hora de deducir supuestos indicios partiendo de meras conjeturas

sin fundamento alguno, que la prueba indiciaria debe reunir unos *requisitos de existencia, validez y eficacia* como cualquier medio de prueba, me veo precisado a traerlos a colación, con miras a sentar las premisas centrales de lo que será el análisis posterior, si es que queremos hacerlo científicamente. Veamos:

1. *Requisitos de existencia.* Para que exista el medio de prueba indiciario, se requiere:

a) Plena prueba del hecho indicador.

b) Que el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga, por existir alguna conexión lógica entre ellos.

2. *Requisitos de validez.* Para que el medio de prueba indiciario sea válido, es indispensable:

a) Que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas, o presentadas y admitidas, en legal forma.

b) Que no se hayan utilizado pruebas ilícitas o prohibidas por la ley, para demostrar el hecho indicador.

c) Que no exista una nulidad del proceso, que vicie las pruebas del indicio.

d) Que la ley no prohíba investigar el hecho indicador o el indicado.

3. *Requisitos de eficacia.* Para que sea eficaz este medio de prueba se requiere:

a) La conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado.

b) Que haya sido descartada la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por obra de la casualidad o el azar.

c) Que se haya descartado la posibilidad de la falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes.

d) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado.

e) Que se trate de una pluralidad de indicios si son contingentes.

f) Que los varios indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes.

g) Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente.

h) Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada.

i) Que existan pruebas, de otra clase, que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos.

j) Que se haya llegado a una conclusión final precisa y segura basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez (cfr. DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., págs. 628 y ss.).

C. *Apreciación judicial de la prueba indiciaria.* Es de vital importancia estudiar también la manera como se debe apreciar la prueba indiciaria, para evitar caer en falsas apreciaciones, en equivocaciones que lleven al juez o funcionario a ver indicios donde no hay más que meras conjeturas o simples sospechas tejidas de subjetivismo. Debe evitarse el análisis apresurado, acientífico, tal como ha sucedido en el presente proceso; ello no hubiera acaecido, como es lógico, si se hubiera reparado en las sabias palabras de MITTERMAIER:

“Cuando se quiere apreciar sanamente el valor de los indicios, debe uno enterarse con cuidado de todos los hechos que influyen en la decisión que ha de recaer, y de todos los que hacen subir o bajar de grados las probabilidades; y luego que estos hechos estén averiguados y reunidos, cotejarlos con el que sirve de base de indicio. Cuanto más profunda sea la experiencia del juez, mejor sabrá imaginar los casos posibles y discernir las más pequeñas circunstancias; cuanto más desarrolladas estén sus facultades de observación, madura su inteligencia y ejercitado su criterio, tanto más sólido será también su juicio en lo que concierne a la apreciación de los indicios” (ob. cit., págs. 448-9).

Repárese, Honorable Magistrada, cómo se destaca la prudencia del juez, el análisis desapasionado de los hechos, la experiencia, la madura inteligencia y el ejercitado criterio, como requisitos para apreciar la prueba de indicios sin precipitaciones ni elucubraciones indebidas. La prueba indiciaria es racional por excelencia; como decíamos en un comienzo, supone armarse con las leyes de la lógica; por ello, su fundamento es el principio de razón: “El fundamento racional de la prueba indiciaria viene a ser, en el fondo, el principio de razón, y están en lo cierto los autores en el hecho de afirmar que la prueba por concurso de indicios se reduce, en último análisis, a un balance de probabilidades susceptible de provocar en el espíritu una certeza moral muy grande, que no alcanza, sin embargo, a la certeza pura y simple, dado que nunca se halla rigurosamente eliminada la hipótesis del azar, pudiendo solo afirmarse que la presencia de este se vuelve cada vez más improbable a medida que aumenta el número de los indicios y, sobre todo, el valor de los mismos” (ANTONIO DELLEPIANE, *Nueva teoría*, cit., pág. 68).

D. *Los peligros de la prueba indiciaria.* Creo también de importancia recordar algo que se olvida frecuentemente en los estrados judiciales: el manejo de la prueba de indicios es difícil y tortuoso, una equivocación puede llevar a condenar hombres inocentes y, al contrario, a absolver a los culpables. Por ello advierte con sobrada razón NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA:

“El indicio puede suministrarnos certeza, pero es menester estar en guardia contra las apariencias engañosas de esta especie de prueba, y para salvarse de esas insidias, es necesario andar con cautela en la apreciación del indicio, examinando escrupulosa y ponderadamente los motivos infirmantes, por un lado, y los contraindicios por el otro” (*Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. 1, pág. 272).

Los peligros de dicho medio de prueba son también destacados por un crítico de las calidades de DELLEPIANE:

“Nadie pone en duda tales peligros, y todos convienen, sin dificultad, en que el manejo de esta prueba requiere dotes innatas de sagacidad y sólida cultura científica, especialmente psicológica, para no exponerse a caer en errores lamentables, sea absolviendo a un criminal, sea, lo que es todavía peor, condenando a un inocente” (ob. cit., pág. 84).

Y estos peligros son los mismos que llevan a las peticiones de principio en el indicio cuando no se desprende el hecho principal de los hechos accesorios, estableciendo el primero separadamente de los segundos; con razón EDUARDO BONNIER ha llamado la atención al respecto: “Es necesario desprender el hecho principal de los hechos accesorios, a fin de establecer el primero separadamente, y luego fortificar la prueba que así resulte, con la ayuda de la demostración de las otras. Al abstenerse de seguir este camino, uno se expone a cometer peticiones de principio. Así, por ejemplo, en un asunto de complot se trata, con frecuencia de establecer el complot mismo en una serie de circunstancias de detalle, que aisladamente serían insignificantes. Luego cuando el acusado responde que esas circunstancias no tienen el alcance que se les atribuye, se pretende establecer la criminalidad de los hechos con la ayuda del complot, que, sin embargo, no ha sido previamente demostrado, y que, por lo tanto, no reposa él mismo sino sobre la reunión de circunstancias” (*Tratado de las pruebas en derecho civil*, t. 2, pág. 98).

Algo parecido es lo que sucede en el presente caso: se trata de establecer la autoría del hurto en cabeza de Luis Hernando, mediante una serie de circunstancias de detalle que aisladamente son insignificantes, luego cuando él da unas explicaciones satisfactorias, se pretende establecer la criminalidad de su conducta con la ayuda del hurto. El respetado señor juez a quo, en su providencia cae en una notable petición de principio que asusta; ¡es así como se cometen los errores judiciales!

Con razón dice BONNIER:

“Un inglés, acusado de un delito de esta clase, decía que no concebía cómo con diez mil trozos de un caballo blanco, se podía hacer un caballo negro” (cit., pág. 498).

E. *Los indicios de inocencia. Los contraindicios.* Finalmente, quiero referirme a los contraindicios y a los indicios de inocencia puesto que, como lo dije en el memorial en el cual interpusé el recurso de apelación, también el a quo olvidó tenerlos en cuenta, sabiendo que abundan en el expediente. Sin embargo, para explicarlos: es menester recordar en qué consisten.

Habíamos expresado, siguiendo a FRAMARINO DEI MALATESTA, que el juez al valorar los indicios tiene dos deberes: ante todo tomar en cuenta los motivos para no creer, que son inherentes al indicio en sí mismo considerado y que se denominan *motivos infirmantes*, de un lado; del otro, debe tomar en cuenta las pruebas que infirman el indicio, sea que consistan o no en otro indicio, esto es, el *contraindicio*.

Se trata, en realidad, de dos cosas muy distintas, como lo señala dicho autor, aunque se suelen confundir, así: “La creencia de que el objeto hallado en casa del sindicado y presentado como perteneciente al ofendido, puede, por el contrario, ser una cosa semejante a la del ofendido y pertenecer al acusado, solo es la consideración de un motivo infirmante de la subjetividad del indicio, y no un contraindicio ... El contraindicio es no solamente un indicio que se opone a otro, sino una prueba cualquiera que se opone a un indicio ... Es, en resumen, la prueba que infirma el indicio” (ob. cit., págs. 272-4).

Y es que, Honorable Magistrada, tanto el señor fiscal del Tribunal, como el distinguido exfiscal que interviene en este proceso, así como el señor juez del conocimiento, han olvidado el análisis tanto de los motivos infirmantes como de los contraindicios, como si no fuera tarea del administrador de justicia valorar tanto lo favorable como lo desfavorable al reo. Se olvidan las sabias recomendaciones de MITTERMAIER, quien habla tal vez más propiamente de *indicios de inocencia* y de *contraindicios*:

“Así como en vista de la prueba llamada natural, el juez debe pesar y comparar respectivamente las pruebas en contra aducidas, así también, cuando se trata de apreciar en su verdadero valor las acriminaciones que resultan de los indicios importa considerar atentamente todos los hechos de un orden opuesto: su comparación con los indicios que acusan es solamente la que hace posible la decisión de la existencia y gravedad de los cargos. Los hechos de este género son de dos clases: *los unos impiden absolutamente, o por lo menos difícilmente permiten que se atribuya al acusado el crimen (estos hechos reciben muchas veces el nombre de indicios de la inocencia o contrapresunciones): los otros, por vía de conclusión, hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos resulta en favor del acusado una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos del delito, y dan importancia a las sospechas. Llámense comúnmente contraindicios*” (ob. cit., pág. 442. Hago resaltos).

Obsérvese cómo, según el autor en comentario, surgen los contraindicios, dónde debe el juez auscultar las probanzas y cómo debe hacerlo, para evitar caer en errores de proporción y cometer injusticias que pueden ser irreparables:

“*pueden por lo regular, presentarse a la vista de los indicios, cualquiera que sea por otra parte su naturaleza, bien que el juez, según su prudencia, vaya buscando todos los casos posibles y encuentre que solo la casualidad ha presidido los acontecimientos y colocado al acusado, sin culpa ninguna por su parte, en la crítica situación en que se halla; bien que parezca supponible que solo un tercero lo ha hecho así con el fin de alejar de sí toda sospecha, o bien también que el inculpado mismo, sin mala intención y de la manera más indiferente en sí misma, haya dado margen a que contra él se sospeche. Otras veces, los contraindicios se fundan en uno o en varios hechos determinados, tomados de entre los de cargo, y demuestren que la relación, existente entre la persona acriminada y el delito puede explicarse de modo más satisfactorio; o que se ha hecho un empleo legítimo del objetivo cuya posesión parecía a primera vista sospechosa, o que los hechos constitutivos de la presunta relación entre la persona y el delito no existían en el momento de la perpetración*” (MITTERMAIER, ob. cit., pág. 443).

4. LA PRUEBA INDICIARIA SEGÚN EL FISCAL DEL TRIBUNAL Y EL JUEZ DEL CONOCIMIENTO

Sentadas las anteriores bases, para lo cual hemos acudido a la doctrina científica en materia de prueba indirecta, y más concretamente en materia de indicios, resta ahora analizar la posición de la judicatura asentada en el ministerio público, y

hacer su crítica. Primero ocupémonos de los planteamientos del señor fiscal del Tribunal, luego de los del a quo que, a su turno, penden de aquellos.

A. *La Fiscalía del Tribunal: un tratamiento acientífico de la prueba indiciaria.* A folios 272 frente y siguientes, encontramos las consideraciones del agente del ministerio público quien, luego de ensalzar al señor juez del circuito por haber realizado “... una prolija e inteligente investigación...” (fl. 253 fte.), concluye de manera sentenciosa:

“Ahora bien, haciendo un análisis crítico de toda esta prueba aportada anteriormente ... y tomando para hacerlo —el análisis— las técnicas y los métodos correspondientes, ciertamente que hay que llegar a la conclusión, desde un punto de vista indiciario, que *el responsable (!) de esa sustracción no es otro que el citado Luis H. Toro Posada. No es el caso, por supuesto, entrar aquí en pormenorizaciones analíticas ...* Pero tal como se presentan las cosas en ese cúmulo de pruebas traído aquí, jurídicamente hablando, es imprescindible atribuir la delincuencia esa al mencionado Toro Posada.

Los indicios de responsabilidad se presentan tan claros, tan precisos, tan convergentes y tan unívocos, que para cualquier persona conocedora de un régimen probatorio, sería inevitable la incriminación a Luis Hernando Toro por esos hechos lesivos del interés patrimonial del Banco Industrial Colombiano” (fl. 261. Hago resaltos y subrayo).

Como puede apreciarse, se habla de un “análisis crítico” que no aparece por ninguna parte; de un análisis con “... las técnicas y los métodos correspondientes ...”, pero tampoco se acude a ninguna de ellas, esto es, las que hemos estudiado en el capítulo precedente. Se escuda el ministerio público en análisis críticos, pero luego dice lacónicamente que no es del caso entrar en “pormenorizaciones analíticas” ¡*Es el sofisma, H. Magistrada! Es la petición de principio: ¿se da algo por demostrado sin haberlo demostrado!* Pero no solo se cae en sofismas como el mencionado, se afirma violando los *principios de presunción de inocencia* y de *culpabilidad*, según los cuales se presume que todo hombre es inocente mientras no se le pruebe en contrario mediante una sentencia debidamente ejecutoriada, y que no se puede emitir un juicio de responsabilidad hasta no demostrar la culpabilidad; se afirma, H. Magistrada, que *Luis H. Toro* es “responsable”!

En otras palabras, el mismo respetado fiscal, que se precia en su concepto de ser un “experto en derecho penal”, le imputa a mi patrocinado la comisión de un delito que no se estaba averiguando, y se le declara responsable. ¿Desde cuándo, me pregunto, es el ministerio público en Colombia el que emite juicios de responsabilidad criminal? ¿Acaso no están establecidos constitucional y legalmente los principios del debido proceso y del juez natural? (arts. 26 C. N. y 11 del C. P.).

Pero lo grave no es solo lo anterior. Repárese cómo la argumentación no sustentada, sofisticada, apresurada, amañada, sin ninguna elaboración científica de por medio, como lo exige la sana critología, se afina en argumentos de autoridad:

“... si a tales conclusiones indispensablemente hay que llegar *partiendo de ayudas jurídico-científicas* (cuáles?), a cuáles no podría llegar una persona lego en tales disciplinas (?)” (los agregados y los resaltos son míos. Cfr. fl. 262).

¿Cómo así que se ha partido de “ayudas jurídico-científicas”? ¿Cuáles son los métodos científicos en que se apoya el respetado señor fiscal para hacer este tipo de afirmaciones sin fundamento ninguno? ¿No se tratará acaso de acudir a argumentos “efectistas” creando supuestas calidades “científicas” para enfrentarlas con las propias de los “legos”? ¿Será que se pretende afirmar que quien no piense como la Fiscalía es un lego? O por el contrario, ¿que no se necesitan argumentaciones científicas, que basta con las de los legos? No, Honorable Magistrada, en el debate judicial se tienen que respetar las reglas del juego y ellas obligan a todas las partes, sobre todo cuando se juega con la inocencia y la libertad de un hombre: si la Fiscalía del H. Tribunal cree que hay fundamentos para acriminar a mi patrocinado, lo digo con todo mi respeto, está en la obligación de fundamentarlos científicamente, está en la obligación de entrar en las “pormenorizaciones analíticas” que se desechan olímpicamente. Solo así el debate judicial se puede dar con altura y se enriquece.

¿Cómo, me pregunto, se concluye que existe “... una abundante prueba indiciaria” (fl. 262), que hay “... una gran cantidad de hechos y circunstancias probadas dentro de la investigación administrativa(?)”, y que la responsabilidad (sic) de mi patrocinado es clara porque “... todos los indicios así lo indican ...” (fl. 262), partiendo de consideraciones amañadas y sofisticadas? El asunto, como dice un conocido tratadista de pruebas, es *probando*. ¿Cuáles son los indicios, H. Magistrada? ¿Cuáles son los hechos indicadores? ¿Cuáles los hechos indicados? ¿Cuáles son las pruebas de los hechos indicadores? ¿Cuál es la conexión causal entre los hechos indicadores y los indicados? ¿Quién dijo que una investigación administrativa sospechosamente realizada, al parecer solo fragmentariamente allegada al expediente, es prueba legítima para acusar a un hombre? ¿No existen acaso unos requisitos de existencia, validez y eficacia, predicables de todo medio de prueba y que han de ser tenidos en cuenta por el juzgador?

Con la misma lógica anterior, otro exfiscal del H. Tribunal, con veinticinco años de servicio, dirá que el ministerio público “... prácticamente solicitó la indagatoria de *Luis H. Toro como responsable (!) del delito de hurto*”, al pedir *a quo* (atribuyéndose funciones de parte civil) que vinculara mediante indagatoria a mi patrocinado (fl. 321 fte.).

Pero, ya que se le ha dado tanta importancia por algunos de los funcionarios intervinientes a la investigación administrativa, es del caso, H. Magistrada, hacer algunas consideraciones sobre la misma:

Se habla de una “*investigación administrativa*” que no sabemos finalmente si se realizó o no; para nadie que haya leído el expediente con esmero, pasa desapercibida la oscura posición del Banco, cuando sus mismos funcionarios se contradicen sobre su realización y cuando —todo lo indica así— solo se allegó al expediente fragmentariamente, guardando, tal vez, las diligencias que no convenían para las pretensiones de la encartada. Véase la contradictoria e inexplicable posición del contralor del Banco, Dr. *Jesús Antonio Alvarán Montes*.

“*Fue que el banco llevó una investigación, tomando testimonios, aportando documentos y analizando el caso; esa investigación la llevó el dr. Óscar Estrada Vélez —Revisor Fiscal—, la vicepresidencia de relaciones humanas, la contraloría del Banco y la parte administrativa de la oficina. Esa investigación concluyó con la calificación de negligencia en el trabajo por parte de Luis H.*” (fl. 119 vlt. resaltos míos).

Se habla, pues, de una investigación “tomando testimonios” (que hasta donde sabemos se “toman” por escrito), “aportando documentos” y “analizando el caso”; una investigación en la que intervino el deponente, la vicepresidencia de relaciones humanas, etc. Incluso se habla de las resultas de la misma. Con el contralor coinciden diversos testigos, por ejemplo *William Muñoz*, quien incluso afirma que al único que no se llamó fue a *Luis H. Toro* (cfr. fl. 11 vto.).

Pero, cuál no será nuestra sorpresa cuando verificamos lo que afirma el mismo *Alvarán Montes* el 18 de abril (4 días después!) en comunicación dirigida al Despacho:

“*No se formalizó por escrito ningún proceso administrativo o disciplinario a raíz de la pérdida de \$ 500.000.00 en la sucursal de Villagrande (Envigado) ... estoy adjuntando las comunicaciones de los diferentes empleados que dieron lugar a la decisión tomada por las distintas dependencias del banco*” (fl. 131).

Obsérvese que ya no se habla de investigación administrativa “tomando testimonios”, allegando “documentos”, etc., sino que inexplicablemente se afirma que “no se formalizó”. O sea, no hubo investigación, o si la hubo fue verbal; entonces, ¿en qué quedamos?

Se habla sí de las comunicaciones de los diferentes empleados, incluso algunas sin firma, entre las cuales se incluyen algunas de 1983, atinentes a hechos sucedidos en otra sucursal; en tales comunicaciones los empleados dan sus personales explicaciones y, como se trataba de la ley del “sálvese quien pueda”, se hacen mutuas implicaciones como en cualquier “cacería de brujas” moderna. ¿Dónde, me pregunto, están los testimonios recibidos? ¿Dónde los documentos allegados? ¿Dónde la resolución que concluyó calificando de negligente a *Luis H.*?

Lo cuestionable es que no aparezcan, pero lo trascendental del asunto es que ya la justicia laboral se pronunció sobre el despido y lo calificó de injusto, y dicha prueba se encuentra en el expediente.

¿Hubo, entonces, o no investigación administrativa? Y si la hubo, ¿por qué no se allega toda al expediente? Lo que sí está claro, es que *a todos los empleados de la sucursal se les convirtió en policías o en delatores de sus propios compañeros*. Véase lo que dice *Elkin Adán Giraldo Marín*, al final de su comunicación:

“... espero seguir *informando e investigando* de algo acerca de este problema, a la vez que *espero sepan ustedes analizar todas las posibles coartadas que se nos presentan* por uno u otro hecho acaecido a raíz de dicho tema y dar finalmente con el autor o autores de este robo” (fl. 169 fte. Los resaltos son míos).

B. *El señor juez penal del Circuito de Envigado: en la misma línea de pensamiento de la Fiscalía.* Siguiendo la misma huella trazada por el señor fiscal *ad quem*, el distinguido juez del Circuito, al declararse impedido, corroboró sus planteamientos al sobreseer definitivamente a la encartada *Patricia Acosta P.* cuando, a manera de advertencia, dijo al H. Tribunal:

“Hasta el momento actual el señor Toro Posada no ha sido ligado al averiguatorio en calidad de sindicado, alternativa que a nuestro juicio no se haría esperar, de seguir a nuestro cargo la pesquisa (el acervo indiciario es elocuente y *participamos de los planteamientos del señor fiscal ad quem* en este tópico, en especial sobre lo plasmado a folio 261)” (fl. 317, subrayo).

Dentro de esta manera de ver las cosas, se afirma igualmente en la providencia que resolvió la situación jurídica:

“Nadie atina a refutar y menos a desconocer el traslado clandestino y fraudulento del medio millón de pesos de la cava a los estantes del archivo bancario y el consiguiente apoderamiento de los \$ 21.500.00” (fl. 3 del auto detentivo).

Justamente, eso es lo que no está probado. Esa premisa que el señor juez *a quo* da por demostrada, es lo que se tiene que establecer mediante la investigación; por ello, en el memorial por medio del cual interpuse el recurso de apelación, dije que no estaba acreditada la preexistencia del dinero, ni mucho menos la sustracción.

Pero también el *a quo*, violando los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, en una providencia meramente provisional en lo que hace a la calificación, declaró la responsabilidad penal de mi patrocinado ¡como si se tratara ya de la sentencia condenatoria! Léase, en efecto, de manera desapasionada, el siguiente párrafo tomado del auto detentivo:

“... el mismo recaudo probatorio existente nos suministrará la información legal y suficiente para establecer *sobre quién recae la responsabilidad penal como autor o partícipe del suceso ya referido ...*” (fl. 3, hago resaltos).

Obviamente se refiere a *Luis H. Toro*.

Pero vemos cuáles son los indicios que, según el *a quo*, comprometen a mi patrocinado. Para una mejor claridad expositiva los enumeraré, siendo fiel al texto de la providencia:

1) *Luis H. Toro podía ingresar libremente a la cava:* “Luis Hernando Toro Posada *era un asalariado* que podía ingresar libremente a la cava tan pronto como el cajero Jorge Agudelo se retiró para atender la cita médica ese 16 de septiembre de 1985” (fl. 3).

2) *Existía reciprocidad entre las llaves del esloquer (sic) de Luis H. Toro y Jorge Agudelo.*

3) *El único obstáculo que tenía Luis H. Toro para ingresar a la cava era la clave que William Muñoz no botó.*

4) *Otros tantos hechos indicadores planteados por esta oficina en anterior oportunidad.*

5) *Las manifestaciones por su indolencia en los manejos de los sistemas de seguridad que de la entidad crediticia no prestaba desde tiempo ha el inculpatado.*

6) *Sus relaciones con la denunciante Acosta Pérez siempre fueron las mejores.*

7) *Los directivos del BIC jamás guardaron prevención alguna por su largo período laboral que con esa entidad sumaba* (cfr. fls. 5 y 6 del detentivo).

De lo anterior deduce el funcionario que todo concluye “Al indicio grave de responsabilidad” que “pesa sobre el ahora vinculado”; y que “considera el despacho que los anteriores indicadores constituyen la prueba circunstancial suficiente que exige el art. 42 de la ley 2ª de 1984 para proferir auto detentivo” (fls. 6 y 8).

De las transcripciones hechas no se deduce si son varios los indicios (se habla de “indicadores”), o uno solo con características de “grave”. Pues bien, ocupémosnos de cada uno de tales “indicadores” a la luz de la critología.

5. ANÁLISIS DE LA PRUEBA INDICIARIA QUE SE DICE EXISTE EN EL EXPEDIENTE

A. Los indicios contra mi patrocinado

1) *Luis H. Toro podía ingresar libremente a la cava.* Se afirma que este es un hecho indicador del cual se infiere que mi patrocinado fue la persona que sustrajo el dinero (hecho indicado).

Como ya lo vimos, la prueba indiciaria tiene unos determinados requisitos de existencia, validez y eficacia. En cuanto a estos últimos, habíamos dicho, es indispensable que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por obra de la casualidad o del azar y que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente.

Indudablemente *Luis H.* podía ingresar a la cava; sin embargo, cabe preguntar, ¿era el único? ¿No podían ingresar a ella todos los empleados de la sucursal bancaria? Existen, a no dudarlo, motivos infirmantes que desvirtúan este hecho indicador: doce empleados, la señora gerente, incluso los celadores podían ingresar a la cava. Ahora bien, si lo que quiere decir es que cuando la cava estuviere cerrada solo *Luis H.* podía ingresar, se cae también en una imprecisión, pues solo podían ingresar los que tuvieran las claves o las conocieran, siempre y cuando lo hicieran de manera conjunta; pero además se necesitaban las llaves. Las claves eran conocidas no solo por *Luis H.* sino por *William Muñoz*, cada uno de ellos conocía una clave.

Pero si la cava estaba abierta, o no tenía puestas las claves, cualquiera que tuviera las llaves podía ingresar; ello es apenas lógico, pues en horas de oficina las cavas permanecen abiertas para que los empleados puedan cumplir con sus labores normales.

El hecho indicador que se quiere referir solo a *Luis H.*, es también predicable de todos los empleados con lo cual, de ser lógicos y respetando los postulados de la prueba indiciaria, tendríamos que concluir que todos los empleados de la

sucursal pudieron sustraer el dinero; el indicio que se puede concebir resulta siendo apenas una endeble conjetura que, es bueno decirlo, también se podría extender al cajero *Saúl Albeiro Hernández*, quien aquella tarde reemplazó al titular.

Si estudiamos el expediente verificamos que todos los empleados tenían acceso a las llaves, sea porque haya mediado descuido o no de mi patrocinado, sea porque existía la suficiente confianza entre todos, como se ha predicado en el expediente. En efecto, es la misma *Patricia Acosta* quien reconoce que el día de los hechos, en las horas de la tarde, al terminar *Luis H.* su labor, indicó a varios empleados el sitio donde quedaban las llaves:

“Antes de irse el Sr. Secretario, en presencia de *Jairo Hernán Castaño*, *Elkin Adán Giraldo* les mostró las llaves de la caba (sic) y les dijo con estas palabras: muchachos, aquí quedan las llaves de la caba (sic) ...” (fl. 37 fte.).

La misma funcionaria, en su denuncia contra persona indeterminada, dice:

“Pasadas las siete de la noche del día 16 de septiembre de 1985, el señor *Luis H. Toro*, Secretario de la Oficina, antes de ausentarse para su casa, hizo saber a los tres empleados que permanecieron en la sucursal, de nombres *Elizabeth Montaña*, Secretaria de Gerencia, *Jairo Hernán Castaño*, Inspector A. de caja, y *Elkin Adán Giraldo*, encargado de tarjeta de crédito, el sitio en donde quedarían las llaves de la bóveda ...” (fl. 42).

Como puede apreciarse, no solo *Luis H.* podía en las horas de la noche de aquel día ingresar a la cava, pues las llaves permanecieron a la vista de todo el mundo, y tres empleados diferentes a él también lo sabían; bastaba con que por uno u otro motivo conocieran las claves, o ingresaran cuando esta se encontrara abierta, o hubiera sido dejada la cava sin las debidas seguridades.

Pero aparte de que otras personas conocían el sitio donde estaban las llaves, es lo cierto que la cava fue abierta al empezar la tarde y luego, pese a ya haber sido cerrada, fue nuevamente abierta. En efecto, según *William Muñoz*, a la 1:40 p.m. él puso la clave:

“En las horas de la tarde ingresé a la oficina a la 1+40 p.m. y me dispuse a poner mi clave, ... luego al cierre de la cava principal estamos presentes auditor, secretario y cajero auxiliar, a continuación el secretario se dispone a colocar la llave del temporizador y borrar las claves respectivas ... me retiré de la oficina a las 6+45 pm” (fls. 154-155).

Esto es de trascendencia porque entonces no es cierto, como se ha querido dar a entender, que la cava permaneció cerrada desde que en las horas de la mañana el cajero *Jorge Hernán Agudelo* salió para la cita médica, y todo hace presumir estuvo abierta durante toda la tarde, habiendo podido penetrar cualquiera a la misma; la única condición era que se encontrara en el interior del Banco. Incluso *Darío Taborda* reconoce que la cava fue abierta a las 6 p.m. de aquel día 16 de septiembre:

“La caja fuerte fue abierta un poco pasadas las seis de la tarde para depositar allí, como es costumbre, todo lo que en ella debe asegurarse (sic). Recuerdo que más o menos a las 6:30 p.m. cumplí personalmente con mi deber” (fl. 158 fte.).

Repárese bien cómo se alude al día 16 de septiembre, en el cual se supone se presentaron los hechos investigados. Además, repárese en un hecho de mucha importancia, en el cual no se ha pensado en absoluto: los duplicados de las llaves (aunque lo ignoraban *Luis H.* y la gerente, entre otros) se encontraban en el interior de la misma, a la vista de todo el mundo, y cualquiera pudo utilizarlos para abrir la cava y volverlos a colocar en su lugar. Así lo reconoce *Jorge Hernán Agudelo*:

“Yo recordé que había visto dentro de la caja fuerte una cajita con unas llaves, que yo no sabía qué clase de llaves eran, me pregunté si de pronto esas eran las llaves del duplicado, entré a la cava y las traje y efectivamente hay (sic) estaban los duplicados” (fl. 13 fte.).

Como si lo anterior fuera poco, el señor *William Muñoz* se quedó ese día en el Banco, al medio día, como lo corrobora la empleada del aseo, en comunicación obrante en el expediente:

“... todo el mundo salió como de costumbre quedando solamente el señor *William Muñoz* (sic) o sea el auditor de la oficina y a las (sic) once y media me vajo (sic) para el primer piso arecojer (sic) a limpiar lo mismo que a barrer y *William* estaba allí en su puesto callado ...” (fl. 132 vlt.).

Otro hecho de interés, que no ha sido tampoco tenido en cuenta, es el protagonizado por *William Muñoz*, quien decidió quemar unos extraños papeles y rociarlos con veneno en el baño, tal como lo narra *Elkin Adán Giraldo Marín*:

“... hay un detalle que me ocurrió cuando me dirigía a uno de los sanitarios, vi al Sr. Auditor echando al canasto de la basura unos papeles quemados, le pregunté “¿Qué es eso?” y me dijo “a (sic) se me quemaron en mi basurero” ...” (fl. 168 fte.).

Y también *Luis Guillermo Mejía G.*, nos dice que al rato de encontrado el dinero:

“... noté entre todos los compañeros un nerviosismo y entre ellos al señor auditor que estaba fumigando una cucaracha y también en la papelería se estaban quemando unos papeles que luego los botó a la papelería del sanitario” (fl. 151 fte.).

¿Por qué, H. Magistrada, *William Muñoz* realizaba la quema de papeles de manera inusual?

Tan cierto es, si analizamos científicamente el mencionado hecho y por ende el hecho que se supone indicado, que cualquiera de los empleados tenía acceso a la cava, que según cuenta el mismo testigo *Giraldo Marín*, la gerente les dijo a todos que eran sospechosos del “robo” cometido; incluso, el hecho de que la denuncia haya sido puesta contra persona indeterminada, es otro motivo infirmante de mucho peso, que no ha sido tenido en cuenta a la hora de formular la conjetura de que nos ocupamos. En efecto:

“La doctora Patricia tomó una actitud vigilante, decía que cada uno de nosotros era sospechoso del robo por el hecho de estar laborando en esa sucursal compuesta por unos doce empleados” (resalto, fl. 114 fte.).

Tan débil es el hecho indicador, que se ha olvidado que en el interior del Banco también permanecían los celadores, con lo cual, si queremos ser lógicos, debemos concluir asimismo que cualquiera de ellos pudo sustraer el dinero. Este primer “indicador” no es más que una conjetura sin fundamento alguno; se trata, desde la perspectiva de los requisitos de eficacia, de una conexión causal meramente aparente, sin razón de ser.

2) Existía reciprocidad entre las llaves del esloquer (sic) de mi patrocinado y las del cajero Jorge Agudelo. Se ha pretendido por parte del señor juez a quo, deducir otro indicio del anterior hecho indicador; y, entonces, Luis H. Toro, al tener una llave que según algunos testigos coincidía con la del cajero, fue el autor de la sustracción (hecho indicado). Veamos si tal hecho indicador resiste un análisis serio, o se trata por el contrario de un argumento efectista y muy superficial en el fondo.

Para poder sustraer el dinero, así se encontrare la caja abierta o cerrada, pues el dinero se encontraba en un “esloquer” en el interior de la bóveda, era necesario no solo poseer las llaves, conocer las claves sino, además, poseer la llave de aquel. Como se sabe, esa llave solo la poseía el cajero Agudelo, nadie más.

¿De dónde se dedujo tal hecho indicador? De unas mediciones con los duplicados que aparentemente se realizaron, encontrando que otra llave supuestamente servía, era la llave del señor secretario; las cosas entonces estaban claras: Luis H. Toro era el ladrón que venía azotando al Banco, llevándose teléfonos, implementos de aseo, joyas de la gerente, dólares extraídos de la cartera de esta última, una escalera, un taladro eléctrico, etc.

Sin embargo, me pregunto, H. Magistrada, ¿está demostrado que Luis H. Toro tuviera conocimiento de esa reciprocidad? ¿Sabía él que era posible abrir el “esloquer” de Agudelo con su llave? Ni la investigación ni los gratuitos acusadores de este hombre, que es plenamente inocente, se han preocupado por establecerlo; a nadie se le ocurrió hacer una confrontación entre las dos llaves y allegar la prueba al proceso; se dio por sentado que él era el ladrón, y como tal tenía que conocer dicha correspondencia.

Es esta la manera como se vulgariza la prueba indiciaria, cayendo en peticiones de principio; se presume en contra de la víctima propiciatoria, ¡aquella que paradójicamente llevaba dieciocho años de servicio!

Y, hasta ahora, a nadie se le ha ocurrido pensar en otras explicaciones: por ejemplo, si esas llaves se correspondían no se ha pensado que existían, entonces, no uno sino dos duplicados en el manejo que se encontraba en el interior de la cava, que permanecía abierta en horas de oficina y a la que tenían acceso todos los empleados. Como esos duplicados estaban a la vista de todo el mundo, ¿por qué no pensar que el verdadero ladrón (si es que el hurto verdaderamente se cometió) las haya sacado y después de utilizarlas a su antojo volvió y las dejó en su sitio?

¿O, sencillamente, les sacó a su turno duplicados que manejaba libremente? ¿Por qué no pensar que cualquiera otra persona, diferente a mi patrocinado pudo utilizar dicho duplicado? ¿No bastaba acaso con conocer de su existencia? Y no se olvide que esta anomalía, consistente en no dejar los duplicados en otra sucursal, fue heredada por la administración de Patricia Acosta y Luis H., como lo reconoció ella en el careo con mi representado.

Con este hecho indicador ocurre lo mismo que con el primero: es una mera conjetura, y en el campo de las conjeturas todo es posible suponerlo. Esto sucede porque hasta ahora el a quo no se ha preguntado si tal hecho indicador está plenamente probado como lo exige el art. 235 del C. de P. P.; no se ha precisado si tiene alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga (requisitos de existencia del indicio). ¿Se ha descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, o fruto de la casualidad o del azar (requisitos de eficacia)? ¿Por qué se presume siempre en contra de Luis H. y no se hace ello en contra de los demás empleados: del cajero que se retiró a cumplir la cita médica sin hacer el arqueo de caja, y apenas ‘cuadró’, por pantalla? ¿Por qué no se desconfía de William Muñoz, que quemó extraños papeles llamando la atención de los demás compañeros, y se quedó al medio día del 16 después de que los demás salieron a almorzar? ¿No tenía él las llaves de la cava a la mano y no conocía también una de las claves? ¿Y si otro empleado, dada la confianza reinante y el ambiente de camaradería que dicen los testigos existía entre todos, por uno u otro motivo conocía las claves, máxime que según se ha dicho eran los números telefónicos de los empleados?

Son, pues, diversos los motivos infirmantes que desvirtúan este aparente indicio, construido con base en razonamientos acientíficos. Lo que aparentemente es un indicio en contra de Luis H. se torna en un contraindicio de inocencia, pues si había llaves que coincidían era porque los duplicados eran varios a su turno, lo cual aumentaba la posibilidad de que cualquiera abriera la cava.

3) El único obstáculo que tenía Luis H. Toro era la clave que William no botó. También de este hecho indicador se deduce que Luis H. Toro fue el hurtador. Aparentemente es muy consistente la argumentación, pero se construye sobre sofismas.

Lo primero que tenemos que preguntarnos es si el hecho indicador está probado (C. de P. P., art. 235). Si examinamos el expediente, encontramos que tal afirmación la hace Patricia Acosta, obviamente esgrimida como medio defensivo, partiendo de la supuesta investigación administrativa que no es prueba idónea ni legalmente practicada. De resto, hasta donde alcanza mi conocimiento del proceso, no está probada mediante un medio probatorio que reúna los requisitos de existencia, validez y eficacia como lo ordena la ley. Por ende, no existe plena prueba del hecho indicador, es una conjetura más, uno más de los trozos de caballo blanco de que nos habla BONNIER.

Nuevamente, debemos invocar a FRAMARINO cuando nos dice que el indicio debe ser cierto:

“En cuanto al indicio, como respecto a cualquier prueba, *es menester que se hagan dos apreciaciones, subjetiva la una y objetiva la otra*. La apreciación subjetiva del indicio está encaminada a comprobar el hecho indicador, o sea la subjetividad de la prueba, al paso que la apreciación objetiva se dirige a hacer constar el hecho indicado, esto es, el contenido de la prueba. *En cuanto al contenido, el indicio puede aceptarse como prueba, con el señalamiento de su verdadero valor, inclusive cuando es simplemente verosímil; pero en relación con el sujeto probatorio, vale decir, en cuanto a la realidad del hecho indicador, el indicio debe ser cierto, pues de lo contrario tiene que ser rechazado*” (FRAMARINO, I, pág. 278).

Pero, como decíamos, este indicio se construye sobre sofismas:

Se presume que el dinero fue sustraído habiéndose dejado la cava cerrada con las seguridades de rigor, esto es, al medio día del 16 de septiembre, mientras los empleados almorzaban, o por la noche después de que salieron de la oficina hacia sus hogares. En otras palabras, *se descarta que la sustracción supuesta se haya efectuado en las horas laborables, cuando la cava estaba abierta*. Y, entonces, se llega a una conclusión errónea, porque el hecho pudo presentarse en este interregno; además, también pudo haberse realizado al medio día: ¿no permanecieron algunas personas al medio día en el Banco, después de que saliera Luis H. Toro? ¿No aconteció lo mismo por la noche? ¿Y si sucedió que la cava se dejó sin botar las claves o no se cerró con las debidas seguridades? ¿No tenían otros la posibilidad de ingresar a ella? Y si la sustracción fue durante las horas de la tarde, mientras laboraban, ¿qué incidencia tiene o no que se hayan botado las claves?

Pero, no olvidemos los *motivos infirmantes*: ¿vio alguien a Luis H. Toro en las horas en que presupone el razonamiento, que extrae tal indicio, entrar al Banco? ¿Hay algún testimonio o alguna prueba documental o indiciaria que indique el regreso de mi patrocinado al Banco a tales horas no laborables? ¿Algún celador lo vio la noche del 16 al 17 en el interior del Banco?

No, Honorable Magistrada, nadie lo vio, porque él no fue. Nadie puede afirmar que mi prohijado fue el autor del hecho, porque la cava permaneció abierta durante la tarde, y si fue cerrada se volvió a abrir, como ya se demostró. Se está cometiendo una atroz injusticia con un hombre inocente.

Da grima decirlo, pero no solo toda la planta directiva del BIC sino la judicatura, han olvidado la lección en materia de prueba indiciaria que nos ha dado Darío Taborda, humilde trabajador del Banco, en comunicación obrante a fls. 160 frente:

“Juzgar sin ver es injusto. Es preferible que se derrumbe el mundo antes de ir a cometer una injusticia, al hacer una deducción que puede ser o no acertada.

”Sugiero, con el debido respeto, que el compañero Luis H. aclare esto”.

Mirad qué explicación sobre la apreciación de la prueba se nos ha dado; y lo ha hecho un hombre que ha estudiado en la Universidad de la vida, que no es ni juez, ni fiscal, ni exfiscal, ni directivo bancario. Pero qué irónica es la vida: esta transcripción también ha servido para manchar a Luis H. Toro; cuando el

empleado sugiere, “con el debido respeto”, que mi patrocinado aclare los hechos, no le está haciendo imputación ninguna (como se ha pretendido), sencillamente clama porque el secretario, su jefe de personal, el mismo que pidió llamar a la policía y no fue escuchado, sea el que aclare los hechos; no en vano sobre él pesaba la responsabilidad administrativa; pero no, se “investigó” a sus espaldas, aduciendo pruebas secretas, no controvertidas. ¡Por algo la JUSTICIA LABORAL decretó que el despido había sido injusto!

Se desató una espectacular “cacería de brujas” que puso a todos los empleados a temblar, de todos se sospechaba, cualquiera podía ser despedido y quedaba cesante, el dolor y las necesidades podían llegar a cualquier hogar. Estas son las leyes del capital en una sociedad como la nuestra: se salva siempre el más fuerte, el poderoso triunfa sobre el débil; ninguno podía salir en auxilio de su compañero porque de ello pendía la subsistencia, o tal vez alguna recomendación de buena conducta, como la que se le diera al contradictorio William Muñoz, que para entonces tenía a su mujer embarazada, a quien también se le tildó de “partícipe” en el hurto.

Por ello, H. Magistrada, recogiendo las palabras de Darío Taborda, digo: que cese la injusticia cometida y triunfe la verdad. Es preferible que se derrumbe el mundo antes de ir a cometer una injusticia, como la que se viene cometiendo con un hombre bueno, pulcro, honrado.

Concluyo el análisis de este tercer hecho, demostrando cómo se trata también de una conjetura sin valor alguno. ¿Me respaldan los maestros de la critología, me acompaña Darío Taborda, que tiene consciencia de clase!

4) “Otros tantos hechos indicadores planteados por esta oficina en anterior oportunidad”. Pareciera que el distinguido juez *a quo* nos remitiese a un arsenal de indicios, que nos harían cejar en el propósito de defender con honradez académica a Luis H. Toro; pero no, para sorpresa nuestra, ello no es así: tales “tantos” hechos indicadores, con el debido respeto, no existen más que en la mente del funcionario. En el fl. 6 del detentivo se nos remite a fls. 315 y ss. (al folio 317 más concretamente), donde dice: “participamos de los planteamientos del señor fiscal *ad quem* en este tópico, en especial sobre lo plasmado a folio 261”; pero resulta que en el fl. 261 no existe ningún tipo de hechos indicadores, por la potísima razón, como ya se demostró más arriba, que el señor fiscal no realizó ningún estudio de la prueba indiciaria, no señaló ningún tipo de indicios, no sometió los supuestos hechos indicadores al tamiz de la critología.

Como en los cuentos de *Las mil y una noches* los indicios parecieran brotar a cantidades del fondo de la tierra!

5) “Las manifestaciones por su indolencia en los manejos de los sistemas de seguridad que de la entidad crediticia no prestaba desde tiempo ha el inculpatado”. También aquí el distinguido *a quo* es pródigo en citarnos “indicadores”: las declaraciones de Rodrigo Franco, antiguo patrono de Luis H., con quien tuvo acres disputas, pues según mi patrocinado, “por cumplir con el deber también se consiguen enemigos” (fls. 67 y ss.); las llamadas de atención o los memorandos internos de 1979-1983, que se sucedieron en la sucursal del Poblado (fls. 89 y ss.), y una comunicación dirigida al juez por un funcionario mentiroso: Antonio Alvarán Montes (fl. 131 fte.), un testigo para el cual parecen escritas las palabras de FRAMARINO DEI MALATESTA:

“Para que el hombre narre la verdad que ha percibido, de acuerdo con la presunción de veracidad humana, es preciso que no se haya engañado al percibir, y que no quiera engañar al relatar lo percibido. Esas son las dos condiciones inherentes al sujeto del testimonio, y sin ellas este no puede inspirar ninguna credibilidad” (*Lógica de las pruebas*, cit., t. II, pág. 47).

Pero lo más curioso es que tales indicadores, en gran parte, no tienen nada que ver con lo investigado: ¿Qué tienen que ver con la investigación las supuestas irregularidades administrativas ocurridas en 1978 en otra sucursal bancaria? ¿Es así como se maneja la prueba indiciaria científicamente! El Despacho se inventa hechos indicadores que no tienen nada que ver con los hechos y que tampoco están probados como lo manda el art. 235 del C. de P. P.; que no tienen ninguna vinculación causal con el hecho; que no son concordantes, convergentes, ni concurrentes; en fin, se acude a supuestos indicios que no reúnen los requisitos legales de existencia, validez y eficacia.

Se habla de “manifestaciones de indolencia” de parte de mi patrocinado en el cumplimiento de sus deberes, pero no se repara que es la propia *Patricia Acosta* (motivo infirmante), la que dice: Luis H. cumplía con su deber (fl. 37 vto.).

Y véase lo que dice un cliente del Banco: “Quiero decir que encontramos en esta persona *honorabile, correcte y servicial, entre él y el gerente del BIC del poblado se presentaron roces, y el gerente Rodrigo Franco buscó por todos los modos de sacarlo de tal sucursal ... mejor no hay donde, es correcto, honrado es una gran persona y de inmejorable conducta, no tiene vicio alguno*” (fl. 16 vto. *Jacobo Renzler Korn*).

6) “*Sus relaciones con la denunciante Acosta Pérez siempre fueron las mejores*”. ¡Vaya paradoja! Cuando mi patrocinado, con valor, gallardía y hombría reconoce, no una sino cada que ha tenido oportunidad de hacerlo, que hasta el momento del despido *Patricia Acosta* fue una excelente patrona, el señor juez a quo ve en ello un hecho indicador gravísimo que lo lleva a inferir, una vez más, que él es autor del hurto investigado y que, insisto, su comisión no se ha demostrado hasta el presente.

También decir la verdad, ser honesto, respetar las personas, cumplir con los deberes ciudadanos es un indicio en contra de mi patrocinado.

¡Nunca en mi corta pero agitada vida profesional, H. Magistrada, había visto tanta prevención de parte de la judicatura para con un hombre inocente! Que se maneje libertinamente la prueba indiciaria es aceptable, que se disienta en las apreciaciones, que se discutan los enfoques en medio de una sana polémica académica, es lo usual; pero lo que no está bien es llegar a este tipo de extremos. La investidura de la judicatura demanda serenidad, reflexión, sabiduría, ecuanimidad; el juez es el árbitro supremo de los conflictos humanos, es un apóstol siempre atento a hacer realidad ese noble ideal de la justicia, como diría CALAMANDREI: “El juez es el derecho hecho hombre; solo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto me promete la ley; solo si este hombre sabe pronunciar

a mi favor la palabra de la justicia, podré comprender que el derecho no es una sombra vana. Por eso se sitúa en la *iustitia*, no simplemente en el *ius*, el verdadero *fundamentum* (fundamento de los reinos); porque si el juez no está despierto, la voz del derecho queda desvaída y lejana, como las inaccesibles voces de los sueños” (*El elogio de los jueces*, pág. 12). Es tan pobre e infundado este hecho indicador, H. Magistrada, que ni siquiera a nivel de la conjetura resiste el más mínimo análisis.

Cómo no recordar ahora a ANACARSIS: ¡“La ley es una telaraña que detiene a las moscas y deja pasar los pájaros”!

7) “*Los directivos del BIC jamás guardaron prevención alguna por su largo período laboral que en esa entidad sumaba*”. De la misma manera este supuesto “indicador”, no tiene nada que ver absolutamente con el hecho investigado, no entiendo cómo por arte de birlibirloque se quiere hacer aparecer como indicio esta circunstancia que tampoco está demostrada en el proceso. Ciertamente mi poderdante ha insistido en que tal vez todo se deba a un montaje del Banco para prescindir de sus servicios, como reiteradamente lo ha dicho desde que fue despedido:

“*Deduzco que es una confabulación de mala fe, para hacerme imputaciones falsas y prescindir de mis servicios*” (fl. 9 vto.).

Pero ello no autoriza a pensar que tal afirmación, que nada impide pueda ser verdadera, se constituya en un indicio más en su contra.

Creo, H. Magistrada, haber demostrado que los hechos indicadores a que alude el señor juez, no resisten un cuestionamiento científico serio; que no han sido pasados por el tamiz de la critología; que se trata de conjeturas o de simples sospechas; que la judicatura de muy buena fe ha procedido de manera intuitiva, sin valorar la prueba certeramente; que se ha presumido siempre en contra de mi prohibido. Pero, justamente, la inocencia de *Luis H. Toro*, que creo se pasea orgullosa por todo el expediente, se ve todavía más clara cuando reparamos en los contraindicios y aun en los indicios de inocencia. Creo que el auto de detención no se afina sobre conclusiones claras y terminantes, científicamente respaldados.

B. Los contraindicios. Los indicios de inocencia

Como dice MITTERMAIER, ya citado, existen hechos que o bien impiden o hacen difícil imputar el hecho al procesado, o que hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos se deriva una explicación enteramente favorable para el procesado. Entre los que creemos confluyen en este proceso, tenemos los siguientes, que ponemos a consideración del H. Tribunal:

1) *Luis H. Toro*, al recibir la carta de despido, que ha considerado calumniosa, acudió inmediatamente ante las autoridades y presentó la denuncia criminal correspondiente, pidiendo que la justicia esclareciera los cargos, y que se le devolviera su honorabilidad. Si él hubiera sido el autor del hecho, H. Magistrada, no habría concurrido ante la judicatura pidiendo que se le investigara, no se habría amargado más la vida enfrentando al pulpo económico que hoy enfrenta; no se habría puesto en la tarea de David frente al Goliat de los grupos financieros que creen poder

arrasarlo todo, hasta la honra de un humilde trabajador que hace parte de esa inmensa clase obrera segregada, sometida.

2) *Luis H. Toro*, una vez que se enteró de los hechos pidió reiteradamente que se llamara a la Revisoría Fiscal y a la policía, pero la señora gerente se negó aduciendo que la policía "nada sabía de bancos". Este contraindicio de inocencia, al igual que el anterior, está plenamente acreditado en el expediente (fls. 9 fte., 9 vlto., 11 vlto., 115 vlto., etc.). ¿Por qué, si se había cometido un hurto, no se llamó a la policía? ¿Por qué temía el Banco que las autoridades competentes investigaran los hechos y solo a última hora, presionados por una denuncia, pusieron en conocimiento de las autoridades los insucesos?

3) Cuando *Luis H. Toro* se da cuenta de que la bolsa con el dinero ha sido encontrada en el archivo, en lo primero que piensa es que no la toquen ni *William Muñoz* ni *Adán Giraldo*, pues en ella, según cree, se encuentran las huellas digitales del ladrón: "pedí al señor Muñoz y al señor Giraldo que no tocaran la bolsa plástica para poder comprobar las huellas digitales" (fl. 9 vlto.).

Piénsese si cree o no en la justicia *Luis Hernando*, pero tampoco fue atendido. Incluso, pareciera que la estrategia defensiva del Banco apuntara a proteger a *Patricia Acosta*, poniéndola a negar este hecho, pues según ella "cuando se encontró la plata ya el secretario *Luis H.* estaba fuera de la sucursal" (fl. 38 vlto.), afirmación completamente mentirosa y contradicha hasta el cansancio (cfr. fls. 151, 156, entre otros).

4) *Luis H. Toro* llevaba 18 años de servicio y había manejado millones de pesos, transportándolos incluso en su propio carro, exponiendo su vida; era un empleado de confianza, su carrera bancaria lo llevó a recorrer todas las posiciones, con un único deseo: cumplir su tiempo de jubilación. Si ello es así, no parece lógico (motivo infirmante) que se apoderara de una suma tan exigua: \$ 21.500.00, cuando bien pudo apoderarse de millones y no lo hizo.

5) El original y los duplicados de las llaves de la gaveta donde se encontraba la suma de dinero en el interior de la cava, los tenía el cajero *Jorge Agudelo* y no *Luis H. Toro*; es más, si nos atenemos a lo que se afirma en el expediente, las citadas copias reposaban en el interior de la cava, sin que los directivos del Banco, ni mucho menos mi patrocinado, se hubieran enterado hasta dicha fecha de su existencia, pues se suponía que se encontraban en otra sucursal.

6) El Banco le pagó a *Luis H. Toro* sus prestaciones en debida forma; si hubieran pensado que era un delincuente no le habrían cancelado las mismas denunciándolo, acorde con lo preceptuado por la ley laboral.

7) Un juez de la República condenó al Banco por el despido sin justa causa de mi patrocinado, después de examinar de manera prolija los hechos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo. La prueba correspondiente ha sido allegada al expediente y es incontrovertible, pues ya es cosa juzgada y ha sido emitida por el funcionario que la ley señala como competente para pronunciarse sobre este tipo de eventos. Este hecho es de vital importancia, pues si lo que se adujo para el despido fueron las irregularidades administrativas, a las que tanta importancia ha dado el *a quo*, ya no hay lugar a seguir insistiendo en ellas,

pues la autoridad competente ha dicho tajantemente que tales irregularidades no existieron. Este sí que es un verdadero contraindicio.

8) En ningún momento mi patrocinado se ha negado a que lo investiguen; se ha presentado solícito ante las autoridades cuando se le ha requerido y solo ha clamado porque se le respeten las garantías procesales y penales.

9) Aunque en escala menor, existe otro contraindicio debidamente probado en autos, cual es la enemistad con *Rodrigo Franco* su antiguo patrón, hecho al cual él atribuye su despido y las calumniosas imputaciones de que ha sido víctima.

10) Con anterioridad al hurto que se averigua, se presentaron otros hechos en el Banco, que por la forma como acaecieron hacen pensar que el hurtador sea una persona muy distinta: se perdían los jabones de baño, un teléfono, joyas, dólares, etc. Estos hechos habían sido indagados por *Luis H. Toro* con preocupación poniéndole señuelos al ladrón, pero no dieron resultado alguno. Paradójicamente, el Banco, al despedirlo, parece atribuirle hasta la pérdida de los jabones de los baños.

11) La denuncia del Banco fue puesta contra persona indeterminada, por lo mismo que no se tenía certeza sobre la comisión del hecho ni sobre quién recaía la responsabilidad.

12) La denuncia contra persona indeterminada fue formulada de manera tardía, como el mismo Tribunal ha tenido oportunidad de sostenerlo, cuando ya el proceso por calumnia estaba en marcha, a sabiendas de que la misma era el arma de defensa más idónea que se podía aducir en el proceso anteriormente entablado.

13) Si de la investigación administrativa "se infiere la participación" de *Luis H. Toro* en el hurto, ¿quién fue el autor del mismo, pues participar en sentido estricto significa "tomar parte en el hecho de otro"? O, si por el contrario, se le ha entendido en sentido amplio, ¿quiénes fueron los otros coautores? ¿Acaso *William Muñoz*? ¿Y por qué, H. Magistrada, si este empleado fue despedido por las mismas circunstancias no se le ha vinculado también mediante indagatoria? ¿No será que se tiene plena certidumbre que hacerlo sería cometer otra injusticia más? ¿Radicará la razón en el hecho de no haber denunciado también al Banco?

14) ¿Por qué a *Luis H. Toro* no se le quiso dar una recomendación después de 18 años de servicio, y a *William Muñoz*, quien se ha comportado de manera contradictoria no solo dentro del proceso sino fuera de él, que también fue despedido, se le recomienda como persona honesta?

15) ¿Por qué no se ha vinculado mediante indagatoria al cajero *Jorge Agudelo*, que era quien poseía las llaves de la caja donde se encontraba el dinero? ¿Por qué, con los mismos "indicios" que deduce el señor juez *a quo*, no se vincula mediante injurada a todos los empleados del BIC en aquel entonces? ¿Incluso a los vigilantes? ¿Acaso las conjeturas que han servido para detener a mi patrocinado no podrían servir para detener a cualquiera de ellos, así sea el más inocente del mundo? ¿No es ello contradictorio e ilógico?

16) Finalmente, H. Magistrada, ¿por qué la señora gerente del BIC, así como los altos funcionarios de la entidad, para tratar de eludir el compromiso penal de aquella, dicen que ellos nunca le han imputado el hurto a *Luis H. Toro*? ¿Por qué se ha manejado el proceso diciendo entré líneas que mi patrocinado es el autor

del hecho, pero sin atreverse a explicitarlo? ¿No será, H. Magistrada, que se ha descubierto la solución salomónica de acusar para defenderse, por aquello de que la mejor defensa es un buen ataque? ¿Por qué este oscuro y caprichoso doble manejo de las situaciones?

Los anteriores dieciséis puntos constituyen otros tantos indicios de inocencia o conraindicios, según el caso, que sin lugar a dudas evidencian la plena inocencia de mi representado; ellos no han sido tenidos en cuenta hasta ahora.

6. PETICIÓN

Después del análisis anterior, mi petición, H. Magistrada, no es otra que la ya formulada al *a quo*: que se decrete la *libertad incondicional inmediata*. Contra mi patrocinado se ha cometido una injusticia mayúscula, la judicatura va caminando hacia un error judicial; todo ello por la manera inapropiada como se ha manejado la prueba indiciaria, y creyendo hacer justicia se la ha cercenado. Se detiene a un hombre partiendo de una prueba inidónea, espuria, secreta, que no fue controvertida, que no la recibió ningún funcionario de la rama jurisdiccional. Ya decía el H. Tribunal que el Banco no era el funcionario competente para deducir cargos a ningún ciudadano. Tal vez está en lo cierto *Luis H. Toro*, cuando en la única oportunidad de descargos que tuvo en esa investigación secreta, que se realizó a sus espaldas, dijo:

“Lógicamente entiendo que en la investigación haya secretos, pero personalmente yo he analizado en todo momento desde ese día la situación sin encontrar una respuesta precisa, solo conjeturas que no llegan a ningún lugar, *conjeturas que solo sirven para enloquecer; mi principal conjetura es de que el dinero salió de la caja por las buenas, o mejor dicho lo sacaron en alguna forma estando la bóveda abierta y en horas de trabajo y no utilizando copias de llaves*” (fl. 134).

Dejo aquí concluido este extenso alegato; no he querido manejar el lenguaje en un tono que incomode o moleste a nadie, siempre he creído que los estrados judiciales son para librar arduos combates académicos, armados de la razón. Solo sé, H. Magistrada, que me asiste una inmensa sed de justicia. Hago aquí un alto para recordar algo que aprendí de PIERO CALAMANDREI:

“Sé de un químico que, cuando en su laboratorio destilaba venenos, se despertaba sobresaltado por la noche, recordando con terror que un miligramo de aquella sustancia podía ser suficiente para matar a un hombre. *¿Cómo puede dormir tranquilamente el juez que sabe que tiene en su secreto alambique un tóxico sutil que se llama injusticia, del cual una gota escapada por error puede bastar, no solo para quitar la vida, sino, lo que es más*

terrible, para dar a toda una vida un sabor amargo que ninguna dulzura podrá ya consolar jamás?” (El elogio de los jueces escrito por un abogado, págs. 348-49).

De la Honorable Magistrada,

con todo mi acatamiento,

NOTA: El H. Tribunal Superior de Medellín revocó el auto de detención (hoy medida de aseguramiento). Con posterioridad, al cerrarse la investigación, el *a quo* dictó sobreseimiento temporal en favor de los dos encartados; nuevamente, ante apelación interpuesta por la defensa, el H. Tribunal sobreseyó de forma definitiva a ambos procesados.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Inconstitucionalidad de la prisión perpetua

La pena de prisión perpetua no puede fundamentarse en disposiciones circunstanciales y transitorias, son las que está autorizado a expedir el ejecutivo dentro de las competencias excepcionales de que queda revestido por virtud de la declaración del estado de sitio. De igual manera, dentro de los objetivos humanitarios que se proyectan en la concepción de la pena, acogidos por la Constitución Nacional, no encaja el recurso a la pena perpetua, ni siquiera como solución de emergencia institucional.

Magistrado ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ
Bogotá, marzo 27 de 1989

Comentario: HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRIO
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA *

.....
CONSIDERANDO:

II. *El texto del decreto*

El texto del decreto que se revisa es el que sigue:

DECRETO 2490 DE 1988
(noviembre 30)

"Por el cual se adicionan los decretos legislativos 180 y 474 de 1988"

El presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

Que mediante decreto 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que la declaratoria de turbación del orden público se originó en la acción de grupos armados tendentes a la desestabilización de la normalidad institucional y de la paz y del orden social;

Que la acción delincencial de estos grupos armados se ha recrudecido manifestándose en hechos atroces como el homicidio masivo e indiscriminado de la población civil y los atentados contra personas de especial significación política, civil y militar;

* Profesores de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

Que para combatir eficazmente estas acciones subversivas del orden público, es necesario adicionar las normas contenidas en los decretos legislativos 180 y 474 de 1988, en forma tal que se establezcan ordenamientos encaminados a prevenir y sancionar estas acciones,

DECRETA:

Art. 1°.—Cuando el homicidio se realice por personas que pertenezcan a grupo armado no autorizado legalmente, incurrirán en pena de prisión perpetua.

Si el homicidio solo alcanza el grado de tentativa la pena será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión.

Art. 2°.—Incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior quien realice el hecho descrito en el artículo 29 del decreto legislativo 180 de 1988.

Art. 3°.—Cuando las lesiones personales se ocasionen por quien pertenezca a grupo armado no autorizado legalmente, las penas previstas en el artículo 31 del decreto legislativo 180 de 1988 se incrementarán en otro tanto.

Art. 4°.—El artículo 45 del decreto 180 de 1988 quedará así:

“Artículo 45.—Detención, libertad y prohibición de rebaja de pena.

“En los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, solo procede la detención como medida de aseguramiento.

“Salvo lo dispuesto en el artículo 6° de este decreto los imputados o condenados no tendrán derecho a libertad provisional, condena de ejecución condicional, libertad condicional, ni rebaja de pena alguna”.

Art. 5°.—Interrupción de la prescripción de la acción y de la pena: Se interrumpe el término de prescripción de la acción o de la pena, según el caso, para quien sea juzgado o condenado como persona ausente por los delitos de que trata el decreto legislativo 180 de 1988.

Art. 6°.—El artículo 37 del decreto legislativo 180 de 1988, quedará así:

“Artículo 37.—Eximente de punibilidad.

“Quien después de haber intervenido como autor o participe en la comisión de los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, colabore eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, será eximido de pena al momento de dictar sentencia.

“Comprobada la colaboración, el imputado tendrá derecho a libertad provisional inmediata, sin necesidad de suscribir diligencia de compromiso o de otorgar caución”.

Art. 7°.—En los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, el ministro de Justicia oficiosamente o a petición del juez, podrá variar la radicación del proceso cuando existan serios motivos para deducir que está en peligro la integridad personal del funcionario, o existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad, o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado.

Art. 8°.—Además de los delitos señalados en los decretos legislativos 180 y 474 de 1988 la jurisdicción de orden público conocerá de los procesos que se adelanten por delitos contra la existencia y seguridad del Estado, rebelión, sedición y los conexos con estos.

Art. 9°.—El juzgamiento de los delitos previstos en este decreto se hará sin intervención del jurado de conciencia de que trata el libro tercero, título II, capítulo I del Código de Procedimiento Penal, con arreglo a las disposiciones conferidas en el título II del decreto legislativo 180 de 1988.

Art. 10.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 30 de noviembre de 1988.

V. Consideraciones de la Corte

3. La conexidad

El decreto 2490 del 30 de noviembre de 1988 “por el cual se adicionan los decretos legislativos números 180 y 474 de 1988 contiene los siguientes cuatro considerandos específicos:

“Que mediante decreto 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

“Que la declaratoria de turbación del orden público se originó en la acción de grupos armados tendente a la desestabilización de la normalidad institucional y de la paz y el orden social;

“Que la acción delincencial de estos grupos armados se ha recrudecido manifestándose en hechos atroces como el homicidio masivo e indiscriminado de la población civil y los atentados contra personas de especial significación política, civil y militar;

“Que para combatir eficazmente estas acciones subversivas del orden público, es necesario adicionar las normas contenidas en los decretos legislativos 180 y 474 de 1988, en forma tal que se establezcan ordenamientos encaminados a prevenir y sancionar estas acciones”.

Ahora bien, el decreto 1038 de 1984, sobre el cual se basa el decreto que se revisa, fundamenta la declaratoria referida en que “en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados que han atentado contra el régimen constitucional, mediante lamentables hechos de perturbación del orden público y suscitando ostensible alarma en los habitantes”; “que el gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, los medios que le atribuye la legislación ordinaria sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad”; “que con posterioridad ... han tenido lugar asaltos a poblaciones”; “que por la acción persistente de grupos antisociales, relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose grave-

mente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadanas, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional”; que “en general hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas, han ocasionado sensibles bajas del personal de las Fuerzas Militares y de Policía, lo mismo que víctimas en la población civil”.

Como se advierte claramente el decreto 2490 de 1988, se apoya en las motivaciones del decreto 1038 de 1984, que declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional y además agregó otras causas de perturbación del orden público que lo han agravado considerablemente, cuando advierte que “la acción delincencial de estos grupos armados se ha recrudecido manifestándose en hechos atroces como el homicidio masivo e indiscriminado de la población civil y los atentados contra personas de especial significación política, civil y militar”, lo que viene a constituir las llamadas circunstancias o motivaciones sobrevinientes que la Corte ha aceptado como justificativas de la expedición de nuevas regulaciones de orden público, sin que sea necesario producir ningún nuevo decreto que las fundamente.

Está así claro que las circunstancias aducidas en el decreto que se revisa son, en efecto, sobrevinientes y agravantes de la perturbación del orden público. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante y reiterada en el reconocimiento de que le compete verificar si existe o no conexidad entre las causales invocadas en el decreto originario y las normas que lo desarrollan, de una parte, y de la otra entre aquellas y las causales sobrevinientes, en cuanto a su agravación y concurrencia. Además, esa misma jurisprudencia ha señalado que “Las materias atinentes a los decretos que se dicten dentro del estado de sitio, deben guardar relación esencial con dos supuestos: Las razones expuestas por el gobierno en el decreto por medio del cual declara turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional o parte de él, y los hechos manifiestos que hayan perturbado o continúen perturbando el orden público”.

Como también lo ha dicho la Corte en varias oportunidades, no es necesario recurrir al Consejo de Estado en consulta y a la expedición de normas que declaren nuevamente una perturbación del orden público, que ya existe por virtud del decreto inicialmente consultado ante aquel y promulgado debidamente.

En tal virtud, la Corte considera que en este asunto existe la conexidad debida conforme la ha diseñado la jurisprudencia de la Corte; no procede por tanto admitir el argumento de algunos impugnadores que señalan como violación a la Carta la falta de nueva consulta ante el Consejo de Estado, cuando aparecen motivos sobrevinientes y agravantes con los del decreto que declara la perturbación.

4. La perpetuidad de las penas privativas de la libertad no puede ser decretada por el ejecutivo en ejercicio de las facultades de estado de sitio

1. Los artículos 1º y 2º del decreto en revisión establecen la llamada pena de prisión perpetua para "cuando el homicidio se realice por persona que pertenezca a grupo armado no autorizado legalmente" o cuando se "realice el hecho descrito en el artículo 29 del decreto legislativo 180 de 1988", es decir cuando dicho acto criminal se realice con fines terroristas en las personas de algunos dignatarios del Estado que hacen parte de las tres ramas del poder público, o de la Iglesia Católica, de los dirigentes de gremios económicos y de entidades cívicas o educativas y de otras personalidades del orden social.

Agrega el artículo primero que si el hecho solo alcanza el grado de tentativa, la pena será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión.

Por vez primera, desde la vigencia de la Constitución de 1886, se establece la llamada pena de prisión perpetua ante la gravísima escalada de violencia indiscriminada y terrorista que padece la Nación. No es preciso analizar la cuestión con criterio de conveniencia y oportunidad que escapa al control constitucional que ejerce la Corte; lo pertinente es hacer la confrontación entre las normas que se revisan y el texto de la Constitución Nacio-

nal, para determinar si aquellas se ajustan o no a las prescripciones de esta.

2. Es jurisprudencia reiterada de la Corte la que afirma que el estado de sitio es un régimen de excepción previsto en la Carta, que en ningún caso puede implicar la sustitución de sus preceptos. Aun en estado de sitio, rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas en forma expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen. Así lo ha reiterado recientemente esta Corporación, tal y como se indica en la parte del fallo que se transcribe en seguida:

"El estado de sitio, como lo ha dicho también en forma reiterada la jurisprudencia, es un régimen de excepción previsto en la Constitución, por eso mismo no puede implicar la sustitución de sus preceptos. En estado de sitio rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas de manera expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen. Para este efecto ha distinguido la jurisprudencia tres grupos de normas: las que rigen plenamente tanto en tiempo de normalidad como de turbación, las que prevén limitaciones temporales por razón del estado de sitio, y aquellas que permiten suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades por igual causa. Las dos clases mencionadas últimamente, es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal. La Corte ha dicho que los criterios determinantes de este juicio de constitucionalidad son la conexidad entre el contenido de los decretos que se juzgan, con las causas que fundaron la declaración de turbación del orden público y el carácter sustitutivo, transitorio y restrictivo de esas disposiciones frente al régimen legal de tiempo de paz ..." (Sentencia núm. 21 de marzo 3 de 1988; M. P. Dr. Fabio Morón Díaz; págs. 30 y 31).

A este sentido no queda duda de que conforme a las voces del artículo 121 de la Carta, el estado de sitio es un instituto de carácter eminentemente transitorio que solo dura y puede durar mientras subsistan las causas que

lo produjeron, es decir mientras se prolongue el estado de perturbación del orden público. Solo mientras persista la conmoción interna o la guerra exterior puede mantenerse el estado de excepción, y por ello la norma fundamental establece que los decretos legislativos que expide el presidente de la República en ejercicio de las atribuciones extraordinarias que se le confieren, apenas suspenden las leyes que sean incompatibles con dicho estado, pero nunca pueden derogarlas. Y es que además, aunque el constituyente no haya fijado un término preciso que limite la extensión temporal del régimen de excepción, como se hace en otros regímenes constitucionales, su voluntad es la de que este se prolongue solo mientras dure la perturbación del orden público.

3. Entonces, no obstante que históricamente el país ha sufrido en este siglo de cíclicas y periódicas perturbaciones del orden público, que han obligado a gobiernos de los dos partidos tradicionales a vivir y gobernar en prolongadas oportunidades con el instrumento del estado de sitio —lo que indica el grado de crisis que atraviesan las instituciones nacionales—, no se puede desconocer objetivamente que estos hechos de la vida política y social no hacen desaparecer la prescripciones de la Carta, en el sentido de la provisionalidad del estado de sitio y de la precariedad temporal de que están revestidas todas las normas que se expidan en su desarrollo. No pudo estar en el espíritu del constituyente democrático, que erigió e instituyó en estado de derecho el orden social y político predominante en la colectividad, que precisamente las normas previstas en el texto constitucional con el fin de atender los posibles y excepcionales desbordamientos de la paz y el orden público, sean fundamento para la expedición de otras que adquieran carácter permanente y contrarían así el funcionamiento de las instituciones creadas. Así también esta Corporación tuvo oportunidad de precisar su jurisprudencia sobre los presupuestos de los estados de excepción y advirtió que:

"Pátese de la base de que el orden es un fenómeno de predisposición a la armonía, así esta nunca se logre de manera total en la reali-

dad, y de que el orden social es un principio de humana convivencia colectiva que atañe más al mundo del deber ser o axiológico que al mundo del ser u ontológico, puesto que aunque siempre se busque nunca se logra de manera completa y permanente. Si la sociedad se mantuviera en perfecta y perenne armonía, sobraría lo jurídico, la normatividad, el derecho, pues este tiene por razón de ser el imperio coactivo y regulativo del comportamiento humano, que nunca se supone unánime, para adecuarlo a los fines sociales e individuales prescritos por la sociedad política. De ahí por qué el orden jamás podrá ser un fin en sí mismo, sino que debe ser entendido como un principio de relativa organización hacia fines más trascendentes para el grupo.

Y el orden institucional es el reflejo del querer predominante del orden social, es la forma como la sociedad quiere su organización. El orden público no es más que la correlación armoniosa entre el orden social y el orden institucional, y el desorden público es la sensible ruptura de esa correlación. En este contexto, el orden jurídico es la expresión de validez y eficacia del orden institucional para lograr los fines del grupo, pero nunca su imperio debe ir contra el propio orden institucional que lo legitima y justifica pues si desbordara su razón de ser institucional en vez de contribuir al orden lo desquiciaría, contribuiría al desorden. Tal, en síntesis, en lo que atañe al papel de esta institución, la razón de la función de guarda de las demás, plasmadas en nuestra Constitución Política..." (Sentencia núm. 12 de marzo 3 de 1983. Magistrados ponentes. Drs. Manuel Gaona Cruz, Carlos Medellín y Ricardo Medina Moyano).

4. Así las cosas, no encaja dentro de las regulaciones constitucionales el que se utilicen las facultades extraordinarias de un régimen jurídico eminentemente transitorio para establecer una pena que, como la de prisión perpetua, es extraña al ordenamiento legal ordinario o permanente que rige en la Nación.

La perpetuidad de la pena que contemplan el inciso primero del artículo 1º y el artículo 2º del decreto 2490 de 1988, supone que esta debe durar y permanecer cuando menos hasta

tanto el condenado viva, e implica que no puede ser decretada por virtud de una norma que, por disposición de la misma Carta, solo puede extender su vigencia extraordinaria hasta tanto haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior.

Se ha admitido que, en estas condiciones, el ejecutivo puede decretar no solo la creación de nuevas figuras delictivas, sino además, señalar las penas que les corresponda a estas, pero en el entendido de que dichas penas pueden en extremo lógico llegar, en la hipótesis de la prolongada vigencia temporal del régimen de excepción, a durar tanto como dure la perturbación del orden público, sin que se extiendan ni puedan extenderse más allá que esta, exigiéndose siempre su vocación temporal.

Así, la pena de prisión perpetua no puede fundarse en disposiciones circunstanciales y transitorias, como son las que está autorizado a expedir el ejecutivo dentro de las competencias excepcionales de que queda revestido por virtud de la declaratoria del estado de sitio.

Es obvio que aunque se encuentra la conexidad debida entre las normas que se revisan y la que declaró turbado el orden público, así como las demás que se fundamentan en condiciones agravantes y sobrevinientes del orden público turbado, no pasa por alto la Corte que aquellas no guardan el sentido de atender al carácter intrínsecamente transitorio que debe tener toda norma expedida con fundamento en las facultades del estado de sitio, porque la Carta ha sido muy precisa en exigir esta condición sustancial, cuando advierte en su artículo 121 que limita las facultades del ejecutivo a la sola suspensión —que no a la derogatoria— de las leyes que sean incompatibles con dicho régimen.

Esta conclusión sobre el carácter esencialmente transitorio y sobre la vocación de no permanencia, que tienen los decretos legislativos expedidos por el presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones del artículo 121, tiene amplio apoyo en la jurisprudencia y en la doctrina. Ya el señor Samper destacaba "... que las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que dicte el presidente, no tendrán fuerza obliga-

toría si no llevan la firma de todos los ministros, unanimidad que es garantía de discreción y acierto y de la necesidad que dicta los actos". (Samper, José María, *Derecho público interno*, Temis, 1982, pág. 500).

Asimismo, el doctor Tulio E. Tascón señala cómo la evolución constitucional a este respecto tiene una justificación histórica en cuanto que terminó con distorsiones abusivas del poder como la que consagraba el artículo 11 de la ley 153 de 1887, que establecía "Los decretos de carácter legislativo expedidos por el gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen fuerza completa de leyes". Sobre este particular puntualiza el ilustre jurista lo siguiente:

"Restablecido el orden público, cesan de regir los decretos de carácter extraordinario que hayan sido dictados durante el estado de sitio, disposición que tuvo por objeto corregir el abuso que se había cometido durante la vigencia del artículo 121, consistente en que el gobierno derogaba o modificaba las leyes por medio de decretos de carácter legislativo que, después de restablecido el orden público, continuaban rigiendo con fuerza de ley.

Al restablecerse el orden público, recobran su vigor las leyes que habían sido suspendidas por los decretos de carácter extraordinario, y el gobierno debe convocar el Congreso a sesiones extraordinarias y pasarle una exposición motivada de sus providencias, cosa que no sucede cuando se trata de guerra internacional, porque entonces el Congreso debe estar reunido". (T. E. Tascón, *Comentarios a la Constitución Nacional*, Imprente Nacional, 1936, págs. 232 y 233).

Es claro entonces que los decretos legislativos que dicta el presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones del artículo 121, son, conforme al texto del mismo artículo, de naturaleza temporal, cuando se señala que ellos no derogar las leyes sino que suspenden las que son incompatibles con el estado de sitio, y cuando se declara que sus efectos cesan con el restablecimiento del orden público. Entonces por medio de estos decretos no es lógico y racional, desde el punto de vista de los fines consagrados por el constituyente, que se adopten medidas que tienen por sí so-

las carácter de permanencia. Así lo destaca el doctor Álvaro Copete Lizarralde en estos términos:

"Es claro que el carácter de transitorios que tienen esta clase de decretos implica que por medio de ellos no se pueden tomar decisiones sobre materias que exijan intrínsecamente la permanencia ... Dicho en otras palabras, el ejecutivo no puede dictar normas cuya esencia sea la de ser permanentes.

"Las facultades del art. 121 se conceden al presidente con el único fin de restablecer el orden público cuando fuere turbado. Para controlar esa perturbación transitoria, se inviste al presidente de poderes extraordinarios de orden legislativo, que deben enderezarse precisa, única y exclusivamente a restablecer el orden. Por eso las disposiciones dictadas con esa potestad deben ser de carácter transitorio: porque deben tornarse inoperantes una vez recobrado el equilibrio social.

"Y es que la lógica de las cosas impone esta conclusión. Si el constituyente ha dicho que tan pronto como se haya restablecido el orden debe ser levantado el estado de sitio, y si además ha estatuido que levantado el estado de sitio ha de cesar la vigencia de los decretos dictados en uso de esa potestad extraordinaria, resultaría contradictorio que la Carta diese al gobierno facultad para dictar medidas de intrínseco carácter permanente cuya suspensión fuese causa para perturbar nuevamente el orden público. Sostenemos, pues, que el gobierno excede las facultades del art. 121 cuando dicta decretos que requieren ser convertidos en legislación permanente ..." (Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*. Ediciones Lerner, tercera edición revisada, 1960, págs. 207 y 208).

En el mismo sentido se pronuncia el doctor Hernando Yepes Arcila cuando señala que: "El último factor de la legalidad excepcional que mencionamos está dado por las limitaciones intrínsecas a que se sujetan las disposiciones legislativas que el gobierno puede expedir en ejercicio de las facultades que adquiere por el estado de sitio. Ellas son: la esencial temporalidad de las normas y su necesaria conexidad con el restablecimiento del orden. Estos requisitos, postulado el primero

por la doctrina, como que fue Álvaro Copete Lizarralde quien descubrió en él una de las limitaciones a que está sujeta la capacidad legislativa del gobierno (op. cit., pág. 207), y formulado el segundo en la propia letra de la Constitución según el texto original de 1886, han sido definidos por la Corte Suprema de Justicia en distintas sentencias. Dice por ejemplo la dictada el 11 de junio de 1967: «Basta, pues, por vía de síntesis afirmar una vez más su elemental significado: consiste la conexidad de un decreto de estado de sitio en el hecho de que su preceptiva esté dirigida y vinculada a la guarda o restablecimiento del orden; la transitoriedad en que esa preceptiva, por no legislar sobre materias que exijan reglas de carácter permanente no implique o requiera la supervivencia de la misma, como tal, más allá del restablecimiento del orden. Adviértase que los dos conceptos están íntimamente vinculados entre sí». (Derecho positivo, tomo 15, número 90, junio de 1967, pág. 536).

"Antes de la reforma de 1910, la conexidad era un limitante expresado en la misma Constitución la cual advertía que en virtud de la declaración del estado de sitio «el presidente queda investido de las facultades que le confieren las leyes, y en su defecto de las que le da el derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir al alzamiento». Aunque la deplorable enmienda citada suprimió la frase decisiva, una obvia exégesis finalista que investigue el *telos* inserto en toda la institución del estado de sitio lleva a concluir que el requisito permanente alentando implícitamente toda la disciplina constitucional del instituto. A su vez el requisito de la temporalidad deriva de allí, pues es forzoso concluir que si la legitimidad de las disposiciones adoptadas por el ejecutivo está condicionada a su relación con el restablecimiento del orden, su vigencia no debe sustancialmente ser necesaria una vez logrado este objeto. El texto mismo descarta la posibilidad de que las normas dictadas mediante decretos legislativos subsistan después de terminado el estado de sitio. Pero además de decretar la desaparición o abrogación *ipso facto* de ellas, es obvio que la Carta introduce con ese pre-

cepto un criterio interno de validez de las normas excepcionales de modo que si una norma dictada en ejercicio de las facultades propias del estado excepcional carece de esta vocación a la abrogación automática, o por su propia naturaleza reclama la supervivencia para después de restablecido el orden, contraria flagrantemente la Constitución". (La reforma constitucional de 1968 y el Régimen político colombiano. Imprenta Departamental de Caldas-Manizales, 1974, págs. 218 y 219).

Repugna a la Carta, pues, el que dentro de las extraordinarias atribuciones legislativas del gobierno se expidan unas disposiciones que contrarían el sentido de transitoriedad y de temporalidad que es propio de las normas de estado de sitio, como se ha señalado anteriormente, y por tanto la Corte Suprema de Justicia procederá a declarar su inconstitucionalidad en ejercicio de sus funciones de guardianes de la integridad de la Carta.

5. Ahora bien, destacándose la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 1º del decreto 2490 de 1988, debe la Corte proceder a ordenar igual resolución sobre el inciso segundo del mismo artículo 1º, pero por otras razones, como son las contenidas en los artículos 26 y 28 de la Carta.

En efecto, la tentativa de homicidio que sanciona el inciso segundo del artículo 1º, se refiere a una modalidad de hecho punible que cualifica al actor o sujeto activo, en tanto que este lo constituirían "personas que pertenezcan a grupo armado no autorizado legalmente", y al sujeto pasivo, según los artículos 2º del mismo decreto y 29 del decreto 180 de 1988; por lo tanto, una vez desaparecida la figura básica que define el acto punible, y no subsistiendo la norma que lo defina, no puede aplicarse la de la tentativa de aquel sin infringir el principio de legalidad de los delitos y de las penas, insito en los citados textos de la Carta.

Estos últimos exigen la previa o preexistente definición de la conducta humana objeto de reproche penal, condición que no se cumple al considerarse inexecutable el primer inciso del artículo 1º del decreto 2490 de 1988.

Faltando uno de los elementos que contribuyan a la definición legal de la conducta

punible, y para la cual se estableció una pena mucho más drástica, no puede estimarse que sea constitucional su subsistencia autónoma, carente de tipo penal básico como punto de referencia de la tentativa, sin violar el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* que exige la Constitución Nacional.

6. Descartada la constitucionalidad, por estas razones, de los artículos 1º y 2º del decreto en revisión, sobra extender el análisis de estos a otras consideraciones de inconstitucionalidad como las que señalan varios de los ciudadanos impugnadores; empero no sobra reiterar la jurisprudencia de la Corte en relación con su misión de guardiana de la Constitución y la aplicación de los tratados públicos, y la vocación temporal de las penas privativas de la libertad.

En este sentido, con meridiana claridad se ha advertido que la Corte procede a confrontar las normas acusadas, o las que revisa automáticamente, y los proyectos de ley objetados, con el texto de la Carta de manera abstracta y objetiva, y su fallo se contrae a esta práctica sin que se extienda a verificar posibles infracciones a normas de derecho internacional, pues estas son extrañas a la jurisdicción nacional de la Corte y, en todo caso, no pueden implicar violaciones directas de la Constitución.

Por la misma razón no se extiende el análisis de la cuestión a otros argumentos de los impugnadores y del señor procurador general de la nación que plantean la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la norma acusada, con base en la violación de los artículos 14 y 16 de la Carta. Sin embargo vale la pena señalar que en cuanto al primero se trae a colación un autorizado concepto de don José María Samper cuando dijo: "Está en razón que ninguna pena sea perpetua, en cuando su naturaleza misma permita que el culpado y penado se rehabilite con actos de virtud que comprueben su arrepentimiento y enmienda. Por eso la Constitución permite que los que han perdido la ciudadanía puedan obtener su rehabilitación". (Ibidem). Como es sabido a esta última se refiere el artículo 14 de la Carta cuando establece que "... los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación".

Asimismo tiene importancia el análisis del concepto fiscal en cuanto considera que la pena de prisión perpetua viola el artículo 16 de la Carta, porque desconoce el fin del Estado de Derecho que postula "... las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes".

En este sentido no solo el texto constitucional sino reiterados fallos de la Corte han consagrado los objetivos humanitarios que se proyectan en la concepción de la pena, la cual según el Código Penal realiza fines de resocialización, retribución jurídica y protección (art. 12 del Código Penal), que son ajenos a la institución de la pena perpetua. En este sentido, toda la tradición humanística del Estado de Derecho, que no solo proclamó los derechos políticos y civiles sino la eminente dignidad de la persona humana, ha tenido una larga y fecunda evolución en el derecho político y el derecho penal de Colombia, dentro de la cual no encaja el recurso a la pena perpetua, ni siquiera como solución de emergencia institucional.

Pero como se dijo más arriba, no se consideró pertinente extenderse en estos temas en cuanto el primer análisis es más que suficiente para concluir en la inconstitucionalidad señalada. Tampoco se ha considerado oportuno extenderse en razones de conveniencia, por ser extrañas al control constitucional que ejerce la Corte.

5. El ejecutivo goza de competencias legislativas en materia penal durante la vigencia del estado de sitio

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que la creación de nuevas figuras delictivas e infracciones policivas, así como la reestructuración de las existentes y el establecimiento de las consiguientes sanciones penales y su tratamiento punitivo y procesal, es una facultad indiscutible del gobierno durante el estado de sitio que solo está limitada por aquellas disposiciones de la Carta que rigen en todo tiempo, como tuvo oportunidad de verse en el apartado anterior. Bajo esta consideración quedan comprendidos los artículos 3º, 4º, 5º,

6º, 7º, 8º y 9º del decreto en revisión, en lo que se relaciona con el examen de su constitucionalidad.

— En efecto, el artículo 3º se contrae a introducir una específica y concreta circunstancia de agravación punitiva en razón de la cualificación del sujeto activo para el delito de lesiones personales, previsto en el artículo 31 del decreto 180 de 1988 (lesiones personales con fines terroristas), consistente en que estas se incrementarán en otro tanto; en este sentido es claro que esta medida adiciona la disposición anterior en razón de la agravación del orden público perturbado, ya que es necesario reprimir con más rigor esta conducta, y lo cual se ajusta también a las competencias extraordinarias del ejecutivo en materia penal.

— El artículo 4º dispone la modificación del artículo 45 del decreto 180 de 1988 y ordena, para los procesos que se adelanten por delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, la improcedencia de cualquier otra medida de aseguramiento distinta de la detención preventiva; en consecuencia no se puede decretar en dichos asuntos la caución ni la conminación cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso, sino solamente la detención preventiva.

Estima la Corte que en este caso también existe la conformidad exigida con la Constitución, ya que esta es una norma que puede dictar el legislador ordinario o extraordinario en desarrollo de sus competencias dentro del régimen de estado de sitio, pues se trata del arreglo legal de las etapas del proceso, que no contraviene las formas propias de este, ni la libertad individual.

— Lo mismo puede predicarse del inciso segundo de este artículo que ordena la suspensión, mientras dure la vigencia del estado de sitio, de las gracias de origen legal consistentes en el derecho a la libertad provisional, condena de ejecución condicional, libertad condicional y rebaja de pena.

En este sentido la Corte reitera su jurisprudencia según la cual estas materias, siempre que rijan hacia el futuro, por ser desfavorables para el individuo frente a las regulaciones

legales generales y anteriores, también pueden ser decretadas por el legislador ordinario, o el extraordinario dentro del régimen de excepción. Son en efecto garantías individuales desarrolladas por la ley que pueden ser objeto de suspensión por vía general para unos delitos, mientras que dure en vigencia el régimen de estado de sitio, siempre que se relacionen con el restablecimiento del orden público turbado y con la remoción de las causas de la alteración, como ocurre en el asunto que se examina.

— El artículo 5° del decreto 2490 de 1988, es también constitucional pues dispone que en los casos de juzgamiento y condena de personas ausentes, en tratándose de los delitos que establece el decreto 180 del mismo año, opera según el caso, el fenómeno de interrupción de la prescripción de la acción y de la pena.

También encuentra la Corte la conformidad de esta norma en la Constitución, ya que es de competencia del legislador ordinario o extraordinario, determinar el arreglo jurídico de este fenómeno y señalar si la gracia legal de la prescripción de la acción y de la pena se extiende a todos los hechos criminosos o solo a algunos de ellos, y si procede, bajo qué condiciones y circunstancias.

Por ninguna parte de la Carta aparece como deber del legislador el ordenar la redimibilidad de la pena o de la obligación de comparecer al juicio por virtud del paso simple del tiempo; este la ha previsto por diversas razones extrañas al juicio de constitucionalidad que en este estrado se surte, pudiendo modificar, suprimir o adicionar dicha previsión y sus fundamentos hacia el futuro. El gobierno, mientras rija el régimen de excepción puede suspender su vigencia para el tratamiento procesal y punitivo de los delitos que se relacionen con las causas de alteración del orden y decretar otro tratamiento, como es el del caso que se resuelve. Acá como en el inciso segundo del artículo 4° del mismo decreto, el legislador extraordinario estimó como forma de redención o redimibilidad de la pena, el cumplimiento de la misma, y del deber de comparecer en juicio, la presencia y no la prescripción de la acción. Por esta razón es por lo que se decreta la interrupción del término de prescripción o más bien de

caducidad de la acción y de la prescripción de la pena por los delitos de que trata el decreto 180 de 1988, en los casos de ausencia del juzgado o condenado. Así las cosas, también se declarará la constitucionalidad del artículo 5° que se revisa.

— De otra parte, el artículo 6° del decreto 2490 de 1988, modificó el artículo 37 del decreto 180 de 1988, y transformó la anterior figura de la "atenuante de responsabilidad por colaboración eficaz", en una nueva causal eximente de punibilidad en concreto, porque permite al juez eximir de pena al momento de dictar sentencia, cuando el autor o partícipe presta colaboración que estime eficaz para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal. Se trata del fenómeno jurídico que inhibe al juez para hacer efectiva la sanción impuesta o lo que es lo mismo, una causa que extingue en concreto la punibilidad y que no anula ni extingue los demás efectos jurídicos del delito. Esta no se relaciona con las consecuencias civiles del hecho punible, las que reciben el tratamiento legal y judicial previsto por vía general, y que comprometen aun la responsabilidad patrimonial del condenado beneficiado.

Se contrae esta disposición a conceder el otorgamiento de esta gracia dentro de las competencias del legislador, previstas de manera especial en el artículo 20 de la Carta que entregó a este la facultad para determinar el grado de responsabilidad de los particulares, en tratándose de violación de las leyes y, por lo mismo, el modo de extinguirla o el de hacerla efectiva.

En este caso debe entenderse, a la luz de los artículos 16 y 30 de la Carta Fundamental, que el mismo legislador ordinario está limitado por cuanto no puede ordenar eximentes de responsabilidad civil respecto de particulares sin que cuando menos el Estado asuma, en los casos de indulto y amnistía (art. 76 ord. 19), las cargas económicas de la misma.

Como queda visto, no se trata del desamparo de los perjudicados por el delito, como lo señalan algunos impugnadores de la constitucionalidad del artículo 6° del decreto 2490 de 1988; queda pues, comprometida su responsabilidad civil dentro de las exigencias de los artículos 16 y 30 del mismo Estatuto Fun-

damental, en relación con la vida, honra, bienes y demás derechos adquiridos con justo título. Por estas razones también será declarado constitucional.

Además, el inciso segundo del nuevo artículo 37 del decreto 180 de 1988, establece el derecho a la libertad provisional del procesado, sin necesidad de diligencia de compromiso ni de caución, comprobada la colaboración del imputado; en este caso, se permite que aquel no cumpla la detención como medida de aseguramiento lo que bien puede autorizar el legislador de excepción, pues, se trata de los referidos institutos procesales, que forman parte de la legislación penal para cuya expedición también es competente el legislador ordinario. En este caso tampoco aparece violación alguna de la Carta ya que el proceso debe seguir su curso hasta la sentencia, con todas sus consecuencias tanto penales como civiles, como la persecución de los demás procesados y la reparación del respectivo daño.

— El artículo 8° del decreto 2490 de 1988 se encuadra también dentro de las previsiones de la Carta en materia de asignación de competencias judiciales para el conocimiento de los delitos, pues lo hace en forma expresa, en tanto que asigna a los jueces de orden público el de dos de los delitos denominados políticos o contra la existencia y seguridad del Estado a saber: rebelión y sedición. Advierte también esta norma que serán de conocimiento de estos jueces los delitos conexos con aquellos; no incluye en este caso el conocimiento autónomo del delito de asonada. A juicio de la Corte estos señalamientos son ajustados a la Carta, porque guardan la debida correspondencia con los motivos de alteración del orden público y porque, además, se dirigen a procurar el restablecimiento del orden público perturbado y forman parte de las competencias del legislador ordinario en materia penal, que bien puede ejercer el ejecutivo dentro del régimen de excepción, siempre que se ajuste a los principios de la Carta, que deben regir en todo tiempo como son el de la legalidad de los delitos y de las penas, el debido proceso y el derecho de defensa.

— El artículo 9° del decreto 2490 de 1988 ordena que el juzgamiento de los delitos previs-

tos en ese mismo decreto se adelante sin intervención del jurado de conciencia y con arreglo a lo señalado por el título II del decreto 180 del mismo año. Estima la Corte que al respecto tampoco aparece violación alguna a la Carta, ya que esta institución penal de carácter procesal sustantivo, ha sido prevista por el legislador para que con ella se adelante el juzgamiento de ciertos delitos, con fundamento en razones que son de su dominio, las que no corresponde a la Corte examinar en este juicio.

Es en verdad una institución que aparece expresamente señalada en el inciso segundo del artículo 164 de la Carta, en cuanto que se autoriza a la ley para instituir jurados por causas criminales y se deja al legislador en libertad de hacerlo o no. Se trata de una cláusula constitucional permisiva que, en la vigencia del régimen de excepción puede ejercer el ejecutivo, y en este sentido también comprende la facultad de suspender las disposiciones que hayan previsto la presencia del jurado de conciencia para el juzgamiento de algunos delitos. Como aquí el ejecutivo ordena la suspensión de las disposiciones contrarias, cabe señalar que el juzgamiento de las citadas conductas criminales se adelantará sin los jurados de conciencia, mientras subsista turbado el orden público y vigente la norma de excepción. La eliminación del jurado de conciencia señalada por esta disposición, queda reducida, en cuanto a este decreto y para efectos de la declaratoria de inconstitucional de sus dos primeros artículos, a la referencia delictiva considerada en el artículo 8° y, obviamente, a lo que en el mismo sentido se previó en los decretos 1631 de 1987, 180 de 1988 (art. 46), y 474 de 1988.

— El artículo 7° del decreto que se revisa, establece en cabeza del ministro de Justicia la competencia para variar oficiosamente o a petición del juez, la radicación del proceso en los delitos del que conoce la jurisdicción de orden público, "cuando existan serios motivos para deducir que está en peligro la integridad personal del funcionario, o existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado".

A juicio de la Corte, esta disposición se ajusta a la Constitución Nacional puesto que la radicación de los procesos por el factor territorial de competencia en materia penal, obedece dentro de un régimen constitucional unitario como el nuestro, a razones de mera conveniencia práctica, de economía procesal y de eficacia en la prestación del servicio público de administración de justicia. En este sentido su cambio bien puede ordenarse con base en consideraciones expresas de naturaleza igual o similar, como son las que en este caso prevé la norma que se revisa, que también guardan la debida relación de conexidad con las situaciones generadas en los hechos perturbadores del orden público.

Además, como el artículo 119 de la Carta encarga al presidente el deber de velar porque en toda la República "se administre pronta y cumplida justicia" y de "prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias", este puede, dentro de las facultades legales de que queda investido, según el artículo 121 de la Carta, adscribir esta competencia administrativa en cabeza de uno de los funcionarios de su despacho, encaminada precisamente a facilitar la pronta y eficaz administración de justicia en todo el territorio de la misma.

Queda a salvo la independencia orgánica y funcional de la Rama Jurisdiccional, ya que la decisión de cambio de radicación por el factor territorial, ordenada por el ministro de Justicia según lo previsto por el decreto legislativo en revisión, asegura que los jueces competentes por los factores funcional, subjetivo y objetivo en cualquier lugar del territorio de la República, cumplan con sus funciones.

Así las cosas, el artículo 7° en revisión también contiene el deber del ministro de Justicia, de motivar la providencia que ordena dicho cambio con fundamento en las muy precisas consideraciones advertidas, lo que la hace objeto de los recursos y acciones para asegurar el control de su legalidad, como ocurre con los actos de la administración.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, previo estudio de su Sala Constitucional y oído el señor procurador general de la Nación,

RESUELVE:

Es constitucional el decreto núm. 2490 de 30 de noviembre de 1988, "por el cual se adicionan los decretos legislativos 180 y 474 de 1988", salvo los artículos 1° y 2°, que se declaren *inconstitucionales*.

Cópiese, publíquese, comuníquese al gobierno nacional, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

ACLARACIÓN DE VOTO

El suscrito magistrado votó afirmativamente la ponencia mayoritaria, pero creo necesario afincarla con otros argumentos que fueron expuestos ampliamente en la plenaria de la Corte Suprema de Justicia, a saber:

1. Si bien es cierto la pena de prisión perpetua consagrada por el decreto legislativo núm. 2490 de 1988 no se halla prohibida en forma expresa en la Constitución Nacional como sí ocurre con la pena de muerte (artículo 29 C. N.), sí se encuentra contemplada a través del artículo 14 de la Carta Política, que se refiere en el inciso tercero a la rehabilitación de la ciudadanía. Dispone tal disposición en lo pertinente: "... Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación".

Puede decirse que la ciudadanía es el conjunto de las condiciones más necesarias para que la persona pueda ejercitar los derechos políticos. La doctrina ha señalado sobre el particular: "Es aquella condición jurídica previa, que permite el establecimiento de toda forma de relación política entre el hombre y el Estado, y que asegura el mantenimiento y desarrollo de muy determinados vínculos dinámicos entre la sociedad civil y la sociedad política". Por ello, ha sido voluntad del cons-

tituyente la de señalar a la ciudadanía como condición indispensable sobre la que reposa toda la larga escala de funciones públicas y, por tanto, aquel atributo inseparable del individuo con el que comienzan todos los derechos políticos reconocidos dentro de nuestro ordenamiento institucional (artículo 15 C. N.).

Es entonces la ciudadanía condición para elegir, ser elegido y desempeñar cargos con autoridad o jurisdicción, perdiéndose o suspendiéndose en virtud de decisión judicial, pero se puede recuperar.

Al consagrarse la pena de prisión perpetua se está impidiendo que la persona pueda recuperar la ciudadanía, vulnerándose la indicada disposición constitucional, derecho este consagrado desde los albores de nuestra organización republicana.

En sentencia del 9 de junio de 1988 la Sala Plena de la Corte, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, al pronunciarse en relación con la acción de inexecutableidad contra el literal C del artículo 5 de la ley 78 de 1986, dijo:

"Para el caso de los individuos que hayan sido condenados a penas privativas de la libertad, esta Corporación entiende que la inhabilidad que establece el literal c) del artículo 5 de la ley 78 de 1986, debe predicarse solo de aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales, y no extinguidas. Esto porque a juicio de la Corte, en nuestro ordenamiento jurídico, las penas no pueden tener efectos intemporales y en el asunto que se resuelve debe interpretarse lo establecido por la ley de modo sistemático, al lado de las demás normas que en el ámbito del derecho penal regulan los fenómenos de la prescripción, la rehabilitación y la extinción de aquellas".

Más adelante agrega:

"Advierte la Corte que de acuerdo con jurisprudencia reiterada, las penas en nuestro ordenamiento jurídico no pueden tener efectos intemporales.

"Así, generalmente, la pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal (artículo 52 del Código Penal). Pero aún en este caso la propia Constitución en su artículo 14, desarrolla-

do legislativamente en el Código Penal, prevé la figura de la rehabilitación (artículo 92 C. P.).

"En efecto, el artículo 14 de la Carta fundamental es claro en el propósito del constituyente de asegurar a los ciudadanos la garantía de la permanencia en el ejercicio de sus derechos políticos en cuanto que, aún para los casos en los que estos se puedan perder, lo que solo puede ocurrir por decisión judicial y únicamente para los casos que de manera general señale la ley, entrega a los individuos el derecho a la rehabilitación; o sea que en nuestro régimen constitucional, los derechos políticos solo se pueden "perder" en forma transitoria, ya que los condenados a dicha pena tienen el derecho a ser habilitados de nuevo o a ser restituidos en su anterior condición de ciudadanía". (Lo subrayado no pertenece al original).

Es entonces violatoria del artículo 14 de la Constitución Nacional la pena de prisión perpetua, ya que se llegaría a que la ciudadanía, así como los derechos políticos y civiles también se perderían en forma perpetua, consagrándose una muerte civil para los condenados de esta clase. No es tampoco lógico y racional, desde el punto de vista de los fines consagrados por el constituyente, que se adopten medidas que tienen por sí solas carácter de permanencia.

2. Asimismo, la pena de prisión perpetua viola también el artículo 16 de la Constitución Nacional. Tal norma establece: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

La citada norma consagra la protección tanto a la víctima como al victimario ya que este debe en últimas contar con opción de rehabilitación, de resocialización, la que quedaría eliminada con la privación perpetua de la libertad. Además, dicha penalidad de carácter permanente atenta contra otras garantías que se encuentran en la misma Constitución, las que han sido materia de aprovechamiento a través de convenciones y pactos internacionales, tales como la racionalidad, proporcionalidad y la dignidad humana.

Es pertinente citar un aparte del concepto rendido por el procurador en el *sub exámine*:

"El principio retributivo no es, ni puede ser el mismo talión; tampoco constituye una venganza de la autoridad pública, y los fines de protección y resocialización del reo, no pueden cumplirse en modo alguno cuando al mismo no lo redimen siquiera el transcurso del tiempo y su decadencia biológica".

En suma, la Constitución Colombiana impide que se legisle en el sentido de que no se dé al condenado oportunidad de resocializarse, de readaptarse y tampoco de establecer consecuencias sociales deshonrosas y sin vías de superación, pues no debe perderse de vista que la pena, según el Código Penal (artículo 12) realiza fines de resocialización, retribución jurídica y protección, aspectos estos que son ajenos a la pena de prisión perpetua.

La misma sentencia sostiene sobre el particular:

"La tradición humanística del Estado de Derecho, que no solo proclamó los derechos políticos y civiles sino la eminente dignidad de la persona humana, ha tenido una larga y fecunda evolución en el derecho político y el derecho penal de Colombia, dentro de la cual no encaja el recurso a la pena perpetua, ni siquiera como solución de emergencia institucional".

Considero, en consecuencia, que la sentencia adoptada por la Sala Plena debió haber hecho énfasis en que los artículos primero y segundo del decreto legislativo 2490 de 1988 violan también los artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional.

Jorge Iván Palacio Palacio

SALVAMENTO DE VOTO

A manera de salvamento de voto, de la forma más comedida nos permitimos formular algunas anotaciones a la sentencia que se aprobó con relación a la revisión constitucional del decreto legislativo núm. 2490 de noviembre 30 de 1988, ya que no estamos conformes con su decisión de inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° y, aunque acogemos la decla-

ratoria como ajustados a la Carta de los restantes dispositivos, creemos que el artículo 6°, que consagra una exigente de responsabilidad por colaboración eficaz, ofrece dudas que sería del caso considerar si no fuese porque en decisión anterior la Corte ya declaró exequible una norma similar que no solamente concede una sustancial rebaja de la pena en iguales circunstancias sino que inclusive autoriza el cese de procedimiento por extinción de la acción penal y también el perdón judicial (artículo 37 del decreto 180 de 1988).

En primer término debemos declarar que no estamos de acuerdo con la pena consistente en la prisión perpetua del reo y que no lo estamos por motivos criminológicos y sobre todo políticos que nos apartan de una concepción tan deshumanizada del derecho penal, no obstante que en países de técnica penitenciaria más avanzada que la nuestra y de amplia tradición democrática aún se utiliza con resultados que, en general, y salvo problemas surgidos del ánimo criminal y la agresividad que en los propios condenados se despiertan dentro de las prisiones cuando estos se saben sometidos a penas irredimibles y máximas, se juzgan favorables.

Es incuestionable que este rechazo a dicha pena es aún mayor cuando ella se consagra sin posibilidad ninguna de rehabilitación, como ocurre en el caso que se examina, lo cual, sumado a la insistencia de algunos impugnadores sobre este tema, a la posición asumida al respecto por la vista fiscal y a que la sentencia en últimas se resuelve a mencionar el tópico, hace pertinentes algunas breves alusiones a la resocialización como objeto de la sanción penal.

Al menos desde CESARE BECCARIA con su "Tratado de los delitos y de las penas", en posición que se acompasaba bien con la tendencia del siglo XVIII a humanizar el derecho y a hacerlo libertario, la resocialización ha sido una de las metas propuestas al tratamiento de la criminalidad y hoy se acepta sin regateos que el sistema penal debe orientarse a la adecuación del delincuente a la vida social lícita.

Sin embargo, bien distante está la evolución de las ciencias de la conducta y la práctica de los sistemas penitenciarios de alcanzar

ese objetivo y por ello aún no es posible que este factor, el de la resocialización, sea determinante en la fijación de la sanción. Por este motivo, es por lo que, *verbi gratia*, actualmente a quien ha cumplido una pena privativa de la libertad por el tiempo a que fue sentenciado, no se le puede prolongar el cautiverio con la razón de que el cometido resocializador no se ha realizado todavía, ni viceversa y excepto en las aproximaciones que ahora representan los sustitutos o subrogados penales de la ejecución condicional de la condena y la libertad condicional, tampoco es posible liberar al reo antes de satisfacer su sanción por la circunstancia de que ya está rehabilitado. No es, pues, la resocialización el factor determinante y exclusivo para fijar la penalidad.

Por esto y además, la pena ha tenido y aún tiene otros objetivos o fines que no pueden olvidarse toda vez que ella es también aflictiva o expiatoria, retributiva de un mal público y privado causado, intimidatoria hasta donde este designio verdaderamente inapreciable pudiese en la realidad lograrse, y como lo enfatiza especialmente la escuela positivista, un propósito inocultable, fundamental y básico de protección de la sociedad civil dañada ya y a más amenazada por el delincuente que debe ser puesto en imposibilidad de continuar su actividad perjudicial.

Ahora bien, en este campo corresponde al legislador tomar las decisiones pertinentes y adecuadas, guiado ciertamente por los criterios penales y de acuerdo con las circunstancias particulares de la ocasión histórica que viva el grupo social, de lo cual resultará un mayor o menor acento en las distintas finalidades de la pena y un variado tratamiento penitenciario.

En síntesis, entonces, como la resocialización, aunque focal en el estudio del problema penal, no es factor exclusivo ni determinante, cede el paso a otras consideraciones y reflexiones como las que se acaban de hacer.

Por otra parte, es claro, y lo dicho lo hace más luminoso, que la materia de que ha de ocuparse la Corte y el problema que debe resolver son diferentes y se contraen a determinar la constitucionalidad de las normas y no

su conformidad con ciertos y particulares criterios criminológicos y políticos por importantes que estos sean, pero que no están consagrados como imperativos en el Código Superior.

Es así como pasamos a reflexionar sobre el argumento único de la sentencia para disponer la inconstitucionalidad de los preceptos anotados, el que consiste en que la transitoriedad esencial del estado de sitio no se aviene a la duración probable de la sanción asignada a estos tipos penales.

Nadie duda, en efecto, que el instituto del estado de sitio es excepcional y por ello mismo está diseñado como transitorio y pasajero, no solamente porque las disposiciones tomadas a su abrigo dejan de regir cuando él cesa y suspenden sin derogar las normativas incompatibles anteriores, sino también porque su mismo propósito y designio es el de acabar con la perturbación que le ha dado origen y para ello, y solo para ello, está establecido por manera que se considera que la normalidad quebrantada por la conmoción debe ser ganada nuevamente y resurgir gracias a su efectivo control. Su propia naturaleza y su entronque al sistema hacen del estado de sitio una institución provisional.

Aceptado lo anterior sin hesitaciones, debe destacarse que la dificultad aparece cuando se trata de medir esa transitoriedad, de escoger el mero objetivo que pueda dar dimensiones al menos de alguna y relativa precisión a esa temporalidad. ¿Por cuál rasero debe conmensurarse?

A este respecto y respetuosamente debemos decir que la sentencia no define este asunto tan trascendental para la decisión y que su imprecisa y por lo tanto absoluta posición trae como consecuencia dos resultados que por ser ilógicos demuestran su incorrección, ya que, efectivamente, planteada la tesis como en ella está, haría imposible cualquier legislación de emergencia por cuanto, al no saberse cuánto va a durar el estado provisional, ningún efecto proyectado en el tiempo podría mandarse; y así en primer lugar, no sería dable imponer sanciones, por ejemplo, de un día, de un mes o de un año porque el estado de sitio podría dejar de regir antes

de transcurridos estos términos o cualquier otro que vendría inconciliable con la fugacidad así medida del estado de excepción; y, en segundo lugar, siguiendo la misma pauta, cabe preguntar cómo la sentencia ni siquiera cuestiona la sanción de hasta seis años y ocho meses para el delito de lesiones personales que causen apenas incapacidad de más de noventa días sin otras secuelas, que, valga la pena comentar de paso, el decreto no contempló por un gravísimo descuido en su composición; igualmente, aunque la sentencia lo hace sobre otras bases que compartimos, no despacha el cargo contra la sanción atribuida a la tentativa de los delitos de que se trata usando el mismo concepto de temporalidad a pesar de que dicha sanción puede llegar hasta cuarenta años de prisión que también parece oponerse a tal mensura; es más, el decreto 180 de 1988 establece en varias oportunidades la pena de prisión hasta de treinta años y la verdad es que la Corte, cuando lo consideró, no dedicó ni un solo pensamiento al punto del carácter no más pasajero del estado de sitio. Si la sanción fuere de 100 o 200 años, ¿cuál sería el criterio aplicable? Nos atrevemos a pensar, pues, que este criterio tan indefinido y apenas sí afirmado es por lo mismo vacío e inútil y no puede tomarse ninguna decisión objetiva con fundamento en él.

La sentencia trata de fijar alguna dimensión cuando acude a explicar, como tantas veces se ha hecho en la doctrina y en la jurisprudencia, la vocación de permanencia que tienen las normas regulares por contraste con la vocación transitoria de las del estado de sitio, lo cual, repetimos, compartimos sin reparos, y aunque creemos que esto puede ser de alguna utilidad tal vez no pase de ser una figura literaria bien lograda pero que se restringe a reiterar el mismo criterio undívago ya comentado.

La posible utilidad de esta retórica se descubre cuando la sentencia pasa a tratar de someter el punto a una definición mediante la invocación de dos autores connotados y decir que cuando las medidas tomadas bajo el estado de sitio necesitan ser convertidas, antes de levantarse aquel, en medidas permanentes, es porque se está violando la temporalidad propia de dicho instituto.

En lo pertinente dichos autores afirman: Álvaro Copete Lizarralde:

"... sostenemos pues, que el gobierno excede las facultades del art. 121 cuando dicta decretos que requieren ser convertidos en legislación permanente".

Hernando Yepes Arcila:

"... Pero además de decretar la desaparición o abrogación *ipso facto* de ellas es obvio que la Carta introduce con ese precepto un criterio interno de validez de las normas excepcionales de modo que si una norma dictada en ejercicio de las facultades propias del estado excepcional carece de esta vocación a la abrogación automática, o por su propia naturaleza reclama la supervivencia para después de restablecido el orden contraría flagrantemente la Constitución".

Nos atrevemos a recordar que uno de los firmantes de esta salvedad participó de esta tesis en un libro publicado en 1971 bajo el título de la "Defensa judicial de la Constitución" (Jaime Sanín Greiffenstein, Ed. Temis, 1971) y puso de presente el vicio constitucional que esta práctica entraña y que hoy condenamos igualmente. Basta recordar el sinnúmero de disposiciones laborales que se dictaron al amparo de estados de excepción y cómo fue necesario, para hacer posible su levantamiento y contribuir al desorden si se dejaban cesantes, darles carácter permanente.

Pero esto requiere precisiones doctrinarias básicas que son de gran importancia y que muestran el fenómeno en su verdadera realidad, realidad que no es la que la sentencia quiere darle. Tal vez esto contribuya a poner el tópico en su sentido auténtico y genuino.

En verdad, el vicio anotado obedece no a que los efectos de situaciones creadas al amparo de normas dictadas a la luz del artículo 121 deban desaparecer también —pues, a no ser por la aplicabilidad en materia penal de la figura de la favorabilidad, son permanentes y se rigen por los principios comunes del tránsito de legislación— sino a que por medio de este instrumento se pautan o norman indebidamente hechos o conductas que no eran en su momento parte de la conmoción sino elementos o factores de la vida normal que, por lo tanto, seguirían —tales hechos y con-

ductas— presentándose en el nuevo estado de normalidad tanto como antes y requiriendo regulación permanente; el defecto está, pues, ahí, en que se dispone mediante medidas de estado de sitio de situaciones que no constituyen perturbación del orden público y que, en consecuencia, continuarán dándose después de que él se levante, ya que si, con sujeción a la Constitución, se hubiese dispuesto solamente de lo perturbatorio, es claro que, desaparecido esto no habría que perpetuar su normación.

El ejemplo típico puede proponerse con el decreto 2351 de 1965 relativo, entre otras cosas, a la definición de los contratos de trabajo a término indefinido y a término fijo, especialmente por menos de un año, a la determinación de las indemnizaciones por incumplimiento contractual, a la compatibilidad de la cesantía y la jubilación y a los despidos colectivos, que obviamente no estaban ligados a hechos o conductas encarnantes de conmoción interior sino de inquietudes normales dentro del moviismo social, aprovechadas por grupos de presión, que con toda naturalidad siguieron presentándose después de levantado el estado de sitio por lo cual el decreto debió ser convertido previamente en ley ordinaria.

Toda esta argumentación confluye a relieves un pensamiento de gran importancia para lo que se discute y es decir que deben diferenciarse la duración de las normas del estado de emergencia —que termina cuando ese se cancela— y la duración de los efectos producidos al amparo de esa normación, ya que una cosa es, como lo ordena clara y terminantemente la Constitución, que expire la vigencia de los decretos excepcionales, y por lo tanto no se apliquen a situaciones que se den en la nueva época, y otra bien distinta que continúen los efectos surtidos bajo esa normatividad.

Para entender lo anterior y sustentar su veracidad es suficiente predicar que el estado de sitio es un instituto de excepción pero es un régimen válido, como no puede dudarse.

Y también anotar que el paso de un estado de sitio a uno de normalidad se rige por los principios comunes del tránsito de legislación,

de los efectos de las leyes sucesivas en el tiempo, que no arrasan y aniquilan las situaciones jurídicas consolidadas ni extingue de por sí todos los efectos cumplidos y que deban cumplirse. Así, por ejemplo, los efectos civiles, como de un estado civil obtenido durante el estado de emergencia, contratos celebrados a su amparo o derechos reales adquiridos de conformidad con él, no hay duda de que permanecen en las condiciones y términos de dicha figura de los efectos de la legislación subsiguiente. Es obvio, claro está que en materia penal opera el principio de la favorabilidad, pero en manera separada y no porque así lo imponga el carácter transitorio o provisional del estado de sitio, no como consecuencia de ésta calidad sino cabalmente por la aplicación de un fenómeno distinto, imperado de forma contundente por la propia Constitución y aceptado por las ciencias penales, que es ni más ni menos que uno de los elementos de la misma teoría ordinaria del cambio de leyes.

Como argumento colaborante *a pari* se puede presentar el que se desprende del estado de emergencia económica y social que regla el artículo 122 de la Constitución a pesar de que se trata de una analogía que, en consecuencia, reconoce las diferencias. Pues bien, sin embargo de que las disposiciones dictadas a su amparo no dejan de regir por orden de la Carta, como sí ocurre en el caso del artículo 121, la literatura jurídica hace hincapié en que por su naturaleza este régimen permite solamente dictar disposiciones transitorias o, como se ha dicho, que no tienen vocación de permanencia, no empece lo cual nadie dudaría de la perdurabilidad de los efectos de las situaciones jurídicas cumplidas bajo su imperio, como los dichos derechos civiles y también los administrativos, tributarios y de otra índole.

De lo anterior se colige que el decreto que levanta el estado de sitio solo produce efectos hacia el futuro y en manera alguna hacia el pasado, y su vigencia no puede retrotraerse a la fecha en que se decretó aquella emergencia ya que ello equivaldría a arrasar situaciones jurídicas surgidas de hecho o hechos no creados por el ejecutivo sino reconocidos por

él en el decreto que declara el estado de sitio, situaciones que pudieron haberse consolidado generando derechos en favor de terceros, o se concretaron en medidas sancionatorias de hechos ilícitos que se deben mantener en beneficio de la comunidad, todo lo cual se entiende sin perjuicio desde luego, de la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal cuando a ello hubiere lugar.

Bien sabido es que por exigencia constitucional los decretos dictados por el presidente durante el estado de sitio deben tender a la extinción de las causas de la perturbación o conmoción interna y por ende, al restablecimiento del orden público, dependiendo su vigencia precisamente del logro de esta finalidad y sin que el gobierno esté en posibilidad de fijar de antemano el tiempo de su duración. Esta perpetuidad está ligada a la permanencia de las causas generadoras de la alteración del orden público, lo cual no obsta para que el presidente los derogue, complementemente o sustituya cuando no hayan producido los efectos que inicialmente se esperaba de ellos. Pero aún así, la derogación de tales decretos no extingue los efectos que hayan generado, cuando dichos efectos consistan en situaciones jurídicas particulares y concretas amparadas por el principio de la irretroactividad de la ley.

Y cabe recordar aquí que la Corte ha considerado que el ejecutivo en ejercicio de las especiales atribuciones del artículo 121 de la Constitución, "sí está capacitado para suspender leyes comunes y eventualmente, hasta leyes codificadas, cuando en concreto aparezca ostensible la necesidad de las medidas como instrumento de buen gobierno claramente adecuado a la restauración del orden público" (citado por el Dr. Jaime Sanín G., Defensa judicial de la Constitución, pág. 172).

Por tanto, los decretos de estado de sitio están condicionados en su vigencia a la perduración de la conmoción interna o de la guerra externa y mientras estos hechos subsistan las medidas de aplicación concreta o particular generarán situaciones jurídicas de la misma índole que merecen el amparo de la ley. No resulta posible entonces que el ejecutivo fije por anticipado la vigencia del estado de sitio supliendo la falta de su duración consti-

tucional, y con ella la de las medidas que tienden a restablecer el orden público a fin de precisar cuáles decretos por su vocación de perpetuidad quedan excluidos de su competencia y pasan a la del legislador.

Por todo lo hasta aquí dicho, no compartimos la siguiente afirmación de la ponencia: "... Se ha admitido que, en estas condiciones, el ejecutivo puede decretar no solo la creación de nuevas figuras delictivas, sino además, señalar las penas que les corresponda a estas, pero en el entendido de que dichas penas puedan en extremo lógico llegar, en la hipótesis de la prolongada vigencia temporal del régimen de excepción, a durar tanto como dure la perturbación del orden público, sin que extiendan ni puedan extenderse más allá de esta, exigiéndose siempre su vocación temporal".

No, los efectos persisten en las condiciones dichas o la legislación extraordinaria sería imposible o, de ser posible, su constitucionalidad no podría juzgarse al momento de ser expedida.

Por el contrario, la inconstitucionalidad en estos casos, y esto es lo esencial y se refleja en la práctica viciosa que se dejó anotada, nace de que se regulen por medio de disposiciones de estado de sitio hechos y conductas que no son constitutivos de perturbación del orden público o del alzamiento, como decía la Constitución de 1886 con tanto acierto, aunque sean ilícitos, pero no de que se atribuyan efectos relativamente largos y aún indefinidos a hechos y conductas que sí lo son. Por eso es por lo que la Corte, al juzgar dicha constitucionalidad, debe en primerísimo término, determinar si la materia reglada conforma o no conmoción interior o contribuye a integrarla o a agravarla. En el caso que se examina no hay duda al respecto.

Sí, pues, levantado el estado de sitio, desaparece la figura o tipo del homicidio especialmente agravado de que se trata, pero subsiste, conforme a la legislación que así resurja, el del homicidio simple, con pena más benigna, operarán las reglas del tránsito de legislación y entre ellas la de la favorabilidad para que, mediante el mecanismo adecuado, se ajuste la sanción, como en cualquier otro caso, in-

clusive en aquel de sanciones de duración determinada y fija.

Finalmente, entonces, aunque conceptual y políticamente no estamos de acuerdo con la pena de prisión perpetua, máxime cuando no se dan virtualidades a la eventual resocialización del reo, no encontramos en la Constitución motivo suficiente y valedero para declarar inconstitucionales los artículos 1° y 2° del decreto 2490 del 30 de noviembre de 1988, lo cual, hasta sobra decirlo, no implica que admitamos que el estado de sitio habilita para imponer toda clase de sanciones, pues las hay, como las inusitadas, crueles e infamantes que no son de recibo, y como el exilio de nacionales que están vedadas, junto con la de muerte, confiscación y esclavitud, por la propia Carta Política.

Jaime Sanín Greiffenstein—Jairo Duque Pérez—Hernando Gómez Otálora—Héctor Marín Naranjo.

UNA ACLARACIÓN Y DOS SALVEDADES DE VOTO

La Corporación ha entendido que la consagración de la prisión perpetua no figura dentro de las facultades del estado de sitio y de ahí la resolución de inconstitucionalidad proferida. Pero entiendo, y a esto se dirige esta declaración, que tampoco figura dentro de las competencias del legislador ordinario, de no mediar una reforma constitucional que autorice esta clase de sanciones.

Para fundamentar este modo de pensar, sintéticamente enuncio las siguientes reflexiones:

a) Repugna al espíritu de la Constitución esta clase de penas que se muestran odiosas, inútiles e inhumanas. El que crea poder encontrar en sus dictados o proyección espiritual respaldo para establecerlas podrá, en las mismas supuestas disposiciones, amparar las penas privativas de libertad con duración de cien, trescientos, quinientos o más años, y, también para sancionar los delitos atroces con el quebrantamiento físico del sentenciado, hasta dejarlo en postración corporal similar a la que se consigue con la terrible especie de minusválidos que engendra la prisión perpetua.

b) La Carta rehusa reconocer las penas perpetuas, inmodificables, insaneables, absolutas, irrehabilitables, etc. Lo único que ama con esta pasión de perpetuidad es la libertad. Ni siquiera cuando emplea el término de "absoluta", que podría equivaler a perpetua, se estima que tal calificación corresponda a este supuesto. En los juicios que se siguen ante el Senado, este, "... si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, ... no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos..." —art. 97-2—. Pero no obstante esta previsión, siempre se entendió antes de la expedición del acto legislativo núm. 1 de 1975 (art. 14 de la actual codificación), que ese carácter absoluto no equivalía a término indefinido, de por vida, etc...

Su fin se daba a expensas de la rehabilitación del sentenciado. Obró en esto, por fuera del percibible espíritu unitario de la Constitución, la expresa glosa del constituyente Samper, citada en la sentencia que comento. Por ello fue posible la rehabilitación, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del presidente dictador general Gustavo Rojas Pinilla.

c) La Constitución no puede, simultáneamente, constituir como derecho fundamental la temporalidad de una sanción y la perpetuidad de la misma. Y con esto de la prisión perpetua se incurre en este mayúsculo contradictorio.

En efecto, el artículo 14 señala que "los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación". No quiere, no imagina la legislación eminente, que existan colombianos privados de por vida de los derechos que implica la ciudadanía. A quien la ha perdido siempre le concede la posibilidad de recuperarla. El estatuto electoral (ley 28 de 1979, art. 205 y decreto reglamentario 2450 de 1979, art. 21) facilita este propósito y la Sala de Casación Penal, en múltiples decisiones, propende por la efectividad de este derecho constitucional, aspecto que también se ha dejado sentir en los últimos rumbos de los aspectos disciplinarios para empleados oficiales y abogados. Pues bien, la prisión perpetua implica

la privación *idem* de los derechos de ciudadanía, y la interdicción de derechos y funciones públicas desaparece por rehabilitación, pero esta solo procede cuando se haya purgado la pena privativa de la libertad. De donde al condenado a prisión perpetua se le niega la rehabilitación que la Carta consagra con perentoriedad indiscutible porque nunca le será posible que esta cese y se cumpla con tan fundamental requisito para que la otra medida pueda operar —art. 92 C. P.—.

No es necesario considerar la eventualidad del levantamiento del estado de sitio, como término de la prisión perpetua, aspecto insinuado por los magistrados de la sala constitucional que formularon estudio mayoritario, porque tan peregrina tesis ha sido rechazada con la adopción de la ponencia del M. Fabio Morón Díaz. Pero no sobra recordar, en este pasaje, lo siguiente:

La prisión perpetua es tal porque así se declara por quien la crea y la estructura misma de ella obedece a esta naturaleza, sobradamente conocida en la legislación comparada, porque no puede ser (perpetua) y no ser (temporal) al mismo tiempo, perfil este último que le viene de una eventualidad, o sea, la cesación del estado de sitio; si así fuera ninguna medida tomada durante el estado de sitio podría estudiarse bajo la óptica de su perdurabilidad, porque el azaroso fin del estado de excepción, convertiría *todo* en transitorio, ya que algún día debe acontecer o se espera que acontezca la terminación de dicho estado de sitio; porque los problemas que surgen con los condenados a prisión perpetua, al levantarse el estado de sitio, denotan su inconstitucionalidad, ya que no se advierte una solución legal precisamente porque la prisión perpetua, y más cuando se establece por obra del artículo 121 de la C. N., no fue prevista en el repertorio de las penas. No faltaría quien piense en la absolución, atrocidad jurídica más atroz que la conducta criminal que la generó; o, en una rebaja de pena que no tiene término de comparación porque es tan lógico sostener que se imponga el mínimo como el máximo de la sanción ordinaria del delito; o en la condenación al máximo de treinta años, que atrae el reparo de advertir que una es la dosifi-

cación que surge al considerarse este extremo mayor de sanción que prevé la legislación ordinaria, y otra al contrastarla con la prisión perpetua; o, en la restauración no autorizada de un juicio para determinar la pena, etc. ...

Pero, además, no es posible que el análisis de constitucionalidad pueda hacerse conjuntamente bajo tópicos opuestos: estudiarla como lo que es, perpetua, y permitir su permanencia por ser algo transitorio puesto que el estado de sitio, al cesar, habrá de ponerle término. Finalmente, esto pugna con la necesidad de represión que denuncia su creación, pues solo se justifica a los fines perseguidos de recuperación del orden perdido, si su vigencia se mantiene, o sea, si resulta realmente perpetua.

d) El art. 37 pugna igualmente con esta medida. No dudo en considerar que el término obligación tiene un carácter general que no admite distingos que permitan que un gravamen tenga duración indefinida, ilimitada, siempre, siempre jamás, inacabablemente, toda la vida, *et sic de coeteris*.

No se ha querido caracterizar la obligación de estrictamente patrimonial. Su noción es más amplia y ennobledora. El aspecto económico está sobradamente protegido en otras disposiciones de donde no debe entenderse toda guarda constitucional en beneficio exclusivo y excluyente de este crematístico sentido. *Obligación*, en el debido sentido constitucional, traduce vínculo que impone la ejecución de una cosa; la imposición que rige la voluntad libre; vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertas cosas; carga, miramiento, reserva o incumbencia inherentes al estado, a la dignidad o a la condición de una persona. En síntesis, es la sumisión de un ser, en su personalidad o bienes. Y no es admisible negar que todo esto corresponde al peso que recae sobre un condenado a prisión perpetua.

Resulta arbitraria, injusta y desmedida la restricción que quiere dársele al concepto de obligación para encasillarlo dentro de la preceptiva del Código Civil. No se niega que en parte este pudo ser el origen de la institución,

pero no hay que olvidar que cuando se insiste en que la voluntad de la ley es la voluntad de los que la profirieron, la ley termina por carecer de voluntad. Y esto, que es válido en el campo de la ley común, es todavía más verdad en el terreno de las normas constitucionales. Sus preceptos, por obra del tiempo y de las nuevas instituciones con las cuales se tiene que correlacionar e interactuar, exigen su intemporalidad. Esa es la esencia de su constante actualidad. De manera que la normatividad constitucional no se restringe a lo que por tal pudo entenderse años atrás sino lo que debe corresponder en el presente y a un contexto de integral eficacia. Abundan las instituciones que han perdido la reducida entidad entrevista al momento de su nacimiento: derechos humanos, habeas corpus, prensa, propiedad, monopolio, guerra, soberanía, etc.

Si se fuera a medir el art. 37 de la C. Nacional por lo que fue principal motivo de su expedición, se tendría que reducir a un anhelo de ponerle término a los censos, capellanías, mayorazgos, fundaciones, etc. Habría surgido y fenecido simultáneamente. Pero por fuera de este encomiable propósito también cabe afirmar que se buscó y se ha conseguido evitar la inmovilización de la propiedad raíz, finalidad plenamente conseguida por la primera parte del artículo, pero complementada en otras vastas órbitas del quehacer económico y de la protección y desarrollo de la persona, con la final prohibición de las obligaciones irredimibles. Mediante este enunciado, por ejemplo, se logra que no se establezcan ataduras de esta indefinida duración sobre los bienes muebles o, en el caso discutido, una cadena perpetua.

Para afirmar más esta consideración basta reparar en que si se unce el término obligación al aspecto patrimonial o a los bienes inmuebles, la disposición resultaría hasta pleonástica, pues lo que hace de un inmueble un objeto inalienable es que sobre el mismo pese una obligación irredimible.

Despejado este punto, dejado en claro que el término obligación no puede tener el sentido restringido civilista de tratarse de un concepto jurídico que envuelva una noción tan

disminuida y precaria, tendría para agregar que aun en este terreno de arbitrarias limitaciones, también es dable apoyar una deducción como la que expongo, o sea, que no es dable establecer, sin una modificación de la Carta, la prisión perpetua.

El Código Civil en su art. 1494, establece la fuente de las obligaciones con proyección a cualquier campo en el cual sea dable la exigibilidad de la misma: pública, privada, civil, laboral, administrativa, internacional, etc. Allí se menciona el "hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona como en los delitos ... o la disposición de la ley". Este señalamiento, es obvio, no se dirige a regular solamente las consecuencias económicas (efecto) inherentes al delito ni menos las exclusivas relaciones parentales entre padre e hijo. No. El delito es una fuente de obligaciones tanto en lo que dice relación a la pena como a la necesidad del resarcimiento patrimonial. Y la ley establece, además de esta pródiga gama de obligaciones generadas en los mandatos del Código Civil, que cometido un delito sobreviene una pena y que el sentenciado está obligado a purgar esta pena. De otro lado es la ley la que establece este derecho de punición ya que el *ius puniendi*, en definitiva y alejando discusiones filosóficas, encuentra su razón de ser en un atributo de soberanía. Cuando se tiene soberanía se puede expedir la ley y esta, entonces, puede reglar todo lo relacionado con los delitos y las penas.

De modo, pues, que la ley y el delito generan una obligación que comprende tanto la sanción principal como la reparación económica. Y una y otra obligación no pueden tener, en ninguna de sus respectivas esferas, un carácter irredimible. De ahí que la prisión que establezca la ley y que genera un hecho delictuoso o contravenacional, solo puede tener un acento temporal, finito, purgable dentro de los esquemas de comparación de la vida humana.

También hay que advertir que la tesis aparece más de bulto en el art. 2341, cuando se determina la responsabilidad extracontractual por el delito o culpa, en donde ya se menciona tanto lo relacionado con la indemnización como con la pena principal.

Y, finalmente, el art. 1527 cuando caracteriza las obligaciones civiles como "aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento", está permitiendo que el compromiso deducido en sentencia de purgar una pena se encuadre en esta clasificación pues no hay duda alguna en que el Estado tiene acción para hacerla efectiva. Lo que pretende este precepto es establecer una diferencia con la obligación natural y no hay hesitación alguna en destacar que la prisión perpetua, de darse como realidad legislativa, no puede tener nunca el perfil de vínculo natural.

Las *salvedades de voto*, se refieren a la constitucionalidad de los artículos 6° y 7°. Estas disposiciones las considero contrarias a la Carta y, la primera de ellas, en abierta oposición a criterios de básica moralidad política.

La conformidad de la Corte con el art. 37 del decreto 180 de 1988, no puede constituir obstáculo para rechazar ahora la procedencia del mencionado art. 6°. Una y otra disposición resultan diferentes y de no ser así, no hay razón para persistir en el yerro, máxime cuando el gobierno evidencia intención de profundizar el desierto.

Lo primero que se me ocurre para avalar la diferencia entre una y otra disposición, es el que se hubiera expedido la cuestionada normatividad. A no ser que se piense en que el gobierno reprodujo inexplicablemente, un precepto de tan delicada naturaleza. Esta supuesta identidad no se da ni en las palabras ni en el contenido. Para no abundar en demostraciones baste apreciar que es muy distinta la *atenuación* de responsabilidad —título del art. 37— y *exención* de responsabilidad —título del art. 6°— y más todavía dejar alternativas de sentencia al juez, en cuanto a la punición, a eliminárselas para imponer la exención de pena.

Tal como está concebido el art. 6°, constituye, estudiada su naturaleza, un verdadero indulto, que por no tratarse de delitos políticos y asumirse con facultades del estado de sitio, establece una abierta contradicción con la Carta.

No está por demás advertir que con precepto de esta laya, que no exhibe limitaciones, será dable que un autor o partícipe goce de

esta exigente de punibilidad permanente, esto es, que cada vez que cometa un delito se apresure a colaborar "eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos". Tan repugnante aparece el instituto y tan torpe e inmoralmemente concebido, que no será extraño que el autor intelectual, una vez cometido el delito, se apresure a denunciar el autor material, o viceversa. Y, también, que varios autores o cómplices acuerden de antemano la colaboración eficaz que prestarán, máxime si los comprometidos con la delación han sido ya eliminados.

En palabras más gráficas se tendrán grupos que, así como existen "mulas" del narcotráfico, ahora actúen de "mulas" de las penas. O sea, unos que cometen y se benefician de manera principal de los delitos y otros que, por la delación, asumen la posibilidad de ser investigados y sancionados. No es del todo descartable que en el futuro, se den delitos sin delinquentes o que a lo sumo se avance hasta la categoría dual de delitos y delinquentes eximidos de pena.

No está por demás destacar el optimismo del legislador extraordinario que cree, en estos tiempos, en que el descubrimiento de delinquentes de tan excepcionales características, se pueda deber al premio absoluto de la delación, que no se advierte sino en libretos de televisión para tramas policíacas, y no a la instrucción eficaz, a la presencia de la justicia, a la recuperación de la moralidad perdida y a la cesación de la reinante impunidad que cuenta con actuales y pródigos factores de producción.

Por último, si el art. 81 del Código de Procedimiento Penal, no obstante sus restricciones (peligro de la integridad personal del procesado, cuando este perteneciere a oficiales, suboficiales o agentes de la policía, del Das o del cuerpo técnico de policía judicial y escogencia de una ciudad donde exista más de un juzgado superior, de circuito o municipal) mostraba evidentes señas de su inconstitucionalidad, este cambio de radicación que abandona estos límites debió merecer mayor rechazo. Autorizando al Ministerio de Justicia para cambiar la radicación de los procesos, se consuma un innegable e innecesario me-

noscabo de la autonomía de la administración de justicia, fuera de ser un innegable atentado al desconocimiento del juez natural, el que ciertamente se integra por aspectos como la naturaleza de los hechos y de la territorialidad. Cambiar de este modo la competencia de esta clase de juez, no ilustra un sistema de justicia independiente y libre, sino que ofrecen motivos en contrario. Es una verdadera interferencia que a la postre rendirá más daños que los aparentes y dudosos beneficios que se pretende obtener. La reiteración del cambio de radicación y por motivos tan amplios y tan *ad libitum* como los que se consagran en este dispositivo, no dejará de repercutir en la eficacia de la rama jurisdiccional. Será un factor más de deterioro de sus funciones y facultades.

De otro lado, si la Constitución ordena la colaboración armónica de las ramas del poder público ¿cómo podrá entenderse este dictado cuando se resuelve tal armonía eliminado a una de las partes colaborantes, en este caso,

el juez? ¿Cómo aceptar que la Corte o los Tribunales de Distrito, en ejercicio de las facultades que le otorga el Código de Procedimiento Penal, en esto de los cambios de radicación, han sido estorbo para la recuperación del perdido orden o que tales atribuciones solo fomentan su alteración? ¿Dónde puede indicarse siquiera un solo caso en que tales organismos no hayan sido celerosos, imparciales y exactos en sus apreciaciones jurídicas a este respecto? No estoy en capacidad de imaginar estos eventos ni menos de creer en lo que supone el gobierno para apoyar una medida como la que critico. Lo menos que pudo hacerse por la Corte fue el eliminar la posibilidad de actuar, en este punto, de manera oficiosa por parte del Ministerio de Justicia.

Estas las razones que me separan de la constitucionalidad impartida a los artículos 6° y 7° del decreto 2490 de 1988.

Gustavo Gómez Velásquez.

* * *

COMENTARIO

Varias consideraciones debemos hacer respecto de la providencia transcrita, las cuales procuraremos desarrollar sistematizadamente en los siguientes aspectos:

I. En primer lugar, es preciso señalar que el decreto legislativo 2490, de 30 de noviembre de 1988, surge como respuesta institucional a reiteradas matanzas colectivas contra la población civil, realizadas por grupos paramilitares o de "autodefensa". En efecto, unos pocos días antes (11 de noviembre) fueron asesinadas 43 personas en la población antioqueña de Segovia, hecho este que al parecer solo buscaba escarmantar a aquellas regiones que en la elección popular de alcaldes habían votado por representantes de los sectores políticos de oposición, de la Unión Patriótica en este caso¹.

II. En segundo término debemos resaltar también que el decreto 2490 de 1988 continúa con la política criminal que ha informado toda la legislación expedida recientemente con base en las facultades del estado de sitio, la cual ha sido calificada con acierto por algún autor como "el derecho penal terrorista"², en cuanto abusa

¹ Otros genocidios ocurridos en 1988 y que estremecieron a la opinión pública nacional e internacional fueron las de Urabá (fincas "La Negra", "Honduras", y Punta Coquitos), Mejor Esquina (Córdoba), San Rafael (Antioquia) y El Tomate (Antioquia).

² Vid. ÁLVARO LÓPEZ DORADO, "El derecho penal terrorista", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 42, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 447 a 456.

de la prevención general intimidatoria, hasta llegar al verdadero *terror penal* actualmente reinante en nuestro medio. Se cree —o al menos se aparenta— poder resolver mediante la inflación punitiva, formas de violencia con raíces estructurales.

Ahora bien, dado que en el decreto adicionado (180/88) ya se había llegado a límites extremos de severidad punitiva³, solo restaba establecer la “prisión perpetua” para llevar hasta sus últimas consecuencias esta política criminal, con el despropósito mayúsculo de acudir para ello a las atribuciones que el estado de sitio confiere al presidente de la República.

Pero lo más grave de todo es que el gobierno conoce muy bien los factores que han contribuido al surgimiento y consolidación de estas formas de violencia: la falta de voluntad política encaminada a resolver el conflicto agrario, por no impulsar una auténtica reforma agraria⁴; la inexistencia de una democracia participativa, que ha significado la criminalización de la vinculación partidista en la oposición democrática, y un aval al clientelismo bipartidista como intermediario entre el Estado y las reivindicaciones y necesidades populares; la conversión de la rama jurisdiccional en la “Cenicenta” del poder público; el respaldo que los autodenominados grupos de “autodefensa” han encontrado en dirigentes políticos, sociales y gremiales, en la “gran prensa” y demás medios de comunicación de los grupos monopólicos al servicio del bipartidismo, e incluso en anteriores ministros del gobierno; y también, como se señaló por los violentólogos en su informe de recomendaciones al gobierno, por la ley 48 de 1968, que permite al Ministerio de Defensa amparar, con la supuesta finalidad de la lucha antiguerrillera, “cuando lo estime conveniente”, armas consideradas de uso privativo de las fuerzas armadas⁵.

En vista de lo anterior habrá que concluir, necesariamente, que el decreto que se comenta no es más que un simple paliativo para consumo de la “opinión pública” y una cobertura ideológica. En efecto, para dejar indemne la realidad antes referida, se acude simbólicamente a la normatividad en comentario, acompañada, eso sí, de amplio despliegue publicitario acerca de la conveniencia, eficacia y necesidad que de ella se espera. En definitiva, legislaciones como esta cumplen exclusivamente una función simbólica que, como dice BERGUDO, tiene por objetivo transmitir a la sociedad y a sus potenciales víctimas la apariencia de efectividad y protección social⁶.

³ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, “Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la defensa de la democracia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 40, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 221 a 231; y HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, “Comentario jurisprudencial”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 40, cit., págs. 268 a 273.

⁴ CORREDOR MARTÍNEZ, *Crisis agraria, reforma y paz: de la violencia homicida al genocidio*, Bogotá, Cinep, Serie Controversia, núms. 151-152, 1989.

⁵ Cfr. COMISIÓN DE ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA, *Colombia: violencia y democracia*, Bogotá, Universidad Nacional, 1987, pág. 81. El decreto legislativo 815 de 1989 suspendió la ley 48 de 1968, y desplazó la competencia del Ministerio de Defensa al presidente de la República, quien, por medio de decreto refrendado por los ministros de Gobierno y Defensa, puede autorizar a particulares el porte de armas consideradas de uso exclusivo de las fuerzas armadas.

⁶ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Derechos humanos y derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 55.

III. Por otra parte, resulta una afrenta a la lógica y una aberración del espíritu que constitucionalmente inspira la institución del estado de sitio, que con base en este, por naturaleza de carácter transitorio, provisorio y excepcional, se expidan disposiciones con pretensiones de *eterna permanencia*. Por tal motivo, lo menos que podía haber hecho la Corte Suprema de Justicia era declarar la inexecutable del art. 1° del decreto 2490 de 1988 que prescribía la “prisión perpetua” para los hechos allí relacionados.

De la providencia que nos ocupa, sin embargo, solo podemos rescatar las consideraciones alusivas a que nuestro derecho constitucional, en la normativa que apuntala la dignidad humana, obliga a entender que la pena ha de tener objetivos humanitarios, destacándose entre ellos la resocialización y protección del delincuente, fines prescritos en concreto por el Código Penal (art. 12). No obstante que estos motivos son fundamentales y retratan de cuerpo entero la inexecutable de la “prisión perpetua”, el alto tribunal solo le dio un papel secundario. Por fortuna esta deficiencia fue subsanada por la aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, quien enfatiza en la violación que de los arts. 14 y 16 de la C. N. se encierra en el art. 1° del decreto; afirma, en este sentido, que la vida que se protege en la Carta Constitucional y cuya tutela obliga a las autoridades de la República, es tanto la de la víctima como la del victimario, que en el caso de este último se concreta en “la opción de rehabilitación”, incompatible en todo caso con la “prisión perpetua”. Además, como argumenta el citado magistrado, “dicha penalidad de carácter permanente atenta contra otras garantías que se encuentran en la misma Constitución, las que han sido materia de aprovechamiento a través de convenciones y pactos internacionales, tales como la racionalidad, proporcionalidad y la dignidad humana”.

IV. Un aspecto fundamental de la providencia, que infortunadamente ha pasado inadvertido, consiste en la declaración de *exequibilidad* de la mayor parte de las normas que integran el decreto, lo cual obliga a considerar distintos aspectos:

a) Es criterio recurrente de la Corte Suprema de Justicia considerar como “facultad indiscutible” del gobierno durante el estado de sitio la creación de nuevas figuras delictivas, la reestructuración de las existentes y la modificación del tratamiento punitivo y procesal a ellas dispensado. Pero por este conducto se ha entronizado la desnaturalización del estado de excepción y se han prestado argumentos para manipular políticamente su vigencia, bien sea pretextando la necesidad de su perpetuación o invocando la incorporación a la legislación ordinaria, mediante leyes, de las normas expedidas en virtud del mismo.

b) En cuanto al art. 4° del decreto, constituye la entronización del sistema retribucionista a ultranza. Además, bien puede afirmarse que las prohibiciones de libertad condicional y de toda forma de rebaja de pena (v. gr. rebaja de pena por trabajo y estudio, ley 32 de 1971), es un desconocimiento absoluto de los “objetivos humanitarios que se proyectan en la concepción de la pena” (principalmente la resocialización), argumento este que en la providencia comentada sirvió para apuntalar la inexecutable de la “prisión perpetua”, en la medida que dichos objetivos se reconocen como explícitos en la Constitución Nacional y han sido

aceptados en reiterados fallos de aquella corporación. Así las cosas, si nuestra Constitución, como lo dice la propia Corte Suprema de Justicia, consagra una concepción humanitaria de la pena, consecuente con ello debió declarar no solo la inexecutableidad de los arts. 1° y 2° del decreto, sino también del 4°, por cuanto todos ellos son abiertamente contrarios a dicha filosofía punitiva.

Claro que esta iniciativa del legislador excepcional se comprende mejor cuando se constata que el art. 4° del decreto es extensivo a los delitos políticos (rebelión y sedición), por expresa prescripción del art. 8° del mismo decreto. Se configura así, bajo la apariencia de una mayor severidad con el terrorismo, una criminalización exacerbada del delito político.

c) En relación con el art. 5° es necesario señalar que las razones que se tuvieron en cuenta para declarar la inexecutableidad del art. 1° son igualmente aplicables en este caso. Ciertamente, para que una norma de estas tuviera algún sentido, sería necesario que el estado de sitio tuviera a su vez una vigencia ininterrumpida, una vocación de permanencia, pues de otra manera su levantamiento implicaría la inmediata entrada en vigor de la legislación ordinaria (arts. 79 y 80 del C. P.) en virtud del principio constitucional de la favorabilidad, cesando con ello las consecuencias del artículo en mención.

d) En cuanto a los arts. 6° y 7°, compartimos íntegramente las objeciones éticas, políticsocriminales y jurídicas del salvamente de voto del magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Debemos agregar, eso sí, que el art. 7° no solo desconoce el principio del juez natural y la autonomía de la administración de justicia, motivos de por sí suficientes para declarar su inexecutableidad, sino que también debió haberlo sido por cuanto las normas suspendidas (arts. 82 y 83 del C. de P. P.) no tienen nada que ver con los factores que determinaron la declaración del estado de sitio en todo el territorio de la República, razón por la cual no existe ninguna alusión en este sentido en los considerandos de los decretos 1038 de 1984 y 180 de 1988. No existe pues conexidad entre la norma comentada y las causas que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, ni tampoco con las que han incidido en su prolongación.

e) Finalmente, el art. 9° no es más que el fruto de la manipulación de que ha sido objeto en los últimos tiempos la institución del jurado de conciencia por parte del discurso oficial, convirtiéndolo en verdadero "chivo expiatorio", pues se le responsabiliza de la impunidad actualmente reinante. Y hablamos de manipulación por cuanto basta con observar la impunidad prácticamente absoluta en materia de delitos contra el orden socio-económico, contrabando, drogas, etc., y de los cuales, sin embargo, no conoce el jurado de conciencia.

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres de Nomos Impresores, Bogotá,
el día 10 de agosto de 1989.

LABORE ET CONSTANTIA