

# NUEVO FORO PENAL

**NÓDIER AGUDELO BETANCUR**  
Director

**JUAN OBERTO SOTOMAYOR**  
Coordinador

## EDITORIAL

El Código del menor: ¿una nueva política criminal?

**Hernando León Londoño Berrío**  
y **Juan Oberto Sotomayor Acosta.**

49

## DERECHO PROCESAL PENAL

El indicio grave de responsabilidad.

**Hernando Londoño Jiménez.**

¿Es absoluta la prohibición de excarcelar contenida en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal?

**Iván Velásquez Gómez.**

## MEDICINA LEGAL Y CRIMINALÍSTICA

Las sustancias sicoactivas en un laboratorio forense (Experiencia de diez años en Medellín).

**César Augusto Giraldo G., Martha Lía Díaz G.**  
y **María Cecilia Gómez.**

Metodología de los dictámenes periciales.

**Luis Ángel Gallo Montoya.**

## DEBATES

Oración de tierra ante una justicia sin cielo (Cambio de radicación judicial de un proceso).

**J. Guillermo Escobar Mejía.**

## FORO HISTÓRICO

**CO/XIV**  
**F/Z**

Justicia y ministerio público en el pacto para la reforma.  
Grupo de estudio del Instituto de Derecho Penal  
y Criminología de la Universidad de Medellín.

2345

JULIO

AGOSTO

SEPTIEMBRE

## Director

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

## Coordinador

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

## Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ  
MARIO SALAZAR MARÍN  
HERNANDO LEON LONDOÑO BERRIO  
CARLOS AUGUSTO GALVES ARGOTE  
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.  
JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA  
FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO  
IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ  
HERNÁN DARÍO BENITEZ N.

## Auxiliares

SANDRA CRISTINA MORA S.  
MARIO ALBERTO ARENAS  
SERGIO UPEGUI KAUSEL  
FRANCISCO VALBUENA  
LUZ MARÍA MEJÍA S.

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería  
Bogotá - Colombia  
1990

A. A. 53006 Medellín

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

juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

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

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

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S. A.  
Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

## ÍNDICE GENERAL

### EDITORIAL

	PÁG.
El Código del Menor: ¿una nueva política criminal? Hernando León Londoño Berrío y Juan Oberto Sotomayor Acosta .....	315

### DERECHO PROCESAL PENAL

El indicio grave de responsabilidad. Hernando Londoño Jiménez .....	327
¿Es absoluta la prohibición de excarcelar contenida en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal?. Iván Velásquez Gómez .....	341

### MEDICINA LEGAL Y CRIMINALÍSTICA

Las sustancias sicoactivas en un laboratorio forense (Experiencia de diez años en Medellín). César Augusto Giraldo G., Martha Lía Díaz G. y María Cecilia Gómez .....	353
Metodología de los dictámenes periciales. Luis Ángel Gallo Montoya .....	363

### DEBATES

Oración de tierra ante una justicia sin cielo (Cambio de radicación judicial de un proceso). J. Guillermo Escobar Mejía .....	381
---	-----

### FORO HISTÓRICO

Justicia y ministerio público en el pacto para la reforma. Grupo de estudio del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín .....	398
---	-----

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. <b>Medidas de seguridad: legalidad y duración mínima.</b> Édgar Saavedra Rojas .....	405
Comentario: Juan Oberto Sotomayor Acosta .....	416
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. <b>Favorabilidad y tránsito de leyes penales en el tiempo (Código del Menor).</b> Jaime Giraldo Ángel .....	421
Comentario: Fernando Velásquez V. ....	428
JUZGADO DECIMOSÉPTIMO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN. <b>El avalúo de la indemnización durante el juicio.</b> Plinio Posada Echavarría .....	433
Comentario: Mario Nicolás Cadavid Botero .....	436

## BIBLIOGRAFÍA

## El Código del Menor: ¿una nueva política criminal?

“...hay que empezar por decir que lo que está sucediendo con estos jóvenes es, en cierto sentido, la consecuencia natural de un proceso iniciado hace más de diez años. Una insurgencia de la juventud en las barriadas populares de Medellín, que ha encontrado en la violencia, en el sicariato y en el narcotráfico una posibilidad de realizar sus anhelos y de ser protagonista en una sociedad que les ha cerrado las puertas. Las bandas crecieron teniendo como telón de fondo una aguda crisis social y económica, la impunidad generalizada y la complicidad de grupos sociales y de miembros de los organismos de seguridad.

“Los sicarios ... no son pues un producto exótico sino estado de una realidad social y cultural, que se ha desarrollado frente a los ojos impávidos del país”.

ALONSO SALAZAR<sup>1</sup>

El 1° de marzo de 1990 entró en vigencia el decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), el cual compendia los aspectos institucionales fundamentales relacionados con los menores. Si bien son muchas las cuestiones cobijadas por dicho estatuto, en esta oportunidad solo queremos presentar algunas consideraciones politicocriminales sobre el mismo.

### 1. LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO FINALIDAD DEL CÓDIGO DEL MENOR

Es bien sabido que al constituir el derecho penal el último recurso al que debe acudir en un Estado de derecho para proteger determinados bienes jurídicos, la *política criminal* tiene como misión principal

<sup>1</sup> “No nacimos pa'semilla”, en *Análisis*, núm. 4, Bogotá, Cinep, Documentos Ocasionales, núm. 60, 1990, pág. 30.

la de desarrollar todas aquellas medidas de *política social* orientadas a detectar y combatir los factores de carácter individual y social que inciden en la producción del delito, dentro de las cuales la *política penal* es solo una de ellas, aunque, eso sí, la más grave y contundente. En otras palabras, la política criminal señala no solo cuándo ha de entrar en juego el derecho penal, sino también cuál debe ser su configuración concreta para cumplir su función específica dentro de la política social encaminada a luchar contra la criminalidad<sup>2</sup>.

Al respecto es unánimemente aceptado que, en relación con un núcleo importante de la violencia delictiva, la más eficaz, democrática y justa de las respuestas institucionales es aquella política social que hace efectiva realmente la integridad de los derechos humanos, lo cual, si es válido en general, lo es con mucha mayor razón en el caso de los menores.

Conforme a lo dicho, el Código del Menor (C. del M.) declara como su finalidad políticsocial la protección del menor (art. 22), lo que se refleja en distintos ámbitos, entre los cuales queremos destacar fundamentalmente dos:

— En primer lugar, en la consagración en el capítulo II del Título Preliminar (arts. 2° al 17) de los derechos sociales, económicos, culturales y políticos del menor en Colombia, que reproduce en forma casi textual los Pactos Internacionales de Derechos Humanos vigentes actualmente en nuestro país (leyes 74 de 1968, 16 de 1972 y 70 de 1986) y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

— En segundo término, a esta finalidad de protección del menor obedece también el carácter “eminente pedagógico y de protección” (art. 204) que el C. del M. le asigna a las medidas que se imponen al menor responsable de un delito.

Si nos atenemos entonces a los aspectos formales deberíamos celebrar la expedición del C. del M., pues con él Colombia se ha puesto a tono con las exigencias de los organismos internacionales en materia de protección del menor. Sin embargo, ¡nada más alejado de la realidad!, ya que sin pretender negar la importancia de los aspectos arriba señalados y especialmente del relativo a la sistematización de los derechos del menor, lo cierto es que en este ámbito, al igual que sucede con los derechos humanos en general, nos encontramos nuevamente con el intolerable divorcio entre derecho y realidad social, que en nuestro medio ha convertido la positivización de los derechos humanos, y en este caso del menor, en un recurso ideológico para encubrir su ostensible y permanente violación<sup>3</sup>. Para corroborarlo, basta mirar someramente nuestra realidad.

## 2. LA REALIDAD DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN COLOMBIA

La dura realidad del menor en Colombia contrasta con las declaraciones formales. En efecto, bien sabido que la familia constituye una valiosa instancia de socialización en relación con la población juvenil; de allí la importancia que para la sociedad debe tener la estabilidad e idoneidad familiar para atender los requerimientos del menor, en cuanto a vivienda, salud, educación, alimentación, recreación, etc. Mas, en contradicción con ello, registramos un dato desconsolador: a 1 de abril de 1990 la “canasta familiar” para obreros tenía un costo real de \$ 85.000.00 mensuales, mientras el salario mínimo mensual está fijado en solo \$ 41.025.00<sup>4</sup>. Por consiguiente, para acceder a los mínimos elementos que integran la estrecha “canasta familiar” oficial se requiere que más de dos miembros de las familias pobres trabajen, hecho este que explica en parte dos situaciones:

Por un lado, el desplazamiento que ha venido sufriendo la familia en el proceso de socialización del menor, por cuanto sus miembros adultos se ven obligados a trabajar y a descuidar por tal motivo la formación integral del menor; su puesto pasa a ser ocupado entonces por la “gallada”, la “banda” o la “pandilla”, espacio sociocultural en donde el joven encuentra identidad de problemas y conflictos, a la vez que solidaridad para responder a los mismos<sup>5</sup>.

Por otra parte, este hecho explica también la expulsión del hogar que sufre el menor, ante la necesidad de buscar medios para su propia subsistencia y, en muchas ocasiones, la de su misma familia, creándose de esta forma condiciones favorables a la configuración del niño de la calle (“gaminismo”), la explotación laboral del menor, su prostitución y su integración a diversas formas de delincuencia. Con el agravante de que en todos estos casos el menor asume obligadamente un rol de adulto, con las consecuencias lesivas que ello comporta para su formación.

Pero si para subsistir es necesario el trabajo de más de dos miembros de una familia pobre, dicha situación se ve agravada por el hecho de que a junio de 1990 el desempleo en las cuatro principales ciudades del país (Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla) era estimado en el 10.7% de la población económicamente activa, según datos del DANE. En dicha fecha, según la misma fuente, Medellín registró el más alto índice de desempleo del país, con un 12.9%, aunque la Alcaldía de Medellín sitúa dicho índice en un 20% (que históricamente es el más alto)<sup>6</sup>. A su vez, el promedio de subempleo en estas mismas ciudades lo sitúa el DANE en un 10.8% de la población económicamente activa, con dimensiones dramáticas en ciudades como Cali, donde los subempleados llegan al 18.1%<sup>7</sup>.

Además, según la UNICEF, en la actualidad existen 9.600.000 colombianos cuyas edades oscilan entre los 7 y los 18 años, de los cuales 4.162.000 (43.3%) se

<sup>4</sup> *El Tiempo*, Bogotá, abril 10 de 1990, pág. 16A y *El Mundo*, Medellín, mayo 6 de 1990.

<sup>5</sup> Vid. RUBÉN DARÍO JARAMILLO C., “La oscura cobertura de la violencia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 48, Bogotá, 1990 y JULIO JARAMILLO MARTÍNEZ/DIEGO ALEJANDRO BEDOYA, “Ensayo interdisciplinario sobre el sicariato”. Ponencia presentada durante el Seminario-Taller: “Alternativas frente a la delincuencia juvenil en la Comuna Nororiental”, Fundación Social-Corporación Región, San Pedro (Antioquia), agosto de 1990. Cfr. también CECILIA MUÑOZ V./XIMENA PACHÓN C., *Gamines. Testimonios*, Bogotá, Carlos Valencia Editores, 1980.

<sup>6</sup> *El Tiempo*, Bogotá, julio 11 de 1990, págs. 1A y 8A; *El Colombiano*, Medellín, julio 11 de 1990, pág. 2A; y *El Mundo*, julio 11 de 1990, pág. 9.

<sup>7</sup> *El Tiempo*, Bogotá, julio 16 de 1990, págs. 1B y 9B.

<sup>2</sup> Cfr. ÁNGEL DE SOLA DUEÑAS, “Política social y política criminal”, en AAVV: *El pensamiento criminológico*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 247; también, FRANCO BRICOLA, “Política criminal y derecho penal”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 1, 1978, págs. 105 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. PEDRO PABLO CAMARGO, *Crítica a la Constitución colombiana de 1886*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 332 a 419, y RODRIGO PARRA SANDOVAL, *Ausencia de futuro*, Bogotá, Edit. Plaza y Janés, 1987, págs. 97 y ss.

encuentran en la pobreza absoluta y 2.032.000 (21.2%) sobreviven en condiciones de pobreza crítica<sup>8</sup>, situación a la cual deben agregarse las cifras que presenta GUTIÉRREZ ARANGO sobre la situación del menor trabajador, que aunque referidas a años anteriores no han variado sustancialmente: 3.500.000 niños trabajadores; el 50% trabaja siete días a la semana; el 41% labora más de nueve horas diarias; el 35% lo hace exclusivamente durante la noche; la mayoría no tiene contrato de trabajo; el 35% de los menores trabajadores entre los 14 y los 18 años son analfabetos; el 90% no está amparado por la seguridad social, no goza de ninguna otra protección ni recibe prestaciones sociales; el 30% no recibe salario; el 50% presenta síntomas de desnutrición y mala alimentación; y el 20% presenta retardo intelectual<sup>9</sup>.

Esta violencia estructural, cuya monstruosa dimensión aparece desvelada por las cifras estadísticas aquí referenciadas, explica el genocidio contenido en los altos porcentajes de mortalidad infantil: el 46 por mil en el país y el 150 por mil en zonas como el Chocó<sup>10</sup>.

Todo lo anterior se ve reflejado, por ejemplo, en la ciudad de Medellín, donde los datos sobre las condiciones socioeconómicas de sectores populares como la Comuna Nororiental, permiten acercarnos a las raíces más profundas del origen de la violencia de los jóvenes de dicha zona: tiene una densidad poblacional de 345 habitantes por hectárea, llegando en algunos barrios a 568; en una parte de ella la comuna N° 1, constituida por 15.432 familias, el salario promedio por familia es de \$ 47.671.00<sup>11</sup>; el 55.6% de los jóvenes entre los 12 y los 18 años no estudian por existir un déficit de aulas de 164 en la primaria y de 909 en la secundaria; el desempleo juvenil, el más alto de todos los grupos poblacionales, es del 35%; la deficiencia de vivienda es del 57.7%; y la mortalidad infantil llega en algunas zonas al 65.8%<sup>12</sup>.

Es esta, pues, la realidad de los derechos del menor en nuestro país. Como se puede apreciar, las reiteradas legislaciones, convenios y declaraciones no se corresponden con la política oficial, lo cual no parece gratuito dado que esta franja poblacional no tiene posibilidades de votar ni ostenta condiciones para organizarse y movilizarse en contra de las políticas oficiales lesivas de sus derechos, además de que el menor marginado es considerado prácticamente un desecho cuya recuperación no amerita el menor esfuerzo. Un testimonio claro de esta política "social" oficial lo constituye la manifestación de Carolina de Barco, quien reconoció que *los recursos presupuestados para la atención de los niños pobres (educación, nutrición, recreación, etc.) fueron utilizados en última instancia "para combatir el narcotráfico", es decir, en armas y represión*<sup>13</sup>. Fueron afectados precisamente los recursos

<sup>8</sup> *El Colombiano*, Lecturas Dominicales, Medellín, febrero 18 de 1990.

<sup>9</sup> ROBERTO GUTIÉRREZ ARANGO, *Drama y tragedia del menor trabajador*, Bogotá, Beneficencia de Cundinamarca, 1984; también, PEDRO PABLO CAMARGO, *Crítica a la Constitución...*, cit., págs. 409 a 412.

<sup>10</sup> *Colombia hoy informa*, núm. 80, Bogotá, 1990, pág. 22.

<sup>11</sup> *El Colombiano*, Medellín, mayo 23 de 1990.

<sup>12</sup> COMISIÓN DE DESARROLLO ECONÓMICO-SOCIAL, "Elementos sobre la situación socioeconómica de la Zona Nororiental". Ponencia presentada al Seminario-Taller: "Alternativas frente...", cit.

<sup>13</sup> *El Colombiano*, Medellín, julio 4 de 1990.

presupuestados para atender a la niñez. No se pensó en cambio en destinar a tal fin los llamados "auxilios parlamentarios", cuyo manejo corrupto todos conocemos; tampoco se pensó en financiar la "guerra contra las drogas" con los recursos destinados a pagar el capital y los intereses usureros de la deuda externa, principalmente cuando parte significativa de su origen proviene de la compra de armas para luchar contra el "narcotráfico", que, como problema internacional, es también un problema de los países con los que Colombia tiene contraídas dichas obligaciones (EE.UU., Europa Occidental, etc.). Mucho menos se creó un impuesto específico para atender el problema del menor, como sí se hizo en cambio para sufragar los gastos de la lucha contra el movimiento insurgente.

### 3. ¿FINALIDAD PROTECTORA DE LA REACCIÓN PENAL FRENTE AL MENOR?

A) *La ideología tutelar en el C. del M.* Ya hemos señalado que el C. del M. le otorga una finalidad de protección o rehabilitación a las medidas penales aplicables al menor. En este sentido pareciera pues que se adscribe a la ideología positivista, la cual, al partir del paradigma etiológico, circunscribe el problema criminal a las causas o factores del delito, las que además reduce a las relacionadas con el individuo (patologización del delincuente), consecuentemente con lo cual prescribe su "rehabilitación" por medio de la pena o medida de seguridad, sustrayendo así de cualquier sospecha al sistema penal mismo y a la estructura socioeconómica y política imperante.

En el marco de esta política "protectora", del C. del M. privilegia la familia como institución fundamental en el proceso de socialización del menor, interviniendo el Estado solo cuando esta fracasa en dicho propósito. No obstante, como hemos visto, el sistema socioeconómico imposibilita que la familia pueda atender los requerimientos fundamentales del menor; luego, frente a esta situación, parece por lo menos discutible la legitimidad de un Estado que sin cumplir con su obligación de satisfacer tan siquiera las necesidades mínimas de la familia y el menor, aparenta una neutralidad que no tiene para intervenir penalmente sobre este último, con el pretexto de "asistirlo" o "protegerlo", cuando, si la sociedad produce la delincuencia, no es el delincuente sino esta la que debe ser objeto de la resocialización<sup>14</sup>.

B) *"Protección" por medio de la privación de la libertad.* A las anteriores consideraciones hay que agregar el hecho de que si bien es cierto que cualquier sanción penal que se imponga al menor no puede prescindir del contenido educativo necesario para estimular su proceso de socialización<sup>15</sup>, resulta cuando menos inconveniente que ello se pretenda precisamente privando al menor de su libertad;

<sup>14</sup> Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Madrid, 1979, pág. 93; en igual sentido, J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA/HERNANDO L. LONDOÑO BERRÍO, "El tratamiento penitenciario (art. 68 C.P.) desde la perspectiva criminológica y político criminal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 27, Bogotá, 1985, págs. 81 y ss.

<sup>15</sup> Así, CARLOS GONZÁLEZ ZORRILLA, "Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad penal", en *Documentación Jurídica*, núms. 37/40, Madrid, 1983, pág. 179.

más aún cuando a las cárceles para menores les son aplicables las mismas críticas y cuestionamientos que en general se formulan a las *instituciones totales*, toda vez que en ellas también se desdibujan u opacan para el menor los valores, pautas y roles positivos vividos anteriormente, con la consiguiente pérdida de identificación con los mismos (*desculturización*), a la vez que se adapta a las expectativas, condiciones y roles carcelarios de consecuencias irreversibles para su personalidad (*prisionización*) y a la imagen de la sociedad sobre él (*estigmatización*). Respecto de esta última habría que agregar que sus consecuencias son más graves y profundas en el caso de los menores debido a que, como señala ANDRÉS IBAÑEZ, su proyección no se circunscribe al acto sino que cobija la persona misma, y porque además la despersonalización se opera en un momento fundamental de formación de la identidad del individuo, como es la adolescencia<sup>16</sup>.

Es más, si bien la justicia de menores fracasa en su función "protectora", obtiene logros importantes respecto de objetivos no declarados explícitamente:

1) Al generar un estereotipo de delincuente y circunscribirlo a los miembros de los sectores populares —cuya conflictividad proviene precisamente de la crisis del sistema socioeconómico y del incumplimiento de los deberes sociales del Estado— justifica y "legítima" su marginalidad y su subordinación socioeconómica con base precisamente en su conducta "desviada" o "irregular".

2) Tutela de manera diferencial a los jóvenes pertenecientes a los estratos altos de la sociedad, de modo que sus ocasionales o reiteradas desviaciones como adolescentes no perjudiquen sus posibilidades de inserción social, es decir, de ocupar los puestos y roles que les están reservados en consideración a la clase social a la que pertenecen. De esta forma, se proyecta al mismo tiempo una personalidad no-delincente: la de quienes por su poder político y económico son completamente inmunes al sistema penal.

3) Produce al mismo tiempo no solo la difusión del control social sobre los grupos sociales más pobres y marginados, sino también efectos u oportunidades de consenso y cohesión entre todas las clases sociales<sup>17</sup>.

Esta ideología y funciones del sistema penal de menores, especialmente en lo que tiene que ver con su carácter selectivo<sup>18</sup>, aparecen reflejadas en el papel prevalente que tiene la privación de la libertad dentro de las medidas penales aplicables al menor. Así, a pesar de que el C. del M. consagra una serie de medidas entre las cuales la "ubicación institucional" (eufemismo por reclusión) es apenas una de ellas (art. 204), los criterios de los que se hace depender su imposición la convierten en la medida aplicable por excelencia. Veamos:

<sup>16</sup> PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, "El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada", en CLEMENTE/JIMÉNEZ BURILLO (comp.): *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Edit. Alianza, 1986, pág. 224; asimismo, CARLOS GONZÁLEZ ZORRILLA, "La justicia de menores en España", epílogo a G. DE LEO: *La justicia de menores*, Madrid, Edit. Teide, 1985, págs. 134 y 135.

<sup>17</sup> Cfr. GAETANO DE LEO, *La justicia de menores*, cit., págs. 81-82 y CARLOS GONZÁLEZ ZORRILLA, "La justicia de menores...", cit., págs. 133 a 135.

<sup>18</sup> Utilizamos este término en el sentido señalado por EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 29.

En primer lugar, dicha reclusión se puede imponer cuando el juez considere que el medio familiar no es "adecuado" para el menor (arts. 203-2 y 208); ello, es de suponer, sucede cuando existe pobreza o "insolvencia moral" de los padres o de las personas de las que depende el menor (art. 182).

Como se observa, la reclusión aparece vinculada a variables inclusive ajenas a la personalidad del menor, como son las condiciones económicas y morales del grupo familiar al que pertenece, lo cual la convierte en una medida dirigida exclusivamente a los sectores pobres de nuestra sociedad.

Como si lo anterior fuera poco, el internamiento en una institución cerrada resulta *obligatorio* (art. 209) no solo en razón del incumplimiento injustificado de una medida anteriormente impuesta, sino cuando el hecho se realiza "mediante grave amenaza o violencia a las personas" (no se relacionan hechos en particular, por lo que pareciera que puede tratarse de cualquier hecho punible) y "por reiterada comisión de infracciones penales" (tampoco se especifica, por lo que en principio puede tratarse de delito o contravención, doloso o culposo). Estos criterios, por obra de su indeterminación, en la práctica tienden a convertirse en verdaderos mecanismos selectivos de la justicia de menores, pues si es cierto que la criminalidad es un bien negativo distribuido entre los estratos inferiores de la sociedad<sup>19</sup>, no se requerirá mucho esfuerzo para constatar quiénes son los menores que actúan mediante "graves amenazas o violencia" y quiénes los reincidentes. En este ámbito, pues, el C. del M. ha retrocedido enormemente en relación con los postulados del Código Penal al revivir la reincidencia, institución que, como tributaria directa del más puro peligrosismo, permite un control ilimitado sobre el sujeto, al tiempo que oculta la incidencia de las condiciones estructurales en la generación del delito<sup>20</sup>. Por este motivo puede afirmarse entonces que en la práctica el sistema penal de menores constituye una *respuesta penal reforzada*, dado que bajo la ideología tutelar se profundiza una represión penal de contenido idéntico a la que recae sobre los adultos, pero sin las garantías y límites de esta<sup>21</sup>.

C) ¡Una protección de papel! De todas formas, la protección del menor no se lleva a cabo solamente porque ello se pretenda privando al menor de su libertad. Se trata sobre todo de un problema estructural que hace que en Colombia sepamos

<sup>19</sup> Cfr. ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Edit. Siglo XXI, 1986, págs. 167 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJIA/HERNANDO L. LONDOÑO BERRIO, "El tratamiento penitenciario...", cit., págs. 81 y ss. Sobre el carácter ideológico de la peligrosidad, JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 48, Bogotá, 1990.

<sup>21</sup> Cfr. PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, "El sistema tutelar de menores...", cit., págs. 221-225. Sobre las garantías penales y procesales debemos señalar que el C. del M., pese a sostener que todo menor tiene derecho a que se respeten sus garantías constitucionales y procesales (art. 17), contiene no pocas violaciones de tales garantías. Así, por ejemplo, en relación con el principio de legalidad el art. 163 solo consagró la garantía de la legalidad del delito, no así la de la sanción, lo cual lleva a que más adelante (arts. 204-5) se diga que fuera de las medidas allí previstas el juez puede imponer "cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor", desconociendo así el más sagrado de los principios del derecho penal. De igual forma aparecen flagrantes violaciones al derecho de defensa (arts. 166, 185, 191 y 199), pese a que expresamente se reivindica en el art. 17; así sucede también con otros principios procesales como el de la doble instancia (art. 167) y el de la libertad personal.

## EL CÓDIGO DEL MENOR: ¿UNA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL?

de antemano que los postulados del C. del M., en la gran mayoría de los casos, se quedarán en el papel, no solo porque configuran una política criminal vinculada a una política social de protección del menor que no existe en la realidad —y más que eso, contraría a la ya reseñada política oficial real—, sino también porque históricamente está demostrado que una de las funciones principales de la cárcel —también la de menores— en las sociedades dependientes ha sido la de servir como mero depósito de una parte de la población cesante<sup>22</sup>. En realidad, las medidas de “protección” y “rehabilitación” son producto de la ideología del Estado social o benefactor a que condujo el desarrollo capitalista de las sociedades altamente industrializadas, el cual, obviamente, no ha existido nunca en Colombia. Al establecer tales medidas en nuestra legislación, olvidamos sin embargo que la eficacia real de las normas no depende de su validez formal sino de la fuerza motriz que le viene dada por el sistema socioeconómico y político que le dio origen y que, por lo tanto, para proteger al menor no se requieren tanto normas jurídicas como sí una profunda y verdadera transformación del Estado y la sociedad colombiana. Mientras tanto, como quedó dicho, ofrece muy poca credibilidad un Estado que se propone proteger al menor delincuente, cuando ni siquiera garantiza la satisfacción de las necesidades mínimas de quienes no lo son (y que precisamente por ello un buen número de estos más tarde lo serán).

Buena prueba de esto la constituye el hecho de que los “centros especiales” de reclusión de los menores infractores de ley penal que prevé el C. del M. no existían —ni existen todavía, y la experiencia enseña que nunca existirán— al momento de entrar en vigencia dicho estatuto<sup>23</sup>. De ahí que en tanto persistan situaciones como esta el derecho penal en nuestro medio, y en el caso concreto del C. del M., seguirá siendo ante todo un mero manto ideológico con el que los sectores dominantes encubren sus verdaderos objetivos y prácticas, mediante discursos jurídicos importados<sup>24</sup>. Mientras tanto, la *violencia como institución* y sin formalismos

<sup>22</sup> Cfr. JESÚS ANTONIO MUÑOZ GÓMEZ, “Apuntes para un enfoque histórico sobre los sistemas punitivos en Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 45, Bogotá, 1989, pág. 383. Debe tenerse en cuenta que en sociedades como la nuestra la cárcel cumple también funciones simbólicas importantes, como la de legitimar la vindicta pública, por medio de la figura del “chivo expiatorio”; sobre este y otros aspectos, véase a EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, parte especial, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 257 y ss.

<sup>23</sup> Ante lo cual la reclamación indignada de un sector de los medios de comunicación y de los propios círculos oficiales (incluidos algunos jueces de menores y magistrados) no estuvo encaminada a presionar por la creación lo más rápidamente posible de los mismos por cuanto de otra manera continuaríamos afrontando contra la dignidad del menor, sino, por el contrario, a exigir más *defensa social*, cuestionando para ello dos de los logros más importantes del C. del M., cuales son el establecimiento de la minoría de edad penal a los 18 años y la separación del lugar de reclusión de los menores del de los adultos, principios que, además, no son más que concreción de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y de la Convención sobre los derechos del menor.

<sup>24</sup> Cfr. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “¿Derecho penal liberal o derecho penal crítico en Colombia?”, en AAVV: *Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 258-259. Más ampliamente, ERNESTO GARZÓN VALDEZ, “Acerca de las funciones del derecho en América Latina”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 3, Universidad de Palma de Mallorca, 1982, págs. 21 y ss. y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “Estructura jurídica y Estado en América Latina”, en G. RUSCHE/O. KIRCHHEIMER: *Pena y estructura social*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. XLVII y ss.

seguirá siendo la forma de control por excelencia; y de ella, en Colombia, no escapan ni siquiera los menores.

## 4. REFLEXIÓN FINAL: EL “SICARIATO” JUVENIL O LA ADMINISTRACIÓN DE LOS ILEGALISMOS

No queremos terminar sin hacer antes una corta reflexión sobre el problema de la delincuencia juvenil en nuestro país, y más concretamente sobre la figura del “sicario” juvenil, cuya existencia, sin duda, constituye el más grande cuestionamiento para una sociedad. Por ello cabe la pregunta: *¿a quién ha sido útil el “sicariato” en Colombia?* Al respecto, un somero repaso de nuestra violencia nos muestra, en forma recurrente, que el “sicariato” (inclusive el de menores) ha sido utilizado como medio privilegiado para destruir formas organizativas de la sociedad civil que han luchado por reivindicaciones sociales y democráticas: los derechos humanos, el derecho de asociación, la justicia social, la auténtica soberanía en todos los órdenes, la reforma agraria, la organización estudiantil, los derechos indígenas, etc. Así lo han corroborado recientemente los medios de comunicación al informar que, hasta mayo de 1990, durante el gobierno del Presidente Virgilio Barco se habían producido 8.540 homicidios con carácter político (suma que llega hasta 12.383 si se incluyen los muertos en “acciones bélicas”), siendo el 70% de las víctimas militantes de “diversas organizaciones izquierdistas, progresistas, sindicalistas o defensores de los derechos humanos”<sup>25</sup>.

Esta situación es aún más evidente en el patético caso de la ciudad de Medellín, donde tentativas auténticas de organización autónoma de la sociedad civil (por ejemplo las realizadas en las comunas nororiental y noroccidental) en procura de construir una democracia real —promoviendo tanto formas solidarias de integración de los jóvenes a proyectos participativos diferentes al bipartidismo tradicional y a las brigadas cívico-militares, como también su papel como transformadores, y no receptores, de la realidad— fueron desarticulados violentamente, al ser consideradas formas encubiertas de subversión. *Y para ello se hizo uso del “sicariato”*, conformado por el lumpenproletariado que genera la marginalidad propia del capitalismo periférico.

Además, solo cuando esta violencia “sicarial” empieza a desbordar los marcos iniciales y pasa a constituir un serio peligro para la seguridad del poder, al ser utilizada en su contra por actores como el “narcotráfico” —y empieza a asesinar a jueces, miembros de las fuerzas de seguridad, empresarios y prestantes personalidades políticas—, se articula un proyecto para contenerla, que reproduce las tácticas que predominaron en la lucha contrainsurgente (torturas, desapariciones, genocidios,

<sup>25</sup> *El Colombiano*, Medellín, mayo 22 de 1990, págs. 1A y 2A. Además, COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Sistema judicial y derechos humanos en Colombia*, Bogotá, 1990, págs. 207-208 y COMISIÓN DE ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA, *Colombia: violencia y democracia*, Bogotá, Universidad Nacional, 1987, págs. 67 a 69 y 92 a 96.

etc.), lo cual se aprovecha para ejercer un control total de la población civil. Así, con el pretexto de la lucha contra el "sicariato" se militarizan los barrios populares y los espacios civiles; se allanan todas las residencias de un barrio, desconociendo la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio; por diferentes medios se difunde, para legitimar esta práctica, el estereotipo del joven de barrio popular = sicario = delincuente, y se estigmatiza a todo grupo de jóvenes o menores reunidos en cualquier esquina de un barrio popular como "pandilla juvenil" o "grupo de sicarios". Obviamente, la difusión de este estereotipo no es gratuita, resultando patente su funcionalidad política, por cuanto:

a. Circunscribe la violencia a la figura del "sicario", a quien se identifica como persona de estrato social bajo o lumpenizado, producto de la degradación moral propia de su clase y manipulado por "fuerzas oscuras", cercanas generalmente al "narcotráfico", que quieren desestabilizar la "democracia", encubriendo con ello la existencia de las otras violencias, entre las cuales la estructural y el terrorismo del Estado figuran en primer plano.

b. Disciplina por medio del terror a los grupos sociales directamente afectados por la crisis del modelo económico del capitalismo periférico, que sin lugar a dudas presenta dimensiones dramáticas en los grupos marginales de la población urbana.

c. De igual forma, intimida y reprime toda manifestación de lucha por transformar la realidad social y toda resistencia al ejercicio arbitrario de la fuerza pública.

Inclusive, estas nuevas formas de control social se intentaron legitimar jurídicamente mediante el decreto 1336 de 1990, que obligaba a los jefes de hogar a suministrar a la policía toda la información sobre la ocupación, identidad, apodos, etc. de los residentes en su casa de habitación, y que por fortuna fue derogado a los pocos días por el propio gobierno, "debido a la desconfianza de la población hacia ciertos niveles de la autoridad y por no haber clima propicio para su aplicación"<sup>26</sup>.

Luego, frente al tratamiento del "sicariato" en nuestro país cobra plena vigencia lo expresado por FOUCAULT en el sentido que los castigos no están destinados a suprimir las infracciones, sino más bien a distinguirlas, distribuir las y utilizarlas: "tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a trasgredir las leyes, sino que tienden a organizar la trasgresión de las leyes en una táctica general de sometimientos. La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a estos, de sacar provecho de aquellos. En suma, la penalidad no 'reprimiría' pura y simplemente los ilegalismos; los 'diferenciaría', aseguraría su 'economía' general"<sup>27</sup>.

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRIO  
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Profesores de Derecho Penal de la Universidad de Medellín

Agosto 25 de 1990

<sup>26</sup> *El Tiempo*, Bogotá, julio 7 de 1990, págs. 1A y 8A.

<sup>27</sup> MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar (nacimiento de la prisión)*, México, Edit. Siglo XXI, 1981, pág. 277.

## El indicio grave de responsabilidad \*

Hernando Londoño Jiménez \*\*

Lo de la "gravedad del indicio" resulta ser un calificativo sobre el cual no se pueden suministrar derroteros precisos para su acertada calificación. Todo depende de la prueba en que se haya originado, de la estrecha relación de causalidad que tenga con lo que se trata de averiguar, como también del buen juicio apreciativo que se tenga sobre el mismo. Es por lo tanto una valoración subjetiva, en la cual el criterio para clasificarlo de esa manera estriba en su seriedad y fuerza de convicción. ANTONIO ROCHA ALVIRA ha dicho que "la *gravedad* (lo que pesa, lo que importa) mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador"<sup>1</sup>. Es la prueba mínima para poder dictar una medida de aseguramiento.

Por lo anterior, no podemos compartir el criterio de YESID REYES ALVARADO cuando sostiene que "no creemos que la *gravedad* de los indicios sea un requisito esencial, por cuanto se trata solamente de una de las varias categorías que con base en su apreciación pueden mencionarse; en efecto, los indicios pueden ser necesarios, graves o leves, así que estos últimos, sin ser graves, poseen la categoría de indicios; incluso varios indicios leves pueden llegar a tener gran fuerza probatoria, suficiente para dictar providencias judiciales de fondo, repetimos, sin ser graves"<sup>2</sup>. Por nuestra parte, no nos resulta fácil admitir que la suma de indicios leves puedan llegar a reemplazar procesalmente al indicio grave. Si gramaticalmente la palabra "leve" significa de

\* Capítulo del *Tratado de derecho procesal penal*, tomo II, próximo a publicarse.

\*\* Miembro de las comisiones redactoras del Código Penal y de Procedimiento Penal, lo mismo que del Código Penal Tipo para América Latina.

<sup>1</sup> Cita de YESID REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1984, pág. 70.

<sup>2</sup> REYES ALVARADO, ob. cit., pág. 70.

*poca importancia, de escasa trascendencia*, no parece lógico que varios indicios merecedores de dicho calificativo, por su sola multiplicidad, puedan llegar a producir una plena convicción<sup>3</sup>. Aunque no faltan autores que, como LESSONA, consideran que de un conjunto de indicios leves puede obtenerse una plena prueba<sup>4</sup>.

De todas maneras, la gravedad del indicio está fundamentalmente relacionada con la intensidad de su conexidad con el hecho que se trata de probar, que de él pueda extraerse la inferencia lógica que conduzca, que indique por medio de un análisis lógico-crítico, bien sea el hecho punible en sí, al autor del mismo y a sus partícipes. Desde luego que su función también está destinada a demostrar la inexistencia del delito, la inocencia del procesado o alguna causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

Esa gravedad del indicio también se puede considerar desde el punto de vista de su eficacia probatoria, como cuando está purificado de toda falsificación y engaño, que no sea obra de la casualidad o del azar, que no sea susceptible de contra-indicios que puedan eliminar o disminuir su fuerza probatoria. En síntesis, que cuando después de haber podido superar todos los interrogantes que en contrario se pueda hacer el juzgador, este llegue a una conclusión de tranquilizante seguridad en sus decisiones, fundada en la certeza moral a que hubiere llegado, plenamente convencido de haber procedido según los dictados del derecho, los postulados de la justicia y la voz de su conciencia<sup>5</sup>.

Un indicio, verbigracia, que en principio tiene plena característica de gravedad, es el de las huellas digitales dejadas en el lugar del crimen, por medio de la cual se concluye con la identificación de la persona a quien corresponden. Pero se trata de una prueba que debe ser valorada en su exacta significación, pues suele ocurrir

<sup>3</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDÍA (*Compendio de pruebas judiciales*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 600) dice a este respecto: "Durante todo este proceso analítico y lógico, hay que tener presente que los indicios, como los testimonios, se pesan y no se cuentan; con la salvedad de que, en nuestro proceso civil, los contingentes deben ser por lo menos dos. De la suma de varios o muchos indicios aparentes o sin valor propio, no puede resultar ninguna prueba, y de un conjunto de indicios leves puede inferirse una prueba incompleta, que, sumada a otras, sirva para llegar a la convicción plena, pero por sí solos no pueden suministrarla, ni siquiera tomados en conjunto, porque no excluyen lógicamente las demás posibilidades que de ellos mismos se infieren".

<sup>4</sup> Cita de DEVIS ECHANDÍA, *Compendio...*, ed. cit., pág. 600.

<sup>5</sup> PIERO CALAMANDREI (*Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1956, pág. 357) nos da el siguiente conmovedor ejemplo: "Un anciano magistrado, sintiéndose morir, oraba serenamente en su lecho:

"«Señor, quería al morir estar seguro de que todos los hombres a quienes he condenado han muerto antes que yo, porque no puedo pensar en que deje en las prisiones de este mundo, sufriendo penas humanas, aquellos que fueron encerrados por orden mía. Querría, Señor, cuando me presente a tu juicio, encontrarlos en espíritu en el umbral para que me dijeran que saben que yo los juzgué según justicia, según lo que los hombres llaman justicia. Y si con alguien, sin darme cuenta, he sido injusto, a él más que a los otros quisiera encontrar allí, a mi lado, para pedirle perdón y decirle que ni una vez al juzgar, olvidé que era una pobre criatura humana esclava del error, que ni una sola vez, al condenar, pude reprimir la turbación de la conciencia, temblando ante una función que, en última instancia, puede ser solamente tuya, Señor»".

que apenas indique la presencia del acusado en el lugar de los hechos, pero en tiempo anterior a la consumación del ilícito y por ninguna razón relacionada con el crimen. Por eso aconseja VALENTÍN SILVA MELERO: "Por lo que se refiere a las huellas dactilares, se ha establecido que los tribunales deben tenerlas en cuenta como método de identificación personal; pero se aconseja cautela en las conclusiones derivadas de esta prueba indiciaria, en evitación de posibles errores"<sup>6</sup>.

En cambio, las manchas de sangre en los vestidos del presunto victimario, en procesos por homicidio, es una prueba que a veces confunde a noveles instructores, cuando del examen científico correspondiente resulta que concuerda con el mismo grupo sanguíneo de la víctima. Esa simple coincidencia jamás puede constituir un indicio grave, por ser infinita la cantidad de personas que tienen los mismos caracteres fisiológicos en la sangre. Desde luego que, acompañada de otros elementos probatorios, puede contribuir a la certeza judicial sobre el cargo que se imputa. Antes, por el contrario, cuando el resultado del examen arroja la conclusión de un grupo sanguíneo diferente, sí constituye un serio indicio, pero de inocencia<sup>7</sup>.

VICENZO MANZINI, cuando se refiere a esta prueba, precisa: "Los resultados de esa averiguación pueden ser por sí solos decisivos a los fines de la prueba solamente cuando sean negativos, esto es, tales que excluyan que dos o más individuos pertenezcan al mismo grupo. En cambio, si son positivos, pueden muy bien concurrir con otros elementos a suministrar la certeza, pero no pueden suministrarla por sí solos, precisamente porque con ellos solo se puede llegar a establecer la pertenencia del individuo o individuos a un determinado grupo, lo que es insuficiente para la identificación personal o para otro fin probatorio"<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> VALENTÍN SILVA MELERO, *La prueba procesal*, t. I, Madrid, 1963, pág. 309. En nuestra experiencia profesional conocimos un caso de la típica coartada falsa: contra un sindicado que había dejado sus huellas digitales en la escena del crimen, se ordenó su captura cumplida un tiempo después. En la indagatoria negó el hecho, aduciendo como argumento que en la fecha y hora del delito se encontraba detenido a órdenes de un funcionario de policía en otra ciudad del país. El juez de instrucción, a pesar del grave indicio de las huellas digitales, solicitó información al respecto de aquel funcionario, quien en respuesta confirmó lo dicho por el sindicado. Ante este hecho, se decretó una inspección judicial sobre el libro radicator de detenidos en aquella ciudad, la que dio por resultado que el único espacio que aparecía con borronadura era aquel en que figuraba dicho sindicado, de lo cual se concluyó que se había suprimido el nombre del verdadero detenido en aquella fecha, para colocar en su lugar, en connivencia con los empleados de esa Inspección de Policía, el del sindicado que quiso engañar a la justicia.

<sup>7</sup> SILVA MELERO (ob. cit., pág. 309) expresa: "Los experimentos fundados sobre firmes bases científicas, en general deben ser considerados como elementos subsidiarios y no decisivos, a los fines de la certeza judicial. Tal consideración merecen los llamados grupos sanguíneos para la identificación de una persona, que por sí solos no pueden considerarse suficientes, dado que lo único que permiten establecer es que un individuo pertenece a determinado grupo, lo que es insuficiente para su identificación. En cambio, este sería un indicio de gran importancia de carácter negativo si se acredita que la sangre no pertenece al grupo del inculpado, con lo que existe un elemento importante para excluirle, con fundamento, en esta consideración. En definitiva, la prueba indiciaria puede ser óptima o pésima, según la perspicacia y sentido crítico del juez".

<sup>8</sup> VICENZO MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, Caracas, Ediciones de Cultura Jurídica, 1987, pág. 213.

Todo esto nos lleva a pensar, con muchísima angustia jurídica, si cabe la expresión, sobre la manera tan frecuente como se confunde el indicio con la conjetura y la sospecha dentro del proceso penal. Es lo que ocurre cuando no se tienen muy presentes todos los elementos constitutivos del indicio, o cuando simplemente se hace abstracción de calificar la prueba indiciaria, para en su lugar sustituirla por la que subjetivamente considera el funcionario apta para sus pretensiones dentro del proceso.

Cuando se habla de sospecha se está haciendo referencia a una situación determinada que es más producto de la imaginación que de la realidad, de algo que tiene la característica de la duda, de una especie de presunción amenazada del riesgo de ser equivocada. Por apelar a ella dentro del proceso penal y servir de fundamento para decisiones judiciales en contra del "sospechoso", son demasiado frecuentes los errores judiciales, cuando con esa base se ha atropellado la libertad individual y conculcado así las garantías del debido proceso. Esta es por lo tanto una gravísima aberración del proceso penal, causa del inhumano hacinamiento en las prisiones, factor preocupante de tantas consecuencias dañinas en la vida familiar y social de los detenidos y motivo sensible de tan frecuente desdibujamiento de la imagen de la justicia.

Una clara distinción con el indicio lo hizo la casación italiana, cuando sentenció: "Mientras las suposiciones constituyen meras conjeturas, subjetivas, con las que se trata de intuir un dato de hecho no contenido en la percepción, y las dudas son estados de ánimo destituidos de lógica y coherente correspondencia entre circunstancias directamente comprobadas, los indicios presuponen en cambio la demostración de circunstancias indispensables por las que se arguye indirecta pero lógicamente el hecho que hay que probar mediante un proceso deductivo, con la misma certeza que da la prueba directa".

Un momento muy especial en el que se debe deslindar la sospecha del indicio, es en la etapa de indagación preliminar, establecida fundamentalmente para determinar si ha tenido o no ocurrencia el hecho materia de la averiguación, si está descrito en la ley penal como delito, de lo cual dependerá que se abra o no la correspondiente investigación. Teniendo el funcionario un tiempo más que suficiente para clarificar dicha situación, no debería entonces hacer el tránsito de una etapa a la otra, por la simple sospecha de haberse cometido una infracción a la ley penal o por la

<sup>9</sup> Cita de MANZINI, ob. cit., pág. 483. Un ejemplo, no ya teórico sino práctico, de la diferencia entre sospecha e indicio, lo trae ANTONIO DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 81: "El inculpaado presenta en la mano una herida que, por su forma y carácter, parece producida al cometerse el delito, pues en este ha habido fractura de cristales y las heridas del sujeto son, al parecer, ocasionadas por vidrios: he ahí una sospecha. El inculpaado prueba suficientemente cómo se produjo la herida, o, a lo menos, que ya estaba herido antes del momento en que se cometió el delito: la sospecha se disipa, el indicio cae. Si no consigue el inculpaado probar nada o hay motivos para creer que miente, la sospecha se fortifica; demuéstrase que el inculpaado falsea la verdad, que las heridas debieron producirse como se pensaba: la sospecha se intensifica adquiriendo el valor de un juicio más fundado, transformándose en una presunción. El rastro, por su parte, se eleva a la categoría de un verdadero indicio".

identificación por mera sospecha del presunto autor de los hechos<sup>10</sup>. Se debe agotar, por lo tanto, cuando surjan las dudas al respecto, la etapa de indagación preliminar, para evitar así la apertura de investigaciones penales en las cuales ya no sería procedente un auto inhibitorio, sino una cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, con la consiguiente pérdida de tiempo para la justicia penal. Todo esto en el supuesto de que la sospecha se mantenga como tal<sup>11</sup>, sin que por otras pruebas se fortalezca hasta convertirse en un verdadero indicio grave.

Por todo esto no se puede compartir el criterio de ALMAGRO NOSETTE, para quien la prisión provisional puede adoptarse en tanto existan *sospechas* de responsabilidad criminal contra determinada persona; ni el de la legislación alemana, para la cual son necesarias "sospechas muy fundadas"; ni el del Convenio Europeo, en el que, de acuerdo con sus términos, para la detención preventiva apenas se requieren "razones para sospechar"<sup>12</sup>. Para justificar nuestro desacuerdo con estas posiciones doctrinarias y legislativas, bastaría con remitirnos a la definición que de la palabra "sospecha" trae el Diccionario de la Lengua Española y a la definición que de "indicio" nos suministra nuestra ley procesal penal, avalada por lo que ha sido tesis pacífica en la doctrina de autores nacionales y extranjeros<sup>13</sup>. Son entonces criterios jurídicos y extrajurídicos los que sirven para establecer una neta diferenciación de dichos términos.

Se podría por lo tanto concluir con el pensamiento de ASCENCIO MELLADO, cuando para fijar los alcances de la palabra "sospecha" en relación con los vocablos "motivos" o "indicios", dice: "Tal expresión, por tanto, y a diferencia de las anteriores, conlleva un razonamiento o apoyo real menor, ya que, por un parte, no exige su fundamentación en un dato fáctico real, lo que la distingue de los indicios y, por otra parte, no exige una cuasicerteza, como los motivos, de tal fuerza que induzca al sujeto a actuar en un sentido determinado, sino que la sospecha es una aprehensión o imaginación de una posible realidad, una simple conjetura o suposición"<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> KLAUS TIEDEMANN y OTROS, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Edit. Ariel, S. A., 1988, pág. 170: "En cuanto a su contenido, el principio de legalidad se encuentra limitado por el hecho de que tienen que existir *concretos indicios fácticos* de un hecho punible. Suposiciones vagas no son suficientes para una inculpaación jurídico-penal. Al lado de ello, prevé la ley tan numerosas quiebras de la obligación de acusar que el contraste con el «principio de oportunidad» seguido por algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, se hace bastante difuso".

<sup>11</sup> DELLEPIANE, ob. cit., pág. 81: "En resumen: la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda, como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (*latu Sensu*) que requiere verificarse. La sospecha, sola o acompañada a otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada; pero nunca ser fundamento para una condenación".

<sup>12</sup> Cfr. JOSÉ MARÍA ASCENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, Madrid, Edit. Civitas, S. A., 1987, pág. 115.

<sup>13</sup> Cfr. JORGE ARENAS SALAZAR, *Crítica del indicio en materia penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 42-43, y DELLEPIANE, ob. cit., págs. 80, 83, 87.

<sup>14</sup> ASCENCIO MELLADO, ob. cit., pág. 114.

Ahora, en cuanto a que ese "indicio grave" que exige la ley para poder proferir una medida de aseguramiento tenga que ser de la *responsabilidad* del procesado, contiene que nos detengamos en el verdadero alcance de esta expresión y en el requisito exigido, ya que no siempre se la ha entendido en su exacto significado jurídico. Para nosotros dicha expresión es comprensiva de todos los elementos del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Es que, si al juez le estuviere vedado avanzar provisionalmente juicios valorativos sobre la antijuridicidad y la culpabilidad, ello querría decir que la detención preventiva podría justificarse sobre bases de exclusiva responsabilidad objetiva, como sería el tener en cuenta exclusivamente, para ordenar la medida cautelar, la conducta típica del sindicado, esto es, la simple realización del hecho material, lo que sí equivaldría a la ostensible violación del principio sobre presunción de inocencia.

Igualmente se caería en el mismo error si solo se pudiera detener preventivamente con fundamento en solo dos elementos del delito, la tipicidad y la antijuridicidad, siendo a nuestro parecer también necesaria la culpabilidad, como garantía de seguridad jurídica en favor del procesado. Si esto no pudiera ser así, no vemos cómo, científicamente, el juez se pudiera desempeñar cuando para dictar un auto de detención se ve precisado a hablar de hecho punible culposos, dolosos o preterintencionales. Y cuando se le solicita una excarcelación, o la revocatoria de un auto de detención, con expresa referencia a esos tres grados de culpabilidad, necesariamente tiene que referirse a ellos, bien para admitir o rechazar la solicitud<sup>15</sup>.

Sin embargo, eminentes juristas han tomado partido por la tesis contraria, como LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, quien la defendió apasionadamente diciendo que "el

<sup>15</sup> En la Comisión Redactora del Código propusimos el siguiente artículo con su correspondiente exposición de motivos, así: "«Artículo. Habrá lugar a dictar auto privativo de la libertad cuando existiere un grave principio de prueba por escrito que sea suficiente para darle al juez la racional convicción de que se ha cometido un hecho típicamente antijurídico y de que el sindicado es el supuesto culpable de él como autor o cómplice». El ideal que se busca con esta norma no es otro distinto a que el juez de instrucción se compenetre con la idea de que para poder privar de la libertad a una persona a quien se le ha hecho la imputación de un hecho punible, debe hacerse con suficientes y serios elementos de juicio. Es una norma que busca proteger al máximo la libertad individual. Pareciera que con ella se contradice o viola el principio sobre presunción de inocencia, pero a nuestro juicio es todo lo contrario. Si el objetivo de la investigación ha sido dirigido a indagar sobre la realización del hecho típico con sus elementos descriptivos y normativos, lo mismo que sobre la antijuridicidad y la culpabilidad, es apenas lógico que el auto por medio del cual se va a resolver la correspondiente situación jurídica debe avanzar juicios de valor sobre esos tres elementos del delito, bien para admitirlos o negarlos, con la consecuencia en el primer caso de la privación de la libertad, y en el segundo con la libertad inmediata. Es que si al juez le estuviere vedado avanzar provisionalmente juicios valorativos sobre la antijuridicidad y la culpabilidad, querría decir que la detención preventiva podría justificarse sobre bases de exclusiva responsabilidad objetiva, como sería al tener en cuenta únicamente, para la medida cautelar, la conducta típica del sindicado, esto es, la simple realización del hecho material, lo que sí equivaldría a la ostensible violación del principio sobre presunción de inocencia. Igualmente se caería en el mismo error, si solo se pudiera detener preventivamente con dos elementos del delito, la tipicidad y la antijuridicidad, siendo nuestro parecer que también es necesario un indicio sobre la culpabilidad como garantía de seguridad jurídica en favor del sindicado..." (Acta núm. 15, febrero 20 de 1985).

juez de instrucción debe *limitarse*, por un lado, a probar la existencia del *tipo*, como carácter descriptivo, y a recoger, con escrupulosa imparcialidad, todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho, y sobre la participación personal, dolosa o culposa, del procesado, absteniéndose de valorar la primera, salvo en lo que toca a los elementos normativos y subjetivos de lo injusto incluso en ciertos tipos legales, no pudiendo entrar en la segunda, que requiere un juicio de culpabilidad"<sup>16</sup>. Pero una filosofía de esta naturaleza no puede servir a un Estado de derecho, no puede inspirar el ordenamiento jurídico que se precie de estar fundado sobre principios liberales y democráticos.

Desde luego que para la economía del procedimiento resulta apenas lógico que lo primero que debe establecerse es si el hecho que ha dado origen al comienzo de una averiguación se subsume en abstracto dentro de un determinado tipo penal. Establecido el hecho típico, seguirá la indagación sobre el autor y los partícipes, para luego continuar con la prueba sobre las probables antijuridicidad y culpabilidad. Si estas dos últimas circunstancias no pudieran entrar en un juicio de valoración por parte del juez instructor, se estaría pretendiendo que bastaría la sola imputación o atribución del simple hecho material para considerar al sindicado como sujeto pasivo de la acción penal, merecedor de una medida de aseguramiento. De igual manera, en la fase instructora del proceso penal estarían complementamente abolidas la excarcelación y la cesación de procedimiento por causales de justificación del hecho y de inculpabilidad.

Si lo anterior pudiera ser así, estaríamos colocados jurídicamente en una legislación violatoria de todos los más sagrados principios que tutelan la libertad individual, porque significaría que el acusado tendría que permanecer *sub judice* hasta la sentencia definitiva, para que solo en este momento procesal, generalmente demasiado tardío, se le excluyera de toda responsabilidad penal. Nosotros nos negamos a admitir que sea correcta la interpretación que en dicho sentido le ha dado JIMÉNEZ DE ASÚA a cierta legislación y doctrina que él analiza en el sentido antes anotado. Es así como, al comentar la legislación argentina en donde se habla de que para dictar una detención preventiva se requiere que "haya indicios suficientes de responsabilidad del sujeto" o "indicios vehementes de culpabilidad", el jurista ibero dice que "es a nuestro entender incuestionable que no se ha empleado aquí ese término en su rigurosa acepción restringida de nexo personal por dolo o culpa entre el acto y el autor, sino en el más amplio e impreciso de imputación o atribución del agente"<sup>17</sup>. Esto vendría a significar que, de una manera antijurídica y falta de toda razón, esa legislación procesal les habría dado a las expresiones "responsabilidad" y "culpabilidad", una significación diferente de la del derecho penal material.

El insigne maestro, con dicho criterio, ha querido perfilar la figura del juez instructor como la de un simple recolector de pruebas, con poder omnímodo y

<sup>16</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Edit. Losada, S. A., 1965, pág. 931.

<sup>17</sup> *Ib.*, pág. 934.

arbitrario para poder privar de la libertad a una persona con la exclusiva prueba de la objetividad del hecho material tipificado como delito, sin que le sea permitido, para fundamentar la incriminación o para excluirla, entrar en un juicio valorativo sobre la antijuridicidad y la culpabilidad. Según él, la afirmación o la negación de dichas circunstancias está reservada para la sentencia. Su pensamiento es claro al respecto: "Cosa distinta es que al instruir el sumario el juez recoja todas las pruebas que sean necesarias para hacer esos juicios, objetivo el uno y subjetivo el otro, sobre la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del agente. El juez reunirá, pues, todas las pruebas para que la *instancia sentenciadora* pueda hacer esos juicios valorativos que no le incumben al instructor, a quien le corresponde principalmente el *proceso cognoscitivo*"<sup>18</sup>. Si esto se dijera para reivindicar el principio de la presunción de inocencia y defender con él la tesis de no poderse privar de la libertad a una persona sino hasta la sentencia en que se la declare culpable, no merecería tan rotunda protesta.

Para dicho autor, que con inmensa sabiduría e ilustración supo construir un grandioso monumento jurídico penal, las causales de justificación del hecho deben ser irrelevantes en la etapa de instrucción: "Igualmente es falso que el juez de instrucción debe abstenerse de procesar cuando se ha producido la muerte de un hombre en legítima defensa. En este caso sí que hay tipicidad, pero no antijuridicidad: el juez procesa porque no valora, y recoge las pruebas de la agresión ilegítima y de la defensa necesaria para que el Tribunal sentenciador valore los hechos"<sup>19</sup>. Si para sostener esto ha malinterpretado algunas legislaciones, como la argentina y la española, se habría desgarrado las vestiduras de haber conocido la legislación colombiana que implícitamente prohíbe inclusive la captura de la persona que hubiere actuado en cualquiera de las circunstancias de justificación del hecho y de inculpa-bilidad. En este caso, el juez instructor simplemente cita para una indagatoria. Fuera de la previsión legal que consagra nuestra ley, cuando permite la excarcelación en los casos de exceso en las causales de justificación.

Pero lo más desconcertante de la tesis que venimos analizando es que su autor, para sostenerla fervorosamente, asegura que es una doctrina que trasciende del mero campo especialista de los cultivadores del derecho penal para asumir el porte de una máxima de derecho público y de garantía de los derechos del hombre. Lo dice por la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, proclamados por la Revolución Francesa, cuando se dijo que al procesado no se le tendrá por culpable mientras no se le condene; de igual manera en la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, aprobada por las Naciones Unidas en el año 1945, en la que se consagró: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa".

Con base en estos principios universales, dijo el ilustre tratadista: "Tras de esta universal y solemne proclamación es obvio que el juez instructor no puede

<sup>18</sup> *Ib.*, pág. 934.

<sup>19</sup> *Ib.*, pág. 936.

hacer valoraciones de antijuridicidad, salvo en los casos en que sea imprescindible realizarlas porque el tipo contenga *elementos normativos sensu strictu*. Y aun así, cuidándose de que esa valoración no trascienda como enjuiciamiento. Dar al juez del sumario otro papel, sería vulnerar el apotegma de derecho público y ahora de expresa categoría universal"<sup>20</sup>. Sobre esto, no negamos que la privación de la libertad en la etapa de instrucción de cierta manera viola el principio de la presunción de inocencia que debe asistir a todo procesado. Pero preferimos que esto sea así, de manera provisional, mientras llega la etapa del juzgamiento o antes, a que el juez de instrucción no pueda hacer esas valoraciones sobre la antijuridicidad y culpabilidad, a los fines de negarlas, con la consecuencia procesal de librar al indiciado de una detención preventiva injustificada a todas luces.

A nuestro juicio es más ostensible la violación del principio de presunción de inocencia cuando se priva de la libertad a una persona con base exclusiva en la tipicidad del hecho<sup>21</sup>, o sea, en la presunta responsabilidad objetiva, que cuando para hacerlo se acude al apoyo de juicios valorativos de antijuridicidad y culpabilidad. Si no fuera así, habría que proscribir de los códigos de procedimiento las causales de excarcelación por estas razones, al igual que en el Código de las penas el principio rector de la exclusión de la responsabilidad objetiva. En la primera hipótesis se estaría presumiendo una responsabilidad penal por la simple realización del hecho típico, no obstante existir pruebas sobre la justificación del hecho o la inculpa-bilidad, mientras que en la segunda se estaría dentro de la misma presunción, de carácter transitorio, pero con fundamento en pruebas sobre probable antijuridicidad y culpabilidad. En este caso indudablemente se garantizan en mejor forma la libertad individual y el derecho de defensa, por cuanto el sindicado, desde el mismo momento de decretarse la medida de aseguramiento en su contra, tiene la oportunidad de contrarrestar los cargos en dichos aspectos, bien para establecer una culpa en lugar del dolo, o para que se disminuya el grado de culpabilidad en la conducta dolosa.

Es también evidente que con la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA se quebranta el principio universal *in dubio pro reo* por cuanto, pudiéndose decretar la prisión provisional con base en la prueba objetiva del hecho típico, sería irrelevante a los fines de la libertad del acusado toda duda que se presentara en la etapa instructora sobre las circunstancias de antijuridicidad o inculpa-bilidad. Las causales eximentes o modificativas de la responsabilidad, según la inadmisibles tesis, quedarían postergadas para el momento de la sentencia, lo que de por sí no solo afectaría la economía del procedimiento, sino que sería un acto de la más refinada injusticia.

<sup>20</sup> *Ib.*, pág. 938.

<sup>21</sup> El mismo autor (ob. cit., pág. 939) radicaliza así su posición sobre este punto: "Es evidente, en suma, que el juicio de valoración de la antijuridicidad y el juicio de reproche de la culpabilidad no corresponden al Instructor, sino a los jueces o tribunales que sentencian. Solo está obligado el juez que instruye a comprobar la existencia de los hechos de carácter típico y de sus elementos, de modo objetivo cuando el tipo es de mera descripción objetiva, y subjetivamente cuando en él se hallan elementos subjetivos de lo injusto. Tan solo en aquellos tipos en que existen elementos normativos *sensu strictu*, deberá el Instructor valorar la conducta frente a la norma, de manera provisional (Función valorativa)...".

Analizando este aspecto de la controversia en la doctrina, ASENCIO MELLADO asume una posición ecléctica, aunque inclinándose más por la tesis defendida por nosotros. Dice al respecto: "Ambas posturas extremas, si bien no carecen de fundamento, deben ser rechazadas en virtud de toda una serie de consideraciones que abogan por una solución intermedia. De este modo, y aunque es cierto que no le es atribuido al juez de instrucción una labor cognoscitiva, pues ello implica siempre el contradictorio que en el proceso penal solo se da en toda su extensión en el juicio oral, no lo es menos que el negarle cualquier actividad de este tipo, como señala GIMENO, sería contrario a la propia norma procesal que, en determinados momentos, exige valoraciones sobre la culpabilidad y a un principio de economía procesal, ya que, en la práctica, se dan casos en que la falta de responsabilidad penal queda evidenciada desde el primer momento. Por todo ello, entendemos más oportuno mantener una posición ecléctica que intente conciliar ambas posturas extremas"<sup>22</sup>. Esa posición está referida a la legislación española en el sentido de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no han de ser tenidas en cuenta a la hora de decretar la prisión provisional en lo referido a la modificación de la pena *in abstracto* que corresponde imponer al sujeto pasivo de la medida cautelar<sup>23</sup>, por cuanto dicha legislación atiende fundamentalmente, para efectos de la detención preventiva, al criterio objetivo de la gravedad del delito.

Tanto directa como indirectamente, la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA ha sido objeto de muy severas y juiciosas impugnaciones. Y no era para menos, por haber tenido la osadía de respaldarla con los principios liberales proclamados por la Revolución Francesa en su histórica "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, y por la "Declaración Universal de Derechos Humanos" de las Naciones Unidas en el año 1948, de ninguna de las cuales se puede concluir la aberración jurídica tan fervorosamente defendida por el ilustre maestro<sup>24</sup>.

Uno de los autores que directamente enjuicia su posición al respecto es RAMÓN BRIONES ESPINOSA, quien al enfrentarlo dice que "si se afirma que para procesar basta la objetividad del hecho, con abstracción de cualquiera otra consideración, resultaría que se estaría aplicando en realidad una presunción de antijuridicidad y culpabilidad, que no aparece en modo alguno razonable y que atentaría contra «el principio de inocencia», porque esta comprende no solo el no haber cometido el hecho, sino también el no ser culpable de él"<sup>25</sup>. Sin embargo, el tratadista español, como se hizo notar antes, para eludir los claros y jurídicos alcances de la legislación de su propio país, cuando habla de "indicios vehementes de culpabilidad" para poder detener provisionalmente, niega que dicha expresión tenga la acepción

<sup>22</sup> ASENCIO MELLADO, ob. cit., pág. 74.

<sup>23</sup> Cfr. ASENCIO MELLADO, ob. cit., pág. 75.

<sup>24</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA (ob. cit., pág. 936) dice: "Esta tesis la hemos defendido con tanto entusiasmo como reiteración y creemos que por su sentido liberalismo debiera ser aceptada por cuantos son partidarios del régimen democrático y liberal".

<sup>25</sup> RAMÓN BRIONES ESPINOSA, *El procesamiento en relación con la antijuridicidad y la culpabilidad*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1972, pág. 53.

restringida de nexo personal por dolo o culpa entre el acto y el autor, sino en el más amplio e impreciso de imputación o atribución al agente. Tesis que de ser admitida en cualquier legislación del mundo significaría, ni más ni menos, la institucionalización de la injusticia dentro del proceso penal, con la nefasta consecuencia de que las prisiones resultarían colmadas de inocentes, hasta cuando un tardío juzgamiento reconozca lo que se pudo haber reconocido desde la etapa sumarial, es decir, para poner algunos ejemplos, que se obró en legítima defensa, en estado de necesidad, en estricto cumplimiento de un deber legal, en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, por caso fortuito, por insuperable coacción ajena, por la convicción errada e invencible de que se está amparado por una causal de justificación y por la misma convicción errada e invencible de que no concurre en la acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, según nuestra legislación penal<sup>26</sup>.

Pero antes de JIMÉNEZ DE ASÚA, la tesis había sido defendida en un congreso internacional de criminología realizado en Chile, por parte de DANIEL SCHWEITZER, quien sostuvo: "Que se compruebe, por prueba semiplena al menos, la existencia de un hecho real que revista los caracteres del tipo legal descrito en la ley, es como debe interpretarse a mi juicio la palabra delito. *No deben investigarse en el trámite inicial de la prisión preventiva todos los caracteres del delito, sino tan solo los que conciernen a la tipicidad*"<sup>27</sup>. Tamaño exabrupto tenía que producir, como realmente produjo, la reacción de destacados criminólogos y juristas que asistían al citado congreso, entre los cuales merece citarse a SEBASTIÁN SOLER, ALFREDO MOLINARIO<sup>28</sup>, CLARÍA OLMEDO<sup>29</sup>, ALFREDO VÉLEZ MARI CONDE y MANUEL LÓPEZ REY.

La teoría antes transcrita encierra la más descarnada y cruda presunción de culpabilidad en la etapa de instrucción del proceso penal, por cuanto sostiene que

<sup>26</sup> BRIONES ESPINOSA (ob. cit., pág. 61) expresa: "... Si solo se analiza la conducta típica, no puede llegarse a conocer el carácter de inocente o culpable del imputado, ya que podría haber incurrido en la conducta típica (este solo hecho no nos da ningún elemento de juicio sobre la culpabilidad; solo nos da el carácter indiciario de la antijuridicidad que posee la tipicidad, y que permite formarse una idea sobre la legitimidad o ilegitimidad del acto) y ser culpable o inocente".

<sup>27</sup> Cita de BRIONES ESPINOSA, ob. cit., pág. 54.

<sup>28</sup> Cita de BRIONES ESPINOSA (ob. cit., pág. 58): "Me parece que la pretensión de reducir las funciones del juez de instrucción a lo que se ha dado en llamar elementos subjetivos del tipo, como máximo, importa un verdadero exceso de formulismo, que no solo va en desmedro de la dignidad que inviste al juez de instrucción, que es tan juez como cualquier otro, sino que importa algo todavía más grave: un verdadero atentado de lesa humanidad, cuya consecuencia menor es mantener a un individuo sujeto a un proceso penal y a las molestias y a los inconvenientes que eso implica, por la sola circunstancia de que se reúnan todas las condiciones requeridas por el tipo. Francamente me parece que es llevar la técnica demasiado lejos".

<sup>29</sup> En cita de BRIONES ESPINOSA (ob. cit., pág. 59) dice CLARÍA OLMEDO: "Debe exigirse que aparezca como posible la comisión de un hecho delictivo, no bastando con que aparezca encuadrado en un tipo legal; debe mostrarse como una conducta antijurídica y culpable, que sea perseguible y no exenta de pena. Por lo tanto debe quedar excluida a priori toda posibilidad de que concurra alguna causal de sobreseimiento".

## EL INDICIO GRAVE DE RESPONSABILIDAD

para fundamentar una prisión preventiva únicamente es necesaria la prueba de la tipicidad. Es decir que para el derecho esta primera etapa procesal no tendría que ocuparse del hombre destinatario de la norma penal, sino del *hecho* abstractamente tipificado como delito, con lo cual se renegaría del principio universal sobre presunción de inocencia, además del de la duda en favor del reo. Con tan extraña y absurda teoría nunca en la etapa sumarial podría haber un sindicado "inocente", porque, para poner el ejemplo del homicidio, todos serían dolosos o culposos y sin posibilidad de hacer valer ninguna causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad<sup>30</sup>.

Volviendo a nuestro procedimiento penal, cuando en él se habla del "indicio grave de responsabilidad" para poder dictar medida de aseguramiento, debe entenderse con dicha expresión una referencia a la totalidad de los elementos del delito, pero únicamente como probabilidad de los mismos, ya que ni la tipicidad misma exige la plena prueba<sup>31</sup>. En este punto conviene decir que en acatamiento al principio de legalidad, el hecho por el cual se procede tiene necesariamente que estar descrito en la ley penal como delito, porque si es exigencia imprescindible para efectos de una sentencia condenatoria, lo debe ser igualmente para una medida de aseguramiento.

No se requiere entonces una certeza sobre la responsabilidad, sino sobre los indicios que apuntan a la misma, ya que si no pudiera ser así, muy excepcionalmente se podría proferir una medida de aseguramiento en los comienzos de una instrucción penal. Sobre este particular, ASENSIO MELLADO dice: "El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho consiste, en el proceso penal, en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena.

"Por tanto, el *fumus boni iuris* no hace referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, pues es obvio que a tal situación solo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral desarrollado con todas las garantías derivadas del contradictorio"<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> FERNANDO TOCORA LÓPEZ ("Los procedimientos garantistas: Sobre todo un modelo oficial", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 43, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 75) dice: "En América Latina ha habido esa lamentable tendencia judicial de investigar solamente, o por lo menos prevalentemente, lo desfavorable al procesado. Y si tenemos en cuenta que la mayoría de los acusados son personas de escasos recursos económicos y hasta culturales, cuya defensa se legitima con el apoderado de oficio o de pobres, cuya realidad es meramente simbólica, tendremos que su suerte estará finalmente echada. Los clamores de algunos inocentes, de haber obrado en estado de necesidad o por cualquier otra causal de justificación o inculpabilidad, pero principalmente aquella, serán detenidos por los jueces, quienes privilegiarán la investigación sobre la autoría y la tipicidad para deducir imperturbablemente la violación del ordenamiento penal. Miles de personas encerradas en las prisiones han sido condenadas injustamente por no haber podido probar el estado de necesidad en que obraron, o a veces la legítima defensa, o el error invencible en que actuaron. Estando detenidos preventivamente quedaron maniatados para demostrar probatoriamente su situación de inocencia. Los jueces por su parte se conforman con un encajamiento silogístico de la tipicidad para deducir su responsabilidad..."

<sup>31</sup> Cfr. TIBERIO QUINTERO OSPINA, *Lecciones de procedimiento penal colombiano*, t. I, Bogotá, Edit. Jurídicas Wilches, 1987, pág. 571.

<sup>32</sup> ASENSIO MELLADO, ob. cit., pág. 108.

Por lo anterior, cuando se escribe sobre esta materia, no se puede sino pensar en esas censurables costumbres judiciales que, haciendo indebidos prejuicios desde la simple medida de aseguramiento, se toman la licencia para anticipar innecesariamente afirmaciones rotundas sobre la culpabilidad del procesado, dándola por plenamente establecida en los autos. De *lege ferenda*, debería existir una causal de recusación del juez que así procediera, porque categóricas aseveraciones en dicho sentido solo son justificadas en una sentencia condenatoria. Si el mismo juez que debe calificar el mérito del sumario procede de esa manera, o, más grave aún, si le corresponde dictar la sentencia, ya por ese solo motivo no es suficiente prenda de garantía, por la muy humana inclinación que podría tener a ratificarse en sus puntos de vista.

Esa misma crítica se hacía a la judicatura de los tiempos de CARRARA, cuando al requisito de los "indicios indudables" para poder detener provisionalmente se le daba una artificiosa extensión y alcance, de graves repercusiones dentro del proceso penal: "Recuérdese que CARMIGNANI reprobó como hiperbólico y falaz el predicado de *indudables*, que, en el lenguaje común de la práctica, suele muy a menudo dárseles a los indicios. Si con esta fórmula de *indicio indudable* se quiere expresar que el hecho que constituye el indicio está apodícticamente probado en sí mismo, la idea puede corresponder a la verdad; pero si con ella se quiere expresar que un indicio puede no dejar ninguna duda acerca de la culpabilidad del acusado, *esto sería falso*, como advierte CARMIGNANI, por ser imposible que un indicio baste para tanto. Y yo agrego que, como es muy fácil que las personas superficiales entiendan esta fórmula en el segundo sentido, la expresión de *indicio indudable* debe proibirse del lenguaje como peligrosa"<sup>33</sup>. Es obvio que no debería existir dicho peligro, porque el calificativo de "indudable" claramente está referido es al indicio y no a la culpabilidad.

En cuanto se refiere ya a un principio de prueba sobre la probable culpabilidad del sindicado, para efectos de la medida de aseguramiento (conminación, caución y detención preventiva), es aspecto que no se puede poner en duda en la doctrina procesal moderna. Por lo que se refiere a las legislaciones, creemos que también sea esa la posición de los códigos de procedimiento penal que se encuentran en la vertiente ideológica de los principios liberales respetuosos de la libertad individual y del debido proceso. El nuestro se encuentra en esa misma dirección cuando habla de "indicio grave de responsabilidad", palabra esta última que trae consigo el ingrediente de la "culpabilidad".

Un ejemplo de lo anterior lo tenemos en la legislación argentina, la misma que para su equivocada tesis interpretó mal el profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, según se analizó antes. En cambio, con meridiana claridad y juicioso criterio, JOSÉ I. CAFFERATA NORES, al analizar los alcances de la misma legislación sobre los requisitos para poder proferir un auto de detención preventiva, ha dicho: "No puede haber encarcelamiento procesal (del cual no se discute su carácter de medida precautoria) sin que exista *un mínimo de pruebas de culpabilidad*. No basta la mera existencia de una *imputación*: se requieren ciertas pruebas que evidencien el *fumus boni iuris*,

<sup>33</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1957, págs. 451-452.

es decir, la aparente existencia del derecho que se requiere proteger con la medida precautoria; el derecho del Estado de castigar, mejor llamada potestad represiva. Y como esta solo existirá frente a la culpabilidad comprobada, su *apariencia* exigirá también una *culpabilidad aparente*: es decir, pruebas mínimas de cargo (pero pruebas al fin)<sup>34</sup>. Son razones que convencen desde el primer momento, por cuanto tratándose la detención preventiva de una simple medida cautelar, la ley no debe exigir la plena prueba de la responsabilidad. Porque si esta pudiera afirmarse desde dicha etapa procesal, estaría anticipándose un inconveniente juicio de culpabilidad del exclusivo resorte de la sentencia<sup>35</sup>.

De otro lado, la legislación italiana no deja lugar a la más mínima duda sobre un principio de prueba de la culpabilidad para poder proceder a la detención provisional, ya que exige la presencia de "indicios suficientes de culpabilidad", según el art. 252 del procedimiento penal, aunque para CARNELUTTI habría sido mejor hablar de "razones suficientes"<sup>36</sup>. Por su parte, MANZINI, al referirse a la misma disposición, dijo: "La reunión de suficientes indicios de culpabilidad a cargo de alguien por parte del magistrado instructor, es condición necesaria y suficiente para que se pueda emitir un mandato o una orden contra quien se sospecha autor de un delito, y en determinados casos, para ordenar su arresto o detención"<sup>37</sup>. De esta transcripción pudiera inferirse que hasta para emitir una orden de captura se necesita la prueba allí citada, lo que de ser cierto sería, a nuestro juicio, una exigencia legal que podría traer algunos transtornos para la eficacia de la investigación. Lo decimos porque la prueba de la culpabilidad es un aspecto que generalmente aflora al proceso una vez que la persona imputada de un hecho punible rinde su indagatoria y se plantea el contradictorio con las pruebas que surjan de la actividad desplegada por las partes. Desde luego que cuando la situación contraria sea evidente *prima facie*, es decir, cuando desde un principio aparezca la probabilidad de una causal de justificación o de inculpabilidad, cualquiera sea el delito que se investiga, el juez no debería proferir una orden de captura, sino una simple citación para indagatoria, como lo tiene previsto el art. 400 de nuestro procedimiento penal. Lo cual quiere decir que no obstante esa situación jurídica favorable del acusado, de todas maneras se hace necesario vincularlo como sindicado al proceso penal, para posteriormente ampararlo con una cesación de procedimiento.

<sup>34</sup> JOSÉ I. CAFFERATA NOREZ, "Puntos para insistir en materia de eximición de prisión y excarcelación", en *Escarcelación y eximición de prisión* (Jornadas de la Sociedad Panamericana de Criminología), Buenos Aires, Edic. Depalma, 1986, pág. 3.

<sup>35</sup> MANZINI (ob. cit., pág. 487), en cita 36, al referirse a la legislación italiana dice: "Cuando el Código de procedimiento penal exige *suficientes indicios de culpabilidad* para llegar a un determinado acto, se entiende que se debe tener no una exhaustiva demostración de la culpabilidad, sino solo la verosimilitud de la acusación".

<sup>36</sup> FRANCESCO CARNELUTTI (*Derecho procesal civil y penal*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1981, pág. 187): "Ninguna providencia de custodia preventiva se puede adoptar si no existen «suficientes indicios de culpabilidad a cargo de aquel contra el cual la providencia se emite», donde la palabra indicio no es usada técnicamente como prueba crítica, sino más bien como razón; la fórmula exacta sería: *razones suficientes* no tanto para considerar al «juzgado» culpable, las cuales no pueden ser adquiridas más que con el proceso definitivo, sino para *considerar probable su culpabilidad*".

<sup>37</sup> MANZINI, ob. cit., pág. 487.

## ¿Es absoluta la prohibición de excarcelar contenida en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal?

Iván Velásquez Gómez \*

Con el criterio de que cuando el tenor literal de la norma es claro no puede el intérprete desatenderlo con el pretexto de consultar su espíritu, la Corte Suprema de Justicia ha limitado notablemente el instituto de la libertad provisional al examinar la prohibición contenida en el art. 441 del Código de Procedimiento Penal<sup>1</sup>. Tal posición constituye un verdadero y peligroso retroceso de la Corte tanto en materia de hermenéutica como en relación con la excarcelación, si recordamos —para citar un ejemplo— que en vigencia del decreto 409 de 1971 la máxima corporación, contrariando la literalidad del num. 5° del art. 453, admitió que la libertad provisional podía concederse no solo al momento de calificar el mérito del sumario sino también en cualquier estado posterior del proceso<sup>2</sup>.

Importa ahora, para los propósitos de este trabajo, examinar brevemente el problema de la interpretación de la norma antes de abordar lo atinente a la prohibición del citado art. 441.

\* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Medellín.

<sup>1</sup> Auto de enero 31 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome. Tal posición fue reiterada en auto de octubre 11 de 1989, con ponencia del Dr. Lisandro Martínez Zúñiga.

<sup>2</sup> El num. 5° del art. 453 permitía la excarcelación caucionada "cuando llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario, aparezca que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial".

## 1. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Es evidente que la Corte Suprema, al razonar como lo hace, se adscribe a una escuela de interpretación cuyo origen, permanencia y utilidad política son incuestionables; porque, como manifiesta JESCHECK, "la pretensión a la obediencia del Estado absolutista y el miedo de una burguesía que despertaba a la libertad ante la arbitrariedad judicial, condujeron al mismo resultado: la vinculación estricta del juez al tenor literal de la ley"<sup>3</sup>.

Ciertamente la consagración positiva que de la exégesis como método inicial de interpretación (y, en la práctica, ¡tantas veces único!) hace nuestro Código Civil en su art. 27, obedece a una posición ideológica que encuentra sus raíces modernas en la Revolución Francesa<sup>4</sup>, fundada en la exaltación del legislador y la correlativa subvaloración de la actividad del juez, quien debía limitarse a ser "la boca de la ley" entendiendo que su función, como afirma MONTESQUIEU, "está reducida a un simple manejo del diccionario y de la gramática" pues, en tanto "el legislador tiene todos los atributos y todos los fueros del mando, el juez es un mecanismo de obediencia"<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Edic. Ariel, 1981, pág. 209. En similar sentido, MARX WEBER sostiene que "La moderna empresa capitalista se funda internamente sobre todo en el cálculo (...). Estas modernas formas de empresa, con su capital fijo y su cálculo exacto, son efectivamente demasiado sensibles a las irracionalidades del derecho y de la administración. Solamente podían surgir allí donde (...) el juez es «un aplicador automático de artículos del código»..." (Citado por GIANCARLO SCARPARI en "Función ideológica de «la certeza del Derecho»". *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Ed. Fontanella, S.A., 1978, pág. 220).

<sup>4</sup> Porque revela en buena forma esta anotada posición, no nos resistimos a transcribir el planteamiento que hace LUIS FERNANDO GÓMEZ DUQUE en su *Interpretación del derecho colombiano*, págs. 4-5, [s.p.i.]: "Aunque la división del poder tal como lo planteaba MONTESQUIEU era una relación de equilibrio y control entre los tres órganos clásicos: legislativo, ejecutivo y judicial, lo cierto es que en el ambiente caldeado y demagógico en que se proyectó la revolución francesa, desde un principio tomó cuerpo la idea de quien debía presidir todo el ordenamiento jurídico era el legislativo, no solo porque ordinariamente era quien lo producía sino porque el producto legal era tan perfecto que la interpretación siempre podía hacerse a través de él mismo, recurriendo a su espíritu, de modo que, ora fuera por la iniciativa del ejecutivo que en su tiempo representó Napoleón, ya por el parlamento quien normalmente evacúa la ley, el hecho fue que el órgano judicial quedó limitado a la aplicación de la ley de acuerdo con las indicaciones hermenéuticas dadas por aquellos. Pronto se llegó a una situación de correspondencia entre esta supervaloración que se daba al legislador y la autoconciencia que tenían los jueces franceses; el uno decía: «El término jurisprudencia debe ser borrado de nuestros tribunales», como afirmó Robespierre en la Asamblea, y los juristas sumisamente concordaban con expresiones como «yo no conozco el derecho civil, enseño solamente el Código de Napoleón», o esta otra: «Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el código... Diría que deben resignarse a ella...".

<sup>5</sup> FERNANDO FUEYO LANERI, *Interpretación y juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudios *Ratio Juris*, Santiago de Chile, 1976, pág. 199. Con razón ha dicho PORTALIS, citado por FERNANDO GÓMEZ MEJÍA, en *La interpretación del derecho* (Bogotá, Ed. Ananké, 1979, pág. 216), que según la concepción de MONTESQUIEU se llama al juez a juzgar como si los legisladores fuesen dioses y los jueces no llegaran siquiera a la categoría de hombres.

Porque este era, precisamente, el pensamiento de ANDRÉS BELLO<sup>6</sup>, las fórmulas de interpretación que lo desarrollan se encuentran contenidas en nuestro Código Civil.

Pero a nadie se le oculta cuán peligrosa es para la verdadera democracia la absoluta sumisión del juez al tenor literal de la ley, "sobre todo en un país sometido a la creciente militarización de sus instituciones, a la burla de las garantías individuales, al estado de sitio permanente"<sup>7</sup>. Por esto no podemos pasar por alto la gravedad del fundamento que aduce la Corte para sostener que el art. 441 del C. de P. P. aparea una prohibición absoluta de excarcelar, sustento que hace necesario reanudar el debate en torno a la posición que debe asumir el juez frente a la norma. Tal discusión, que indudablemente robustecerá las concepciones democráticas al interior del derecho penal y procesal penal, permitirá advertir de contera cómo nuestra Corte Suprema de Justicia —en el pasado— se ha apartado en repetidas ocasiones del tenor literal<sup>8</sup>; igualmente, reivindicará la afirmación de CARNELUTTI en el sentido de que el juez y no el legislador es la figura central del derecho, pues un ordenamiento jurídico puede existir sin legislador mas no sin juez<sup>9</sup>.

En definitiva, lo que conviene resaltar ahora es que el juez no puede ser un autómatas que se limite a constatar la existencia de una norma para verificar la aplicación de su texto al caso concreto. O, como lo sostiene VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "el papel del juez debe ser activo, creador; la interpretación es la vida del derecho; el funcionario cuando interpreta introduce el elemento valorativo que lo enfrenta a cuestionamientos de índole política, moral, económica, psicológica"<sup>10</sup>.

Todo lo cual nos permite abordar sin temores el análisis del art. 441 del Código de Procedimiento Penal, apartándonos de la afirmación de la Corte Suprema de Justicia, según la cual "bastaría en la solución del problema jurídico así planteado, recordar el principio legal de hermenéutica que ordena al intérprete atender al tenor literal de la norma cuando este es claro y no apartarse de él con el pretexto de consultar su espíritu".

<sup>6</sup> Cfr. FUEYO LANERI, ob. cit., págs. 48 y 49.

<sup>7</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "Interpretación teleológica del art. 374 del Código Penal: La reparación en los delitos contra el patrimonio económico", *Nuevo Foro Penal* núm. 17, Bogotá, 1983, págs. 109 a 114.

<sup>8</sup> Recuérdese, por ejemplo, la famosa providencia sobre dosis personal de marihuana, tesis de la que fue precursor indiscutible el Tribunal Superior de Medellín.

<sup>9</sup> Citado por GÓMEZ MEJÍA, ob. cit., pág. 73.

<sup>10</sup> Ob. cit., pág. 111. En sentido similar, DARÍO ECHANDÍA: "Ahora bien, ¿cómo levantar, sobre un determinado texto legal, un sistema que comprenda dentro de sí ideas y conceptos que no están previstos ni expresados en él? Alrededor de este problema se han hecho muchas construcciones metodológicas, desde la anticuada doctrina exegética hasta las teorías contemporáneas como el método sociológico realista de interpretación de las leyes. Pero la verdad es que si se exceptúa la caduca escuela exegética, todas las demás convienen en sostener el papel activo y creador del intérprete". (Prólogo al libro de CÉSAR CASTRO PERDOMO, *Defensa del orden jurídico*, Bogotá, Ediciones Paulinas, 1974. Citado en el texto "Hermenéutica jurídica. Curso para jueces de la República", publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, nov. de 1988, pág. 202).

## 2. PROHIBICIÓN DE EXCARCELAR, SEGÚN EL ART. 441 DEL C. DE P. P.

## A) Antecedentes normativos

Aunque la proliferación legislativa en materia penal dificulta el rastreo de antecedentes que instituciones como la libertad provisional ha tenido, podemos iniciar este examen con el decreto 409 de 1971, cuyo art. 453 señalaba:

“Casos de libertad provisional. Salvo los casos previstos en disposiciones especiales, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia si hubiere lugar a ella:

”...5º) Cuando, llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario, aparezca que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial”.

La libertad se excluía cuando, de conformidad con el art. 467 del mismo estatuto, “aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso, durante los diez años anteriores a la petición de este beneficio. Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre tres o más sindicaciones por delitos intencionales”.

Posteriormente, el art. 44 de la ley 2ª de 1984 (enero 16) dispuso:

“Art. 44. El artículo 453 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”«Libertad provisional. Salvo los casos previstos en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a la excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella:

”...3. Cuando en cualquier estado del proceso, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia”.

La misma ley, en su art. 45, consagró la prohibición de excarcelar en los siguientes términos:

Art. 45. El artículo 467 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”«Prohibición de excarcelar. Salvo lo previsto en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 453 de este Código, no habrá lugar a la excarcelación en los siguientes casos:

”»1. Cuando se adelante investigación por uno de los delitos que hacen obligatoria la orden de captura, conforme a lo dispuesto en los incisos 1º y 2º del artículo 426 de este Código.

”»2. Cuando en los delitos de hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza concurra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal, a menos que se den las circunstancias del artículo 374 de dicho Código.

”»3. Cuando se trate de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito y se compruebe, mediante dictamen de perito médico, que el imputado conducía en estado de embriaguez aguda, o cuando a juicio de peritos carezca de la idoneidad suficiente para conducir.

”»4. Cuando aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso durante los cinco (5) años anteriores a la petición de este beneficio. Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre dos o más sindicaciones por delitos intencionales”.

Precisamente en vigencia de la ley 2ª de 1984, autorizadas voces se alzaron contra la muy frecuente negación de la libertad provisional que los jueces hacían con el argumento de que no era aplicable el num. 3º del art. 44, porque el sindicado requeriría tratamiento penitenciario en caso de sentencia condenatoria<sup>11</sup>.

Tal acogida tuvieron los planteamientos expuestos por los doctores ESCOBAR MEJÍA y LONDOÑO BERRÍO, que el decreto 1853 de julio 8 de 1985 estatuyó en su art. 15:

“La excarcelación prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la ley 2ª de 1984 no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario”<sup>12</sup>.

Claro que el mismo decreto dispuso en su artículo siguiente:

“Art. 16. Excepciones a las normas sobre libertad provisional. No tendrán derecho a la libertad provisional prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la ley 2ª de 1984, los procesados por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; por los delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes cuando tengan pena de prisión que sea o exceda de dos años y por los delitos de enriquecimiento ilícito y los consagrados en el capítulo I del título VII del Código Penal y en el decreto 2920 de 1982”.

Casi seis meses después, el 9 de enero de 1986, se expidió el decreto 56, que reproduce en su art. 5º el 16 del decreto 1853 de 1985, agregando que tampoco tienen derecho a la libertad provisional prevista en el num. 3 del art. 44 de la ley 2ª de 1984 “Los procesados a quienes se les hubiera dictado auto de detención preventiva conforme a lo previsto en los numerales 4 y 5 del artículo 14 del decreto 1853 de 1985”, numerales que el propio decreto 56 de 1986 añadió: “4. Cuando se hubiere realizado captura en flagrancia o cuasiflagrancia respecto de delito doloso

<sup>11</sup> J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA y HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, “El tratamiento penitenciario (art. 68 C. P.) desde la perspectiva criminológica y político-criminal”. *Nuevo Foro Penal* núm. 27, 1985, págs. 81 a 93.

<sup>12</sup> A este respecto, afirmó uno de los inspiradores de la reforma: “Hubo muchos atentados contra la libertad individual en la vigencia de la ley 2ª sobre esta materia. Se llegaba a negar la excarcelación, con el argumento del tratamiento penitenciario, a sindicados que jamás habían tenido siquiera un antecedente por contravenciones de policía. En otros casos se hacía lo mismo con la tesis absurda y violenta jurídicamente, de que se hacía necesario ese tratamiento penitenciario, dizque por las «modalidades del hecho delictivo», y así, con otras tesis extrañas, esa causal de libertad provisional quedó prensada entre los fríos y deshumanizados renglones que la negaban con tan especioso argumentos. En vista de lo severamente enjuiciado como ha sido el artículo 68 del Código Penal, al condicionar la condena de ejecución condicional a que el reo no necesite de tratamiento penitenciario, la reforma buscó con indudable acierto atenuar tan drástica exigencia a fin de que con el reconocimiento anticipado del subrogado, se pudiera conceder la excarcelación”. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, “Las reformas al procedimiento penal”, en *Doctrina y jurisprudencia. Decreto 1853*, Medellín, Señal Editora, 1985, págs. 15 a 63.

o preterintencional que tenga prevista pena de prisión, y 5. Cuando el procesado no otorgue la caución juratoria o prendaria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga y cuando incumpla cualquiera de las obligaciones que se le hayan impuesto en la respectiva diligencia, caso en el cual también perderá el valor de la caución prendaria que hubiere prestado”.

Si examinamos las disposiciones precedentes, podemos concluir:

1) Cuando el juez debía valorar los requisitos tanto objetivos como subjetivos consagrados en el art. 68 del Código Penal, la libertad provisional con fundamento en la causal que venimos analizando solo se prohibía —en vigencia del decreto 409/71— si durante los diez años anteriores a la petición excarcelatoria el sindicado había sido condenado por delito doloso o registraba tres o más sindicaciones por delitos intencionales.

Se entendía, en consecuencia, que la ley presumía que un sindicado de tal calidad, independientemente de la pena eventualmente imponible, debía ser sometido a tratamiento penitenciario.

Obviamente, el juez conservaba la facultad de examinar la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho punible, para determinar o “suponer” si aquel requería o no el indicado tratamiento.

La prohibición contenida en el art. 467 del Código de Procedimiento Penal fue abolida por la ley 2ª de 1984, cuyo art. 45 expresamente la excluía —así como todas las que en la misma norma enumeró— cuando la causal liberatoria fuera la consagrada en el num. 3º del art. 453 del estatuto procedimental (44 de la ley). De manera que durante la vigencia de la ley 2ª de 1984, suprimidas todas las prohibiciones, la libertad solo podía negarse cuando no se cumplía el requisito subjetivo del art. 68 del Código Penal.

2) Únicamente cuando se le impide al juez negar la libertad provisional “sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario” (art. 15 del decr. 1853 de 1985), el legislador establece una serie de expresas excepciones (art. 16, id.) que evidentemente tienen por finalidad impedir la excarcelación sobre la base exclusiva de cumplirse el elemento objetivo del mencionado art. 68.

3) Reiteramos: antes de julio 8 de 1985 no era preciso consagrar prohibiciones, porque el juez estaba facultado para negar la libertad provisional atendiendo a la personalidad del procesado y a la naturaleza y modalidades del hecho punible. Pero cuando este poder se elimina de manera genérica, surge la necesidad de excepcionarlo en presencia de específicas circunstancias como la flagrancia, o de hechos punibles que el legislador considera de mayor gravedad pero cuya pena eventualmente no superaría los tres años de prisión.

B) *El decreto 50 de enero 13 de 1987*

En términos generales, podría afirmarse que la nueva codificación no alteró la estructura normativa que venimos de reseñar. El art. 439 refundió en un solo texto el num. 3º del art. 44 de la ley 2ª de 1984 y el art. 15 del decreto 1853 de 1985, al consagrar en su num. 1º el derecho a la libertad provisional “Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para

suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. En este caso la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario” (Valga anotar de una vez que el art. 23 del decreto 1861 de agosto de 1989 no introdujo ninguna variación en este aspecto).

Asimismo, como era lógico según lo expusimos en los num. 2) y 3) de literal que acabamos de desarrollar, consagró en el art. 441 una extensa lista de prohibiciones (mejor denominadas como “excepciones” en el decr. 1853/85), atendiendo, entre otras razones, a la personalidad del procesado o a la entidad del delito.

Para la Corte Suprema de Justicia la claridad del tenor literal no deja dudas, de manera que la prohibición de excarcelar en tales circunstancias es absoluta y el procesado debe permanecer en detención preventiva durante todo el curso del proceso. Así discurrió la Corte:

“Por otra parte, no ignora la Sala que los postulados filosóficos de la ley penal y procesal penal apuntan a limitar al máximo la privación de la libertad preventiva y dentro de esa postura se explica la existencia del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, pero no puede pasar por alto la presencia de excepciones claramente señaladas en esta norma, como ocurre en el artículo 441, que es también expresión de la política criminal del Estado, que entiende que en tales hipótesis, los autores de los hechos delictivos allí señalados, no deben gozar de dicho beneficio, sin que ello impida que en el momento de una eventual sentencia condenatoria, el juez, teniendo en cuenta los requisitos objetivos y subjetivos (artículo 68 del Código Penal) decida otorgarle el subrogado penal de la condena de ejecución condicional”. (Auto de enero 31 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome).

Sin embargo, el planteamiento de la Corte es contradictorio o incoherente, porque si la prohibición de excarcelar fuera absoluta, tampoco en la sentencia podría concedérsele al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional. Es que, razonando como la Corte lo hace, si interpretamos armónicamente los arts. 439-1 y 441, tendríamos que en tanto de conformidad con la primera norma la libertad no puede negarse sobre la base del tratamiento penitenciario, la prohibición que contempla la segunda significa que el procesado sí requiere tal tratamiento.

Lejos de un sano entendimiento suponer siquiera que la insensatez del legislador llegue al extremo de exigir la privación de la libertad durante todo el curso del proceso de quien está amparado con la presunción de inocencia, pero permitir su liberación precisamente cuando tal presunción ha sido desvirtuada en virtud de sentencia condenatoria. O, como lo afirma MIGUEL ÁNGEL PEDRAZA JAIMES, “resulta insólito negar en el curso del proceso la libertad provisional conforme a la norma prohibitiva, para llegar en últimas a un fallo condenatorio que reconoce el derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional por tener el juez la convicción de que el inculcado no requiere de tratamiento penitenciario”<sup>13</sup>.

Definitivamente, la prohibición de excarcelar no es absoluta y varias razones fundamentan esta tesis:

<sup>13</sup> *Nuevo Foro Penal*, núm. 40. Foro Estudiantil.

1) De una parte, como lo señala la Corte, "los postulados filosóficos de la ley penal y procesal penal, apuntan a limitar al máximo la privación de la libertad preventiva". Así lo sostiene la doctrina<sup>14</sup> y tales fueron, además, las precisas directrices que el legislador ordinario dio al extraordinario en la ley 52 de 1984, al ordenar que el nuevo Código de Procedimiento Penal debía estar en consonancia "con la orientación filosófica del Código Penal" y que, al reglamentar lo concerniente a la libertad provisional, debía tener en cuenta "la presunción de inocencia, sin desproteger los intereses de la sociedad, particularmente en los delitos más graves, para los cuales no podrá haber excarcelación...".

Esta última frase, que podría llenar de gozo a los defensores de la prohibición absoluta, no significa precisamente que de manera arbitraria los legisladores del procedimiento pudiesen señalar caprichosamente cuáles delitos envuelvan mayor gravedad, sin consultar el Código Penal. Es que, como afirmara ESCOBAR MEJÍA, "la graduación de la pena posee intrínseca elocuencia. Tanta que, pudiera decirse con fácil sustentación, en este dato aritmético de punición se encuentra la síntesis de todo el proceso penal"<sup>15</sup>.

Ciertamente, si de manra genérica puede decirse que, frente a la ley, la gravedad del delito se mide por la cantidad de pena, el legislador excepcional acató el mandato de la ley de facultades en cuanto no estableció para esa clase de ilícitos ninguna específica causal de libertad<sup>16</sup>.

Admitir que los postulados filosóficos "apuntan a limitar al máximo la privación de la libertad preventiva" y a continuación interpretar restrictivamente el art. 441 del estatuto procesal es, por lo menos, un contrasentido. Porque si tales son las directrices del sistema normativo examinado en su conjunto, obviamente cual-

<sup>14</sup> En este sentido, afirma el doctor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ: "Al respecto, en salvaguarda del principio que se analiza, nuestro procedimiento penal, si bien por razones obvias tuvo que mantener la institución de la detención preventiva, en razón de determinados delitos y procesados, buscó al máximo no tener que afectar la libertad provisional de los imputados. En esa mira, se le impuso un especial énfasis a la indagación preliminar, la cual podrá tener una duración hasta de quince días, existiendo acusado identificado, con el fin de darle en ciertos casos la oportunidad de hacerse presente en la misma, explicar ampliamente su conducta y buscar la posibilidad de que no se abra proceso en su contra. De igual manera, en protección de esa libertad personal, no se impuso la obligación de librar orden escrita de captura por la sindicación hecha, sino que se dejó en los casos más graves la simple facultad de hacerlo, mientras que para las otras eventualidades fue prohibida, al consagrarse simplemente la citación para rendir indagatoria. De otra parte, para la mayoría de los hechos punibles previstos en el Código se prescindió de la detención preventiva, siendo sustituida por la conminación y la caución, como medidas de aseguramiento cuando existiere mérito para ello. Además las causales de excarcelación fueron ampliadas considerablemente en relación con la legislación anterior" (*Tratado de derecho procesal penal*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 28-29).

<sup>15</sup> J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, ob. cit., pág. 87.

<sup>16</sup> Obviamente, nos referimos a los delitos "más graves" en el sentido que venimos indicando, respecto de los cuales el legislador, contrariando la ley de facultades desde luego, hubiese podido disponer la libertad provisional acogiendo sin limitaciones la tesis según la cual la privación de libertad solo tiene efecto frente a los condenados.

quier labor de hermenéutica tendrá que partir forzosamente de las pautas señaladas como principios rectores, como criterios rectores de la estructura jurídica.

Afirmar que una interpretación de este tipo no puede hacerse frente a la claridad del tenor literal<sup>17</sup>, es apenas una mala justificación.

Porque, para exponer un solo caso, nadie se atrevería a afirmar que el tenor literal de la prohibición contenida en el art. 4° del decreto 1203 de 1987<sup>18</sup> impide liberar provisionalmente a quien hubiere cumplido en detención preventiva "un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa", de conformidad con lo previsto por el art. 21 de la ley 2ª de 1984.

2) De otra parte, además de la interpretación regida por los postulados filosóficos que en nuestra opinión debe hacerse en esta materia, los antecedentes normativos que examinamos en precedencia (apartado II, literal A) permiten concluir que la prohibición de conceder libertad provisional con fundamento en el num. 1° del art. 439 solo surge cuando al juez se le suprime la facultad de negar tal libertad argumentando la eventual necesidad de tratamiento penitenciario. Ello, que históricamente es cierto, nos obliga a compartir plenamente la tesis que BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT exponen, según el cual "el funcionario solo podrá negar la libertad provisional por las causales del art. 441 del C. de P. P., cuando conforme a la prueba existente, concluya científicamente que la persona requiere tratamiento penitenciario"<sup>19</sup>.

3) Para la concesión de libertad provisional en los casos del art. 441, no es obstáculo la aparente ausencia de norma en qué sustentarla, porque de la misma redacción del num. 1° del art. 439 se desprende que dos diversas situaciones son las que allí se contemplan: en la primera se exige una evaluación de "los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia"; en la segunda, se establece que basta la presencia del requisito objetivo en tanto "la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario".

Entender que es una sola previsión, sería afirmar la torpeza, imprecisión e inconsistencia del legislador porque la fórmula, en otras palabras, se traduciría en esta otra: "conceda la libertad, cuando esté demostrado que la

<sup>17</sup> Claridad que es también cuestionada por la Procuraduría Delegada y más enfáticamente por Miguel Ángel Pedraza Jaimes, a propósito de la decisión de la Corte Suprema a que nos hemos referido en este trabajo. (Cfr. "Corte Suprema de Justicia: Derecho a la condena de ejecución condicional y prohibición de excarcelar". Comentario de Miguel A. Pedraza Jaimes. *Nuevo Foro Penal*, núm. 46, 1989, págs. 503 a 508).

<sup>18</sup> El art. 4° del decreto 1203 de 1987, dispone: "Los procesados por los delitos indicados en el artículo 1° de este decreto no tendrán derecho a la libertad provisional ni a la condena condicional"

<sup>19</sup> JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1987, págs. 128-129.

pena imponible es de arresto o no excede los tres años de prisión y que la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho punible, le permitan al juez suponer que el procesado no requiere tratamiento penitenciario. Pero si necesita el tratamiento, de todas formas no podrá negar la libertad". O más claramente: que cuando la pena imponible sea de arresto o no exceda los tres años de prisión, el juez puede conceder la libertad provisional si el procesado no requiere tratamiento penitenciario; pero si lo requiere, el juez no podrá negar la libertad provisional. Se le exigiría realizar una valoración que a renglón seguido se le impide hacer.

Si tal hubiese sido efectivamente el propósito del legislador, el num. 1º del art. 439 se hubiera consagrado en fórmula tan simple como esta: "Cuando la pena imponible sea de arresto o no exceda de tres años de prisión".

Si dos distintas son, pues, las situaciones previstas en el num. 1º del art. 439, cabría preguntar: ¿A cuál de ellas hace referencia el artículo 441 cuando dispone que no hay lugar a libertad provisional con fundamento en aquel numeral?

La obvia respuesta permite concluir que la libertad provisional procede:

a) Cuando la pena imponible sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, siempre que el delito por el que se procede o las específicas circunstancias del hecho o del procesado no se encuentren mencionados en el artículo 441; y,

b) Cuando, en los casos señalados por el art. 441, la pena imponible sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, siempre que la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que en caso de sentencia condenatoria el procesado no requeriría tratamiento penitenciario.

De esta forma queda demostrado, en mi opinión, que las denominadas "prohibiciones de libertad provisional" no son absolutas y se concilian sin duda las incoherencias a que conduce la interpretación exegética en esta materia.

# MEDICINA LEGAL Y CRIMINALÍSTICA

# Las sustancias psicoactivas en un laboratorio forense (Experiencia de diez años en Medellín)

*César Augusto Giraldo G. \**

*Marta Lía Díaz G. \*\**

*María Cecilia Gómez \*\**

## 1. INTRODUCCIÓN

El problema de la farmacodependencia, cual monstruo de mil cabezas, ofrece innúmeros ángulos de estudio.

Colombia es un país señalado como centro de procesamiento y distribución de drogas, y la ciudad de Medellín, según las versiones de prensa, se halla convertida en sede de algunas de las multinacionales del delito que comercian con sustancias psicoactivas.

Este estudio presenta la incidencia de la remisión de drogas al laboratorio forense de la ciudad de Medellín en un lapso de 10 años, que abarca desde enero 1° de 1978 a diciembre 31 de 1987. Medellín, segunda ciudad de Colombia, es además un importante centro industrial en el país, con dos millones de habitantes.

El laboratorio forense recibe para identificación las muestras que le son remitidas por las autoridades judiciales y de policía de todo el Departamento de Antioquia. Esas muestras son el producto de incautaciones realizadas tanto por porte ilegal de drogas, como por expendio o producción de laboratorios que procesan las sustancias tóxicas.

El objeto de este estudio ha sido el de conocer la distribución de las drogas durante un lapso de 10 años, dividiéndolas en tres grupos:

\* Jefe del Instituto de Medicina Legal de Medellín y profesor de la facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia.

\*\* Química farmacéutica laboratorio forense, Departamento de Estudios Criminales de Medellín.

1) cocaína sal y cocaína base; 2) marihuana; 3) drogas de patente, teniendo como base las muestras procedentes del Departamento de Antioquia.

## 2. MATERIAL Y MÉTODOS

Entre 1978 y 1987 fueron identificadas por análisis de laboratorio 33.490 sustancias sicoactivas. Para tal identificación se utilizó la siguiente metodología analítica: a) para la cocaína: prueba de Campo de Ferreira; cromatografía en capa fina; solubilidad para diferenciación de cocaína sal y cocaína base, y espectrofotometría de luz ultravioleta para la cuantificación; b) marihuana: prueba microscópica y prueba de Duquenois Levine; c) preparados farmacéuticos: cromatografía en capa fina para la identificación de la sustancia y espectrofotometría de luz ultravioleta, y además, en algunas ocasiones, pruebas colorimétricas. El método específico para cada droga fue señalado en un trabajo previo<sup>1</sup>.

## 3. RESULTADOS

El resultado general se presenta en la Tabla núm. 1, que hace la diferencia entre los tres grupos principales de sustancias estudiadas, separándolas de la siguiente manera: I) cocaína sal; cocaína base; II) marihuana; III) preparados farmacéuticos. La presentación en la Tabla se hace diferenciando el total de cada uno de los años de estudio, pues la incidencia ha variado notablemente a lo largo de la década.

Lo más llamativo ha sido el incremento año tras año de la cocaína base; la marihuana ha demostrado una tendencia a la disminución, que también se observa en las drogas de patente. Es también interesante observar la muy escasa frecuencia de la cocaína sal a través de los 10 años de estudio.

En la Tabla núm. 2 se discriminan los grupos de drogas de patente identificados en los 10 años. Las metacuaciones fueron las sustancias más frecuentemente identificadas, pero a partir de 1981 se inició su reducción, hasta llegar casi a desaparecer desde 1985; los barbitúricos ocupan el segundo lugar, y las benzodiazepinas el tercero en cuanto a frecuencia. Otros hipnóticos, analgésicos, anestésicos locales, antidepresivos y antihistamínicos tuvieron escasa ocurrencia.

## 4. DISCUSIÓN

Un laboratorio químico-forense debe ser un buen indicador de las preferencias de los usuarios de drogas sicoactivas.

En Colombia, hacia finales de la década de los 70, la sustancia de más amplio comercio era la marihuana, lo que dio pie para que esa época fuera conocida como la de la "bonanza marimbera". En 1978, del total de sustancias analizadas, la

<sup>1</sup> G. M. DÍAZ, M. C. GÓMEZ y C. A. GIRALDO, "Los estupefacientes en el laboratorio químico-forense. Estudio descriptivo en Medellín", 1981. *Boletín Epidemiológico de Antioquia* 10(2): 104-108, 1985.

marihuana constituyó el 96.16%; a partir de ese año se inició un definido descenso en su frecuencia, para llegar a ser un 35.8% de las drogas analizadas en 1987. El total de muestras de marihuana en los 10 años (17.903) correspondió a *Canabis Sativa*, variedad americana. Ninguna muestra correspondió a la variedad *índica* [*Hachís*].

En Colombia, sin embargo, la marihuana continúa siendo la droga ilegal de mayor consumo. Por ejemplo, para 1987 ese consumo fue estimado en 136.944 personas<sup>6</sup>.

En 1978 la cocaína base era el 0.29% de las drogas decomisadas y para 1987 era la más frecuente, con un total de 2.875 análisis, que correspondió al 62.7% del total de ese año.

La cocaína sal (clorhidrato) ha tenido de manera constante una mínima representación, con variaciones de 0.88% en 1978 y 1.3% en 1987.

La diferenciación de la cocaína base —"basuko" en el lenguaje folclórico— y la cocaína sal —"nieve", "perico", en el dicho popular— es importante por varias razones. En los EE.UU., principal mercado de la cocaína latinoamericana, la forma básica [*Cocaine Free Base*] fue por muchos años desconocida<sup>2</sup> y la forma de preferencia era la cocaína sal<sup>3</sup>. A mediados de la década de 1980 la cocaína base o "Crack" irrumpió en el mercado norteamericano como una verdadera epidemia, convirtiéndose en la droga de preferencia<sup>4</sup>. Las diferencias químicas entre la cocaína base y la cocaína sal son importantes por sus distintas propiedades orgánolépticas y modo de consumir: la cocaína sal es hidrosoluble, lo que permite su frecuente uso inyectado o por olfacción ["*sniffing*"], y además es termolábil, por lo cual no puede ser fumada; la cocaína base no es hidrosoluble y por lo tanto no se puede inhalar por olfacción; en cambio es termorresistente, lo que hace que pueda ser fumada; al fumarse es absorbida por vía pulmonar, y así gran cantidad de droga entra en contacto rápido con el extenso lecho vascular pulmonar, con transporte casi inmediato al sistema nervioso central, con los consiguientes efectos nocivos.

En estudios clínicos y epidemiológicos realizados en Colombia, la diferencia entre el uso de la cocaína sal y la cocaína base no parece tan definida<sup>5-6</sup>. En un amplio estudio se encontró para 1987 una estimación del consumo de "basuko" (cocaína base) de 81.246 casos y de cocaína sal de 31.0276.

<sup>2</sup> R. E. MITTLEMAN, y CH. V. WETLI, "Death Caused by Recreational Cocaine Use", en *Journal of the American Medical Association*, 252: 1889-1893, 1984.

<sup>3</sup> R. R. CLAYTON, "Cocaine Use in the United States: is a Bizarre or Just Being Snowed?", en *Research Monograph*, Series 61: NIDA: 8-34, 1985.

<sup>4</sup> R. K. SIEGEL, "New Patterns of Cocaine Use: Changing doses and routes", en *Research Monograph*, Series 61: NIDA: 204-249, 1985.

<sup>5</sup> R. V. FLOREZANO, "Uso de Drogas en América Latina y El Caribe", en *Boletín Epidemiológico*. Organización Panamericana de la Salud 7 (2): 1-7, 1986.

<sup>6</sup> I. TORRES DE G. y L. MURELLE, *Estudio nacional sobre alcoholismo y consumo de sustancias que producen dependencia*. Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública, 1987.

El incremento del consumo de la cocaína base ha coincidido con el informe de muertes por sobredosis de cocaína en usuarios locales<sup>7-8</sup>, y ya se ha llegado a precisar el daño histopatológico que la cocaína base induce en el miocardio<sup>9</sup>.

Es llamativo que en el laboratorio la presencia de cocaína sal sea tan escasa, aunque de todas maneras está demostrada la preferencia del usuario colombiano por la cocaína base. El exceso de cocaína base en el laboratorio debe reflejar además la manera como esta es almacenada, que es precisamente en su forma de pasta básica, debido a que no sufre modificaciones con los cambios climáticos, por su insolubilidad en agua y su termorresistencia; la cocaína sal en cambio puede hidratarse en días húmedos, lo que disminuiría su pureza; o, por el contrario, deshidratarse en días muy calientes, lo cual le rebajaría su peso total.

El procesamiento de la cocaína base es de suyo un problema grave para Colombia, pero además el consumo ya empieza a ser preocupante<sup>6</sup>.

Para procesar cocaína es absolutamente necesario el uso de solventes tales como la acetona, el éter, la metiletilcetona (MEC), entre otros. La industria colombiana no tiene capacidad de sintetizar estos productos químicos; a lo sumo transforma la materia prima traída desde países con desarrollo industrial. En Colombia sufre grandes restricciones el comercio, transporte y almacenamiento de estos solventes, y su tenencia ilegal ha sido tipificada como delito, con sanción de 2 a 5 años de cárcel<sup>10</sup>. Como los solventes también tienen multitud de usos lícitos, esa restricción de alguna manera ha afectado la industria lícita en el país, que ha visto aumentar los trámites para conseguir esos insumos, aunque dicha restricción no ha sido señalada como causa de recesión industrial. Este subdesarrollo tecnológico pudiera utilizarse, y de una manera bien efectiva en la lucha contra el narcotráfico, si se pusieran de acuerdo los países industrializados y aceptaran restricciones para estos solventes, de tal manera que quedaran en las listas I o II de sustancias enumeradas en el Convenio de Ginebra, y así las exportaciones solo se harían de manera semejante a como se hace con la materia prima de las drogas sujetas a control internacional.

Las drogas de patente merecen una consideración especial. Los tranquilizantes son las drogas de mayor consumo en Colombia; para 1987 la cifra fue de 762.206.<sup>6</sup> las drogas incautadas por tenencia ilícita son derivadas de la presentación de patente,

<sup>7</sup> C. A. GIRALDO, A. MESA, M. S. GARCÍA, y M. V. HURTADO, "Muerte súbita. Estudio Prospectivo de un año en Medellín-Colombia", en *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, 96 (8): 532-549, 1984.

<sup>8</sup> C. A. GIRALDO, "Consumo de drogas y mortalidad", en *Tribuna Médica de Colombia*, núm. 879, tomo LXXV (2): 12-15, 1987.

<sup>9</sup> H. TAZELAAR, S. B. KARCK, B. G. STEPHANS, y M. E. BILLINGHAM, "Cocaine and the Heart; en *Human Pathology* 18 (2): 195-200, 1987.

<sup>10</sup> Ley 30 de 1986, art. 43: "El que ilegalmente tenga en su poder elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, tales como: éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, diluyentes, disolventes u otras sustancias que se utilicen con el mismo fin, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años".

puesto que la industria farmacéutica colombiana no tiene la capacidad para sintetizarlas, ni tampoco existen de manera ilegal laboratorios que procesen la materia prima, que sí puede ser transformada.

Las drogas más frecuentemente incautadas hasta 1983 fueron las metacualonas, cuyas propiedades de inducir dependencia síquica y física están bien establecidas<sup>11</sup>. La drástica disminución en esta droga obedeció al retiro de dicha sustancia del formulario nacional de drogas<sup>12</sup>, dejando así por fuera cualquier posibilidad legal de importar la materia prima. Las metacualonas ya cumplieron su ciclo histórico en la farmacología y pueden ser retiradas de la farmacopea, como lo hizo Colombia, sin que se afecte el ejercicio de la medicina. Estas sustancias deberían también ser incluidas en los esquemas I o II de la lista de Viena, lo que indudablemente contribuiría en gran forma al control de esas sustancias.

Los barbitúricos han mostrado también una notoria disminución: su uso terapéutico continúa siendo válido, principalmente en los de efecto prolongado, como el Fenobarbital en el caso de convulsiones, y posiblemente en algunas oportunidades se desvían de ese correcto uso. Barbitúricos de acción corta como el Seconal —ya suspendido por la casa productora— y el Amytal cumplieron ya también su ciclo histórico, y al igual que las metacualonas deberían pasar al grupo de sustancias que son objeto de fiscalización internacional.

Las benzodiazepinas ofrecen una situación especial: de un lado la amplísima promoción comercial de su uso como tranquilizantes e hipnóticos, pero también su frecuente desvío de los precisos usos médicos inducen dependencia síquica y física<sup>13</sup>. Por su gran significado comercial se ha denunciado cómo las casas industriales poderosas han tratado de intervenir en las reuniones de los expertos de las Naciones Unidas con el fin de impedir que queden esquematizadas como sustancias de control internacional<sup>14</sup>. La misma Agencia de Drogas de los EE. UU. (DEA) ha advertido de los peligros de la farmacodependencia inducida por las benzodiazepinas<sup>15</sup>.

Las benzodiazepinas, como otros fármacos de patente, son promovidas en los países en vía de desarrollo, desde luego que ocultando frecuentemente sus riesgos de dependencia<sup>16</sup>. En Colombia el problema ha sido tratado legalmente al conside-

<sup>11</sup> G. HANSEN, "International Traffic in Methaqualone". *Drug Enforcement Agency* 9: 11-13, 1982.

<sup>12</sup> República de Colombia, Ministerio de Salud, resolución núm. 01241, feb./82.

<sup>13</sup> U. BUSTO, E. M. SELLERS, C. NARANJO, H. CARPEL, M. SÁNCHEZ-CRAIG y K. SYKORA: "Withdrawal Reaction after Long-term Therapeutic Use of Benzodiazepines", en *New England Journal of Medicine* 315: 854-859, 1986.

<sup>14</sup> U. N. COMMISSION ON NARCOTIC DRUGS, *Benzodiazepines and Pentazocine Scheduled Under Convention on Psychotropic Substances*. *Lancet*. Vol. for One; March 17, 1984, pág. 637.

<sup>15</sup> M. E. MOY, *International Drug Diversion, Registrant Facts* (IDEA) 8 (núm. 1): 1-2, 1982.

<sup>16</sup> C. A. GIRALDO, "Pharmacological Dependency: Legal and Criminal Aspects in Colombia", en *Alcohol, Drugs and Traffic Safety. Proceedings of the Ninth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety*, Puerto Rico, 1983, U.S. Department of Transportation: 545-552.

LAS SUSTANCIAS SICOACTIVAS EN UN LABORATORIO FORENSE

rarse como una contravención a la ley de estupefacientes la no advertencia de esas propiedades<sup>17</sup>.

Otro grupo de sustancias que tuvieron representación en menor escala fueron los hipnóticos del tipo de la Glutetimide (Doridén), opiáceos como el Percodán y el Propoxifeno.

El Percodán corresponde a la Oxiconona, opiáceo semisintético que conserva todos los riesgos de estas sustancias. El Propoxifeno es responsable de innumerables muertes por sobredosis<sup>18</sup>. En cuanto a estas sustancias es también relevante la mala información que presentan las casas de drogas a los usuarios latinoamericanos<sup>19</sup>.

Hubo también muestras en menor cantidad de fenotiazinas, antidepresivos tricíclicos y antihistamínicos del tipo del Benadryl, cuya potencialidad de abuso es poca, pero que pueden obtenerse sin fórmula médica en Colombia, y a menudo se formulan como complemento terapéutico en personas farmacodependientes.

Los anestésicos locales son utilizados como adulterantes de las sales de cocaína por tener unas características físicas muy semejantes al clorhidrato de cocaína.

5. RESUMEN

Un análisis de 10 años del laboratorio químico-forense del Instituto de Medicina Legal de Medellín demostró que la marihuana tiende a disminuir como droga de preferencia, en tanto que la cocaína base incrementa día a día. Se reseñan medidas tomadas por el Estado colombiano, v. gr. el control severo a la comercialización de solventes tales como acetona, éter, metiletilacetona y demás insumos utilizados en el procesamiento de coca, haciendo hincapié en que si los países industrializados, sintetizadores de la materia prima de estos solventes, lo pasaran a un esquema de comercialización rígido, semejante al de las drogas de fiscalización internacional, la lucha contra el narcotráfico sería menos difícil para los países latinoamericanos. Igualmente se reseñan las drogas de patente inductoras de farmacodependencia que ya cumplieron su ciclo histórico, y las cuales deberían pasar a la lista I o II del Convenio de Viena, pues todavía en América Latina son objeto de comercialización.

<sup>17</sup> Ley 30 de 1986, art. 55: "El fabricante o distribuidor de productos farmacéuticos de patente que omita indicar en las etiquetas de los mismos, los riesgos de farmacodependencia que aquellos implican, incurrirá en multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos mensuales".

<sup>18</sup> B. S. FINKLE, I. H. KAPLAN, J. C. GARRIOT et al., "Propoxyphene in Post-Morten Toxicology", en *Journal of Forensic Sciences*, 26: 739-787, 1981.

<sup>19</sup> C. MORALES DE A., "Contenido ideológico en la propaganda de la industria farmacéutica: Un análisis sociológico", en *Revista Escuela Nacional de Salud Pública (Colombia)* 4: 130-147, 1980.

MEDELLIN - COLOMBIA  
1978 - 1987  
TABLA N° 1  
DISTRIBUCIÓN DE LA FRECUENCIA DE DROGAS REMITIDAS AL LABORATORIO DE TOXICOLOGÍA

	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	TOTAL
Cocaína base	5	50	124	283	634	2.215	3.553	2.576	2.351	2.875	14.666
%	0,29%	2,26%	5,26%	12,37%	24,2%	56,07%	70%	54,9%	58,3%	62,7%	43,8%
Cocaína sal	15	12	16	23	24	37	35	75	59	52	348
%	0,88%	0,54%	0,68%	1,0%	0,91%	0,94%	0,69%	1,6%	1,46%	1,13%	1,04%
Marihuana	1.630	2.063	2.030	1.890	1.896	1.650	1.465	2.019	1.618	1.642	17.903
%	96,16%	93,56%	86,20%	86,61%	75,8%	41,77%	28,87%	43,0%	40,13%	35,8%	53,45%
Drogas psicoactivas	45	80	185	90	62	48	22	21	4	16	573
%	2,65%	3,62%	7,85%	3,93%	2,37%	1,21%	0,43%	0,45%	0,1%	0,35%	1,71%
Totales	1.695	2.205	2.355	2.286	2.616	3.950	5.075	4.691	4.032	4.585	33.490
%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

TABLA N° 2

Otras sustancias psicoactivas	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	TOTAL
Xilocaina	9	14	13								36
Benzocaina		3									3
Metacualona	18	35	130	64	42	38	18	8	1	3	357
Doridén	4		1		4					1	10
Fenobarbital	2	3	1		8	4		2			20
Nembutal	3	5	14	16	4			2			44
Noctinal	3	11		4							18
Seconal			4	2	1	2					9
Amytal			1	2							3
Barb. no identificado	2									2	4
Valium	2	6	4	2	3	2	1				20
Librium			3								3
Ativan		1	2			2	2		3	8	18
Serepax			1					1			2
Lexotan							1				1
Equipax								2			2
Butriptilina								1			1
Trítico			2								2
Motrin	1		2								3
Percodán		2									2
Darvon			2								2
Stelazine			1								1
Sinogan			1								1
Mayeptil								2			2
Largactil	1		1								2
Benadril								2			2
Ionamina			1								1
Dexedrina			1								1
Bellapront			2								2
Escopolamina								1		2	3

RESUMEN TABLA N° 2

Otras drog. psicoactivas	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	TOTAL
Metacualona	18	35	130	64	42	38	18	8	1	3	357
Barbitúricos	10	19	20	24	13	6		4		2	98
Benzodiazepinas	2	7	10	2	3	4	4	3	3	8	46
Otros psicofármacos	15	19	27		4			6		3	74
Totales	45	80	187	90	62	48	22	21	4	16	575

## Otros psicofármacos

- a) Doridén 10
- b) Fenotiazina 6
- c) Antidepresivos 3
- d) Anorexígenos 4
- e) Anestésicos locales 39
- f) Dextropropoxifeno 2
- g) Percodán 2
- h) Escopolamina 3
- i) Otros 5

## Metodología de los dictámenes periciales \*

Luis Ángel Gallo Montoya \*\*

Dentro de la variedad de pruebas que se utilizan en el proceso penal para establecer la verdad de un hecho, sus circunstancias y la inimputabilidad del partícipe, se tiene la pericial.

### 1. NOCIÓN

El dictamen pericial es el reconocimiento, análisis y valoración que un experto realiza en relación con una persona, un objeto, un fenómeno o un procedimiento, para establecer o excluir una identidad.

Es reconocimiento, porque solo quien conoce una determinada disciplina puede efectuar adecuadamente la observación. Se entiende por "observación" el examen metódico y sistemático del sujeto, objeto o fenómeno por identificar, el estudio objetivo del mismo para advertir sus signos de identidad. MARIO BUNGE<sup>1</sup> señala como características de la observación científica las siguientes:

— Es selectiva porque tiene una finalidad, cual es la de escoger y precisar en forma exclusiva los *perceptos*\*\*\* relevantes. No todo lo que se observa resulta, a la postre, de interés para la investigación.

\* Trabajo presentado durante el curso de doctorado *Justicia criminal y criminología crítica*. Seminario sobre "Revisión crítica del Derecho Penal", Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona (España), curso 1987/88.

\*\* Magistrado del tribunal Superior de Medellín, Sala Penal.

<sup>1</sup> MARIO BUNGE, *La investigación científica*, 7ª ed., trad. de Manuel Sacristán, Barcelona, Edic. Ariel-Caracas-México, 1980, pág. 727.

\*\*\* Perceptos, al decir de BUNGE, es la unidad de conocimiento de algo que se percibe.

— Es interpretativa, esto es, ilustrada. El observador relaciona los datos obtenidos con un cuerpo de conocimientos que le permite valorarlos apropiadamente en función del fin que se persigue. La interpretación de los hechos observados permite al perito formular hipótesis sobre causas, relaciones y efectos de los fenómenos advertidos. Una mancha en el sitio del evento criminoso puede ser irrelevante para el lego, pero reviste la mayor importancia para el experto y puede ser la clave para resolver el caso.

— Es objetiva por cuanto debe ceñirse en forma rigurosa a la realidad de las cosas, prescindiendo en lo posible de impresiones personales. Tratándose de hechos repetitivos, la observación, para ser objetiva, debe conducir a resultados públicos o intersubjetivos. Esta condición debe hacer posible la repetición de dichos resultados por otros especialistas en condiciones análogas. La observación de una porción de marihuana al microscopio permite advertir la peculiar morfología de sus fibras (en forma de cuerno), como también el tratamiento de esa muestra con el reactivo de Duquenoís permite observar su típica coloración azul, resultados estos que son susceptibles de reproducción por otros analistas.

— Es análisis porque luego de observar los perceptos relevantes (proceso selectivo), los clasifica y confronta con los conocimientos que de la materia tiene el observador para advertir la existencia o no de una determinada naturaleza (orgánica, vegetal, mineral, psicológica, etc.), v. gr., el psicólogo dictamina acerca del temperamento de una persona; el físico identifica la distancia desde donde se hizo un disparo y la trayectoria del mismo; el químico identifica la sustancia decomisada; el biólogo identifica el fenómeno producido en una célula en presencia de determinadas condiciones, y el patólogo determina el procedimiento empleado para el envenenamiento de una persona.

— Es valoración porque, con base en el análisis, se emite un juicio de identidad o se excluye respecto de un modelo o patrón cognoscitivo, de acuerdo con las concordancias o discordancias advertidas en el objeto de análisis, empleando en cada caso las leyes correspondientes a la ciencia o disciplina pertinente.

## 2. IMPORTANCIA

El dictamen pericial resulta de trascendental importancia para la demostración del resultado típico en muchos delitos (drogas sicotrópicas, falsedades por creación y alteración, lesiones personales, aborto, etc.). En otros casos sirve para determinar el procedimiento y la sanción aplicable al sujeto activo del injusto, y en general para comprobar la participación y sus circunstancias en el evento criminoso.

De conformidad con la naturaleza del reconocimiento pericial, puede hacerse una gran clasificación, siguiendo la división de las ciencias en naturales y sociales.

## 3. EN LAS CIENCIAS NATURALES

### A) El objeto

Materia de la observación, cotejo y evaluación, pertenece a una de estas ciencias (física, química, biología, astronomía, etc.). Se trata en esta clase de dictámenes

de establecer la naturaleza esencial de la evidencia física y su origen particular o procedencia. Así, por ejemplo, cuando se analiza una fibra para comprobar su naturaleza humana, vegetal, mineral o sintética, y luego de clasificarla como humana (cuando a ella corresponde) se confronta con el cabello del sindicado A para afirmar o negar su presencia por los caracteres singularizantes o peculiares; o cuando se identifica la alteración de un documento con el empleo de un determinado medio (físico, químico).

— Evidencia física es todo elemento o vestigio íntimamente relacionado con la conducta, el instrumento, el sitio del suceso, la víctima, el victimario o las circunstancias que rodearon el hecho, que permite la reconstrucción del mismo<sup>2</sup>.

— Clasificación general. Hasta ahora la investigación criminal ha surgido de la necesidad de resolver situaciones concretas para establecer la comisión de un hecho delictivo, su autor, etc. Más que una disciplina autónoma, ha sido el resultado de la aplicación de principios técnicos y científicos para solucionar problemas específicos de la investigación. De ahí que carezca de una sistematización que permita la ubicación adecuada de los diferentes aspectos importantes del proceso investigativo.

Los autores no se han preocupado por hacer una clasificación o sistematización de la evidencia física. El científico soviético CHEVCHENKO<sup>3</sup> es quizá el único que ha intentado una agrupación sistemática de la serie de materias que tienen que ver con el estudio de las huellas y rastros del delito, al crear la especialidad criminalística que él mismo ha dado en llamar "Trazología"<sup>4</sup>.

A nuestro juicio, la evidencia física puede agruparse en tres grandes categorías: huellas, manchas y residuos.

— Huellas. Se entiende por huella la imagen que de alguna o algunas de sus características externas deja un cuerpo en otro, como resultado de su contacto recíproco.

Las huellas pueden clasificarse de la siguiente manera:

Por su origen. Pueden ser:

De personas. Se distinguen en ellas las llamadas huellas dérmicas, o sean las producidas por la piel, entre las cuales se encuentran las papilares, derivadas de los dibujos impresos por las crestas de la dermis de los dedos, de las palmas de las manos y de las plantas de los pies. El estudio de estas variedades de huellas ha

<sup>2</sup> "... hay que establecer la distinción entre la evidencia sensible y la evidencia intelectual, ya que esta última no comprende tan solo el concepto de una clara aprehensión de la cosa sino el concepto de una aprehensión necesaria, que produce irresistiblemente nuestro asenso y determina nuestro juicio, de manera que es definida como "la aprehensión de la necesidad de una proposición" (GIOVANNI, BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa-América, pág. 4).

<sup>3</sup> Cfr. JULIO A. FERNÁNDEZ PEREIRA, *Apuntes de criminalística para estudiantes de derecho*, Ministerio de Educación Superior, Univ. de la Habana, Facultad de Derecho, s. f., págs. 55 y ss.

<sup>4</sup> "Trazología", etimológicamente, proviene de la voz latina *tractiare*, de *tractus*, trazo y del griego *logos*, tratado, estudio. El citado FERNÁNDEZ PEREIRA la define como "La rama de la técnica criminalística que se ocupa del estudio de las huellas, rastros o indicios que quedan en el lugar del suceso" (*op. cit.*, pág. 55).

dado origen a la llamada *lofoscopia* (del griego *lofos*, penacho y *logos* estudio), *dermopapiloscopia*, cuyas variedades son la dactiloscopia, la quiroscopia y la pelmatoscopia, respectivamente. Hay otras huellas dérmicas de especial valor identificador, como son las labiales, las de cicatrices, etc.

Se incluyen también en esta categoría las restantes huellas corporales, tales como las generales del cuerpo, del rostro, de dientes, uñas, glúteos, manos, pies, etc.

De animales. Pueden clasificarse, de acuerdo con su especie y familia, en forma similar a las humanas. Las más frecuentes e importantes desde el punto de vista criminalístico, sin embargo, son las de pisadas, de dientes (mordeduras) y de saliva.

De objetos. Son las dejadas sobre personas o cosas por los instrumentos, utensilios, armas, etc., empleados en la comisión del hecho delictivo o que tengan relación con el mismo. Ejemplos: huellas de fractura, de frenada de vehículo, impactos de proyectiles, de calzado.

Por su mecanismo de producción. Se distinguen en esta categoría los procedimientos físicos, los químicos y los mixtos.

1) *Físicos*: son aquellos en los cuales no hay cambio sustancial en la naturaleza de los cuerpos productor y receptor, pudiendo distinguirse así: por *decapación*, por *recapación*, por *compresión* y por *radiación*.

Se entiende por *recapación* la acción de agregar a la superficie del cuerpo receptor una capa proveniente del elemento productor. Ej.: depósito de tinta, pintura, grasas, sudor, etc.

Hay *decapación* cuando por la acción del elemento productor se le quita al elemento receptor una capa de su superficie. Ejs.: pisadas sobre pintura y sangre, y en general sobre productos untuosos.

La *compresión* se presenta cuando de acuerdo con la consistencia, ductilidad, maleabilidad, etc., del elemento receptor, este o su superficie sufren deformaciones por la acción del elemento productor. Ejemplos: el estriado de los proyectiles, que es producido por la compresión de los mismos en el interior del arma; los bajorrelieves producidos con punzón o punta roma en algunas falsificaciones por calco. En la huella por *radiación* las emisiones radiales de rayos X, laser y ultravioleta, dejan impresa la imagen del objeto expuesto a sus rayos.

2) *Químicos*: cuando el agente productor, o un tercer elemento asociado a él, produce una reacción química al entrar en contacto con la superficie del cuerpo receptor, se produce una huella por vía química. Ejs.: en el lavado químico de documentos mediante el empleo del hipoclorito de sodio; quemaduras producidas por ácido, etc.

3) *Mixtos*: producidos por fenómenos fisicoquímicos. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los rayos ultravioletas del sol, que producen quemaduras en la piel; las radiaciones calóricas; los rayos infrarrojos; los fenómenos de fotosensibilidad, etc.

Por su *apariencia*. Se clasifican en ostensibles y latentes. Las primeras son apreciables en condiciones normales de visibilidad. Las segundas, en cambio, demandan para su visualización procedimientos especiales de revelado, tales como el empleo de reactivos, las radiaciones ultravioleta o infrarrojo, la iluminación oblicua

o rasante, la fotografía, etc. Ejemplos de las primeras: huellas de pasos, de dientes, de fractura y de borrado mecánico de escritos en documentos; de las segundas: las impresiones papilares.

*Manchas*. Según el Diccionario, mancha es la "señal que una cosa hace en un cuerpo, ensuciándolo o echándolo a perder". Una mancha es la alteración del aspecto superficial de un cuerpo, producida por fenómenos de tipo físico o químico. Como en la huella, en la mancha puede intervenir un tercer elemento en su producción, distinto del productor y del receptor, que es la sustancia o agente contaminante, v. gr. la mancha producida con un utensilio recientemente pintado.

Son múltiples las formas de producción de las manchas. Entre ellas podemos mencionar:

a) Por contacto directo entre dos cuerpos, uno de los cuales deja adheridas en el otro algunas partículas suyas, pudiendo presentarse un intercambio recíproco de material.

b) Mediante el contacto de un cuerpo contaminado con una sustancia extraña (productor) con otro (receptor).

c) Por decoloración o pigmentación, producidas por la luz o los agentes atmosféricos.

Como diferencias entre las manchas y las huellas pueden señalarse las siguientes:

a) En la mancha lo que interesa fundamentalmente es la sustancia o agente contaminante en sí, y accesoriamente sus características formales. En la huella, en cambio, lo esencial son estas últimas características y solo excepcionalmente interesa la determinación de la sustancia que la constituye.

b) La huella reproduce alguna o algunas características formales del objeto productor; la mancha no siempre. Las manchas suelen clasificarse en orgánicas o inorgánicas. Dentro de las primeras se incluyen las humanas, las de animales y las de naturaleza vegetal. Dentro de las segundas estudian los tratadistas las de sal de cocina, de tintas, pinturas y herrumbre, pero, como es fácil comprender, su enumeración resulta poco menos que imposible.

Conviene entonces hacer la subclasificación de las manchas de naturaleza orgánica:

*Humanas*. Se estudian en este grupo las de sangre, esperma, orina, sudor, materias fecales, las llamadas "manchas obstetriciales" (líquido amniótico, unto sebáceo, meconio), las de mucus (saliva, moco nasal y secreciones bronquiales, vaginales, prostáticas, uretrales, etc.).

*De animales*. Las más importantes son las producidas por carne, grasas, orina y materias fecales.

*De vegetales*. Se estudian aquí, entre otras, las de azúcares, grasas, almidones, tintas y ciertos tipos de pinturas.

4) *Residuos*: el Diccionario de la Real Academia define la voz "residuos" como la "parte o porción que queda de un todo".

En la peritación es perfectamente aceptable este concepto. Son residuos todos los objetos, fragmentos o restos dejados en el lugar de los hechos, en la víctima, en el victimario o en los utensilios, tales como cabellos, documentos y armas.

Los residuos de la acción delictiva pueden ser: íntegros (el revólver, el proyectil, la ganzúa) o fragmentarios (restos de pintura, esquirlas, trozos de madera, de prendas de vestir).

#### B) Métodos

Entendido el método como procedimiento utilizado para manejar regularmente uno o varios problemas, con el fin de llegar al conocimiento de la evidencia, se tienen en cuenta dos clases: a) el método *inductivo*, basado en la observación de fenómenos, proposición de hipótesis y verificación, mediante el experimento, para formular leyes generales y principios; y b) el método *deductivo*, que consiste en aplicar los principios y leyes de la naturaleza, descubiertos en la inducción, para establecer la identidad de la evidencia física, dado su carácter constante o invariable, dentro de unas mismas condiciones. Ambos deben ser aplicados, como garantía de certeza, mediante el experimento.

Debe recordarse que aunque las ciencias naturales trabajan sobre la existencia real de la evidencia y sus cambios de estado, también se fundamentan en teorías formales o conceptuales, las que fijan hipótesis y reglas para la observación y verificación.

#### C) Etapas del proceso de identificación

El proceso de identificación técnico-científico debe cumplirse en varias fases:

1ª) *La observación* que, como vimos, debe ser objetiva, selectiva e interpretativa, empleando el medio adecuado para ella.

La observación puede ser directa o indirecta. La primera se da cuando el sujeto y el objeto están en íntima comunicación. El sujeto observa el objeto en sí mismo. Se trata de una percepción del material. La indirecta es aquella en la cual el observador establece el vínculo con el objeto a través de consecuencias o manifestaciones del mismo. En esta forma de observación hay un proceso de inferencia lógica.

Es directa la observación, por ejemplo, cuando se examina una huella digital para determinar sus características y cuando se detectan o identifican glóbulos rojos en una mancha. Es indirecta cuando se determina la naturaleza de una sustancia por su coloración espectral (cocaína, morfina, etc.), cuando se establece la electronegatividad de un producto por su comportamiento magnético o cuando se reconocen picos o células de pus en un examen citoquímico de orina, signo de una infección urinaria.

La observación directa puede ser mediata o inmediata, según se utilicen o no instrumentos especiales para el efecto. El reconocimiento de una fractura mediante los rayos X, por ejemplo, es una observación mediatizada. También cuando los medios técnicos utilizados sirven solo para mejorar o hacer más cómoda y segura la observación, como ocurre en la comprobación de ciertas características formales de los grafismos y del papel moneda, mediante la utilización del episcopio, de lupas y del microscopio.

El proceso de observación debe ser el adecuado para el objeto, la huella o el fenómeno, pues si se realiza mediante una técnica distinta se altera o destruye. Así ocurre, v. gr., en los siguientes casos:

a) Revelar huellas dactilares en papel utilizando un ácido corrosivo aplicado directamente sobre la superficie, destruye la huella. Correctamente la observación se efectúa exponiendo el papel a las emanaciones de yodo metaloideo, o de fucsina.

b) Revelar huellas dactilares moldeadas en cera o en goma con un reactivo pulverulento, cuando debe hacerse mediante la aplicación de reactivos volátiles.

c) Utilizar una gota de agua para la detección de alteraciones supresivas por borrado mecánico de un documento, ya que mancha o altera en forma irreversible el documento, porque la gran mayoría de las tintas son solubles en agua. Lo correcto es utilizar una gota de bencina de petróleo, que es insoluble, muy volátil.

d) Observar a la luz (natural o artificial) una película fotográfica para comprobar si está expuesta. Este procedimiento, a más de suponer equivocadamente que a simple vista puede advertirse un fenómeno, produce el efecto de velar la película, esté o no expuesta.

2ª) *La descripción*, que es la consignación de las observaciones realizadas, la manera de aprovechar la información relevante obtenida en la observación. Resulta por ello complemento necesario de la observación, y garantía de permanencia de la misma. Como percepción que es, la observación tiene naturaleza subjetiva, pero para su adecuado aprovechamiento es necesario que se objetiva, que se exteriorice y se plasme en forma perdurable, mediante la descripción, cualquiera que sea su mecanismo (oral, escrito, fotográfico, croquis, plano, molde, etc.).

Como características fundamentales, la descripción debe tener: *objetividad*, para expresar con fidelidad las observaciones realizadas, prescindiendo de conceptos y datos que no formen parte de ella; *exhaustividad*, por cuanto ha de contener toda la información relevante; *precisión*, mediante el empleo de lenguaje adecuado, constituido por términos propios, de alcance claro y exacto o por voces o signos unívocos de carácter convencional, previamente definidos, como el empleo de signos especiales en mapas, croquis y diagramas, y *contrastable en lo posible*, vale decir, que el perito realice la descripción procurando que la misma pueda ser objeto de comprobación o verificación posterior. La contrastabilidad o verificabilidad de la descripción es consecuencia de su objetividad y prenda de garantía en la peritación.

Es bueno resaltar que en la descripción se deben consignar las características observadas en orden decreciente de importancia o valor identificativo, es decir, atendiendo a su grado de peculiaridad o singularidad.

3ª) *Confrontación*. Una vez realizada las descripciones del patrón conocido, muestra de comparación, *standard*, o "testigo", nombres con los cuales se designa el objeto plenamente identificado, se procede a compararlas con la "muestra problema" u objeto por identificar, a fin de determinar las concurrencias y divergencias que presenten, razonando sobre su significado y valor demostrativo, dado que no todos los caracteres similares y diferentes tienen igual valor demostrativo.

4ª) *Juicio de identidad*. Este es el último paso en el proceso identificador, y consiste en la formulación positiva o negativa de un juicio de identidad cuya certeza depende del número y, especialmente, del grado de peculiaridad o individualidad de las características comunes a las entidades confrontadas.

## METODOLOGÍA DE LOS DICTÁMENES PERICIALES

Resulta sí de trascendental validez la negación de la identidad respecto de una evidencia (objeto, huella, mancha, residuo), porque impide o bien la imputación objetiva del injusto, o el compromiso penal, como sucede, por ejemplo, en los siguientes casos: si a una persona se le decomisa una sustancia presumiblemente estupefaciente (morfina, marihuana), pero se identifica plenamente como azúcar de caña; cuando la huella de un disparo de arma de fuego en el cuerpo humano hace presumir que la causa de la muerte fue el daño producido por el proyectil, y no obstante se comprueba que la causa de ella fue una asfixia, anterior al impacto; cuando la mancha seminal encontrada en la ropa de la víctima no corresponde al imputado.

## D) Leyes

Se conoce como ley científica "Una hipótesis de una determinada clase, a saber: una hipótesis confirmada de lo que se supone que refleja un esquema objetivo"<sup>5</sup>.

Cada ciencia física o natural encuentra sus propias leyes, pero, a nuestro modo de pensar, pueden aplicarse para todas ellas dos leyes, mediante las cuales se realiza la identificación de la evidencia, así:

1ª) *La del número*. Se enuncia de la siguiente manera: a mayor número de concurrencias entre dos descripciones, mayor probabilidad de uniprocedencia, y viceversa.

El francés BALTHAZARD en su *Manual de medicina legal*<sup>6</sup> ilustra el valor probatorio del cotejo dactiloscópico mediante el cálculo probabilístico, llegando a la conclusión de que para encontrar diecisiete particularidades comunes entre dos huellas dactilares es preciso estudiar las de más de mil setecientos diecisiete millones de habitantes. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta que la palabra "casa" tiene cuatro letras, las posibilidades de que se unan estas cuatro se calcula multiplicando  $1 \times 2 \times 3 \times 4 = 24$ , o sea que casa resulta de veinticuatro posibilidades de unión de sus letras.

Con razón afirma BRICHETTI: "La prueba de los signos, o sea la prueba indiciaria, es tanto más convincente cuanto mayor es el número de los signos, y cuanto más directos son, o sea, cuanto más en conexión causal con el hecho están..."<sup>7</sup>.

2ª) *La del grado*. Consiste en que "a mayor peculiaridad o exclusividad de la característica o características concurrentes, mayor incertidumbre sobre la identidad". La presencia de glóbulos rojos y blancos en una mancha tiene un valor identificador absoluto de la sangre, lo que no se da con otras características del plasma, tales como el olor, el sabor, la consistencia y el color. Se entiende por *identidad* "aquello que hace que una cosa sea ella misma y no algo diferente"<sup>8</sup>. *Identificar*, en cambio, es un proceso mediante el cual se reconoce lo que singulariza al ser, estableciendo inequívocamente los caracteres particulares permanentes de

la identidad. Para identificar se requiere conocer las notas distintivas de cosas similares que podrían llevar a error.

## 4. EN LAS CIENCIAS SOCIALES

## A) Objeto

El objeto del dictamen está constituido por la conducta del hombre, a quien se le imputa la realización de un injusto, para establecer si al momento de su ocurrencia era imputable o inimputable. También tiene como objeto el estudio comportamental de la víctima, en aquellas infracciones en las cuales se agrava la pena, por el abuso de las condiciones de indefensión o de inferioridad.

## B) Métodos

Es incuestionable que desde el surgimiento del positivismo, que predica la causalidad como método único del conocimiento, basado en el descubrimiento de las leyes de la naturaleza hasta nuestros días, las ciencias sociales siguen empleando este método, mediante la agrupación de los factores que intervienen en el comportamiento humano en causas determinantes de inexorable cumplimiento, lo cual permite una clasificación en compartimentos estancos de las distintas características en específicas causas, bastando entonces la comparación, en cada caso, con las tablas de referencia, para emitir el dictamen respectivo sobre la situación del inculpado al momento de la comisión del hecho por el cual se le somete a proceso penal. Estos exámenes, practicados por psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, antropólogos y criminólogos, por norma general, sirven de sólido fundamento al juez para determinar el trámite del proceso y la sanción pertinentes.

Resulta sin embargo inadecuado el método causal para la investigación e interpretación de la conducta humana, pues en verdad no existe un invariable comportamiento del hombre cada vez que se dan las mismas circunstancias, porque eso equivaldría a suponer la falta de capacidad de autorregulación y el entorno social dentro del cual actúa el ser humano. Además, con el empleo de este método se pretende validar un determinismo que a la postre sirve para predicar un conformismo con lo existente, dado que "las leyes de la naturaleza son de carácter inmodificable", cuando, como afirma KARL R. POPPER, "En las ciencias sociales (derecho, historia, sociología, antropología) resulta imposible, hasta ahora, formular leyes causales, porque las formuladas por la física se traducen en cuantificaciones de las cualidades de los objetos y en la sociedad ello no es posible, por primar la cualidad sobre la cantidad"<sup>8 bis</sup>.

Se ha demostrado que la validez de un comportamiento determinado del hombre en unas condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, etc., no es idéntico en otra época, porque, en primer término, resulta imposible la repetición de esas mismas circunstancias y, en segundo lugar, porque el hombre puede reaccionar de forma muy distinta.

<sup>5</sup> MARIO BUNGE, *La investigación científica*, cit., pág. 38.

<sup>6</sup> BALTHAZARD, *Manual de medicina legal*, Barcelona, Salvat Edit., pág. 690.

<sup>7</sup> GIOVANNI BRICHETTI, ob. cit., pág. 25.

<sup>8</sup> *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 19ª ed., 1970.

<sup>8 bis</sup> Ob. cit., pág. 39.

Se propone entonces el empleo de métodos adecuados para la investigación y entendimiento de la conducta humana, que correspondan a las ciencias sociales y comprendan cada uno de los elementos o factores coadyuvantes de ella, para identificar, con el mayor grado de aproximación, su condición imputable o no en el momento del hecho, por parte del sujeto sometido a proceso. Se considera inimputable a la persona, cuando al momento del evento criminoso, materia de juzgamiento, no tenía la "capacidad de comprender" la ilicitud de su conducta; o cuando, a pesar de tener esa capacidad no podía determinarse de conformidad con ella, como lo dispone el Código Penal colombiano, en su artículo 319.

La capacidad de comprensión y la determinación (conciencia y voluntad) pueden estar anuladas o disminuidas por la concurrencia de varias condiciones, y es por ello por lo que el juez, para determinar el grado de inimputabilidad o la plena capacidad de comprender y de querer (impufabilidad), acude a los expertos en distintas disciplinas científicas.

### C) Métodos de conocimiento de la conducta humana

"La conducta humana solamente es accesible al investigador por la observación, directa o indirecta, por el estudio de documentos y de pruebas verbales (discursos). O sea, los medios con los que el investigador cuenta para aprehender la conducta humana, le imponen el uso de diversas técnicas que pueden aportar un gran riesgo de deformación en la explicación de significado de la conducta, justamente por su relatividad"<sup>9</sup>.

Cada especie de problemas por resolver requiere de uno o varios métodos específicos para su adecuada solución, que pueden ser de carácter conceptual o material.

Parece pertinente que en toda investigación científica de índole social se empleen el análisis particular de los fenómenos materia de dictamen (inducción) dentro de las condiciones personales y sociales de quien es examinado, y la deducción, como conclusión de las distintas valoraciones realizadas, de acuerdo con las hipótesis de la teoría<sup>11</sup> a cuyo amparo se efectúa el trabajo investigativo, aunque se debe destacar, eso sí, la falibilidad de dicha conclusión, por su naturaleza aproximativa o conjetural.

Todo método de investigación en las ciencias sociales debe caracterizarse por:

a) Registrar los hechos, verificando su frecuencia dentro de un período histórico determinado, en el tipo de sociedad y clase social a la que pertenece la persona, pues de lo contrario se generalizan conclusiones correspondientes a un núcleo social diferente, sin ninguna validez.

<sup>9</sup> Dice el C. P. en su art. 31: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental".

<sup>10</sup> TERESA MIRALLES, *Método y técnicas de la criminología*, México, Ed. Cuadernos del Inacipe, 1982, págs. 221 y 222.

<sup>11</sup> Teoría, "Es un contexto cerrado de operaciones lógicas, es decir, un conjunto de proposiciones enlazadas lógicamente entre sí y que poseen referentes en común" (BUNGE, ob. cit., pág. 51).

b) Admitir que las sociedades son distintas y dentro de ellas existen comunidades que presentan particularidades derivadas de la posición económica, psicológica y cultural, como de las creencias religiosas y políticas.

c) Tener presente que los conceptos guías de la investigación deben partir de las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, reflejadas en el ámbito de la comunidad objeto de estudio.

d) Integrar al investigador y al investigado, por cuanto las ciencias sociales son de interrelaciones personales que permiten una mayor comprensión y espontaneidad del investigado para poder aportar los datos y experiencias que serán valorados.

La investigación empírica tiene como sustento un modelo teórico<sup>12</sup> y de acuerdo con él se determina el tipo de técnica por emplear en la observación. Si la contrastación de las hipótesis<sup>13</sup> permite su confirmación, se considera válido el modelo teórico y se construye una teoría, falible pero bastante aproximada y susceptible de corregirse y aumentarse por estudios posteriores.

La teoría es el vehículo inspirador de la investigación<sup>14</sup>. Así, por ejemplo, para conocer el grado de comprensión que sobre la ilegitimidad de un hecho pudo tener un hombre, es preciso acudir a exámenes somatosíquicos, de entrevista, de cuestionario, todo ello relacionado con la situación social en la cual vive, que permite referir su patrón cultural cognoscitivo (como el indígena que desconoce los valores protegidos en el Código Penal, por no estar informado de ellos en su tribu).

La identidad individual es reconocible con apoyo en las estructuras sociales específicas.

"Los problemas que surgen de la dialéctica entre la identidad subjetiva y las adjudicaciones de la identidad social, o entre la identidad y su substrato biológico, pueden clasificarse de acuerdo con categorías teóricas, lo que, naturalmente, constituye el presupuesto de cualquier terapia. Las teorías psicológicas sirven, pues, para legitimar los procedimientos establecidos en la sociedad para el mantenimiento y reparación de la identidad, proporcionando el eslabonamiento teórico entre la identidad y el mundo, ya que estos se definen socialmente y se asumen subjetivamente"<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Modelo teórico es el construido con la ayuda de la intuición y de la razón (MIRALLES, ob. cit., pág. 135). "Se comienza con una representación conceptual esquemática. El más sencillo es el que se compone de un grupo de enunciados, preferentemente de forma matemática, que enlazan variables exógenas..." (MIRALLES, pág. 135).

<sup>13</sup> "Hipótesis es una propuesta de contestación a la cuestión (problema) planteada, para ello enuncia las relaciones posibles entre una serie de fenómenos significativos observados, o de hechos imaginados" (TREMBLAY, citado por MIRALLES, pág. 281). "La hipótesis describe una relación anticipada entre dos hechos que para ser válida debe verificarse en forma empírica y lógica. Por muy importante que sea la hipótesis no debe neutralizar la intuición y el talento del investigador, pues en el caso de que se revele falsa, insuficiente o incompleta, el investigador deberá estar en condiciones de modificarla o de cambiarla completamente (MIRALLES, págs. 281 y 284).

<sup>14</sup> MIRALLES, ob. cit., pág. 145.

<sup>15</sup> PETER BERGER y THOMAS LUCKMAN, *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Edit. Amorrortu-Murgía, 1984, 7a. reimp.

D) *Técnicas de investigación*

Presentamos, de forma general, las técnicas más comunes para la investigación en ciencias sociales, sin detenernos en su estudio exhaustivo, los pros y los contras, como la validez.

*La estadística.* Esta técnica descriptiva sirve para informar sobre los rasgos más característicos del grupo social y la comunidad a los cuales pertenece la persona cuya conducta es sometida a examen, no para establecer una relación determinista en el comportamiento individual como se hace en el método positivista, sino con el fin de comprender en mejor forma la idiosincrasia. Debe tenerse en cuenta la relatividad temporal de la estadística para que pueda ser utilizada como medio de información confiable, pues la dinámica social implica cambios importantes en periodos de término medio, siendo aconsejable, como se hace hoy día para el estudio de la economía y el delito, la década anual.

Es de especial importancia la estadística como instrumento de predicción individual en el análisis particular de casos relacionados con acciones anormales sin justificación social o personal alguna y como producto de una situación efímera en la esfera síquica del individuo, para dictaminar si este requiere tratamiento e internación como medidas de recuperación de la salud, o si, por el contrario, atendidas las constantes estadísticas, ese fenómeno alterador del comportamiento humano no deja desadaptación respecto de los patrones de conducta social. Nos referimos, v.gr., a la disposición del Código Penal colombiano respecto de la inimputabilidad por el "trastorno mental transitorio" sin base patológica<sup>16</sup>, en la cual no se somete al infractor a ningún tipo de sanción (pena o medida de seguridad).

*La experimentación.* Consiste en provocar por parte del perito (con la previa y expresa aceptación del examinado) una situación similar a la vivida en el momento del hecho, tanto en su aspecto particular como en el circunstancial, con el objeto de advertir si en presencia de las mismas condiciones se da una reacción parecida, que permitiría entonces indagar los distintos componentes de la subjetividad y relacionarlos con el comportamiento particular imputado. Así, por ejemplo, cuando se trata de establecer la "embriaguez patológica", que se produce con la mínima ingestión de un tóxico como el alcohol.

*La entrevista.* Se basa en un intercambio verbal de ideas acerca de los temas propuestos por el perito con la finalidad de conocer hechos, percepciones, actitudes, motivaciones, pensamientos y capacidad mental del entrevistado, de conformidad con la teoría aplicada por el investigador. Para que una entrevista ayude a la mejor comprensión del aspecto personal que se quiere indagar, debe realizarse con espontaneidad, sin prisa y con el simbolismo propio del entrevistado, especialmente el lenguaje.

<sup>16</sup> C. P., artículo 33: "Si la inimputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar".

En variadas ocasiones la entrevista puede servir de guía para otras exploraciones acerca de la conducta personal del entrevistado, como también de control de pruebas clínicas y paraclínicas. Por ejemplo: para determinar el grado de adaptación social de un "inmaduro psicológico", el experto en psiquiatría, a quien inicialmente es remitida la persona, puede, luego de entrevistarse con ella, ordenar la práctica de exámenes complementarios de distinta naturaleza, o remitirla directamente al psicólogo forense, a quien particularmente le corresponde el diagnóstico.

*El cuestionario.* Se emplea en el tipo de investigación fundamental de verificación<sup>17</sup> como instrumento de medida cuantitativa, tanto en forma individual como colectiva, con el fin de caracterizar las tendencias personales sobre las cuales se quiere centrar un estudio.

Recoge, generalmente, los datos individuales objetivos, de identidad civil, antecedentes patológicos, grado de instrucción, habilidad laboral, empleo, situación económica, vicios, etc., y opiniones subjetivas del interrogado acerca de los temas que interesan al perito para evaluar su conducta, procurando, eso sí, no herir sus sentimientos. Su finalidad en el peritaje debe corresponder a la verificación aproximada y provisional de una o varias hipótesis, y servir de guía o esquema de trabajo (no como medio único) en la búsqueda del conocimiento de la realidad personal que en su mundo circunstancial presenta el individuo a quien se examina. De ello depende el tipo de preguntas que contenga la encuesta: *abierta*, en la cual se da oportunidad al indagado de expresar con su propio lenguaje y mayor reflexión su concepto (ej. ¿conoce usted los efectos del consumo de alcohol?); *cerrada*, donde previamente se fijan las opciones, de respuestas generalmente dicotómicas (v. gr. ¿produce el consumo del alcohol daño en la salud? Si - No); *directa e indirecta*, según se quiera conocer un criterio, idea, actitud, etc., en el primer evento, o se trate de averiguar el modo de vida, los sentimientos, aversiones, motivos, etc., en la segunda circunstancia.

*El "test".* Aunque puede considerarse incorporado a la técnica del cuestionario, constituye un procedimiento especialísimo, puesto que se emplea como una prueba para medir las aptitudes personales en los campos cognoscitivo y volitivo, y que sirve de indicador relativo para la valoración pericial del comportamiento individual, pese a los inconvenientes que encierra su estandarización. Todas las técnicas empleadas deben ir acompañadas de una cuidadosa observación por parte del perito quien, mejor que ningún otro operador de los instrumentos de conocimiento y medida, puede ir consignando las particularidades del investigado en cada una de las cuestiones propuestas, analizando el contenido de esa información no expresada directamente en los documentos utilizados para responder.

<sup>17</sup> Se denomina "investigación fundamental de verificación" a la realizada mediante el método inductivo, por estar basada en la observación particular de fenómenos y hechos (la realidad), "con el fin de someter al examen crítico de la realidad el valor y la exactitud de una hipótesis o de un conjunto de ellas" (MIRALLES, ob. cit., pág. 166).

E) *Conclusión*

Los dictámenes periciales que se refieren a la confrontación de un sujeto real (a quien se le imputa un delito) con el sujeto hipotético de la norma (imputable o inimputable), son ajenos a la causalidad, pues no puede predicarse de ellos el nexo causal (entendido como necesidad) entre el hecho imputado y las causas del comportamiento humano. Un dictamen en ciencias sociales rigurosamente tiene que estudiar al hombre como actor de su conducta, no como un objeto de valoración, con base en determinados criterios preestablecidos y confrontados de manera determinista, estática y justificadora de una supuesta existencia de causalidad natural en la conducta humana.

5. VALORACIÓN JUDICIAL - CRITERIOS

La apreciación judicial de un dictamen pericial relativo a las *ciencias naturales* debe tener en cuenta, a efectos de servir de fundamento sólido para la decisión, los siguientes aspectos:

1º) El desarrollo de los métodos para establecer o negar la identidad, vale decir, el estado actual de la metodología científica.

2º) Las técnicas empleadas para el reconocimiento y análisis, por su especificidad, sensibilidad, precisión y margen de error. Así, por ejemplo, el reconocimiento de la cocaína ofrece el grado máximo de convicción cuando se hace mediante el empleo del cromatógrafo de gases, o de la cromatografía en capa fina o capa delgada, que no cuando se realiza con la técnica del "narcotest", por cuanto las dos primeras son de certeza (por ser específicas y de gran sensibilidad), mientras que la última es de orientación. Por ello, al perito, en el cuestionario que se le hace, debe interrogársele acerca de los métodos, técnicas e instrumentos utilizados para el reconocimiento y cuantificación (en su caso), precisando el margen de error porcentual de la técnica o el equipo de laboratorio empleado en cada caso.

3º) La motivación interna del dictamen, en la cual el experto debe explicar convenientemente todo el trabajo realizado con la muestra "problema" o sometida a identificación, sus características generales y específicas, los análisis efectuados y sus resultados, la comparación con la "naturaleza" o identidad conocida, las conclusiones a las cuales llegó y los motivos que a ellas lo determinaron.

4º) La idoneidad del perito, basada en su conocimiento teórico, empírico, su especialidad en la disciplina aplicable para la peritación, como la moralidad observada en sus actuaciones periciales, pues con alguna frecuencia se dejan llevar más por la espectacularidad del caso que por los resultados que positivamente arrojen los análisis y en ocasiones sin mayor estudio, basados simple y llanamente en las características macroscópicas de forma, tamaño y aspecto, dan su concepto, acudiendo al expediente fácil de mencionar técnicas no utilizadas o propias para esa clase de exámenes, como ocurre con algunos dictámenes grafológicos.

En las *ciencias sociales*, como de todas maneras es el juez quien frente a los hechos investigados, la prueba testimonial, documental y pericial, debe valorar el

comportamiento humano, el perito debe remitirle todas y cada una de las pruebas practicadas, indicándole las condiciones dentro de las cuales fueron aplicadas, la finalidad, los criterios de evaluación, el modelo teórico en el cual se apoyan y la apreciación general científica, una vez confrontadas y apreciadas por él.

METODOLOGÍAS DE LOS DICTÁMENES PERICIALES

BIBLIOGRAFÍA:

- BALTHAZAR, V.: *Manual de Medicina Legal*, trad. de Wilfredo Coroleu, Barcelona, Edit. Salvat, s.f.
- BERGER, PETER y LUCKMAN, THOMAS: *La construcción social en la realidad*, trad. de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Edit. Amorrortu-Murgia, 7ª reim., 1984.
- BRICHETTI, GIOVANNI: *La evidencia en el derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa-América, s.f.
- BUNGE, MARIO: *La investigación científica*, 7ª ed., trad. de Manuel Sacristán, Edic. Ariel-Barcelona-Caracas-México, 1980.
- BUNGE, MARIO: *Causalidad*, 3ª ed., trad. de Hernán Rodríguez, Buenos Aires, Ed. Universitaria, 1972.
- CECCALDI, PIERRE FERNAND: *La criminalística*, Buenos Aires, Ed. Okostaos, 1972.
- CULENARE: "Hacia una definición de la criminalística como ciencia", en *Rev. Internacional de Policía Criminal*, Núm. 142, 1960.
- FERNÁNDEZ PEREIRA, JULIO A.: *Apuntes de criminalística*, Univ. de La Habana, Facultad de Derecho, s.f.
- MIRALLES, TERESA: *Métodos y técnicas de la criminología*, México, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1982.
- MORENO GONZÁLEZ, RAFAEL: *Introducción a la criminalística*, 1ª ed., México, Ed. Limusa Wiley, 1979.
- POPPER R., KARL: *La miseria del historicismo*, 3ª ed., trad. de Pedro Schwartz, Ed. Alianza Taufus, 1984.
- POPPER R., KARL: *La lógica de la investigación científica*, 1ª ed., 7ª reimp., trad. de Víctor Sánchez, Ed. Técnicos, S.A., 1985.
- TAYLOR, I., WALTON P. y YOUNG, J.: *La nueva criminología*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1975.

# FORO HISTÓRICO

# Oración de tierra ante una justicia sin cielo (Cambio de radicación judicial de un proceso)

J. Guillermo Escobar Mejía \*

## 1. HECHOS Y ACTUACIONES

Los hechos y actuaciones que dieron lugar a la solicitud de cambio de radicación del proceso penal seguido contra Ubaldo César Acuña Carmona fueron narrados por el Tribunal Superior de Medellín de la siguiente forma:

“Los hechos fueron: El veintinueve de mayo de mil novecientos ochenta y siete se gestó y desarrolló en el Departamento del Chocó, y con mayor fuerza en su capital Quibdó, una jornada de protesta y paro cívico para exigir una serie de obras en favor de ese por todos olvidado territorio colombiano. Esa protesta fue creciendo y degeneró en una verdadera asonada en la que el tumulto pasó de esa exigencia respetuosa a la violenta; quería la turba enardecida que las autoridades provinciales y las centrales ejecutaran actos propios de sus funciones. En el desarrollo de esa tumultuaria exigencia violenta, un grupo de por lo menos quince personas apedrearon las sedes de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Palacio de Justicia, a la vez que lanzaron artefactos incendiarios conocidos como bombas “Molotov”, lo que provocó, además de los consabidos daños, conatos de incendio y destrucción de algunos documentos que en la entidad crediticia se guardaban. Como cabecilla de este grupo se señaló a Ubaldo César Acuña Carmona.

\* Profesor de las Universidades de Antioquia y de Medellín.

“La actuación. La instrucción del proceso fue dispendiosa y se trajeron muchos testimonios que daban cuenta de los actos antes descritos y de diligencias de inspección judicial se extracta su realidad.

“El entonces magistrado del Tribunal Superior de Quibdó, Dr. Luis Ramón Garcés Erazo, señaló a Acuña como el cabecilla y promotor del ataque a las ya mencionadas instalaciones (fs. 26). Trató de hacerlo desistir, pero no lo logró. Tangencialmente menciona el paro. Y, la voz de ‘agua’ que se escuchó del implicado y de sus seguidores, le dio la connotación de petición de gasolina para llevar a cabo los incendios. Se sabe que la voz ‘agua’ era el clamor ciudadano a la falencia que de tan vital producto ha sufrido siempre la capital del Chocó. En el señalamiento lo acompañó su esposa María Eugenia Díaz (fs. 55).

“Muchas personas vieron lo que sucedió pero no están en capacidad de reconocer a los autores (fs. 57, 58, 59, 79, 81, etc.). La forma en que el señor Pedro Ángel Viñuela González (fs. 79), apreció lo ocurrido, señala la verdadera dimensión del asunto: Habló de una turbamulta y expresa que «por turbamulta entiende al pueblo enardecido, concentrado en un número tal de gente que es muy difícil de descifrar». El vio a ese pueblo apredrear distintas instalaciones, enfrentarse a las fuerzas del orden, hacer exigencias.

“Testigos hay también, y no es ahora el momento de considerar su credibilidad o no frente al dicho del entonces magistrado Garcés y su señora, que ubican al encartado en sitio bien distante a la hora de ocurrencia de los hechos, como él lo pregona (fs. 94). Ver fs. 96, 103, 115 y 116, entre otros.

“Se considera. Lo que a grandes rasgos viene a describirse, fue calificado como terrorismo, incendio, falsedad en documento público y daño en bien ajeno, en la citación a audiencia que condujo luego a sentencia condenatoria\* (fs. 343 y ss.), sentencia que fue apelada. El tribunal respectivo encontró que había certeza del

\* En dicha sentencia se dijo:

“El procesado Ubaldo César Acuña Carmona, es sujeto de penas y no de medidas de seguridad, ya que es mayor de edad y además no obra en el proceso ningún dato científico que permitan (sic) situarlo dentro de las especiales circunstancias previstas en el art. 31 del C. Penal.

“Los delitos cometidos por Acuña Carmona y por lo cuales fue citado a audiencia y hallado responsable se hallan reprimidos así:

“TERRORISMO: Diez a veinte años de prisión.

“INCENDIO: Dos a diez años de prisión.

“DESTRUCCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO: Dos a ocho años de prisión.

“DAÑO EN BIEN AJENO: Uno a cinco años de prisión.

“La cantidad de pena antes indicada, deberá tomarse en su mínimo en razón de no registrar el acusado antecedentes de tipo penal, indicativos de mayor peligrosidad, por ello por mandato del art. 26 del C. Penal tenemos que este quedará sometido a la pena mínima más grave aumentada en la mitad para un total de QUINCE (15) AÑOS DE PRISIÓN. Como penas accesorias se impondrán al procesado las de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal.

“En cumplimiento de lo ordenado en el art. 364 del C. de P. P. en concordancia con los arts. 106 y 107 del C. Penal, deberá condenarse además al procesado a la indemnización de los perjuicios materiales tasados bajo la gravedad de juramento por el ofendido en cinco millones de pesos y a los morales en el equivalente a quinientos (500) gramos oro”.

hecho punible, primera exigencia del artículo 247 del C. de P. P., para un fallo de condena, pero que sobre la responsabilidad tal certeza no se daba, había duda que surgía de la práctica de algunas pruebas que consideró fundamentales y, en lo que es procedimiento novedoso para esta Corporación y más que novedoso extraño, decretó una nulidad a partir del auto que abrió el juicio a pruebas\* (fs. 281 vto.). De allí en adelante, agosto 18/89, se siguió la práctica de pruebas, la negación iterada y reiterada de solicitudes de excarcelación, etc., hasta el cambio de radicación...”.

## 2. SOLICITUD DE CAMBIO DE RADICACIÓN DEL PROCESO

Quibdó, enero 17 de 1990

Señor

Juez especializado

Doctor Francisco Álvarez

E. S. D.

John Stuart Mill, el filósofo de la libertad decía: “Es un vano sentimentalismo decir que la verdad goza, como tal verdad, de un propio poder de que el error carece para prevalecer contra las prisiones y la hoguera. Los hombres no son más celosos por la verdad que suelen serlo por el error, y una suficiente aplicación de las penalidades legales, y hasta de las sociales, basta de ordinario para detener la propagación de cualquiera de ellos. La ventaja real que la verdad tiene consiste en esto: que cuando una opinión es verdadera, puede ser extinguida una, dos o muchas veces, pero en el curso de las edades, generalmente, se encontrarán personas que la vuelvan a descubrir, y una de estas reparaciones, tendrá lugar en un tiempo en el que por circunstancias favorables escape a la persecución, hasta que consiga la fuerza necesaria para resistir todos los intentos ulteriores para suprimirla”. (“Sobre la Libertad”, en *Los grandes pensadores*, pág. 61 —subrayas nuestras—).

\* El Tribunal Superior de Quibdó, en dicha providencia, determinó:

“La nulidad se declarará a partir del auto calendarado el 10 de octubre de 1988, visible a folio 282 vto. por medio del cual se abrió el juicio a prueba (sic) en los términos del artículo 16 de la ley 2ª de 1984.

“Las pruebas echadas de menos, se practicarán conforme el inciso 2º del artículo ya citado.

“Una solicitud del procesado, desde la Cárcel de Calarcá (Quindío), sobre su traslado a esta ciudad, se resolverá favorablemente para la práctica de las pruebas antes enunciadas y todas aquellas que exijan su presencia, lo cual dispondrá el a quo oportunamente.

“Por lo expuesto, la Sala se aparta del concepto del señor Agente del Ministerio Público, y en consecuencia sin necesidad de más consideraciones, administrando justicia en nombre de la República y autoridad de la ley.

”RESUELVE:

”Declarar la nulidad de lo actuado en este proceso, a partir del auto de fecha 10 de octubre de 1988, a folio 281 vto.”.

Ha llegado, así lo afirma nuestra fe en la justicia, un tiempo de Resurrección para la Verdad y la Equidad. Se inicia con esta solicitud que pretende, en lo jurídico, el cumplimiento de la parábola: “recoged primero la cizaña y atadla en gavillas para quemarla, y al trigo juntadlo en mi granero”.

Lo único que os corresponde, es enviar a la Honorable Corte Suprema de Justicia el proceso penal que martiriza a Waldo César Acuña Carmona con la solicitud de su cambio de radicación de este Distrito Judicial. Y, claro está, con los anexos.

Esto, porque considero, lo expreso paladinamente, que acá la Justicia no posee cielo ni esperanza.

Así cumplo con las exigencias del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal; es decir: el solicitar “ante el funcionario que esté conociendo del proceso, quien enviará la solicitud con sus anexos, a la corporación a la cual corresponde decidirlo”. Huelga el manifestarle que la unidad probatoria básica de mi petición es el proceso mismo.

Cortésmente,

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

Quibdó, enero 17 de 1990

Honorable Corte Suprema de Justicia  
Sala de Casación Penal  
Bogotá, D.E.

Ref.: Solicitud de cambio de radicación del  
proceso penal de Waldo César Acuña  
Carmona.

Honorables Magistrados:

Conocí Quibdó a finales del año pasado, cuando tuve el honor de ser invitado por la Universidad Pontificia Bolivariana que, en conjunción con la Universidad Tecnológica del Chocó, realizó, en aquella ciudad, un Seminario de Ética.

Fue conocer un mundo nuevo: Quibdó con sus cien mil habitantes; sus calles sin pavimentar y su caserío tugarial, techado con latas herrumbrosas; y, sin industrias; con su comercio regido por “blancos” que escriben en las vitrinas: “compro oro y platino” que, por doquier, venden los pobres mineros, en chispas o piedrecillas, para comprar, a su vez, un pedazo de pan, una yarda de tela o cualquier cosita prosaica, de esas que exige la subsistencia; es, a no dudarlo, en realismo mágico y tropical: la capital de la pobreza absoluta, sin eufemismos. Allí, el turista por fuerza de la necesidad ha de acomodarse en un hotel sin estrellas, tipo doméstico,

y compensará las estrecheces pensando que su casa, evocación de lejanía, es, en verdad, una mansión. Al tiempo, lo sorprenderá la desidia oficial que está restaurando a paso de tortuga, en el Parque Centenario, un magnífico edificio que funcionaba, otrora, bajo el bello nombre de “Hotel Citará”, que se fue cayendo en ruinas por falta de un adecuado sostenimiento.

Sin embargo, así a la ligera, el Chocó le dejará como prendas y recuerdos: la imponente belleza del Atrato y el dolor de ver el irrespeto a sus márgenes ocupadas por la maleza y las basuras; jamás borrará de su memoria su vieja catedral en ladrillo y carcomido cemento, porque se exorna con un fenómeno natural que sorprende y extasia: todas las tardes, a la hora del angelus, recibe una emigración de golondrinas que se aposentan en sus arcos, en las cornisas, en las torrecillas góticas y en los alambres de la luz, en tal infinitud que semejan un vivo y milagroso adorno de piñata espiritual en comunión con la tierra, la sencillez y la humildad. Y, sobre todo, acogerá el alma la enseñanza colectiva de la bondad de su gente, su dulce y musical garrulería, su alegría ingenua, honrada y buena. Y como allí no hay ladrones, ni mendigos, comprenderá que por alguna fuerza superior e inasible, tal vez de su raza que en el sufrimiento secular cristalizó las lágrimas, ha resultado que también el hambre puede ser digna y vestirse de gala y de fiesta; su estoicismo es existencial: canta, ríe y danza. En aquella ocasión me enteré del proceso penal que tiene como sujeto pasivo al señor Waldo César Acuña Carmona. En los Foros de Ética se mencionaba. Hablaban de su cruz como de una culpa colectiva o un dolor que quisiera gemir. Alguna que otra voz tenía ira; pero, la nota prevalente era, ya lo he dicho, un sufrimiento que tenía necesidad de suspirar. No sentían resquemor, o tal vez sí, yo no sé... Eso sí, no me equivocó cuando afirmo que la vivencia era... un *anhelo* —vocablo sutil como el aire— de *justicia*.

Esta palabra y este sentimiento tienen más valor en los pobres que en los ricos, porque en ellos es el sentido común de la vida y de lo elemental, lo que es esencial y decantado y purificado por la cotidianidad universal. Por esto, cuando el humanismo teorizó, en el ayer jurídico y filosófico, sirvió de prana a las doctrinas del “derecho natural”, lo cual no descarta sino que exige lo político y lo trascendente; en cambio, la justicia de los poderosos tiene poco corazón natural, pero un amplio vientre que ama y exige la gula, lo impertinente y todo; y, todos los antojos.

En este memorial hablaré de la justicia de los pobres. Y voy a pedir un cambio de radicación cuyo anexo número uno, es un respaldo con 10.000 firmas que por ser pacíficas, son, evidentemente, más respetables.

¿Qué colombiano puede recoger 10.000 firmas solidarias con su infortunio? Y, ¿por qué? La respuesta viene desde Lope de Vega: “todos a una, Fuenteovejuna”. Waldo Acuña, en su soledad carcelaria, es la síntesis humana del movimiento cívico de mayo de 1987, al menos, como memoria humillada, encadenada y escarneada. Es el cordero. Es un símbolo: representa al Chocó irredento con su único despertar en un Quibdó tumultuario que recordaba al país nacional que ellos eran Patria y existían. Por esto Amnistía Internacional prepara una campaña mundial que declarará a Waldo Acuña “como preso de conciencia” porque él es el único

detenido por lo que hiciera Quibdó; es decir: "Fuenteovejuna". (Ver anexo dos: informe de la Revista "Solidaridad" de septiembre de 1989).

Esta circunstancia, por sí sola, faculta y aconseja el cambio de radicación del proceso penal, porque está demostrando que existen elementos sociológicos, hoy mansos pero potencialmente explosivos, que, como lo señala el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, pueden "afectar el orden público". Máxime, cuando, como lo voy a demostrar, ya se enfermó de manera grave y gangrenosa: la imparcialidad, las garantías procesales y la independencia de la administración de justicia. Es decir: todo el eje, toda la línea de luz que sustenta la validez de esta figura procedimental que se nutre de prudencia, sabiduría, equidad y comprensión.

Pruebas al cántaro sobre la segunda afirmación: El 22 de abril de 1988 se realizó una "Marcha contra la justicia", por las calles del centro de Quibdó. Se respaldaba al detenido Waldo Acuña (ver el oficio del DAS número 619, visible al folio 244). Es evidente que con base en esta circunstancia, para bien de la justicia, se pudo pedir el traslado del proceso (artículo 79), pero el magistrado Luis Ramón Garcés Erazo que resulta ser, en este proceso, el testigo acusador número uno, empeece a que en providencia fechada ese 27 de abril se había "declarado separado del conocimiento de este proceso" (véase folios 231-239), resuelve, por sí y ante sí, extraprocesalmente pero sirviéndose abusivamente de su cargo y jerarquía, castigar, cualquier ofensa recibida, en el cuerpo y en los derechos procesales de Waldo Acuña.

Para tal efecto se dio a la tarea de construir, mediante oficios y respuestas, una cartilla contra la reputación y la bella personalidad social del procesado. Es tan desmesurado su diligenciamiento que hace recibir el testimonio de don Alirio Rentería (folio 249), un maestro que en 1978 (diez años atrás) se dio de puñetazos con su alumno de entonces: Waldo Acuña. Y, ladinamente, presiona una vía indirecta, la del señor director de la cárcel, don Carlos Arturo Pino Mosquera. Lo hace mediante el oficio 0479. Construye a este modesto funcionario para que traslade a Waldo Acuña: "a la cárcel que determine" y lo impresiona con documentación numerosa: a) Fotocopia de mensaje enviado por él al ministro de gobierno; b) Fotocopia de oficio enviado al director seccional del DAS; c) El acta de la visita que a petición suya realizara la Procuraduría Regional a la Cárcel Distrital de Quibdó; d) Violando la reserva del sumario le envía la fotocopia de la certificación jurada que él, como testigo, rindió en el sumario de Acuña. Y en fin, con cita pomposa en la cual afirma que tan solo quiere "proteger la democracia y las instituciones y al orden público", hace el introito a la expresa coacción: "... recabo que tomo esta determinación —lo dice— en mi condición fundamental de magistrado de la Sala Penal de este tribunal, pues me correspondió como sustanciador en segunda instancia conocer del proceso correspondiente" (para probar lo anterior valga citar los folios 242 y 243 del proceso penal).

A los seis días, el débil funcionario, destinatario de la petición, rebasando sus funciones, calma al magistrado informándole, en escrito visible en el folio 251, que dos días después de recibir su oficio, "... el día viernes 29 de abril de 1988, a las 7:00 a.m. fue trasladado el interno Ubaldo Acuña Carmona de este establecimiento a la Cárcel del Distrito Judicial de Pereira..." (después de manera absurda,

tardía y connivente, la Dirección General de Prisiones, el 13 de mayo, "legalizó" (?) aquel traslado. Ver folio 259; el interrogante es nuestro).

Se había cumplido la violación del artículo 424 del Código de Procedimiento Penal: "establecimiento para cumplir la detención. La detención preventiva a que se refieren las disposiciones anteriores, debe cumplirse en la respectiva cárcel del circuito o distrito y, en su defecto, en la cárcel municipal correspondiente. Ninguna persona podrá ser recluida en establecimiento para cumplimiento de pena, mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada".

Inserto a esta norma está la garantía procesal de estar cerca del proceso, lo cual posibilita su estudio, su vigilancia y presto diligenciamiento. Tampoco se puede, en lo humano, trasplantar traumáticamente a un detenido de una cárcel a otra (después lo pasarán a Calarcá), porque ello es arrancarlo de raíz de su lar, privarlo de su ternura, de sus amigos, conocidos y familiares. Nadie podrá medir jamás el dolor ocasionado a su esposa y a sus cuatro hijos; y, tampoco debe perderse de vista la ruptura de la confianza y de la moral, necesarias al detenido, para que la cárcel no lo deteriore. Es, al menos, su derecho jurídico porque lo asiste aún la "presunción de inocencia" y maltrecha quedará su alma arrastrándola por las plurales podredumbres carcelarias.

Pero no contento con esto, el magistrado de marras también legalizó (?) su conducta. Le bastó arrimar la ominosa cartilla "de oficios y comunicados", mediante un cínico escrito que obra al folio 240, el oficio 0511, dirigido al honorable magistrado Elí Gómez Ortega y cuyo tenor literal reza: "Para su conocimiento y a objeto de que sea anexada al proceso, tengo el gusto de hacerle llegar la documentación relacionada con el traslado del interno Ubaldo César Acuña Carmona, sindicado de terrorismo, incendio, falsedad en documentos y daño en cosa ajena, de esta cárcel distrital a la de Pereira, por órdenes de la Dirección General de Prisiones" (?). "Son doce folios en fotocopia" (subrayas y signo de interrogación, por fuera del texto).

Y... así se hizo: pasaron a ser prueba sin que fuese óbice el observar que estas groseras materialidades, no ordenadas acorde a la normación adjetiva, merecen que hayan sido calificadas, por la doctrina alemana, con el criterio de "pruebas envenenadas", por causa de su ilegalismo. Esto difícilmente lo comprendería el juez de primera instancia, doctor Francisco Álvarez, quien con particular delectación hizo uso de ellas en su horrible sentencia condenatoria, la que hizo sumas aritméticas hasta los quince años de prisión, que, afortunadamente, anuló el Honorable Tribunal de Quibdó.

Y cómo no hablar de fruición represiva e inexorable por parte de este funcionario "especializado" cuando su instrucción procesal es recortada en lo sociológico, porque el real acontecer significaba reducir la investigación a términos de lo simplemente policivo; o, en hipérbole del rigorismo, tan solo alcanzaría a constituir el delito de "la asonada" en concurso con el de "daño en bien ajeno", cuyo significado inmediato era —y sigue siéndolo!— el derecho a la libertad de este ciudadano que lleva en la cárcel dos años ominosos y espantosos e irreuperables.

Además, imaginó que el delito de “daño en cosa ajena” contra un inmueble que sufrió ruptura de vidrios y un conato de incendio que fue fácilmente apagado por Silvio Patiño y Gilberto Aguilar, celadores de la Caja Agraria, ayudados por dos agentes de la Policía, utilizando únicamente los extinguidores que estaban a mano, podría duplicarse (como si no existiera el principio del *non bis in idem*) en otro delito autónomo: el de “incendio”, que, a su vez, quiso explicar bajo un propósito malévolo que se nutre con la más temeraria y perversa de las conjeturas; dijo: “A folio 192 del original, aparece una constancia expedida por la Gerencia Regional de la Caja de Crédito Agrario en donde se hace alusión a que las señoras Victoria María Córdoba y Accisa Palacios de Valdés, eran para la época deudoras de dicha entidad crediticia; esto comporta un motivo para que Acuña sabedor de que para esa época se hallaba una visita de auditoría y establecida su ubicación de archivo pretendiera con dolo específico destruir las pruebas que comprometerían como deudoras a su esposa y cuñada” (página 12 de la sentencia condenatoria dictada el 3 de marzo de 1989).

Nada apoya este engendro conjetural: basta con decir que aquella documentación de crédito no fue destruida; que no existe una sola línea en el proceso que haya puesto en duda la honradez de Acuña; menos aún de su distinguida esposa y de su cuñada, las cuales religiosamente estaban descontando su deuda, al punto que doña Accisa Palacios, para aquella fecha, la tenía prácticamente cancelada: debía de los \$ 250.000 iniciales tan solo un saldo de \$ 14.883.45 (ver certificación del folio 192).

A pesar de ello, el señor juez produce un sorites kafkiano: se inventa el más estrafalario de los delitos para poder condenar a Acuña también por “destrucción de documento público” (ni siquiera “documentos privados”, porque con peregrina tesis los cualifica), ya que dizque en una inspección que hiciera el DAS, folios 19 y 20, se encontró que se quemaron: algunas máquinas de escribir, papelería varia, cheques, etc.; entonces, el juez de marras deduce: como su esposa y cuñada debían algún dinero es de suponer que Acuña tenía “motivación específica”; “al parecer Acuña conocía su ubicación exacta y en la que precisamente reposaban documentos de esa naturaleza”; por lo cual, concluye: “parece ser pues que hubiese un poderoso motivo para su aniquilamiento. Destruir equivale a deshacer el documento privándolo de su existencia material...”.

Así las cosas, hizo suma de penas y condenó a quince años de prisión.

Todo lo anterior no se explica, cabalmente, por ignorancia o superficialidad jurídica. No, hay más: posee malos ojos para el procesado. Ello se prueba y se hace evidente cuando para no aceptar como prueba defensiva la posición pacifista que a las 12:30 del día demostrara Acuña al solicitar que “no tiren piedra”; se permite fantasear: “afirma la defensa y con base en lo consignado en documento fímico (sic), que la actitud pasiva y conciliadora de Acuña a eso de las doce y media no puede convertirse horas después en una fuerza feroz, avasalladora y destructora. En realidad de verdad, la historia registra la existencia de personajes quienes en el día son distinguidos ciudadanos y en la noche oscuros criminales; el Conde Drácula por ejemplo en el día era el Conde quien dormía plácidamente y en las

noches se convertía en un oscuro y sanguinario personaje...” (debió decir: “...en un oscuro y sanguinario vampiro...” —página 12 de la sentencia aludida—).

Si se dijese que estos errores pueden ser corregidos por el superior, mediante el recurso de apelación, entonces, ninguna esperanza quedará al procesado y a su defensor. Porque el señor Fiscal del H. Tribunal, trabaja y piensa lacónicamente. Su concepto ante una sentencia que condena a un hombre a 15 años de prisión, es decir, la demolición de su vida es, en lo formal y esencial, algo así como un telegrama —cuyas palabras podrían contarse— y sin análisis alguno pide confirmar la sentencia.

Y el H. Tribunal, que me merece respeto y admiración, incurre en un error garrafal que requiere, dado su tamaño, una explicación casi sicoanalítica. Veamos:

Al revisar la sentencia de primera instancia se convence de que no existe plena prueba para condenar al señor Acuña. Así lo expresa con diafanidad de hermosísima transparencia: “conforme las apreciaciones que anteceden, ha de afirmarse que el haber omitido la práctica de tan importante diligencia, o pruebas, conducen a no determinarse con exactitud y precisión a Acuña Carmona, en la responsabilidad de la conducta atribuida, amén de resultar supremamente extraño que ningún esfuerzo se hubiera hecho de parte de las autoridades, para localizar o descubrir siquiera uno más, del grupo de 15 a 25 personas que se dice lo acompañaban cuando tuvieron ocurrencia los sucesos investigados” (página 19 de la providencia aludida).

Ello significa, en lógica jurídica, lo que luego expresará, con diamantina exactitud la misma providencia:

“Se concluye entonces, que bastan las anteriores apreciaciones, para sostener esta Sala, que no están dados por completo los factores del artículo 247 del C. de P. Penal...” (página 21).

La norma citada, reza: “Artículo 247. *Prueba para condenar*. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del acusado”.

Si agregamos el artículo 248, del mismo código y de obligada concordancia, nos encontramos con un imperativo absolutorio; dice: “*In dubio pro reo*. En los procesos penales toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla”.

El proceso estaba concluido; sus términos, increíblemente, extralimitados: tenemos un expediente de unos 400 folios, apasionadamente adelantados contra Acuña, que se inició desde el dos de junio de 1987; sin embargo, el Honorable Tribunal, contrariándose a sí mismo, decide decretar una nulidad para poder ordenar la prueba que a su entender hace falta para poder condenar, sin mala conciencia, al señor Acuña.

Esto, no lo haría ni un estudiante de Derecho; ¿por qué lo realiza un tan distinguido Tribunal como el de Quibdó? Hay algo no confesado y tal vez no consciente: la Sala, que es dual, y que tuvo que nombrar un conjuer para reemplazar al magistrado-testigo: Garcés Erazo, no ha podido desprenderse de lo reverencial o del nexo íntimo que intelectualmente produce un nudo demasiado fuerte, por no decir influyente. Esto se expresa, si se lee entre líneas, en la siguiente lectura: “...Nadie puede osar poner en el campo de la dubitación, un testimonio rendido

por una persona, autoridad, como el doctor Luis Ramón Garcés Erazo, a cuya versión tantas veces se ha hecho referencia. Empero, nada se perdería, si no al contrario, un gran aporte al derecho y a las garantías procesales se habría podido hacer, si de inmediato se actúa con destino a verificar de manera efectiva cada una de las citas de todos los deponentes, y en especial la del propio doctor Garcés Erazo, de su señora esposa María Eugenia Díaz de Garcés..." (página 16, pasando a la 17, de la resolución judicial del 18 de agosto de 1989).

Lo anterior nos obliga a recordar, nuevamente, el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal: "El cambio de radicación podrá disponerse cuando en el territorio donde se esté adelantando el juzgamiento, existan circunstancias que puedan afectar ... la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia..." Quiero terminar ratificando y clarificando una verdad: Waldo Acuña Carmona es un preso político. Mientras este encadenado pervive el movimiento cívico de mayo de 1987, como en el rescoldo anida el fuego. Una absurda instrucción sumarial, miope o sectaria, encubre esta realidad sociológica, pero .... ¡le teme y al par la odia!

Así lo demuestra el oficio 137, enviado el 16 de febrero de 1989, al señor Comandante de la SIJIN. Su tenor literal es el siguiente:

"Distinguido jefe: por informaciones radiales he tenido conocimiento que para la noche de hoy o mañana, se está convocando a los estudiantes de la Universidad Tecnológica del Chocó, a una asamblea general. Comoquiera que esto puede estar relacionado con la presencia en esta ciudad del detenido Waldo César Acuña Carmona, comedidamente me permito solicitar a usted, destaque unidades bajo su mando, a fin de que mediante labores de inteligencia establezcan lo pertinente. Atentamente, Francisco Álvarez Córdoba —juez especializado—".

Este oficio es indecoroso: el espionaje universitario jamás podrá ser un recurso judicial. Pertenecen a regímenes que odian a la democracia y a la libertad. Lo sabe Chile y mi generación lo recuerda, con sufrimiento propio, en épocas de la dictadura del General Rojas Pinilla. Un juez que es hijo de una universidad, mal puede ordenar esto porque así atenta contra la autonomía de los claustros venerados; y, además de ser temeraria, ya que una simple convocatoria a una asamblea no debiera conducir a tan excesiva reacción, resulta conflictual, porque el espionaje en predios estudiantiles es irrespeto y provocación.

Sin embargo, hemos de estar agradecidos si miramos el otro aspecto: nos revela todo su talante y explica su conducta judicial: por ser así, o pensar así, el señor juez en su instrucción ignoró —y tuvo que ser adrede—: que los sucesos del Palacio de Justicia y de la Caja Agraria eran secuencias dialécticas de una unidad dinámica: el paro cívico de Quibdó; que este surgió del altruismo, del amor a la patria chica. Que se gestó en la oficina de un líder respetado y respetable: el doctor Marcos Tobías Cuesta, quien reunió, bajo la bandera amarilla y verde del Chocó, a las personalidades más representativas y allí se discutieron 18 solicitudes al gobierno nacional; 9 de ellas prioritarias: acueductos y alcantarillados; ampliación de la planta telefónica; el puente de Yuto sobre el Atrato; continuación de la carretera a Bahía Solano; ciudadela universitaria; inclusión del Chocó en el Plan Nacional de Rehabilitación; hospitales y centros de salud; edificio para el "SENA"; aeropuertos para

Pizarro, Juradó y Riosucio; etc. Que en el paro cívico participó toda la población: profesionales, sacerdotes, universitarios, hombres, mujeres y niños (anexo número tres: hoja periodística perteneciente a "El Tiempo").

Por un momento —que quíerese o no, será histórico—, la expoliación ocupó su sitio de escarnio; y, la justicia explicó su paradoja: es el Chocó un tesoro de oro, platino, mares, ríos profundos e indescriptible riqueza vegetal. El hombre chocoano gime en la miseria, mientras se talan sus selvas y las transnacionales devoran su riqueza; y, su natural destino de cruce interoceánico, marca amenazas de extrañamiento porque es programa latente del variante capricho del poder y la geopolítica de dominación mundial.

En todo lo suyo, la explotación ha marcado el hierro candente de la esclavitud. Ayer en la carne, hoy en el alma.

La humildad de algunas peticiones muestran la justicia del movimiento cívico: la palabra "Chocó" significa: "hombre de agua"; tal vez por el Atrato, el Quito, el Andágueda, el Baudó, el San Juan, el Iró, etc. Cada uno de ellos está inyectado de veneno por la irracional y codiciosa explotación mineral de consorcios capitalistas y transnacionales. Este "hombre de agua", paradójicamente se muere por falta de agua potable. Tiene sed: en el Chocó no hay acueductos ni alcantarillados; el de Quibdó es deficiente e insalubre. En parte a los chocoanos los salva su cielo tormentoso: no existe sobre la tierra-mundo un punto geográfico con tal densidad de lluvia; pero, por ello mismo —como todo el litoral del pacífico— es el paraíso del zancudo, cobertizo selvático de enfermos sin drogas, sin médicos, sin hospitales. Los servicios de prevención no existen, hay un deliberado y planificado desprecio por el medio ambiente y el hombre. Sumad a esto el hambre y así tendréis a la vista el esqueleto de su pobre condición.

Ello explica que a pesar de ser la raza más resistente al calor, a las inclemencias y al sufrimiento —lo cual ha fijado su destino universal de colonialismo y explotación—, solo les queda el oro de su alegría, su risa de diamante y el ritmo del tambor y de su danza, que nadie jamás ha podido colonizar.

Para que comprendiéramos esto, un gran pensador que amaba la filantropía y la utopía como caminos de piedad que transitará la humanidad, el perillista médico brasileño JOSUÉ DE CASTRO, lo sintetizó en una expresión, lo llamó: "geopolítica del hambre", así para explicar que no son males que brotan de la tierra o llueven del cielo, sino efectos de sistemas políticos que deshumanizan y agravan al hombre. Su costo es la vida. La orgánica, la colectiva, la de un pueblo: la desnutrición, la parasitosis, el paludismo, en fin, su indefensión, hacen que el promedio de vida del hombre chocoano sea tan solo de 40 años. Las estadísticas de mortalidad infantil —primordialmente por gastroenteritis— producen horror.

Yo sé que algunos jueces menosprecian lo sociológico. Como en la medicina anterior a Pasteur, creen en la generación espontánea de las contravenciones y los delitos. Por ello su justicia es anacrónica y tiene la indignidad de ser ahistórica. Y, sus reflexiones jurídicas tienen por brújula al yerro judicial, ante el cual no se estremecen porque han condicionado sus sentimientos para obrar con insensibilidad. Su individualismo es tan cerrero, que los parcializa y fanatiza. Son ciegos del espíritu.

Es el caso del señor juez "especializado", que escuchando el furor de un magistrado-testigo (al parecer ebrio: porque perdió la noción del tiempo y de sus acompañantes), convirtió la acción popular en conducta de un solo individuo, contra el cual instruye cerca de 400 folios vengativos, y llama terrorismo lo que era ímpetu de dolor: esa tarde la policía había derramado la sangre del estudiante Jaime Bechara. No existía, entonces, el dolo siniestro, anárquico, frío, que caracteriza a aquel delito. Los líderes cívicos, como lo expresaron a la revista "Solidaridad", pensaban y aún piensan que "la lucha cívica no puede ser catalogada como crimen, por lo tanto no se puede condenar como terrorista a quien exige sus derechos y los de su comunidad"; y es tan cierto esto de "sus derechos" que el gobierno nacional, después de estos hechos, firmó un pacto en el cual se comprometía a "no tomar represalias" contra ninguno de los participantes en el paro cívico; y, después, ha venido cumpliendo las concesiones materiales y presupuestales de aquel pacto: el acueducto de Quibdó recibió una partida de \$ 40'000.000; para la carretera de Bahía Solano el gobierno giró \$ 499'000.000; Telecom está ampliando las redes telefónicas; el "CONPES" aprobó la inclusión de todo el Chocó en el Plan Nacional de Rehabilitación; la "Ciudadela Universitaria" ha recibido \$ 150'000.000 de los \$ 350.000.000 que fueron autorizados; se atendió a la necesidad del puente de Yuto; y, se giraron \$ 190'000.000 para los aeropuertos de Riosucio, Juradó y Pizarro. (Ver: hoja periodística de "El Tiempo" y anexos 4, 5 y 6 que corresponden a recortes periodísticos de prensa de Quibdó). A estas conquistas sociales el señor juez "especializado" ha querido ponerles el rótulo de "terrorismo inútil"; y, un sello a la libertad de un hombre por quince años de prisión. Cuando, si quería ver delitos, tenía que encasillar la conducta de "la asonada": "los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones...". Lo cual significaría pena de arresto y derecho a la excarcelación. Así, porque esto sería un hecho cuya calificación admitiría la bella definición que del "delito colectivo" diera CONCEPCIÓN ARENAL: "Es una acción penada por la ley, e inspirada, no por el egoísmo, sino por una idea, un sentimiento, una pasión común a un gran número de personas, y cuyo fin es hacer triunfar una causa".

Honorables Magistrados:

Suplico a vosotros el cambio de radicación del proceso penal de Acuña Carmona. No toméis como irrespeto a vuestro albedrío que suspire por el Distrito Judicial de Medellín, porque mi defensa de Acuña es gratuita. Creo que ser *ad vocatus* de lo justo es el precio mínimo que pagamos a nuestra hermosa profesión. Represento, eso sí, al Consultorio Jurídico de la muy noble Universidad de Medellín.

Además —permitidme pecar de ingenuidad, si tal es mi falta—, pienso que la majestad de la justicia impide dilación en la acción reparadora: el sufrimiento de Acuña y de su familia enmarca un lapso carcelario de dos años. Su último dolor: negarle el permiso para asistir al entierro de su padre. Entonces, la inmensa irregularidad judicial reclama excepcional respuesta, y así no sea usual en este tipo

de peticiones, qué hermoso es soñar con una Corte Suprema que recoja, en su alta soberanía, luz jurídica y luz social, para sembrar, sobre todas las oscuridades arreboles de piedad y el jardín de una negada y ya tardía *libertad*.

Con gentileza y respeto,

J. GUILLERMO ESCOBAR M.

### 3. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente: Dr. Jaime Giraldo Ángel.  
Bogotá, febrero 28 de 1990

#### *Antecedentes y consideraciones*

1. El peticionario, con apoyo en los artículos 78 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, solicita el cambio de radicación del proceso adelantado contra su procurado Ubaldo César Acuña Carmona, por considerar que existen, según expresa, "elementos sociológicos, hoy mansos pero potencialmente explosivos", que pueden afectar el orden público. Aduce igualmente que "ya se enfermó de manera grave, gangrenosa: la imparcialidad, las garantías procesales y la independencia de la administración de justicia".

2. Como pruebas de las causales que invoca —motivos de orden público y circunstancias que afectan la imparcialidad y la independencia de la administración de justicia—, anexa 57 folios contentivos de firmas de ciudadanos chocoanos que apoyan el cambio de radicación; recortes sin autenticar de periódicos regionales sobre el "paro cívico" del Chocó de 1987 y un editorial contra el magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó Luis Ramón Garcés Erazo; información del diario "El Tiempo" sobre el cumplimiento del gobierno nacional a los puntos acordados con la ciudadanía chocona por razón del paro; informe sin autenticar del DAS sobre supuestos preparativos de un atentado contra el presidente del Tribunal Superior y sobre la realización de una marcha contra la justicia en la que se injurió de palabra a esta y a sus dignatarios.

Afirma también que el principal testigo de cargo es un magistrado del Tribunal Superior del Distrito, que no solo se ha limitado a dar su testimonio sino que también ha elaborado pruebas sobre la personalidad del sindicado para lograr, como en efecto lo hizo, su traslado a una cárcel en lugar diferente al de su juzgamiento; hace cargos al juez del conocimiento sobre presunta parcialidad contra el encartado y señala finalmente la falta de garantías que ofrece el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Quibdó como juez de segunda instancia para la revisión del proceso, pues el fiscal de tal corporación es, según sus palabras, "de trabajo y pensamiento lacónico" y la Sala de Decisión del Tribunal "no ha podido desprenderse de lo reverencial o del nexo íntimo que intelectivamente parece un nudo demasiado fuerte, por no decir influyente", con respecto al principal testigo del proceso el mencionado magistrado doctor Luis Ramón Garcés Erazo.

3. a) El legislador ha establecido el instituto del cambio de radicación como solución extrema a situaciones igualmente extraordinarias que se presenten al exterior de la función administradora de justicia y que de manera grave afecten al juez o cualquiera de los sujetos procesales en el legal y pacífico ejercicio de sus respectivos deberes y derechos.

b) En el caso que hoy ocupa a la Corte, resulta evidente la conveniencia de autorizar la variación del lugar de radicación del proceso. En efecto, la petición y sus anexos probatorios demuestran que el juzgamiento de Acuña Carmona es una labor en especial difícil para la administración de justicia en la jurisdicción territorial del Chocó, pues hay creadas situaciones de conflicto que podrían afectar el orden público en tal lugar.

El primer hecho demostrativo de la difícil situación de orden público existente en Quibdó por razón del juzgamiento de Acuña es precisamente el paro cívico que dio origen a la investigación que ahora adelanta el Juzgado Único Especializado de Quibdó contra este, pues tal movimiento dividió a la población chochoana en 2 bandos claramente diferenciables; los partidarios de este y los contrarios al mismo por considerarlo una inútil demostración de fuerza.

La división que el paro originó entre los habitantes del Chocó se ha trasladado al proceso mismo, tal como lo demuestran los 52 folios de firmas de ciudadanos chochoanos que respaldan la solicitud del apoderado del procesado e igualmente el hecho de que el principal testigo de cargo sea un magistrado del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, a quien esta corporación hubo de declarar separado del conocimiento del proceso en aras de proteger la imparcialidad judicial.

Salta a la vista que si el apoderado de Acuña logró recoger tan importante número de firmas de pobladores de esa región territorial, es porque hay latente en la población un manifiesto sentido de simpatía hacia el procesado lo que correlativamente crea también un sentimiento de animadversión hacia la institución judicial encargada de juzgarlo y en el evento de una sentencia adversa al inculcado podría generar conflictos socio-políticos que precisamente a la administración de justicia no le corresponde auspiciar.

Existe igualmente la particular situación de que en la investigación aparece como principal testigo de cargo un magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, lo cual puede sustentar y acrecentar suspicacias contra la imparcialidad judicial como ya viene acaeciendo y agudizar la ya delicada situación de orden público.

Por competencia el conocimiento de la investigación le corresponde a los juzgados especializados, pero en el Chocó no existe sino uno y aunque la relación de dependencia jerárquica entre el juez y el magistrado-testigo no necesariamente debía

acarrear la parcialidad del juez de la causa, es insoslayable que tal relación resulta un obstáculo para la correcta evaluación de las pruebas y el adecuado juzgamiento del procesado, máxime si al vínculo jerárquico se le agrega el hecho de que el magistrado ha mostrado particular interés en la causa y a pesar de estar separado del conocimiento del proceso (por orden de esta corporación) ha intervenido en ella, por lo menos en cuanto hace al sitio de detención del inculcado.

Aparte de lo anterior, la preeminencia social, el respeto a su dignidad y las relaciones de colegaje con los demás integrantes del Tribunal Superior hacen extensivas las razones anotadas a la corporación.

En definitiva, se dispondrá el traslado territorial impetrado, transfiriendo el conocimiento del asunto en lo sucesivo al Distrito Judicial de Medellín, para lo cual se enviará el proceso al juzgado especializado de esa ciudad en reparto, por la facilidad geográfica y de comunicaciones que ofrece ese territorio, dada la cercanía al lugar en donde hasta ahora se adelantó el asunto, no sin antes advertir al señor juez especializado del Chocó, que para la tramitación de una solicitud de cambio de radicación el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal autoriza solamente el envío de la petición y sus anexos a la Corporación que ha de decidir, y no del proceso en su totalidad.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

*Resuelve:*

1. *Ordénase el cambio de radicación* del proceso que contra Ubaldo César Acuña Carmona se adelanta en el Distrito Judicial de Quibdó a través del juzgado especializado adscrito a esa jurisdicción, al Distrito Judicial de Medellín, de conformidad con lo previsto en la parte motiva de esta decisión.

2. *Envíese el proceso al juzgado de origen*, para que complementado con sus copias y anexos, sea remitido al sitio de su nueva radicación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

#### 4. CONNOTACIÓN CLARIFICADORA

El Tribunal Superior de Medellín, en sabia providencia de 11 de junio de 1990, cuyo ponente fue el H. magistrado Dr. Humberto Rendón Arango, en sala integrada por los magistrados Dra. Gema Saldarriaga Agudelo y Dr. León Darío Botero Escobar, determinó que se trataba del delito de asonada. Ello constituye valiosa y nacional jurisprudencia en relación con los paros cívicos y es gota de cordura en tantas confusiones que entenebresen las actuales decisiones judiciales.

*Nota epilogal:*

Es grato señalar la libertad de Ubaldo César Acuña Carmona, el 11 de junio de 1990.

**DEBATES**

## Justicia y ministerio público en el pacto para la reforma \*

Grupo de estudio del Instituto de Derecho Penal  
y Criminología de la Universidad de Medellín

Existen realmente dos posibilidades que ameritan la adopción de nuevos textos constitucionales o la introducción de reformas significativas en los mismos.

En primer lugar, la irrupción de un movimiento insurgente que defenestrando el orden establecido, consiga transformar radicalmente las estructuras económicas, sociales y políticas hasta entonces imperantes y entronice, de paso, un nuevo modelo institucional.

Y, de otra parte, la necesidad de ciertas clases y grupos empeñados en impedir la acción de fuerzas sociales insurgentes y en refinar las herramientas estatales con miras a hacer más sutil la dominación.

Cualquiera de tales posibilidades implica, por lo menos, la existencia de un proyecto político portador de la ideología e intereses de quienes pretenden establecer el nuevo marco de legalidad o remozar el que ha venido operando.

Tal proyecto político, de suyo, solo es viable en la medida en que se disponga de fuerza suficiente como para imponer los propios intereses objetivos específicos como sobredeterminaciones de los de otros grupos, clases o fracciones también presentes al interior del contexto social global.

Cualquiera de esas opciones, además, es portadora de una determinada visión acerca del papel que dentro del mismo proyecto político se le asigna a la justicia y al ministerio público (por ejemplo, en el caso que nos ocupa, posibilidad de radicar la investigación criminal en cabeza del ejecutivo para quitarle el carácter exclusivamente judicial

\* Documento de trabajo del grupo de estudio sobre "Constituyente y justicia penal" que coordina el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín.

a dicha actividad, con el fin de colaborar con la rama judicial, revisión de los procedimientos para la concesión de indultos por delitos políticos, permitir que entidades o autoridades administrativas puedan cumplir funciones judiciales, bajo el control de los jueces, deferir a la ley la diferenciación entre el delito político, el delito común y el terrorismo, atribuir a la ley la reglamentación de los alcances del principio de favorabilidad en materia criminal, etc.).

Tales instancias, no son precisamente de poca monta en tanto que son sintomáticas no solo de que el orden existente, o el nuevo, a través de su herramienta de expresión política está en condiciones de desplegar efectivamente el monopolio legítimo de la violencia, sino de que es capaz de autovigilar el devenir cotidiano de su propia dinámica (sin descontar, como se ve en los ejemplos supramencionados, la tendencia encaminada a borrar toda distinción entre delitos políticos y comunes, a supeditar los jueces al ejecutivo, en fin, a borrar a nivel constitucional el principio de favorabilidad).

Así las cosas, cualquiera de tales proyectos presupone la capacidad del sistema para controlar sus propios conflictos y para vigilar la práctica de tal control con lineamientos intrínsecos trazados al respecto.

Es posible, además, que el nuevo paradigma, o el que pretende renovarse obedezca a imperativos que dimanen de las necesidades reales de las mayorías estatalmente estructuradas, o, que, por el contrario, sean expresión de intereses minoritarios que solo en teoría dicen ser portadores de universalidad, vale decir, que recojan cabalmente intereses populares o que enmascaren dominación de una minoría sobre la mayoría.

Finalmente, tales paradigmas pueden obedecer a la autodeterminación del grupo social en cuestión, o a la imposición de grupos o factores extranacionales interesados en un determinado orden de cosas.

Claro está que en nuestro caso específico no puede desconocerse la presencia de tales factores, máxime cuando se ha dicho\*: "A corto plazo, los gobiernos latinoamericanos tienen que entender que para que los Estados Unidos desplieguen una presencia más amplia en sus países, la única justificación estará en una genuina reforma económica de sus estructuras, y en la adopción de mecanismos confiables para un meticuloso pago del servicio de un nuevo y reducido nivel de su deuda".

Si en materia de justicia y ministerio público el nuevo proyecto pretende adecuar la realidad interna a exigencias transnacionales, parece imposible que la consagración constitucional de las reglamentaciones obedezca a reales criterios de autodeterminación y que se encaminen a abrir un espectro normativo propicio a la aclimatación de un entorno social más abierto, más pluralista, más democrático y más enriquecedor de concretas posibilidades reales de mejoramiento individual y colectivo, porque, según sentir del mismo teórico comentado, "Una Latinoamérica hostil, ya de por sí fuente de inmigración ilegal, droga e inestabilidad financiera, haría que las preocupaciones de Norteamérica se dirigiesen, inevitablemente, al Sur del Río Grande" (pág. 18).

\* HENRY KISSINGER, "Bush y la deuda externa de América Latina", en Revista *Diners*, Bogotá, febrero de 1989, pág. 18.

Parece, así, indiscutible que Estados como el Colombiano se enmarcan en el polo periférico del capitalismo, polo que, de suyo, es portador de dependencia, y, tal contexto, es destinatario directo del mensaje: "Los elaboradores de política estadounidense deben transmitir el mensaje para que se oiga bien: el buen vecino está de vuelta, y ha regresado para quedarse" (Santa Fe II).

En este orden de ideas, el conocimiento de la política y planes trazados por el polo capitalista central, en la materia que nos ocupa es esclarecedor en la medida en que se entiende que "En una democracia el gobierno temporal es el funcionario electo. El gobierno permanente es la estructura institucional y las burocracias que no cambian con las elecciones, como por ejemplo, la burocracia militar, judicial y civil" (Santa Fe II).

En el contexto dependiente, es un hecho de experiencia que las grandes mayorías no tienen posibilidades de acceso a los bienes y servicios indispensables para una existencia digna en armonía con las exigencias del actual entorno histórico-social, sobre todo si se tiene en cuenta que el mismo polo central impulsa políticas encaminadas a que el Estado sea garante de un rígido control social cada vez más pronunciado, pero, de paso, cada vez menos intervencionista a fin de que la iniciativa privada que sí sabe de rentabilidad (sobre todo si está en cabeza de compañías multinacionales) asuma el control de todas las actividades económicas porque como dice al respecto el mismo documento (Santa Fe II), refiriéndose a nuestra América, "El régimen dirigente reemplaza cada vez más la iniciativa del ciudadano y reduce constantemente las esferas autónomas de la sociedad civil".

Si, precisamente, tales bienes y servicios no son posibles, se hace presente, cada vez con mayor intensidad, el círculo vicioso "misericordia-represión", situación que hace que toda forma de administrar justicia, especialmente en el campo del derecho penal y en lo relativo a los derechos humanos y su correspondiente tutela, proceda con criterio selectivo en la medida en que las víctimas de una sociedad desestructurada y disfuncional aparecen como victimarios merecedores de las penas más rigurosas arguyendo siempre su máxima peligrosidad.

Mirando detenidamente todo el proceso que se ha puesto en marcha, uno se ve precisado a concluir que la primera hipótesis (irrupción de un movimiento insurgente) no se ha concretado entre nosotros.

Si tal cosa no ha acontecido, se impone aceptar que se trata de la segunda (conservar el *statu quo* impidiendo la acción de grupos no normalizados).

Llamar al electorado a ratificar una reforma constitucional portadora de un esquema judicial y de ministerio público que en nuestras concretas circunstancias histórico-sociales no puede obedecer más que al interés de clases, grupos y sectores de clase comprometidos incondicionalmente con el orden establecido y con su aliado extranacional (porque como afirmaba el citado señor Kissinger, "...la administración Bush no encara reto alguno más urgente que el de revitalizar sus relaciones con nuestros vecinos del sur") no deja de ser una farsa.

Tal farsa, en síntesis, pretende legitimar con el voto ciudadano la perpetuación y el perfeccionamiento de esquemas autoritarios que, en resumidas cuentas, coadyuvan eficazmente a apuntalar los privilegios existentes.

Así, se ven favorecidos los intereses de una minoría que no solo encubre su entrega incondicional al polo dominante al interior del capitalismo como totalidad concreta sino que fomenta y abandera, a nivel local, la extensión de un Estado autoritario como mecanismo idóneo de afianzamiento de su propia posición.

Resulta claro, pues, que el autoritarismo implícito en la reforma perseguida se encamina, con gran sutileza, a la eliminación y control de todo "comportamiento desviado" dentro de una estrategia que viabilice, con el concurso permanente de los llamados medios de comunicación, la difusión de un discurso consumista que enfatiza el éxito económico como requisito *sine qua non* de una existencia feliz.

Esta reforma, como ya decíamos, reproduce las exigencias del imperativo neoliberal y neoconservador de un polo dominante interesado en reducir a sus justas proporciones un Estado, según ellos, hipertrofiado para volver por los fueros del robustecimiento incontrolado de la iniciativa privada, de la libre empresa.

No es posible ignorar ni olvidar que la estrategia global norteamericana es generalizada para América Latina en tanto que precisa de un "patio trasero" efectivamente receptivo a los requerimientos de su capital frente al empuje en gran parte competitivo de la Comunidad Económica Europea, del Japón y del sureste asiático.

Así entendidas tales políticas globales en el caso de la reforma particular para el Estado colombiano, resulta que la actividad judicial reviste marcada importancia (desde luego que estrictamente ceñida a las pautas del ejecutivo) en tanto que, en última instancia, se propugna porque el derecho se examine a la luz de la acción ya que lo determinante estriba en su proceso de aplicación.

Aparece, entonces, de bulto, el por qué es necesario disponer de un aparato judicial sumiso que abandere la idea de que "la sociedad cambia más rápidamente que el derecho" y que obrando en consecuencia esté en condiciones de decidir en cada caso en forma concreta.

Vemos, pues, que tal planteamiento, de por sí, ya va en contravía del tradicional principio rector del Estado de derecho: "Se impone un gobierno de leyes y no de hombres o de personas".

En estos términos vemos que la reforma es atentatoria incluso del mismo Estado de derecho que en teoría dice respetar.

Medellín, septiembre 14 de 1990.

## Corte Suprema de Justicia

### *Medidas de seguridad: legalidad y duración mínima*

No puede imponerse una medida de seguridad que no se encuentre prevista por la ley penal, pues ello conduciría a la inseguridad jurídica y al desconocimiento del principio de legalidad; es taxativa la enumeración de las medidas de seguridad consagrada en el art. 93 del C. P. Asimismo, el legislador ha fijado para tales medidas un mínimo que el juez bajo ninguna circunstancia puede desconocer.

Magistrado Ponente: Dr. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS  
Bogotá, Enero 24 de 1990

Comentario: JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA \*

#### *Vistos*

Por sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Superior de esta ciudad, se impuso medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico a Juan Pablo procesado por el delito de homicidio.

La decisión anterior fue confirmada por el Tribunal Superior por sentencia del 12 de diciembre de 1988. Interpuesto oportunamente el recurso de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda fue declarada admisible.

Se escuchó la opinión del procurador delegado, quien considera que las peticiones de la demanda deben ser rechazadas.

La Sala resuelve lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

#### *Hechos*

Los hechos que finalmente produjeron la muerte de Jorge Andrés por herida ocasionada por arma de fuego, accionada por su propio hermano Juan Pablo tuvieron ocurrencia en abril de 1987 en una residencia del sector sur de esta ciudad.

En el curso de la investigación el procesado fue sometido a reconocimiento psiquiátrico, concluyendo los científicos que sufría para el momento de los hechos de una psicosis paranoide y por consecuencia lógica que se encontraba en situación de inimputabilidad.

\* Profesor de derecho penal de la Universidad de Medellín.

*Actuación procesal*

Se abrió el correspondiente proceso por auto del veinte de abril de 1987. El procesado fue indagado el veintinueve de abril de 1987.

Se decretó la detención preventiva el veinticuatro de abril del mismo año.

Por auto del ocho de septiembre de 1987 se dictó resolución de acusación contra el procesado.

Se realizó la diligencia de audiencia pública con intervención del jurado de conciencia, el diecinueve de agosto de 1988 y proferido el correspondiente veredicto, este fue de responsabilidad por unanimidad de los miembros del jurado popular.

El primero de septiembre se dictó sentencia de primera instancia que sería posteriormente confirmada por el Tribunal Superior.

*La demanda de casación*

Se presentó en la demanda un cargo único, por considerar el impugnante que se había violado directamente la ley penal por interpretación errónea de la misma y concretamente de los artículos 12, 33, 93, 94, 97, 98 y 99 del Código Penal.

Dirige su argumentación a demostrar con base en el artículo 12, que la medida de seguridad tiene una finalidad eminentemente curativa y que por tanto la sentencia impugnada al sostener "la imposibilidad de que el procesado Gaitán Didier recibiera tratamiento médico por medio diferente a la internación, sin consultar las bondades que ello representara para su rehabilitación, es a todas luces equivocada".

Afirma igualmente la equivocada interpretación del artículo 93, puesto que sostiene que al no haberse dado una definición de las medidas, no podría entenderse que se trata de una enumeración taxativa y considera que esa opinión "es abiertamente contraria a la comprobación que puede hacerse en un caso individualmente considerado y a que dicha visión limita el campo del conocimiento ajeno al ju-

rista e impide considerar la opinión del científico especializado, cuando ella no encuadre en los lineamientos de una interpretación exegética-gramatical de la norma".

Sostiene el impugnante que la sentencia interpreta equivocadamente el numeral 1° del artículo 93, que establece la internación del inimputable en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada porque considera que "allí se confunde un medio de lograr que el inimputable reciba atención médica —la internación— con la medida de seguridad que no puede ser otra que el tratamiento de la anomalía psíquica del procesado. La posición adoptada por el Tribunal hace una modificación del espíritu que impulsa las medidas de seguridad y coloca, al permitir tomar la internación simple como medida autónoma, a aquellas dentro del plano de las penas, adjudicándoles un carácter retributivo propio de la punibilidad, toda vez que no hace la necesaria alusión al tratamiento que deba recibir el inimputable para su rehabilitación".

Finalmente concluye el impugnador que "Fuerza es reconocer entonces que ni el internamiento constituye por sí solo tratamiento considerado como medida de seguridad ni la enumeración del artículo 93 agota las posibilidades del funcionario para disponer procedimientos rehabilitadores del inimputable que cometa conductas objetivamente consideradas como delito" para solicitar que se case el fallo impugnado y que se dicte sentencia de reemplazo en la que se disponga como medida de seguridad tratamiento médico hasta tanto no se certifique la rehabilitación del procesado.

*El concepto del agente del ministerio público*

Considera el procurador delegado que no existió yerro de interpretación en la ley sustancial por parte del juzgador de segunda instancia, porque tanto "la motivación, como las disposiciones de la parte resolutive de la sentencia, dejan entrever que la Corporación dio trascendencia, como norma que preside

la interpretación de los arts. 93 y ss. del C. P. al principio rector enunciado en el art. 12 del Código; este es el que permite la elasticidad y flexibilidad que en materia de ejecución de las medidas de seguridad, vayan exigiendo las circunstancias en que se produzca el tratamiento y los resultados del mismo".

Critica sí la posición del juzgador al adelantar conceptos relacionados con la ejecución de la medida "máxime cuando el sujeto pasivo de la misma viene sustraído del régimen de tratamiento dirigido por el Estado y sobre el cual el juez asume una verdadera tarea de juez de ejecución".

Considera el agente del ministerio público que la imposibilidad de que la medida de seguridad sea absolutamente discrecional o de que las autoridades administrativas la puedan variar a su antojo constituye una garantía muy importante para la ciudadanía y porque su "quiebra por vía jurisprudencial como se pretende acá, dejaría al garete la ejecución de la sentencia, pues que en ella no se impondría nada distinto a una vaga y arbitraria medida que permitiría abusos y excesos, discriminaciones y favorecimientos por parte de la autoridad administrativa, siempre al margen del juez, que harían de este un simple espectador y no un verdadero controlador de las atribuciones del Estado en estas materias, lo que constituye la razón fundamental para que nos opongamos, con otras más, a la administrativización del fenómeno de la "protección forzada" del inimputable, por oposición a su judicialización".

Solicita como conclusión de sus argumentaciones que no se case la sentencia.

*Consideraciones de la Sala*

La inconformidad del censor con la sentencia atacada radica en el hecho que el juzgador haya determinado imponer al inimputable sometido a proceso medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada por un mínimo de dos años y término indefinido; pero considera la Cor-

poración, estando en ello de acuerdo con el procurador delegado, que la interpretación de la ley sustancial que se califica de errónea es por el contrario acertada, porque es precisamente la previsión que ha hecho el legislador para los inimputables permanentes; de tal manera que cuando se da aplicación al numeral tercero del arts. 93 y 94 del Código Penal no hace más que dar cumplimiento estricto e interpretación correcta a las previsiones legales, porque como ya se ha sostenido por esta Corporación, los inimputables son responsables y como consecuencia de tal decisión jurisdiccional se les ha de imponer las medidas de seguridad expresa y taxativamente contempladas en la norma.

Se estableció por experticia científica que el procesado es un inimputable de carácter permanente, puesto que sufre de psicosis paranoide con desorganización del sentido de realidad y de sus funciones afectivas y volitivas, y por tanto la medida a imponerse es la que correctamente se le aplicó en las instancias.

La discrecionalidad para la imposición de las medidas de seguridad que propone el censor, es desde todo punto de vista inaceptable, porque ubicados los inimputables dentro del Código Penal y como capaces de realizar conductas típicas y antijurídicas es obvio que, también en relación con ellos, las conductas previstas en el Código Penal deben llenar los requisitos de legalidad, porque si bien es verdad que las penas entre su diversas finalidades tienen un fin retributivo y aquellas de curación y rehabilitación, lo cierto es que deben estar expresamente contempladas en la ley y no podría imponerse medida de seguridad que no estuviera prevista legalmente, so pena de incurrir en manifiesta violación de la propia Constitución, además debe imponerse como consecuencia de una actividad prevista como típica, y exenta de causales de justificación e inculpabilidad y que debe imponerse a través de la realización de un proceso, respetuoso de las formas para él previstas desde el punto de vista constitucional y legal, y que ha

de tratarse necesariamente de una medida eminentemente de carácter jurisdiccional y post-delictual. Lo anterior es lógico, puesto que a pesar de tratarse de una medida en esencia curativa y rehabilitadora, es de carácter forzoso que puede restringir o suprimir derechos constitucionalmente consagrados (la libertad de locomoción en este caso) y por tanto no podrían estar por fuera de la ley, ni aplicarse discrecionalmente por parte del funcionario judicial.

Las muy interesantes consideraciones que hace el censor, para resaltar la finalidad curativa de la medida, de llegar a ser aceptadas, producirían de manera necesaria la inseguridad ciudadana y el desconocimiento absoluto del principio de legalidad, en cuanto se afirma que la enumeración de las medidas de seguridad que hace el art. 93 no es taxativa, y se estarían otorgando poderes discrecionales a los jueces o a los funcionarios de ejecución de penas, que no les ha concedido la Constitución, ni la ley.

La norma que se pretende fue incorrectamente interpretada, de manera absolutamente clara establece que el enfermo mental permanente tendrá como medida de seguridad la internación en una institución psiquiátrica adecuada. Mal podría en tales condiciones el juzgador, convertirse en legislador y modificar jurisprudencialmente el contenido de una norma que es clara. Admitir una posición contraria, sería posibilitar la existencia de un nuevo legislador que modifica a su amañó y de manera arbitraria el texto de la ley, que por su claridad no deja dudas en cuanto a su verdadero significado y alcance; sería además una jurisprudencia de consecuencias lamentables hacia el futuro, porque todos los jueces con tal antecedente, estarían de hecho autorizados para desconocer el texto legal existente o introducirle los cambios y modificaciones que considera adecuados en su interpretación, que obviamente podría dar lugar a motivaciones caprichosas, tendenciosas, o abiertamente interesadas.

Rechazada la ponencia inicialmente presen-

tada por el Dr. Mantilla Jácome, por algunas de sus consideraciones, puesto que en la parte resolutive existió por parte de la Sala unanimidad de criterios, debe ahora la Corte hacer algunas consideraciones en relación a las motivaciones del inicial ponente que no fueron compartidas por la mayoría.

Se afirma en la ponencia rechazada, en algunas de sus motivaciones, por mayoría, que en el artículo 94 al señalarse un mínimo para la internación en establecimiento psiquiátrico aparentemente se opone a las finalidades de curación que tiene la misma, pero que esta oposición es aparente "en el entendido de que esta norma (art. 94 C. P.) contiene una presunción de carácter legal", pero consistente con ello y mediante los conceptos científicos oficiales podría establecerse que el sometido a medida de seguridad puede vivir en comunidad con o sin tratamiento ambulatorio, lo cual impondría la sustitución de la medida antes del vencimiento de los dos años señalados en la norma.

Se concluye en la ponencia no compartida que "el juez penal no puede con el pretexto de exigir el cumplimiento riguroso del mínimo legal, como si se tratase de una presunción *jure et de jure*, negar la suspensión del régimen de internamiento al inimputable, de quien la ciencia, la realidad y la opinión de los expertos científicos, indican que no requiere de tal tratamiento; quien así actúa, estaría desconociendo la naturaleza y finalidades de las medidas, conforme al artículo 12 del Código Penal, y les otorga, lo que es más grave, carácter retributivo y de castigo, en asimilación al sistema de penas". El más generalizado concepto de presunción es aquel según el cual se trata de una operación lógica, por medio de la cual se puede inferir la existencia de un hecho desconocido con el auxilio de la experiencia y partiendo de la existencia de un hecho conocido o debidamente comprobado.

Entendida de esta manera la presunción, es apenas lógico concluir que el contenido del artículo 94 del Código Penal no es, ni

puede llegar a ser considerado como una presunción porque para que esta exista desde el punto de vista lógico, es indispensable que a través de un proceso intelectual se llegue a inferir la existencia de un hecho desconocido, partiendo de uno conocido, y este proceso de carácter intelectual no se da en el contenido que se analiza, donde simplemente para hacer referencia a una de las medidas de seguridad creadas en el artículo precedente, disponen que esta tendrá un mínimo de dos años y un máximo indeterminado. Aquí no se infiere absolutamente nada, y mal podría inferirse algo, cuando los dos extremos que se proponen son conocidos y constituyen simplemente una afirmación de carácter imperativo que hace el legislador como igual lo hace cuando al determinar las penas, fija para ellas un mínimo y un máximo que el juez bajo ninguna circunstancia puede desconocer.

En las condiciones precedentemente analizadas se rechazan la pretensiones de la demanda, estando en ello de acuerdo con el Fiscal de la Corporación.

La Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.  
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

#### ADICIÓN

Por cuanto los argumentos que se expresarán a continuación no fueron compartidos por la mayoría de la Sala en la ponencia presentada, pero los considero necesarios en torno al punto, consigno a continuación tales razones.

No puedo dejar pasar por alto que evidentemente, teniendo en cuenta las finalidades de la medida de seguridad, no es aconsejable señalarle a ella un mínimo en la ley, puesto que la duración de la internación psiquiátrica

debería depender únicamente de la curación o de haber dejado de ser considerado peligroso el condenado para el medio social; de la misma manera, en un país donde no existen las penas a perpetuidad, y en consideración a que la medida de seguridad no tiene finalidades retributivas, la duración máxima de las mismas debería tener un límite fijado y no la indeterminación actual, que no podría defenderse sobre la base de que si el inimputable sigue siendo peligroso la medida se debe eternizar, porque con el mismo criterio las penas podrían tener un máximo ilimitado cuando se considerase que a pesar del castigo el delincuente sigue dando muestras de su peligrosidad. Es entonces evidente la equivocada concepción de las medidas de seguridad por parte del legislador colombiano, pero mientras la ley no sea modificada por otra o sea declarada inexecutable, lo único cierto es que la norma no puede ser desconocida jurisprudencialmente. Debe recordarse que por sentencia del 4 de febrero de 1988, la Sala Plena de la Corte, por mayoría declaró la constitucionalidad de los artículos 94, 95 y 96 del Código Penal.

#### ACLARACIÓN DE VOTO

En líneas generales estoy conforme con la filosofía que anima al proyecto derrotado por la mayoría. Con una salvedad que al final señalo. Soy, entonces, de opinión:

1. La reclusión del paciente ante anomalía mental permanente cuyo mínimo es de dos (2) años con un máximo indeterminado, es medida perfectamente revocable por supuesto si la enfermedad síquica permanente desaparece y la persona recobra su sanidad mental.

2. Es de entender que si el fin perseguido con la imposición de la sanción se cumple realizando las metas resocializadoras, o mejor, si la correlación entre la perturbación mental y el delito desaparece, el tratamiento científico cumple sus fines curativos procediendo la suspensión condicional de la medida cualquiera sea el tracto transcurrido incluso antes de los dos (2) años.

3. Si el progreso del sujeto internado es de tal entidad que antes de cumplir los dos (2) años recupera su normalidad de manera plena y absoluta pudiendo retornar sin problemas al seno de la colectividad, resulta del todo inconsecuente que aquel tenga que permanecer interno en custodia de seguridad durante el tracto mínimo indicado por el legislador. El tiempo que debe purgar más allá de la recuperación equivale ni más ni menos que a la imposición de una sanción corporal o aflictiva quedando a la larga en posición más gravosa que el condenado a una pena.

4. Naturalmente que la rehabilitación del interno y la validez del tratamiento médico-psiquiátrico debe ser evaluada por expertos oficiales y aprobada por decisión judicial. Por algo se ha dicho que el juez es "peritus peritorum". En este concreto ámbito el juzgador debe preocuparse más que por edificar presunciones por establecer científicamente si las condiciones de la persona sometida son aptas e idóneas para retornar a la vida de relación. En esto me separo del criterio del Dr. Mantilla Jácome.

Con todo respecto,  
Jorge Enrique Valencia M.

#### ACLARACIÓN DE VOTO

Como estoy de acuerdo con la parte resolutive, pero no con algunas de las motivaciones de la providencia de referencia debo aclarar mi voto en el presente asunto.

De las argumentaciones del casacionista se derivan dos importantes cuestiones que la Corte se ocupó de resolver. Ellas son:

1. En tratándose del tiempo mínimo fijado por la ley penal (art. 94, 95, 96) para las medidas de seguridad con internamiento en establecimiento oficial, ¿qué ocurre si durante el cumplimiento de este término mínimo y antes de su culminación el concepto médico oficial determina la curación del paciente o la no necesidad de tratamiento médico psiquiátrico en reclusión; debe el juez proceder a sustituir la medida de seguridad impuesta por la liber-

tad vigilada, o por el contrario debe mantener al inimputable bajo el régimen de reclusión porque este término es inexorable?

2. Para la ejecución de la medida de seguridad, ¿es posible o no disponer que el tratamiento se realice en clínica privada cualquiera sea el lugar de ella bajo la responsabilidad de los familiares del paciente inimputable?

La mayoría de la Sala respondió a la primera cuestión afirmando que el juez debe mantener la medida de seguridad impuesta porque el término es un imperativo legal y se refirió ambiguamente a la segunda cuestión.

Como tal postura doctrinal me parece criticable, procedo a exponer las razones de mi disenso.

#### 1. Cuestión:

Al afirmar la mayoría de la Sala que el término mínimo de duración de las medidas de seguridad debe ser cumplido inexorablemente por el sentenciado sin que se pueda atender por parte del juez ninguna consideración al respecto, está desconociendo abiertamente la naturaleza y función de las medidas de seguridad, asimilándolas al régimen de las penas y les otorga a las normas del Código Penal que tal regulación hacen el carácter de presunciones *juris et de jure* y no el de presunción legal o *juris tantum*.

En efecto, la interpretación y aplicación de las normas que regulan las medidas de seguridad en el Código Penal colombiano, debe guiarse por los principios fundamentales que las rigen y atendiendo siempre su naturaleza y finalidad.

Así dentro del tal ámbito es preciso recordar la duodécima norma rectora que al fijar las funciones de las penas y de las medidas señala que: "La pena tiene función *retributiva*, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de *curación, tutela y rehabilitación*", con lo cual se establece un límite cierto entre penas y medidas en el sentido de que las medidas no obedecen a criterio retributivo o sancionador lo que sí ocurre con las penas.

La razón de ser de esta referencia, obedece como lo hemos señalado en varias ocasiones, incluso en decisiones pacíficas de la Sala Penal, al culpabilismo que genera reproche en el autor imputable, reproche que a su vez es el sustento de la pena castigo o pena sanción; al tiempo que al inimputable que, por su propia condición de incapaz no actúa con culpabilidad y sobre él no puede recaer ningún reproche, se le impone una medida de seguridad, en beneficio de él mismo y de la sociedad, siendo por ello su naturaleza curativa de tutela y rehabilitadora.

Ahora bien, el hecho de que por definición legal se excluya el carácter retributivo o sancionador en las medidas de seguridad, impone necesariamente unas pautas hermenéuticas a las cuales debe atenerse el intérprete: así, si la medida tiene finalidades curativas, de tutela y rehabilitación, una conclusión inexcusable para el intérprete es la de que las medidas no deben durar más que el tiempo exacto requerido para la recuperación social del sujeto, y que pretender cronológicamente, hacer cumplir un mínimo de dos años por ejemplo, cuando el paciente en el primer año es considerado por los legistas recuperado socialmente y sin necesidad de tratamiento en reclusión; es a nuestro juicio desconocer la naturaleza y finalidad de la medida al tiempo que se le está asimilando al régimen de las penas castigo, porque el juez allí, según la mayoría debe decir 'no me importa que los médicos afirmen que el paciente esté curado; por encima de ello está la rigidez de la ley que ordena que se le mantenga en el hospital o sanatorio especial hasta que cumpla el año que le falta'. Esto es el derecho y la justicia en contrario de la realidad.

Debe tenerse en cuenta que el argumento basilar de la mayoría de la Sala se sustenta, sobre la idea de que el mínimo señalado en el código constituye "una afirmación de carácter imperativo" o lo que es lo mismo una presunción *juris et de jure*.

Quiérase o no la cuestión está enmarcada en el ámbito de las presunciones. Cuando la

mayoría de la Sala afirma que al disponer el artículo 94 que las medidas de seguridad tendrán un mínimo de dos años de duración y un máximo indeterminado, de ello "no se infiere absolutamente nada y mal podría inferirse algo, cuando los extremos que se proponen son conocidos y constituyen simplemente una afirmación de carácter imperativo que hace el legislador, como igual lo hace cuando al determinar las penas, fija para ellas un mínimo y un máximo que el juez bajo ninguna circunstancia puede desconocer", incurre en lamentables errores de lógica jurídica. Veamos por qué.

En primer término la afirmación de que aquí no se infiere absolutamente nada y mal podría inferirse algo, indica cierto grado de confusión entre la presunción de hombre o indicio, que apunta a la operación lógica que realiza el intérprete, con la presunción legal, que realiza el legislador y en la que no cabe inferencia ninguna al intérprete.

Nosotros afirmamos que esta es una presunción legal no un indicio.

En segundo término cabe preguntarse cuál es la estructura lógica de la presunción. Se dice presumirse, según el Código Civil art. 66 "el hecho deducido de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas", lo cual indica que se trata de una operación lógica que parte de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas que permiten suponer un hecho como su consecuencia. Y, repetimos, cuando es el mismo legislador quien supone el hecho a partir de ciertas circunstancias o antecedentes se está en presencia de una presunción legal o de derecho, según así lo consigne el mismo legislador.

Citemos un ejemplo de presunción legal en el campo civil; dice la ley: Si una mujer casada tiene un hijo, se entiende que este es del marido.

Allí el legislador hace el siguiente raciocinio lógico: Estando demostrado que una mujer tiene un hijo y que ella es casada, yo presumo que el padre de ese hijo es el marido de la mujer y que tal hijo es legítimo.

Siendo fácilmente ubicables los antecedentes y circunstancias de que habla la ley civil,

cuales son: la producción de un parto y la condición de mujer casada de la parturienta; al tiempo que la creencia del legislador esto es, que el hijo es del marido de la mujer y que tal hijo es legítimo, es una presunción legal que admite prueba en contrario.

Pero veamos un ejemplo al interior del derecho penal:

En esta materia el legislador dice: Yo presumo que una persona con edad cronológica igual o superior a los dieciocho años e incurso en el Código Penal (por la realización de un hecho punible), es imputable y que quien sea menor de dieciocho años y esté igualmente incurso en el Código Penal entiendo que es inimputable.

¿Cómo manejará el juez penal el asunto? Se dice siguiendo la tesis de la mayoría, "que de allí no se infiere absolutamente nada", frente a un experticio médico legal que le indique que a pesar de tener veintiún años (edad cronológica) y el sujeto presenta una inmadurez psicológica equivalente a una edad mental de menos de dieciocho años, deberá, ignorar tal dictamen y afirmar imperativamente con la ley que tal sujeto es imputable y como tal lo trata dándole una pena.

Lo mismo ocurre si se trata de un menor de dieciocho años (edad cronológica, arts. 28 y 165 del C. del Menor, decr. 2737 de 1989), de diecisiete años, por ejemplo, y el perito oficial concluye que se trata de un sujeto con capacidad para comprender su ilicitud y determinarse conforme a esa comprensión, el juez dirá conforme a la mayoría de la Sala que a pesar de ese experticio el sujeto es inimputable. Pero si el juez admite, como admitimos nosotros que tal límite de edad es solo una presunción legal, podrá aceptar las explicaciones científicas y darle el trato adecuado al sujeto según el caso.

Pero analicemos el asunto materia de discordia con la mayoría:

Nadie puede negar que el legislador al redactar estas normas (arts. 94, 95, 96) que establecen un tiempo mínimo de duración de la medida de seguridad, se expresa a través de

reglas lógicas en concordancia con los principios fundamentales que regulan este instituto jurídico, esto es, la retribución para el imputable que actúa con culpabilidad y la protección curativa o resocializadora para el inimputable.

Sobre tales presupuestos podemos afirmar que las medidas de seguridad se rigen por el principio de que su duración está determinada única y exclusivamente por el tiempo necesario para la curación o adaptación social del sujeto inimputable.

Ahora bien, la operación lógica que realiza el legislador del Código Penal en este asunto es la siguiente:

Cuando se trata de un sujeto inimputable por trastorno mental permanente debe someterse a tratamiento médico-psiquiátrico en régimen de internamiento, y yo (legislador) presumo que el término mínimo de duración de este tratamiento no es inferior a dos años. La fijación de este término no es más que una presunción que realiza el legislador con base en las reglas de experiencia, en la opinión dada por los científicos en la materia que le indicaron un término más o menos aproximado de tratamiento mínimo en general.

Pero ese término es solo un término probable, porque serían pedantes el legislador y el intérprete que pretendieran dentro del rigorismo de la presunción *juris et de jure*, establecer un término exacto, sin posibilidad de prueba en contrario, como si se tratara de un "imperativo legal" como dice la mayoría, cuando la ciencia cada vez se renueva y reafirma el carácter relativo de tales términos.

En ese punto debe hacerse una precisión necesaria; la finalidad de la medida debe ser la curación del paciente, pero para efectos del régimen de internamiento debe bastar la adaptación social del sujeto (el poder alternar sin riesgo en una comunidad), pues si el intérprete exige el concepto médico psiquiátrico de curación, en muchos de los casos el paciente estaría sometido a cadena perpetua por ser su dolencia incurable; basta repetimos, la seguridad de que el sujeto es inocuo socialmente.

El tema de las presunciones suele ser tabú para los penalistas, quienes apenas se les plantea se apresuran a rechazarlas por temor a los abusos y a una supuesta inseguridad jurídica; incluso en las obras de los doctrinantes tal institución no tiene desarrollo coherente; a nosotros en cambio nos parece que se trata de un instrumento útil en la aplicación de la ley y sobre todo en la misión ineludible del juez de adaptar el derecho a la realidad.

Las presunciones son mecanismos probatorios que utiliza el legislador mediante los cuales da por sentada una hipótesis fáctica basado en unos presupuestos o circunstancias ciertos; y según el grado de solidez que a tal hecho presumido le otorgue, se clasifican en presunciones de derecho y legales y como es sabido las presunciones de derecho constituyen una verdad jurídica inmodificable; al tiempo que las reglas solo expresan una regla de experiencia que indica que usualmente las cosas suelen ser así y por ello no es menester recurrir a mecanismos probatorios para demostrarlo, pero en cambio sí es posible mediante pruebas suficientes y con inversión de la carga probatoria demostrar que en un determinado caso concreto la cuestión no es como usualmente es, sino distinta o diferente. Siendo por ello la presunción legal modificable.

Así retornando a la hipótesis discutida, cuando el legislador dice que presume que un trastornado mental no se cura o rehabilita usualmente antes de dos años de tratamiento en régimen de internamiento, es posible demostrar que en un caso concreto antes de ese término se ha curado o rehabilitado socialmente. Fácil es encontrar allí dos presupuestos o circunstancias demostrados que no son otros que la realización de un hecho punible, la condición personal de inimputable por trastorno mental permanente por parte del actor o partícipe y la necesidad de un tratamiento curativo, al tiempo que lo presumido es el término mínimo de dos años de duración.

El Código Civil que regula lo relativo a las presunciones en su artículo 66 señala

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

Conforme a ello es claro que las presunciones de derecho para serlo tienen que estar indicadas como tales por el propio legislador pues de lo contrario deben entenderse como legales.

Nuestro criterio es que en materia penal no existen presunciones de derecho, no las consignó como tales el legislador y en ello es consecuente con la naturaleza misma de esta disciplina.

Los anteriores razonamientos nos llevaron a afirmar en el proyecto no aprobado por la mayoría, lo siguiente:

La fijación de un mínimo legal para la medida de seguridad, en el caso del artículo 94 que se comenta, aparentemente se opone a las finalidades y naturaleza de las medidas, como son las de curación, tutela y rehabilitación del sujeto en un ámbito en que está excluida la retribución o castigo por la ausencia de reproche penal.

Sin embargo, esta oposición es aparente, en el entendido de que esta norma (art. 94 C. P.) contiene una presunción de carácter legal, mediante la cual el legislador, basado en la experiencia y en las calificadas opiniones de los expertos, entiende que quien padece trastorno mental permanente, requiere de, por lo menos, dos (2) años de tratamiento científico en régimen de internamiento, para estar en condiciones de vivir en comunidad.

Pues es obvio que, en ciertos casos concretos, los conceptos científicos oficiales pueden

indicar que a pesar de no haberse cumplido el plazo mínimo fijado por la ley, el sujeto está en condiciones de vivir en comunidad, con o sin tratamiento ambulatorio, lo cual impone la sustitución de la medida antes del vencimiento de los dos (2) años señalados en la norma.

Esta solución es entonces posible, teniendo en cuenta que al señalar el mínimo de duración el legislador solo estableció una presunción legal o regla de experiencia que indica que, en la generalidad de los casos es necesario el tratamiento en régimen de internamiento por tiempo mínimo de dos (2) años, pero que admite prueba en contrario frente a un caso concreto en que la opinión científica aconseje su suspensión.

Es entonces claro, que el juez penal no puede, con el pretexto de exigir el cumplimiento riguroso del mínimo legal, como si se tratase de una presunción *jures et de jure*, negar la suspensión del régimen de internamiento al imputable, de quien la ciencia, la realidad y la opinión de los expertos científicos, indican que no requiere de tal tratamiento; quien así actúe, estaría desconociendo la naturaleza y finalidades de las medidas conforme al artículo 12 del Código Penal, y les otorga, lo que es más grave, carácter retributivo y de castigo, en asimilación al sistema de penas.

Sobre el particular, debe recordarse como antecedentes jurisprudenciales, el pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte, en vigencia del anterior Código Penal, cuando señaló:

“Porque si al proferirse sentencia condenatoria a un año de reclusión en una colonia agrícola especial, ya el delincuente está inculizada (sic) de su tendencia antisocial por haber sido tratado durante tal lapso, según la ciencia médica en general, sería injurídica la providencia que negara la cesación condicional de la reclusión, basándose en la consideración de que, aun cuando ya el delincuente tuviere las condiciones de resocialización que le hagan apto para regresar a convivir en un medio social, debe permanecer recluido durante un año. Y sería antijurídica esa de-

terminación porque estaría considerando la reclusión como pena privativa de la libertad. Y al contrario, si no obstante haber estado interno el delincuente durante tiempo mayor que el mínimo señalado por la sentencia condenatoria, no ha recuperado su salud, la reclusión se extenderá hasta cuando los peritos declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño” (Cas. agosto 17 de 1976).

Con el mismo criterio hermenéutico es que debe ser entendido el artículo 451 del Código de Procedimiento Penal que habla del cumplimiento del tiempo mínimo de la medida de seguridad para el otorgamiento de la libertad vigilada.

2. En cuanto a la obligación de internamiento en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial:

Esta parte de la norma que se estudia (art. 94 C. P.), indica que el tratamiento del inimputable es asunto de competencia estatal, y por ello exige que este deba realizarse en establecimientos oficiales, que deben estar en condiciones de brindar la necesaria asistencia científica y humana del paciente. Pero a juicio nuestro esta disposición admite importante excepción, que encuentra apoyo legal en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal y en el artículo 12 del Código Penal, en aquellos casos en que los peritos oficiales aconsejen el traslado a establecimiento adecuado de carácter privado, siempre y cuando la persona de la cual dependa se comprometa a ejercer la vigilancia correspondiente, y a rendir los informes que solicite el funcionario. Si bien la referida norma regula lo relativo a las medidas cautelares durante el proceso, nada se opone para que dentro de una sana hermenéutica que consulta la finalidad curativa y rehabilitadora del inimputable que tiene las medidas de seguridad y su carácter no retributivo, se haga extensiva esta posibilidad en la ejecución de la sentencia.

3. Es necesario precisar si, en estas dos hipótesis que se comentan, en auxilio del juez deben concurrir los peritos oficiales, quienes

deberán explicar con claridad y fundamento las razones que los llevan a afirmar en el primer caso, que a pesar de no haberse cumplido el tiempo mínimo legal, el sujeto no requiere del internamiento en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, por cuanto no necesita de tratamiento científico por haber superado su anomalía o sus condiciones personales de peligrosidad social, y en la segunda hipótesis, la necesidad de un tratamiento específico que el Estado no está en capacidad de ofrecer en sus establecimientos adecuados para ello, y que por lo tanto, se hace aconsejable el traslado del paciente a la clínica privada que pueda ofrecerlos.

El juez como en todos los casos, valorará críticamente el dictamen pericial y podrá acogerlo o no, disponiendo así lo pertinente.

#### Reflexión final:

El derecho ajustado a la realidad social es la justicia, en ello debe empeñarse el juez como su aplicador teniendo en cuenta, el sistema del derecho penal y los principios lógico-formales y materiales que le dan desarrollo.

No es posible aceptar y aplicar un derecho que se sabe injusto, pues ello trae como consecuencia fatal el divorcio entre el aparato judicial y la comunidad agredida con su aplicación, que siente que se está produciendo una injusticia; no le basta tampoco al juez hacer adiciones teóricas a su decisión, porque ello pone de manifiesto el manejo de dos discursos conceptual e ideológicamente contrapuestos: porque como lo señala Fernández Carrasquilla: “El derecho penal no es una cuestión de mera técnica jurídica. Todo lo contrario; él no solo parte de ciertos presupuestos sociales y políticos, sino que también produce delicadas consecuencias sociales y políticas, además la injerencia más severa del Estado en los derechos del individuo”.

El tratar los asuntos del derecho penal como algo meramente técnico-jurídico formal y normativo, no solo produce y pronuncia

el alejamiento de la ciencia penal con respecto a la realidad social, como piensan algunos de los críticos del llamado tecnicismo jurídico, sino que también y sobre todo es un método o modo de enfoque de la cuestión criminal que responde a (y estimula) una ideología para la cual ese alejamiento representa lo deseable o “correcto”.

Lo cierto es que con la solución que la mayoría le da a los asuntos discutidos nadie, ni el médico a quien se le dice que a pesar de estar el paciente curado debe mantenerlo interno en el sanatorio por el tiempo que aún le resta para cumplir el mínimo legal, ni el ciudadano desprevenido que no le encuentra a tal decisión ninguna lógica distinta a la injusticia intrínseca que ella conlleva, ni el paciente ya curado o en condición de vivir en comunidad, todos ellos y a la comunidad en general, les parecerá que el derecho aplicado es un contrasentido y por ello injusto porque si la finalidad de la medida es que el paciente se cure y si ello ha ocurrido ya, el someterlo a internamiento posterior es darle a la medida carácter de pena sanción.

Además no se tuvo en cuenta en la solución de este asunto el método sociológico de interpretación correctamente explicado por el magistrado Jaime Giraldo en aclaración de voto de 11 de noviembre de 1986, G. J. 2424, página 524, allí se dice

“El tercer método es el sociológico que se funda en el postulado del historicismo de Savigny, de que el derecho es uno de los productos culturales de una sociedad, encaminado a darle solución a los problemas que tienen para ella un mayor interés, por lo que su interpretación debe hacerse a partir de la comprensión de la problemática social que da origen a la norma. Nuestra legislación lo consagra en el mismo artículo 32 atrás citado cuando dice que podrá recurrirse también a la equidad natural para desentrañar el contenido y alcance de la ley.

Cada vez va teniendo el método sociológico mayor relevancia dentro del mundo del derecho a medida que los juristas van adquiriendo

mayor conciencia de la función instrumental de este como herramienta para el cambio social”.

Más adelante afirma el magistrado Giraldo: “De aquí se deduce que el juicio que debe conducir la validación del proceso hermenéutico no es el de establecer su adecuación con el pensamiento del legislador, ni su consistencia lógica con la teoría general que se construye alrededor de la normatividad, sino su eficacia para alcanzar los fines sociales que se propone, habida consideración de los objetivos que se pretenden alcanzar y de la interpretación de las normas como instrumentos eficaces para ello, dentro de los cambiantes contenidos culturales de los pueblos, y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tienen lugar los hechos que se juzgan”.

Nos parece que la jurisprudencia ha perdido una buena oportunidad para ajustar el derecho a la realidad y de progresar en el camino hermenéutico incorporando como instrumento útil e importante del trabajo judicial el ins-

tituto de las presunciones en materia penal acomodando el derecho penal más a la ciencia que a la arbitrariedad.

Grave situación la que enfrentan los inimitables con esta decisión porque de esta forma quedaron incorporados al tratamiento punitivo y lo que es peor sin las garantías de quienes reciben pena. Definitivamente tiene razón el magistrado Gómez Velásquez cuando en memorable salvamento de voto dijo:

“Lástima grande que en Colombia se reforma en los textos pero no las mentalidades y que de poco sirvan las enmiendas porque se prefiere seguir montado guardia en torno a obsoletas nociones. El espíritu de la ley no llega en forma directa a través de textos expresos y manifiestos sino que siguen imperando deformadas composiciones legales y engorrosas interpretaciones que en su momento, entorpecen, por lo menos, el avance de la legislación y el cambio de rumbo político-social que necesitan nuestras instituciones”.

\*\*\*

### COMENTARIO

“No se puede seguir tapando el sol con las manos...” \*

#### 1. ¿UN DEBATE INÚTIL?

El tema de las medidas de seguridad ha sido sin lugar a dudas uno de los más debatidos en el último tiempo en Colombia. En efecto, casi al mismo tiempo que se expedía el Código Penal de 1980 se inició un amplio debate doctrinal en el que desde distintos puntos de vista (siquiátrico, jurídico-penal y criminológico) se pusieron de manifiesto los desaciertos y contradicciones del legislador colombiano en esta materia, especialmente en lo referido a la duración de las medidas de seguridad.

\* Salvamento de voto de los magistrados EDGAR SAAVEDRA ROJAS, RODOLFO MANTILLA JACOME y JORGE CARREÑO LUENGAS a la providencia de 20 de agosto de 1987, en la cual la Corte se declaró inhibida para decidir acerca de la constitucionalidad de las medidas de seguridad temporalmente indeterminadas.

Este debate, que por cierto no estuvo exento de acres polémicas (como la sostenida por los profesores ESTRADA VÉLEZ y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA) fue con el tiempo resolviéndose claramente en favor de una interpretación de la regulación legal de las medidas de seguridad acorde con los principios rectores del derecho penal colombiano, empezando por el de legalidad, en aras de una mayor concreción material del respeto a la dignidad humana. No obstante, cuando el debate parecía estar llegando a su fin, la propia Corte Suprema de Justicia (CSJ), en desafortunadas providencias, ha llevado nuevamente el problema al estado en que este se encontraba al momento de expedirse el Código Penal. Veamos:

a) *La indeterminación del máximo de la medida.* En relación con este punto la mayoría de la doctrina se pronunció en su momento por la inconstitucionalidad de las medidas indeterminadas en su máximo, considerando que las mismas implican un atentado contra el principio de legalidad. Por este motivo se propusieron varias interpretaciones que buscaban morigerar de alguna manera los efectos de tan nociva regulación, las cuales, inclusive, comenzaron a ser acogidas por nuestros jueces<sup>1</sup>. Sin embargo la CSJ, mediante providencia de 4 de febrero de 1988, con ponencia del magistrado FABIO MORÓN DÍAZ, declaró exequibles los arts. 94, 95 y 96 del C. P. que establecen medidas de seguridad indeterminadas, con lo cual, como ha señalado FERNANDO VELÁSQUEZ, se obliga a nuestros jueces a condenar a lo imposible, ya que se deja sin piso la tesis de la inaplicabilidad que una sana jurisprudencia había generalizado<sup>2</sup>.

b) *La duración mínima de las medidas.* Si bien el problema de la duración máxima de las medidas constituyó el punto central del debate doctrinal, no se pasó por alto la contradicción en la que incurrió nuestro legislador al establecer por una parte que las medidas de seguridad tienen una finalidad curativa (art. 12 del C. P.) y, por otra, imponerles un mínimo de duración, en especial cuando se trata del internamiento (arts. 94, 95 y 96 del C. P.), quedando patente el problema de quien recupera su “normalidad síquica” o su “adaptabilidad al medio social” antes de cumplirse el tiempo mínimo establecido por la ley. Al respecto la doctrina mayoritaria, encabezada por REYES ECHANDÍA, partiendo de una interpretación sistemática del C. P. y de la naturaleza misma de las medidas de seguridad, ha sostenido que en estos casos debe suspenderse la medida pues ya se ha logrado la finalidad que respecto de ella predica el principio rector consagrado en el art. 12 del C. P.<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Vid. Tribunal Superior de Medellín, providencia de 19 de octubre de 1983, M. P. Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, 1984, págs. 425 y 426; y Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá, providencia de 29 de octubre de 1985, Juez: Dr. PEDRO ENRIQUE AGUIJAR LEÓN, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 13, Cali, 1985, págs. 506 a 516.

<sup>2</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, “Comentario jurisprudencial”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 41, Bogotá, 1988, pág. 361. Sobre la inconstitucionalidad de las medidas de duración máxima indeterminada debemos resaltar los acertados comentarios de CARLOS AUGUSTO GALVES ARGOTE a anterior providencia de la CSJ, en la cual se declaró inhibida para pronunciarse sobre el asunto, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 38, Bogotá, 1987, págs. 495 a 503.

<sup>3</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 340.

tesis esta que también había acogido la judicatura<sup>4</sup>. Desafortunadamente la CSJ, en la providencia objeto de este comentario, rindiendo de nuevo culto al tenor literal de la ley y en detrimento de la justicia, ha echado abajo todo el andamiaje que en materia de garantías individuales se había construido doctrinalmente al respecto, al considerar que el sujeto, aunque haya recuperado su "normalidad síquica", debe cumplir en todo caso el tiempo mínimo de internamiento establecido por el C. P.

Parece pues que toda la polémica y debates sobre este tema han resultado francamente inútiles, al menos si nos atenemos a la presente providencia de la Corte.

## 2. LA DECISIÓN DE LA CORTE

Dos son los problemas que plantea la providencia que comentamos:

a) El primero tiene que ver con la posibilidad de sustituir la medida de internamiento en establecimiento psiquiátrico o similar, de carácter oficial, prevista en el C. P., por la de internamiento en un establecimiento privado. En este punto consideramos acertadas las consideraciones de la CSJ, pues no cabe duda de que tratándose de una sanción, la misma está sujeta al principio de legalidad, como claramente lo indica el art. 1º del C. P. al establecer que nadie podrá ser sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en la ley penal como sería el caso del internamiento en establecimiento de carácter privado.

No obstante, y recogiendo en parte las consideraciones del magistrado MANTILLA JÁCOME en su aclaración de voto, creemos que tal interpretación no puede hacerse desde una óptica meramente formal, desconociendo la cruda realidad nacional y, más concretamente, el tratamiento real a que son sometidos los inimputables en nuestro país<sup>5</sup>, puesto que ello nos conduce de nuevo a lo imposible. En efecto, si partimos de la base de que aquellas medidas de seguridad se imponen por la necesidad de tratamiento desde el punto de vista de la efectiva tutela del derecho a la salud del sujeto, dicha necesidad cobija ineludiblemente la de la medida concreta a imponer<sup>6</sup>; luego, tratándose del internamiento resulta lógico que desde esta perspectiva se exija (art. 93) que este se lleve a cabo en un establecimiento adecuado. Pero resulta que en Colombia no existen establecimientos oficiales que cumplan con tal caracte-

terística, en razón de lo cual se llega a un grave contrasentido; por respeto al principio de legalidad se impone el internamiento en un establecimiento oficial, al tiempo que se desconoce el mismo principio debido a que los establecimientos oficiales existentes no son adecuados para lograr los fines perseguidos con las medidas.

Más procedente sería, en nuestra opinión, que en los eventos en los cuales el internamiento en establecimiento oficial resulte improcedente, el juez, previo dictamen pericial, sustituya tal medida por la libertad vigilada (arts. 97 y 99 del C. P.), lo cual permitiría llevar a cabo el tratamiento requerido en un establecimiento privado, aclarando, eso sí, que en ningún caso podría el juez imponer tal medida. Esta "solución" seguramente no es del todo satisfactoria, pero por lo menos hace posible un tratamiento adecuado sin desconocer el principio de legalidad.

b) El otro problema planteado en la providencia es el relacionado con la duración mínima de la medida de internamiento, al cual ya hicimos referencia. Queremos simplemente agregar que en este punto la CSJ no solo ha hecho caso omiso de la doctrina nacional, como quedó dicho, sino que en la interpretación del derecho ha regresado a épocas que se creían ya superadas. Efectivamente, sostener que el "inimputable por enfermedad mental permanente" deberá permanecer internado durante dos años como mínimo pese a haber recobrado la "normalidad síquica" antes de dicho lapso, resulta ser no solo una tremenda injusticia sino también la negación de cualquier posibilidad de interpretación sistemática del C. P. colombiano.

Para demostrar la inconsistencia de las consideraciones de la CSJ en esta materia estimamos suficientes dos argumentos:

— En primer término, como certeramente lo señalan los magistrados que aclararon su voto y lo ha reiterado gran parte de la doctrina, una vez recuperado el sujeto la medida pierde todo sentido, es decir, deja de ser necesaria dado que ya se ha cumplido con la finalidad perseguida (art. 12 del C. P.). Por lo tanto, insistir en el internamiento, en estos casos, sería otorgarle a las medidas de seguridad una finalidad retributiva o preventivo-general que las equipararía a las penas, lo cual resulta sin duda inconveniente político-criminalmente hablando, a la vez que implica un desconocimiento de la naturaleza misma de las medidas y del propio C. P. colombiano que precisamente las diferencia de las penas.

— Pero es que además, por otra parte, con base en los argumentos de la CSJ resulta imposible explicar y justificar el hecho de que al inimputable por trastorno mental transitorio sin secuelas no se le imponga medida de seguridad alguna (art. 33 del C. P.), previsión esta que no hace otra cosa que corroborar la improcedencia de medida alguna cuando el sujeto ha superado su trastorno síquico, cualquiera sea el tiempo en que ello suceda.

<sup>4</sup> Vid. Juzgado Sexto Superior de Medellín, Providencia de 3 de octubre de 1983, Juez: Dr. Carlos Mejía Escobar, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, 1984, págs. 427 a 429; y Tribunal Superior de Bogotá, Providencia de 23 de marzo de 1985, M. P.: Dr. Alberto Hernández Esquivel, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, Bogotá, 1985, págs. 267 a 271.

<sup>5</sup> Vid. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por los locos", *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, 1982, págs. 549 a 565; y JORGE ARENAS SALAZAR, "El anexo psiquiátrico de La Picota: ¡una vergüenza nacional!", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 30, Bogotá, 1985, págs. 498 a 510.

<sup>6</sup> Cfr. JUAN OIBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 48, Bogotá, 1990.

3. REFLEXIÓN FINAL

Digamos por último que en la providencia comentada nuestro máximo tribunal de justicia se ha alejado una vez más de nuestra realidad y de la justicia material. Por ello no queremos terminar este comentario sin resaltar las palabras del magistrado MANTILLA JÁCOME en su aclaración de voto: "No es posible aceptar y aplicar un derecho que se sabe injusto, pues ello trae como consecuencia fatal el divorcio entre el aparato judicial y la comunidad agredida con su aplicación, que siente que se está produciendo una injusticia".

En fin, sería por lo menos deseable que la CSJ reflexionara sobre este punto, al igual que sobre la función que viene desempeñando en relación con los derechos y garantías individuales; por ejemplo, en el caso de los sujetos declarados como inimputables.

## Corte Suprema de Justicia

### *Favorabilidad y tránsito de leyes penales en el tiempo (Código del Menor)*

Todos los procesos que se adelanten por la justicia ordinaria contra aquellas personas que al momento de realizar el hecho fueran menores de 18 años deben remitirse en el estado en que se encuentren al juez de menores competente, para que este continúe su trámite dentro de las nuevas previsiones (decreto 2737 de 1989), por ser estas más favorables para el menor.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL  
Bogotá, Abril 27 de 1990

Comentario: FERNANDO VELÁSQUEZ V. \*

#### *Vistos*

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de reposición interpuesto por el procurador delegado contra el auto del 16 de marzo de 1990, por medio del cual se decidió sobre la petición para enviar a la jurisdicción de menores el proceso que por el delito de homicidio se adelantó contra los menores Fabio Arturo C. R. y Omar Antonio S. B., el cual se encuentra en esta Corporación para el trámite del recurso de casación.

#### *Hechos y actuación procesal*

1. El juzgado 15 superior dictó sentencia condenatoria por el delito de

homicidio contra los menores Fabio Arturo C. R. y Omar Antonio S. B., quienes para la fecha de la comisión del ilícito (22-IX-1986) tenían 16 años cada uno, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. Contra dicha sentencia recurrieron en casación los mencionados menores, encontrándose el proceso en la actualidad al despacho para fallo.

3. Con memorial recibido en la Secretaría de la Sala el 6 de marzo del presente año, el apoderado del procesado Fabio Arturo manifestó que insistía del recurso, y que solicitaba el envío del expediente a los jueces de menores, a quienes competía ahora el conocimiento del proceso; en simi-

\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana.

lares términos se recibió también petición del encausado Omar Antonio solicitudes que fueron denegadas por el despacho por considerar que el desistimiento no era procedente en el estado en que el trámite se encontraba, y que tampoco lo era el envío del expediente a los jueces de menores por razón de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 354 del Código del Menor, según el cual los recursos que estuvieran en trámite antes del 1° de marzo de 1990, se continuaban adelantando de acuerdo con las leyes vigentes al momento de su interposición.

4. Contra esta providencia interpuso el recurso de reposición el señor procurador delegado, argumentando la obligatoria aplicación del Estatuto del Menor por razón del mandato constitucional de dar prelación a la ley favorable, el cual se procede a desatar en esta providencia.

#### Consideraciones de la Sala

Tiene razón el señor procurador, y por ello la Sala procederá a revocar la decisión impugnada, con base en las siguientes consideraciones.

1. El actual Código del Menor declaró inimputables a los menores de 18 años, ampliando así la competencia de los jueces de menores.

Para los inimputables la ley prevé que la acción del Estado se desenvuelve exclusivamente dentro de una política de prevención y readaptación, la cual se refleja en un procedimiento muy benigno, tanto en las medidas que con relación a ellos se toman durante el trámite del proceso, como después de la respectiva condena.

En el caso del menor la legislación que se acaba de expedir es aún más benévola: El Código dice expresamente que la intervención del juez de menores se debe realizar "con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad" (artículo 16). Como consecuencia de este postulado los menores que sean capturados deberán ser llevados a un centro

especializado de recepción (artículo 183); solo en casos excepcionales pueden ser reclusos en una institución cerrada (artículos 208 y 209), y la medida a la que se le someta por su comportamiento no podrá tener una duración superior a tres años (artículo 201). No hay duda pues que el régimen general de los menores es más favorable que el previsto por la ley para los delincuentes imputables.

Por consiguiente, al declarar la ley inimputables a los menores de 18 años, todos los procesos que contra ellos se adelantan por la justicia ordinaria deben ser remitidos en el estado en que se encuentren al juez de menores competente para que este continúe su trámite dentro de las nuevas previsiones normativas, por ser estas más favorables para el menor.

No se opone a esto la disposición del artículo 354 del Código del Menor, según el cual los recursos y actuaciones iniciados antes del 1° de marzo de 1990 se deben continuar con la legislación vigente al momento de su iniciación, porque la norma se circunscribe a los procesos de que trata dicho Código, que en el campo penal son los de competencia de los jueces de menores, estando por tanto fuera de esta restricción los que se vienen adelantando por la justicia ordinaria.

Quedando ejecutoriada la sentencia por razón de la preclusión del recurso de casación, el proceso debe ser remitido al juez de menores por intermedio del juez de primera instancia, para que aquel imponga la medida de rehabilitación que corresponda en sustitución de la pena que les había sido impuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 45 de la ley 153 de 1887. Aunque el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal dio esta potestad al juez que conoció del proceso en primera o única instancia, es necesario tener en cuenta que ello obedece a que es este mismo funcionario a quien le corresponde la ejecución de la sentencia. Pero como la ejecución de la medida de rehabilitación es de competencia del juez de menores, debe ser a él, por tanto, a quien corresponde hacer la sustitución de la pena impuesta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal,

#### RESUELVE:

Revocar el auto del 16 de marzo de 1990, y en su lugar disponer el envío del proceso al Tribunal de origen, para que proceda de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esa providencia.

Notifíquese y cúmplase.

#### ACLARACIÓN DE VOTO

La mayoría de los miembros de la Sala consideró que el siguiente texto que nos permitimos agregar a la providencia como aclaración de nuestro voto, se excluyera de la misma por no referirse al problema específico planteado en ella, aunque varios de ellos comparten su contenido.

Los suscritos magistrados consideramos que a la Corte le corresponde un magisterio moral que trasciende su papel de simple tribunal de casación, máxime cuando se trata de buscar claridad en la aplicación de la ley en los momentos de cambio de legislación, aunque somos conscientes de que la jurisprudencia es solo doctrina probable, tal como la define el artículo 4° de la ley 169 de 1896, de la cual pueden separarse los jueces al aplicar la ley a los casos concretos.

Por eso consideramos importante no dejar pasar la oportunidad para aclarar el alcance del inciso 4° del artículo 201 del Código del Menor.

El mencionado artículo dice:

"Artículo 201. Las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán:

"1. Por el cumplimiento del objetivo propuesto.

"2. Por la imposición de una medida posterior dentro de diferente proceso.

"3. Por haber llegado el menor a la edad de 18 años.

"4. Por haber quedado a disposición de la justicia ordinaria, en razón de una infrac-

ción penal cometida después de cumplida la edad de 16 años".

Según el inciso 4° del artículo transcrito, la justicia ordinaria recupera la competencia para juzgar a los menores de 18 años, cuando después de cumplir 16 años, cometan una nueva infracción penal.

En este caso desaparece la condición de inimputabilidad establecida en el artículo 165 del Código del Menor, pues entiende la ley que las medidas de rehabilitación no tuvieron ninguna eficacia, y que se restablece con relación a dichos menores el imperio punitivo del Estado. Esta interpretación es la que más se adecúa al texto de la norma transcrita, y a la realidad psicosocial que envuelve la problemática delincencial de nuestro país: la ley reconoce en esta norma que el menor pudo haber sido inducido a cometer delitos, y el Estado tiene como primer deber la obligación de buscar por los medios más adecuados su rehabilitación. Pero si él no responde a esta acción, vuelve a quedar bajo el imperio del derecho penal, dentro de los supuestos procesales y punitivos que ha previsto para los imputables.

#### SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO

Compartiendo plenamente la decisión que se toma en la providencia de la Sala, y gran parte de sus motivaciones, disiento de la parte final de las mismas en cuanto se afirma que "...el proceso debe ser remitido al juez de menores por intermedio del juez de primera instancia, para que aquel imponga la medida de rehabilitación que corresponda en sustitución de la pena que les había sido impuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 45 de la ley 153 de 1887", porque considero que la orientación que así se imparte desconoce la autonomía y la independencia del juez de menores con quien no estamos vinculados por medio de una relación de subordinación jerárquica.

Si se tiene en cuenta que los jueces de menores son funcionarios de única instancia y que por tanto no tienen relación funcional ni je-

rárquica con los tribunales, ni con la Corte, no puede esta a menos que se extralimite en el cumplimiento de sus funciones, señalar pautas interpretativas y menos indicarle qué debe hacer, como se está haciendo en la providencia de la cual me aparto en relación con este punto. Lo anterior, porque la jurisdicción del menor lo es, de una manera excepcional y especializada, de allí que los jueces de menores tengan requisitos especiales para desempeñar el cargo y en el ejercicio del mismo cuentan "con la colaboración de un equipo interdisciplinario, que orientará al juez sobre la medida más conveniente para el menor." (art. 168). En condiciones tan especiales se inmiscuye la Sala indebidamente al indicarle al juez de menores qué debe hacer en este proceso cuando se le ordena su remisión.

No alcanzo a percibir si lo que se transcribe de la providencia en este salvamento de voto, es una orden que la Corte imparte al juez de menores o una insinuación, pero sea lo uno o lo otro, no tiene relevancia, puesto que al no ser su superior jerárquico no lo obliga y en esto estaría profundamente respaldado por esta legislación especialísima a que aludimos con anterioridad al referirnos a la normatividad del menor, porque perfectamente el juez de menores con su grupo interdisciplinario podría considerar que no es conveniente colocar una medida sustitutiva a la pena inicialmente impuesta y con ello no estaría incurriendo en un desacato.

Estas las razones que me llevan a salvar el voto de manera respetuosa.

Cuando se derrotó mayoritariamente el proyecto inicialmente propuesto, se determinó que no era del caso entrar a hacer interpretaciones legislativas que no venían al caso en estudio y que era perfectamente inconveniente que se dieran directrices de tal índole al juez de menores, teniendo en cuenta su naturaleza especialísima y particularmente su autonomía, independencia y no subordinación jerárquica de la justicia ordinaria.

El sector minoritario de la Sala, considero sin embargo que estaba en facultad de hacer

una exégesis del alcance del art. 201 del Código de Menores y en tales condiciones, haciendo uso de esa misma facultad, me encuentro en el deber imperativo de dar mi personal concepto interpretativo de dicha norma, para que los estudiosos de la legislación de menores tengan una alternativa diferente, que sea consecuente con el querer del legislador y coherente con la estructura general del Código del Menor.

La singular forma de presentar este escrito, como salvamento y aclaración de voto al mismo tiempo, tiene motivaciones obligantes que escapan a nuestra propia voluntad, porque al apartarme de la decisión mayoritaria en cuanto indica, insinúa u ordena al juez de menores qué debe hacer, en franca extralimitación de las funciones que nos corresponden, se torna imperativa la necesidad de manifestar la discrepancia con un salvamento de voto.

Pero al haberse presentado en el proyecto derrotado una singular interpretación del artículo 201, y al determinar la Sala que su inclusión no debía hacerse puesto que era temática extraña al caso decidido, era apenas lógico que ni en la providencia de mayoría, ni en sus anexos apareciese nada relacionado con la temática que la mayoría había desechado, pero el sector minoritario en inexplicable decisión determina hacer en una aclaración de voto lo que la mayoría no quiso que se incluyera en la providencia aprobada y la verdad es que no es propiamente una aclaración de voto, porque su contenido nada tiene que ver con el tema que se decide y analiza en el proveído y por el contrario, contiene aspectos nuevos no contenidos en aquel y en tales circunstancias, lo que se denominó como aclaración de voto, es en realidad una adición a la providencia de mayoría que formula precisamente el sector minoritario de la Sala. En las anteriores condiciones nos encontramos que una resolución mayoritaria aparece adicionada por la voluntad de los que fueron derrotados. De esta forma, esto que ahora aparece como una aclaración no puede entenderse como dirigida a dilucidar puntos tra-

tados en la providencia, sino a aclarar la adición de voto que han hecho a la providencia tres muy respetables compañeros de Sala.

Comentando el numeral 4º del artículo 201 donde se dispone que las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán por haber quedado el menor a disposición de la justicia ordinaria en razón de una infracción penal cometida después de cumplir 16 años, sostiene el grupo minoritario que tal disposición ha de entenderse como la expresión de la voluntad del legislador que hace desaparecer las condiciones de inimputabilidad consagradas en el artículo 163, por considerar la ley que las medidas de rehabilitación no tuvieron ninguna eficacia "y que se restablece con relación a dichos menores el imperio punitivo del Estado".

No puede ser esta interpretación más alejada de la realidad y del querer del legislador, porque la verdad es que la Comisión Redactora del Código del Menor, luego de arduas discusiones, finalmente por mayoría tomó la determinación de que lo más conveniente era conservar la edad penal del menor en 16 años, aunque se discutieron otras dos alternativas, rebajarla a 14 la cual en su momento contó con mayor aceptación y fue objeto de mayor controversia, o subirla a 18. En las condiciones anteriores el proyecto enviado por Bienestar Familiar al Ejecutivo, como producto del trabajo de la Comisión fue sobre la base general, única, coherente y armoniosa, que para todos los efectos y en todos los casos la edad penal del menor sería 16 años.

Parecer ser que el proyecto sometido a estudio por el ejecutivo y escuchando recomendaciones de sus asesores y de la Procuraduría General de la Nación, resolvió elevar la edad a 18 años, con la lamentable omisión que ocurre siempre que se hacen correcciones por terceras personas a obras que han sido redactadas dentro de un contexto armónico, que a última hora le meten la mano. Es así como se hicieron las modificaciones en todos los artículos donde el Código hacía mención a la edad de 16 años, pero omitieron corregir el artículo

201, presentándose la deplorable incoherencia que ahora es objeto de una más lamentable interpretación por el grupo minoritario de la Sala. Porque si se piensa en un proyecto consistente, como fue el que salió de Bienestar con destino a la Presidencia de la República fundamentado en la voluntad de conservar la edad penal del menor en 16 años, el artículo 201 que fue redactado en la forma que finalmente fue publicado tenía toda su razón lógica con la voluntad de la comisión redactora; esto es, que las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán cuando este cometiera una infracción penal después de haber cumplido 16 años y esta determinación del numeral 4º del art. 201 como decíamos es lógica, puesto que al realizar una transgresión a la ley penal después de tener 16 años, era ya una conducta delictuosa realizada por un imputable y por tanto quedaba bajo la jurisdicción ordinaria y de esta manera se establecía una limitación a la posibilidad consagrada en el numeral 3º en el sentido que ellas se suspendieran, cesaran o se modificaran cuando el menor cumpliera 18 años, esto es que en principio las medidas de rehabilitación para el menor podían seguir aplicándose aún después de haber llegado a la edad de la inimputabilidad 16 años, hasta los 18, momento en que debían de cesar; pero si se trataba de un menor sometido a ellas que cometiese un delito después de haber cumplido los 16 años, estas medidas debían cesar de manera inmediata en ese momento, porque ya la conducta delictiva había sido cometida por un imputable y por tanto no podía la jurisdicción de menores reservarse ese autor para seguir aplicándole medidas destinadas a los inimputables.

Pero es apenas lógico que al introducirse la lamentada reforma de última hora y modificar la edad penal a 18 años, sin hacerse la respectiva enmienda a este artículo, se produce la incoherencia que da lugar a tan desafortunadas interpretaciones.

La verdad es que al producirse la modificación de la edad a los 18 años, se ha debido

igualmente rectificar el artículo 201 debiendo haber quedado redactados los numerales 3º y 4º de la siguiente manera:

"Art. 201. Las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán:

"1. ...

"2. ...

"3. Por haber llegado el menor a la edad de veintiún (21) años.

"4. Por haber quedado a disposición de la justicia ordinaria, en razón de una infracción penal cometida después de cumplida la edad de dieciocho (18) años.

"En ningún caso la medida de rehabilitación podrá ser superior a tres (3) años".

El límite de 21 años a que se alude, para ser consecuentes con el último inciso que dispone que las medidas impuestas al menor no pueden sobrepasar de 3 años y porque con idéntica técnica legislativa se resolvió el art. 217.

Y de la anterior manera este artículo hubiera guardado coherencia con toda la estructura legislativa, puesto que en el numeral tercero se prevé la posibilidad de seguir imponiendo medidas de rehabilitación aún para aquellas personas que hubieran superado la mayoría de edad y en el caso del numeral cuarto, se disponía la cesación de ellas al cumplir tal límite etario por el hecho de haber quedado a disposición de la justicia ordinaria por haber cometido delito después de cumplida dicha edad.

La omisión en la modificación de este artículo, es evidente que sí se hizo en el 217 porque allí se fue consecuente con que la edad penal sería definitivamente de 18 años, que las medidas de rehabilitación se podrían seguir aplicando aún después de haberse superado la edad de 18 años, pero que en ningún caso podrían prolongarse más allá de los 21, en esto último, perfectamente concordante con el último inciso del 201 que dispone que la medida de rehabilitación no podrá ser superior a tres años. Es así como en la norma comentada se lee:

"Si estando vigente la medida el menor cumpliera dieciocho (18) años, esta continuará en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en que este cumpla veintiún (21) años".

La veracidad de las precedentes interpretaciones se evidencia de la lectura de las actas de la Comisión Redactora donde se discutieron las conveniencias e inconveniencias de rebajar la edad a 14 o aumentarla a 18 años.

En el acta 21 (reunión del 26 de julio de 1989) según la secretaria de la Comisión, luego de haberse puesto en discusión el artículo que fijaba la edad penal del menor en 16 años.

"...explicó la Dra. Marietta que dentro de las recomendaciones llegadas a la Comisión como resultado del Seminario de Anapoima en el que participaron jueces y pedagogos, se solicitó la elevación de la edad penal a los 18 años con el objeto de hacerla consecuente con la mayoría de edad civil. No obstante esta recomendación, la subcomisión decidió, teniendo en cuenta otros criterios, conservar la edad penal en 16 años pero contemplando algunas medidas, para el menor entre 16 y 18 años, específicamente en lo que tiene que ver con el cumplimiento de la pena y aplicación de las medidas.

El Dr. Escobar manifestó que no es partidario de elevar la edad penal, si se tiene en cuenta la realidad del país y la forma como los delincuentes aprovechan a los menores.

La Dra. Yolanda Pulecio manifestó su preocupación porque hay sicarios de 14 años y el Dr. Granados conceptuó que podría rebajarse la edad penal a 14 años para determinados casos, como ocurre en la legislación de Puerto Rico, donde el juez de menores puede renunciar a su jurisdicción cuando las características del hecho revelan una gravedad extrema".

En referencia a la propuesta anterior "La Dra. Marietta de Marín consideró que esta norma es completamente extraña a nuestra legislación, es inconstitucional porque va contra el principio de la legalidad que señala que tanto la competencia como el procedi-

miento en materia penal, deben estar previamente establecidos; y dio lectura a un concepto que sobre el tema de la edad, emitió el Dr. Édgar Saavedra, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que dice: "No sé cuáles las razones para modificar la edad penal, rebajándola en dos años. Es claro que hay una incidencia estadística grande en la criminalidad de personas mayores de 14 años y menores de 16, pero creo que no es con la disminución de la edad penal que se soluciona el problema".

Son medidas preventivas y de vigilancia del menor quienes deben evitar la criminalidad precoz.

Me parece un verdadero crimen enviar niños de 14 a 16 años a las cárceles comunes porque lo cierto es que los famosos patios de menores de nuestras cárceles no han funcionado y nuestra juventud encuentra allí un foco de corrupción".

En el acta 23 (reunión del 9 de agosto de 1989)

"El Dr. Diógenes Plata argumentó que si se miran las consecuencias del hecho planteado se podría llegar a un acuerdo, estableciendo una presunción legal de inimputabilidad de los menores entre 14 y 16 años, presunción que podrá desvirtuarse demostrando la madurez psicológica del menor, en el momento de cometer el delito, caso en el cual será remitido a la justicia penal ordinaria. Con respecto a los menores de 14 años la presunción será de derecho.

La Dra. Marietta de Marín manifestó que consideraba esta propuesta igualmente inconstitucional porque violaba el principio de legalidad que dispone que nadie podrá ser declarado autor o partícipe de una infracción que no esté consagrada en la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ante juez competente previamente establecido y mediante el procedimiento señalado en la ley".

En el acta 24 (10 de agosto de 1989) se hizo una nueva propuesta para reducir la edad penal, en esta ocasión la recomendación se originó en el senador Luis Escobar Concha

y su "fórmula consistiría en declarar inimputables a los menores de 14 años, y respecto de los menores entre 14 y 16, establecer la presunción legal de inimputabilidad salvo en el caso de ciertos delitos de especial gravedad en los que le corresponderá al juez penal ordinario el conocimiento de la infracción respectiva".

"El Dr. Jaime Torres, en relación con el tema antes mencionado, expresó que existe una incongruencia, cuando se exige la edad de 18 años para el ejercicio de los actos de la vida civil y se pretende consagrar la edad de 14 años para ser imputable. Si se considera que este menor tiene suficiente discernimiento para ser responsable de un delito, también debería tenerlo para celebrar un contrato".

En el acta 25 (16 de agosto de 1989) "Se tornó a la discusión sobre la edad de inimputabilidad del menor infractor y el Dr. Diógenes Plata, reiteró su criterio de establecer la presunción legal de inimputabilidad para los menores de 14 a 16 años que sería desvirtuada por la madurez psicológica del menor.

"El Dr. Luis Escobar expresó que su posición es que el menor de 14 a 16 años sea inimputable, salvo para determinados delitos como el homicidio agravado, caso en el cual pasaría a la justicia ordinaria".

En el acta 32 (21, 22 y 23 de septiembre de 1989) se aprobó finalmente por mayoría, la edad penal de los menores en 16 años, fue la única norma de este estatuto que no fue aprobada por unanimidad de la Comisión.

En este texto los miembros de la Comisión "dejaron constancia que la motivación entre otras razones, por haber aprobado la posición mayoritaria de conservar la edad penal en 16 años, se debió a que previamente y por unanimidad se votó la inclusión dentro del proyecto de la creación de establecimientos cerrados para el tratamiento de los menores infractores que reúnan ciertas características y problemática".

Similar constancia a la anterior dejó el Dr. Diógenes Plata en el acta 35 (3 de octubre

de 1989) y consideró además la Comisión "que deben quedar en el acta las razones por las que se juzgó inconveniente elevar la edad de inimputabilidad a 18 años como la solicitaron algunos jueces y organizaciones. Estas razones fueron, el avance de la delincuencia juvenil, por la presencia de menores de 16 a 18 años en la comisión de crímenes atroces, y la madurez psicológica de los menores de esta edad entre otros".

Luego de tan extensas transcripciones creo que no exista la más mínima duda de cuál fue el criterio dominante en la Comisión y que para tomar la determinación final de la edad penal en los 16 años se analizaron y tuvieron en cuenta todos los fenómenos de criminalidad precoz y juvenil y a pesar de hacer tales consideraciones de índole criminológica primó la conservación de la edad en 16 años pero es en el texto del acta 21 donde se insinúa lo que finalmente pasó cuando el senador Escobar Concha "manifestó que la información que ha traído a conocimiento el Dr. Granados es muy interesante pero que no va a crear consenso en la Comisión ya que hay criterios enfrentados que no van a cambiar; por la cual tendrá que acogerse la decisión de la mayoría, dejando en claro los motivos de la oposición. En esta forma se le dejaría al presidente de la República con su equipo de asesores la posibilidad de que él decida qué es lo que más conviene a la salud del país" (La subraya es nuestra).

Y eso fue lo que sucedió, que el presidente de la República investido de las facultades

extraordinarias que le había conferido el Congreso de la República y escuchando el concepto de la Procuraduría General de la Nación, decidió elevar la edad penal a 18 años, desechando el criterio mayoritario de la Comisión Redactora; pero lamentablemente se hizo una reforma parcial presentándose la incoherencia del art. 201, pero sin que a pesar de ello se pueda llegar a afirmar como lo hace el sector minoritario de la Sala, que fue propósito del legislador establecer la edad penal de los menores en 18 años y en 16 para los reincidentes, porque dicha conclusión no se puede extraer del contenido de las actas, pues la situación fue muy simple, en la comisión la idea predominante fue señalar la edad de 16 años para todos los casos y en la Presidencia de la República se tuvo la misma idea pero sobre la base de 18 años. Cualquiera otra interpretación contraría la voluntad y finalidad del legislador.

De la anterior manera dejo expresada mi respetuosa inconformidad con la decisión de mayoría y hago una modesta aclaración a la adición de la providencia que hace el sector minoritario de la Sala.

Edgar Saavedra Rojas

\* \* \*

Adhiero en relación con el salvamento mas no con la aclaración.

Dídimo Páez Velandia.

\* \* \*

## COMENTARIO

De nuevo la H. Corte Suprema de Justicia vuelve a pronunciarse sobre el tema de la favorabilidad con ocasión del tránsito de leyes penales en el tiempo; para el caso de la derogatoria tácita del art. 34 del C. P. por el decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) en tratándose de la mayoría de edad penal, antes de 16 años y ahora de 18.

En la hipótesis examinada por el alto tribunal de justicia dos personas de aproximadamente veinte años de edad cada una, patrocinadas por la Procuraduría, invocan

la aplicación del nuevo estatuto pretextando que al tiempo de la comisión del hecho eran menores de 18 años por lo cual la nueva ley tiene que retroactuar por ser más favorable.

En apariencia la aplicación de la ley que hace nuestro más alto tribunal de justicia no ofrece reparos de ninguna índole, a no ser por el pobre contenido jurídico de la providencia; sin embargo, hay algunos aspectos que no podemos dejar pasar desapercibidos dada su trascendencia:

En primer lugar, podría pensarse que no tiene sentido aplicar la nueva ley penal a quienes al momento de entrar en vigencia esta son mayores de edad penal y también lo eran al momento de cometer el hecho. Por lo cual el Código del Menor solo podría aplicarse a quienes hubieran transgredido la ley penal con menos de 18 años, esto es antes del 1° de marzo de 1990 (art. 354), quedando excluidos aquellos que así hubieren tenido la minoría de edad al tiempo de cometer el hecho ya eran mayores a la entrada en vigencia de la nueva ley. Como argumento que avalaría esta interpretación podría aducirse que la especialidad de este tipo de leyes obliga solo a aplicarlas a quienes realmente sean menores. Sin embargo, tal digresión choca frontalmente con el alcance del principio de favorabilidad que, por expresa disposición constitucional, no tiene excepción alguna, ni siquiera en materia de leyes procesales penales en la cual una torcida doctrina y jurisprudencias han pretendido desconocer el supremo cánón.

En segundo lugar, se infiere de la providencia que la aplicación se hace para aquellos que todavía no hubieren sido condenados mediante sentencia en firme, con lo cual quedarían excluidos los que no estuvieren en tal situación. Al respecto es bueno recordar que expresamente el art. 6° del C. P. en armonía con la ley 153 de 1887 disponen que este principio rige "también para los que estén condenados", con lo cual en este momento cualquier persona que haya cometido un hecho punible teniendo menos de 18 años y más de 16, sin importar la edad que tenga ni el tipo de condena, puede (y el dispensador de justicia está obligado a ello) sin pena de prevaricar) invocar la aplicación de la nueva ley; el punto no admite discusión alguna en el plano legal, doctrinario o jurisprudencial puesto que la norma constitucional, repetimos, no tiene restricciones de ninguna índole salvo las que imponen caprichosas e inconsecuentes doctrinas como es de común ocurrencia en una nación en la cual el atraso de las disciplinas penales es más profundo y preocupante de lo que se piensa.

En tercer lugar, desde una perspectiva político-criminal podrían formularse algunas reflexiones. Se viene afirmando que el CM (Código del Menor) abre las compuertas a la impunidad porque ha posibilitado que delincuentes incursos en comportamientos en extremo graves queden sin sanción; que el legislador se equivocó al elevar la edad penal, etc.

La verdad es que en torno a este último aspecto es bueno recordar que los 18 años era el límite señalado hasta antes de la vigencia de la ley 75 de 1968, por lo cual la nueva disposición no implica ninguna novedad en la historia legislativa; la discusión que se plantea en torno a este aspecto es meramente formal, muchos argumentos podrían emitirse para respaldar la decisión legal.

Lo que acontece es que el meollo del problema es otro: no existen establecimientos para internar a los menores así como no hay dineros para mejorar, en condiciones mínimas de aceptación, los establecimientos carcelarios y para construir los frenocómicos. La burocracia estatal, propia de un Estado paquidémico y corrupto lo absorbe todo.

Queda la sensación, cuando se escuchan las polémicas que se desatan a raíz de los frecuentes cambios legislativos, que se quiere tender una cortina de humo para ocultar la situación de fondo. Lo que debemos preguntarnos ahora es cómo se convirtieron nuestros jóvenes, incluso los niños, en máquinas de matar; quién es el responsable de esta avalancha de violencia sin fin que tiene anegado en sangre el suelo patrio.

No pretendemos aparecer como "salvadores", muy comunes por cierto en época de crisis, pero sí queremos señalar cómo las condiciones socioeconómicas imperantes explican en buena medida estas manifestaciones de criminalidad. ¿Qué más se puede esperar de una nación adormecida por unos medios de comunicación que a diario invitan a menoscabar el Estado de derecho, a desconocer el derecho y la justicia como valores supremos de la convivencia social? Basta sentarse frente a una pantalla de televisión, ir al cine, leer una revista de tiras cómicas, o escuchar la radio, para percatarnos de lo anterior; no es casual que los nombres de las pandillas juveniles y de sus integrantes sean extraídos de toda esa basura norteamericana, estratégicamente programada y dirigida a unos fines concretos, que ha envenenado a nuestra juventud con héroes de papel que aplican justicia por su propia mano y cuya única ley es el terror y la metralla.

Esa es la educación que le estamos infundiendo a nuestros niños, los hemos sumido en la incultura y en la violencia; no hemos fomentado los ideales que deben inspirar la convivencia civilizada, no los hemos enseñado a respetar al hombre sino a mancillarlo.

Pero, cabe también preguntarse: ¿quién es el responsable de la situación de miseria y atraso que hoy viven nuestros campos y ciudades? ¿Quién ha creado las condiciones, a manera de caldo de cultivo, para que fenómenos como el que hoy nos ocupa se extiendan sin control? Como es obvio los críticos de bolsillo que aparecen en la televisión y pontifican en los cafetines bogotanos nunca se han asomado a los barrios populares; quien quiera entender la problemática no tiene más que desplazarse unas pocas cuadras de su casa, en ciudades como las nuestras, para presenciar lo que hace muchos años mostraba con crudeza un estudio ordenado por la Cámara de Comercio de Medellín que, cosa extraña, fue sepultado en el olvido: nuestra niñez se muere de hambre; el raquitismo y la desnutrición son la norma general; no hay asistencia médica, educación, vivienda; en fin, que no se puede vivir con dignidad.

Y no vamos lejos: miremos las calles de nuestras ciudades atestadas de vendedores ambulantes con el hambre, el atraso y el olvido, dibujados en la mirada.

Si pensamos un poco en ello empezaremos a entender por qué nadie cree en la justicia, en el derecho. La descomposición social, la falta de oportunidades, la injusticia reinante, el irrespeto secular a los más elementales derechos del hombre, no permiten construir una sociedad artificial.

De todas maneras, la decisión de la H. Corte no hace más que respetar un mandato constitucional. Esperemos que no por cumplir con el deber nuestros tribunales de justicia resulten, como en el pasado, los chivos expiatorios a quienes se atribuyen los males que padecemos.

Ahora bien, en relación con la aclaración de voto de los magistrados GÓMEZ VELÁSQUEZ, VALENCIA MARTÍNEZ y GIRALDO ÁNGEL, parece evidente que la interpretación que hacen del inc. 4° del art. 201 del CM es incoherente e improcedente, *interpretar la ley no es legislar*. Si hay vacíos y contradicciones en el texto legal debe acudir a la interpretación teleológica como lo hace el magistrado SAAVEDRA ROJAS al aclarar su voto. Es que, en gracia de discusión, resucitar la reincidencia es desconocer los alcances del principio de culpabilidad que, por supuesto, también rige en el derecho penal de menores.

Así mismo, en torno al salvamento de voto de SAAVEDRA ROJAS, acompañado del también magistrado PÁEZ VELANDIA, cabe observar que el inciso final del art. 45 de la ley 153 de 1887 se refiere a los "casos dudosos", los cuales se resuelven "por interpretación benigna", por lo cual no entendemos la remisión que hace la mayoría de la Sala a dicha norma, ordenando remitir el proceso al juez de menores. De nuevo aquí debemos darle razón al Salvamento de voto.

Para terminar queremos dejar consignada una reflexión que una vez más ha acudido a nuestra mente al leer esta providencia con sus salvamentos de voto y aclaraciones: creemos que ya es hora de que nuestro máximo tribunal de justicia se sienta a discutir con serenidad la manera de trazar verdadera jurisprudencia; asombra la cantidad de pronunciamientos encontrados sobre diversas materias; los yerros conceptuales en que se incurre; las interpretaciones desafortunadas que a diario se ensayan; es notorio el olvido de los principios fundamentales del derecho penal cuando de decidir se trata, etc. El caso que hoy nos ocupa es una muestra de lo que venimos diciendo; llegó el tiempo de asumir la tarea de administrar justicia con humildad y sabiduría, nuestros jueces no pueden ser inferiores al compromiso histórico que el momento exige.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Julio 5 de 1990.

## Juzgado Decimoséptimo penal del circuito de Medellín

### *El avalúo de la indemnización durante el juicio*

Pese a que el art. 364 del C. de P. P. expresa que la fijación del monto de la indemnización en los delitos contra el patrimonio económico, así como su impugnación, debe hacerse durante la investigación, el respeto a los principios rectores del derecho procesal, a partir de una interpretación lógico-sistemática de la ley, permite que dicho monto pueda ser fijado e impugnado durante la etapa del juicio, inclusive después de vencido el período probatorio de este.

Dr. PLINIO POSADA ECHAVARRÍA  
Bogotá, Octubre 12 de 1989

Comentario: MARIO NICOLÁS CADAVID BOTERO \*

El personero judicial del señor Carlos Alberto R. H. (apodado pan de queso), procesado por el delito de abuso de confianza en bienes del ciudadano Carlos Julián G. M., mediante escrito presentado en este Despacho el 4 de octubre último, solicitó la designación de "perito idóneo" para que evalúe, en este proceso, los perjuicios materiales y morales que puedan derivarse del hecho punible que es materia de la presente investigación" (fs. 139).

Dentro del expediente de la referencia, ya precluyó el término concedido por medio de sustanciatorio del 4 de

julio del año en curso, para que los sujetos procesales solicitaran la práctica de pruebas dentro de la etapa de juzgamiento (C. de P. P., art. 490), sin embargo, de *ex profeso* el memorialista insiste en su pedimento, el cual funda sobre las siguientes bien elaboradas consideraciones: a) Que en la hipótesis de que el proceso termine con fallo adverso a su cliente, conforme al artículo 50 del C. de P. P., la condenación por daños y perjuicios ha de hacerse en concreto y como el informativo no contiene bases para su estimación, he aquí el primer motivo para su petición; b) Que con dicha

\* Juez 32 de Instrucción Criminal y profesor de derecho procesal penal de la Universidad de Medellín.

peritación existe la posibilidad de presentarse el desistimiento de que trata el novísimo decreto 1861 de 1989, en su art. 1º, lo que daría fundamento para decretar la cesación de procedimiento; c) Porque de no prosperar la cesación de procedimiento por indemnización integral a que alude la norma de la inmediata precedencia, dejaría abierta la posibilidad de invocar la disminución de la punibilidad de que trata el artículo 374 del C. P. y d) Porque el principio de la investigación integral establecido en el art. 358 del C. de P. P., dispensa legítima facultad para elevar la ameritada solicitud, cuya práctica puede "impedir exagerados pedimentos de la parte afectada sobre valores indemnizatorios elevados caprichosa y unilateralmente".

En orden a decidir, el despacho considera: Del estudio de las normas que rigen lo atinente a la fijación de la cuantía y monto de la indemnización de los perjuicios originados con el hecho punible, se infiere que en tratándose de delitos contra el patrimonio económico, como es el caso de autos, ha de tenerse en cuenta el régimen especial del artículo 364 del estatuto procesal penal, el cual establece que "la cuantía y el monto de la indemnización, será la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el juez decretará la prueba pericial para establecerla".

Como se puede apreciar, la citada disposición indica de manera clara y expresa cuándo y por qué razones resulta necesario ordenar la práctica de la prueba pericial. Tómese en cuenta entonces que en el caso *sub examine* no se ha realizado diligencia de juramento estimatorio con el afectado, para conocer cuál es su estimación sobre el valor y monto de la indemnización. De aquí que, por sustracción de materia y para que sea posible entrar a considerar la intervención de perito, no quepa hablar de que aquella tasación del perjudicado ha sido rebatida dentro del proceso. Fácilmente se infiere de la norma transcrita que para que surja la necesidad de disponer la prueba pericial, han de concurrir sin falta

los siguientes requisitos previos: 1. La manifestación jurada del perjudicado con el atentado patrimonial, respecto de la cuantía y monto en dinero del daño que ha recibido con el delito y, 2. La impugnación o refutación de dicha estimación, por parte de alguno de los sujetos procesales. Así las cosas, por ahora, resulta inconducente la práctica de la prueba que ha solicitado el señor defensor contractual del inculpado y por esta razón se denegará.

Más como la referida petición del laborioso abogado aparece elaborada sobre un infundible numen de equidad y justicia, ello se constituye en suficiente acicate para que el despacho de manera oficiosa y con fundamento en el artículo 492 del código instrumental penal, disponga, como en efecto lo hará, la práctica del juramento estimatorio que autoriza la ley en el ya mencionado art. 364, incluyendo dicha orden la solución a las posibles implicaciones que puedan surgir, esto es, que si alguno de los sujetos procesales llegare a impugnar aquel monto y cuantía que haya señalado el damnificado, quede abierta así la posibilidad para que dentro del término de quince (15) días que habrá de fijarse para que tenga lugar la aducción del referido medio probatorio, pueda practicarse también la prueba pericial tendiente a establecer los factores objeto de impugnación.

No quiere el juzgado dejar pasar esta feliz oportunidad para destacar y obviamente proponer solución, a un yerro de técnica legislativa que advierte en el contexto del plurimentado artículo 364. En efecto, como ya se anotó, dicha norma dispone que tratándose de hechos punibles contra el patrimonio económico, la cuantía y monto de la indemnización será la que fije bajo juramento el perjudicado, "siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales...".

El subrayado intencionalmente hecho es para indicar dónde radica el equívoco del legislador. Seguidamente adviértanse algunas de las gravísimas consecuencias que genera el texto de la norma en cita:

1. Viola el principio del debido proceso, elevado a la categoría de norma rectora por el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, clara emanación del art. 26 de la Constitución Nacional. Es que si limita "a la etapa de la investigación" la facultad que tienen los sujetos procesales para rebatir u objetar un medio probatorio, ello es ni más ni menos que una flagrante restricción a los derechos y garantías de que gozan aquellos dentro del proceso penal. Conviene aclarar que así en la relación que trae el artículo 258 del estatuto procedimental penal, la cual es meramente enunciativa y no exhaustiva, no se incluya el juramento estimatorio, tremenda estulticia resultaría el negar que dentro del actual ordenamiento procesal aquel no aparece regulado. Es más, en esta materia el legislador no acogió el sistema de los *numerus clausus*, sino el de *numerus apertus* y de aquí que se diga entonces que existe libertad de medios probatorios, máxime cuando el código no trae sobre este asunto prohibición o restricción alguna.

2. Igualmente es violatorio del principio de contradicción o de bilateralidad o controversia, consagrado asimismo como norma rectora del estatuto procesal penal por el artículo 10 de dicha obra, pues crea una absurda y extravagante diferencia respecto al momento procesal para la incorporación de los medios probatorios, ya que según la etapa o fase en que se encuentre el proceso, es viable determinado medio de prueba o en otras palabras dicho que en el ciclo investigativo proceden unos medios y en la etapa de juzgamiento otros. ¡Tamaño sin razón!. Es obvio que también esto conculca el debido proceso legal.

3. De igual manera soslaya palmariamente el principio general de la libertad de prueba, estatuido en el artículo 254 del Código Procesal Penal.

4. Tal limitación haría nugatoria y sin posibilidad alguna de aplicación, la disminución de la punibilidad consagrada en el artículo 374 del estatuto represor, pues va a contramano con la oportunidad que esta disposición

señala para que tenga lugar la reparación por los daños y perjuicios emergentes del hecho punible, vale decir, antes de dictarse sentencia de primera instancia y

5. Sumamente impróvido o de pocos alcances resultó el legislador al no tener en cuenta que es pertinente y conducente durante la etapa de juzgamiento en los procesos adelantados por el procedimiento ordinario, entrar a establecer los daños y perjuicios ocasionados con el delito. Para muestra de esto basta aducir lo acontecido en este informativo.

En vista de que no debe existir contradicción o incongruencia entre los principios rectores invocables y el ordenamiento legislativo entendido en la coherencia de su sistema, en el que han de estar immanentes y latentes, la solución al caso en examen que se le ocurre al Despacho, se halla acudiendo al medio lícito de una hermenéutica lógico-sistemática, por medio de la cual se busca armonizar el sentido de la disposición en comento con el sentido de otras normas del ordenamiento procesal penal, vale decir, con los artículos 277, 278, 354, 358, 360 y 490. Ello porque sencillamente el legislador no puede incurrir en el exabrupto de exigir al juez el disparatado deber de decidir injustamente. Con insuperable finura diserta sobre el tema el ilustre tratadista LARENZ, en los siguientes términos: "El que el juez esté vinculado a la ley, no debe entenderse, con toda seguridad, en sentido de una vinculación a las 'letras', es decir, en sentido de estar obligado a una interpretación literal... Además, el juez está vinculado a la ley individual solo como una parte del derecho... los jueces tienen que respetar la voluntad del legislador cuando esta sea indudable y sea posible llegar a conocer su expresión en la ley" KARL LARENZ, *Metodología del derecho*, Barcelona, Edic. Ariel, 1966, pág. 252).

Con el sugerido método de interpretación indudablemente que el intérprete se sitúa en la prospectiva justa y adecuada, pudiendo ampliar los efectos de la norma a otros ciclos del proceso, ello claro está una vez aprehendida su *ratio legis*. Así las cosas, hay lugar a

tomar como término para que tenga lugar la impugnación por parte de los sujetos procesales, a la estimación que hace el perjudicado sobre el monto y cuantía de la indemnización, el mismo que fija el artículo 277 del C. de P. P., vale decir, hasta antes de que el proceso entra a despacho del juez para sentencia. Ahora, aplicando asimismo el procedimiento señalado en la disposición subsiguiente, o sea, el artículo 278, nótese también que resulta regulada la solución para una de las posibles dificultades que pueden surgir con la utilización de dicho medio probatorio, en este caso, la objeción al dictamen pericial al que ha dado lugar la confutación a la tasación entregada por el perjudicado.

Actualmente viene incurriéndose en una práctica viciosa en el ámbito judicial en cuanto a la forma de incorporación y valoración del referido medio probatorio. En efecto, algunos funcionarios consideran que al interrogar a la víctima en el decurso de la denuncia, sobre la cuantía de los bienes objeto de apoderamiento, ya cumplieron con la práctica de dicha prueba. Pero es más grave el yerro de quienes al valorar dicha actuación la toman como cuantía y monto de la indemnización y condenan al responsable del hecho punible a pagar esa suma. Se debe dejar en claro que lo que se ha hecho es recibir la noticia acerca de la comisión de un delito y se ha utilizado al juramento como formalidad para recepcionar esta prueba (testimonio), conforme con los artículos 153 y 154 del C. de P. Penal, mas no como debía ser, es decir, como un medio de prueba, según los artículos 364 ibidem y 211 del Código de Procedimiento Civil, al cual se puede acudir por disposición del principio rector de la integración, consagrado en el art. 12 de la obra inicialmente citada. Para corregir este vicio debe entonces el funcionario citar al perjudicado y practicar con

él diligencia de juramento estimatorio, donde este claramente expondrá el monto y cuantía de la indemnización, explicando razonadamente cada uno de estos factores, luego de un técnico, completo y adecuado interrogatorio dirigido por el funcionario que la practique. Ahora, para que los sujetos procesales tengan la oportunidad procesal de impugnar esa estimación que hace el perjudicado, se hace necesario acudir al procedimiento señalado en el artículo 276 del estatuto instrumental penal, con lo cual queda incólume y se da desarrollo al principio de contradicción o controversia. Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, el Juzgado Décimo Séptimo Penal del Circuito de Medellín,

## RESUELVE:

1. Denegar por inconducente la prueba solicitada por el señor defensor del procesado Carlos Alberto R. H.
2. Ordenar la práctica de la diligencia de juramento estimatoria a que alude el artículo 364 del C. de P. P.; en consecuencia, cítese al perjudicado Carlos Julián G. M. Como término para que tenga lugar dicha prueba, señálese el de quince (15) días. (C. de P. P., art. 492).
3. Una vez incorporada al proceso la mencionada diligencia, se pondrá en conocimiento de los sujetos procesales, a través de lo dispuesto en el art. 276 del C. de P. P. Asimismo si este trámite da lugar a la práctica de la prueba pericial, se ordenará la misma, obviamente, dentro del término anteriormente indicado.
4. Conforme con la constancia visible al folio 46 vto., averigüese por el estado actual del proceso seguido en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín, en contra de Carlos Alberto R. H.  
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

\* \* \*

## COMENTARIO

Varios comentarios nos merece la providencia emanada del Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín:

En primer lugar debemos reconocer el encomiable esfuerzo intelectual y jurídico realizado en el análisis y estudio del art. 364 del C. de P. P. en relación con principios constitucionales que se engloban en el debido proceso. No obstante que compartimos en este sentido la providencia, creemos que las propuestas y soluciones que se plantean parten por lo menos de una discutible concepción de la figura allí prevista frente a los principios del derecho procesal penal, pues una mera diligencia de instrucción, como es la estimación testimonial de perjuicios, se considera un medio probatorio autónomo.

1. En primer lugar, debemos indicar que el art. 492 del C. de P. P. establece respecto de los sujetos procesales un término perentorio para solicitar pruebas e igualmente la sujeción del juez del juzgamiento al término de dos días para decretar las que solicitadas por las partes considere admisibles, las que pedidas en la investigación no se hubieran podido practicar y se juzguen necesarias y "las que de oficio considere necesarias"; luego, el inciso 2° del art. 492 no puede entenderse desvinculado del inciso 1°, ni contradictoriamente inmune al orden lógico del proceso y, fundamentalmente, al principio de la lealtad procesal, que también compromete al juez. Permitir lo anterior podría propiciar que los sujetos procesales se vieran sorprendidos en algún momento por la omnimoda potestad del juez de decretar pruebas en cualquier etapa procesal posterior al término que legalmente se consagra para el efecto.

Por otra parte, aunque resultan válidas desde el punto de vista formal las argumentaciones que se dan en la providencia para afirmar la existencia de un aparente yerro de técnica legislativa en el contexto del art. 364 del C. de P. P., parten, como ya dijimos, de una discutible valoración de la naturaleza jurídica de la diligencia regulada en dicha norma, porque si el legislador hubiera querido otorgar a esta diligencia el alcance de medio de prueba, lo hubiera dispuesto así en el libro II, título V, "De las pruebas", pero si aparece consagrada en el libro II, título IV, capítulo II, significa entonces que se trata de una diligencia de investigación de los hechos o acto de composición del sumario, sin que ello signifique que estos no involucren, en la mayoría de los casos, medios de prueba. Por eso puede afirmarse que la diligencia regulada por el art. 364 no es un medio de prueba independiente sino un acto procesal que comporta en primer lugar el testimonio del perjudicado para especificar la cuantía y el monto de los perjuicios y, subsidiariamente, la prueba pericial. Por estas consideraciones, obviamente, el ataque a la cuantificación que hace el perjudicado solo procede en la etapa de instrucción, sin que pueda afirmarse el cercenamiento del derecho de contradicción respecto de los sujetos procesales, pues el artículo 364 no prohíbe al juez que decrete la prueba pericial que regulan los artículos 262 y ss. del C. de P. P. dentro del término legal, bien actuando oficiosamente o mediando petición de uno de los sujetos procesales.

En síntesis: consideramos que en los procesos por delitos contra el patrimonio económico, la prueba pericial orientada a obtener la cuantía y el monto de la indemnización, tiene la siguiente aplicación.

1. En el sumario, solo podrá decretarse ante la impugnación de alguno de los sujetos procesales de la estimación testimonial del perjudicado; esto es, en dicha fase procesal la mencionada prueba no puede ordenarse directamente sino como

alternativa y solución a la inconformidad de los sujetos procesales con la apreciación jurada del damnificado.

2. En el juicio, nada impide que el juez, con fundamento en el artículo 360 numeral 6° del C. de P. P., ordene la prueba pericial para obtener certeza sobre el monto de los daños y perjuicios ocasionados. Entonces, si en esta fase del proceso existe inconformidad de los sujetos procesales o insatisfacción del mismo juez con la apreciación económica hecha por el perjudicado en la etapa de investigación, debe recurrir a la prueba pericial que en manera alguna ha sido minimizada ni borrada por el artículo 364, simplemente le introduce una limitación en la precisa fase de la investigación porque cobra vigencia el principio de la libertad de prueba (art. 254 del C. de P. P.), rector en materia probatoria según el cual, la naturaleza y cuantía de los perjuicios podrá demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en el código instrumental penal.

3. En segundo término, en nuestro sentir, el ordenamiento procesal penal colombiano, en garantía de los postulados de la legalidad del proceso, de la seguridad jurídica, de la lealtad procesal y de la conducencia de la prueba, ha hecho una enumeración taxativa de los medios probatorios, con lo cual ha evidenciado que si bien permite la libertad de prueba, en el sentido de que los hechos y en general los extremos del proceso pueden demostrarse por cualquier medio probatorio, este solo puede ser el que aparezca expresamente previsto en el estatuto procesal penal; así lo dispone categóricamente el artículo 254 de dicho ordenamiento, razón por la cual la pretendida apertura en el allegamiento de medios de prueba si se encuentra expresamente limitada por disposición del estatuto de garantías procesales penales.

Diligencias como el careo, la reconstrucción del hecho, la toma de grafías al testigo y la estimación jurada de bienes, entre otros, son actos que se cumplen en desarrollo del programa mínimo de investigación previsto en el art. 360 del C. de P. P. y como tales contienen los seculares medios de prueba o coherentes combinaciones, pero no son medios de prueba autónomos.

En síntesis, entender la diligencia prevista en el art. 364 como medio probatorio independiente conduce, ciertamente, a las incongruencias y vacíos que señala la providencia. Mas ningún atentado contra el debido proceso y el derecho de defensa se advertirá si dicha diligencia es entendida en el sentido arriba propuesto, es decir, como una mera diligencia de instrucción.

Desde luego que nada obsta para recomendar que en la versión del perjudicado sobre el monto de los perjuicios, el juez recabe con cautela y pormenores, exigiendo del interrogado la razón de la ciencia de su dicho, razón por la cual no se ve la necesidad de acudir a un heterodoxo —por lo menos en una teoría procesal penal— juramento estimatorio autónomo.

Finalmente, resulta incontrovertible que la presente providencia denota un estudio profundo y un respeto por parte del juez a las garantías procesales, pues es clara su intención de tomar una decisión equitativa que consulte el principio de igualdad de los sujetos procesales, a la vez que constituye un valioso aporte a la construcción en nuestro medio de una verdadera dogmática jurídico procesal penal.

ALBIN ESER, ARTHUR KAUFMMAN, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Avances de la medicina y derecho penal*. Barcelona, Edición de Santiago Mir Puig, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, 1988, 166 págs.

Comoquiera que en los días 25 y 26 de septiembre del año de 1986 se celebró en Barcelona un seminario hispano-alemán sobre el tema que da nombre al libro objeto de la presente reseña: "Avances de la medicina y derecho penal", quiso su organizador, el profesor español SANTIAGO MIR PUIG, condensar en una obra las ponencias allí presentadas, en razón de la trascendencia que para el derecho penal tienen los últimos desarrollos de la medicina como posibilidades de intervención en la vida y en la salud humanas; la interdependencia que debe existir entre la norma jurídica y el progreso científico, pero, por sobre todo, la ineludible función político-criminal de la dogmática jurídico-penal para afrontar este nuevo tipo de problemas vivenciales.

Siguiendo este hilo conductor comienza el profesor alemán ALBIN ESER disertando sobre "los problemas de justificación y exculpación en la actividad médica", advirtiendo la insuficiencia de los esquemas jurídicos tradicionales para tratar adecuadamente y con equidad los nuevos descubrimientos de la medicina. En este sentido, el citado ponente, ade-

más de asumir el problema de la justificación y exculpación en su función de anular la antijuridicidad normalmente configurada a través de la tipicidad, señala la necesidad de superar para dicha materia una visión limitada y superficial que ignora que "la intromisión de la actividad médica en intereses jurídicamente protegidos exige una legitimación aun cuando falte una protección específicamente penal de estos bienes jurídicos" (pág. 9).

A continuación, el profesor ARTHUR KAUFMANN, en su doble calidad de penalista y filósofo, cuestiona la relativización de la protección jurídica de la vida como consecuencia de la creciente intervención de la medicina y la biología en la manipulación del comienzo y fin "natural" de la misma, estudiando, de manera particular, la denominada eugenesia precoz, la disposición de los embriones sobrantes en los eventos de fertilización *in vitro*, la eutanasia en sus dos modalidades, activa y pasiva, y, en general, todos aquellos supuestos que por su naturaleza constituyen excepciones al principio de protección absoluta de la vida, y que por lo mismo deben ser delimitados de modo estricto y con sólidos fundamentos, pues el reconocimiento de tales excepciones de ningún modo controvierte la regla general de protección a la vida con independencia de su valor, y muy por el contrario, demuestra la necesidad de completar a nivel médico el tradicional punto de vista biológico-naturalista por otro ético-humanista.

A su vez, el profesor español DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA formula una serie de hipótesis en relación con

el problema de la licitud o no de la intervención médica o de terceros, especialmente en el ámbito penitenciario, en los supuestos de huelgas de hambre, autolesiones o intentos de suicidio, distinguiendo las múltiples variantes que se pueden presentar al respecto. En esta orden de ideas merece especial atención el tratamiento jurídico-penal que LUZÓN PEÑA da a la huelga de hambre según la fase que atraviese, arguyendo que el estado de necesidad constituye la respuesta que ampara la actuación médica forzosa en todas aquellas situaciones de huelga de hambre que por su continuidad en el tiempo pueden desencadenar la muerte, sin que haya lugar a responsabilidad por delitos de coacción.

Seguidamente el profesor CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA analiza la posición del derecho penal español frente al diagnóstico antenatal, en sus variantes preconceptivo y prenatal, deslindando las distintas implicaciones jurídico-éticas que se derivan de la aplicación de estas recientes técnicas científicas, a la luz del respeto a la autodeterminación y dignidad humanas. De igual modo se refiere sumariamente a algunos problemas que, a pesar de no revestir un interés estrictamente jurídico-penal, están estrechamente vinculados con las modalidades de diagnóstico antenatal, como son las limitaciones al derecho a la reproducción, el derecho a la objeción por razones de conciencia y el deber de secreto médico.

A su turno el profesor JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ estudia las distintas variantes que puede asumir la responsabilidad penal del médico por omisión, y por consiguiente se impone la tarea de establecer cuándo concurre una posición de garante en la persona del médico, precisando los supuestos de asunción efectiva y la configuración del actuar precedente peligroso como los fundamentos materiales que hacen de la asunción de funciones de protección de bienes jurídicos una fuente de posiciones de garantía.

Finalmente, HEINZ ZIPF, catedrático de derecho penal de la Universidad de Salzburgo,

efectúa un análisis comparativo de la legislación alemana y la austriaca en lo atinente al tratamiento curativo realizado sin consentimiento y al trasplante de órganos, calificando como de avanzada la expresa regulación legal que en estos aspectos presenta Austria frente al silencio legislativo de Alemania que se traduce, de un lado, en la desprotección del derecho de libre disposición del paciente, ante las lagunas en la punición del tratamiento curativo realizado sin consentimiento, y de otro, en la urgente necesidad de adoptar una base jurídica sólida en lo que dice relación con la extracción de órganos, ante la insuficiencia que ostenta para estos aspectos el recurso a los principios generales del derecho.

Como puede inferirse de las breves consideraciones planteadas, se impone para la ciencia jurídica, y más concretamente para el derecho penal, la exigencia de fijar límites al ámbito de la actividad médica en la medida en que la misma, como corolario de su progreso, vulnera bienes jurídicos de rango constitucional.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO  
Medellín, abril de 1990

NÓDIER AGUDELO BETANCUR: *Emoción violenta e inimputabilidad penal. Alegato en un caso de homicidio*. Medellín, Ed. Manuel Arroyave, 1990, 131 págs.

Una modesta presentación encabeza este excelente trabajo, en la cual el autor lo describe como una "segunda parte" o continuación de un artículo que él mismo publicara hace diez años, con ocasión de la acertada regulación que el nuevo Código Penal le daba al hasta ese momento llamado por la doctrina *trastorno mental transitorio*. Ahora su trabajo apunta a tratar acerca de la evolución histórica de la figura con especial detenimiento en la *emoción violenta* como generadora de este fenómeno, a propósito de un caso de homicidio en el cual el profesor Agudelo Betan-

cur actuó como defensor. La sencillez y la claridad son las notas predominantes de la exposición que, en la primera parte del libro, el autor hace acerca de tres fenómenos básicos que pueden llegar a provocar el trastorno mental transitorio; para ello se ubica en la llamada "esfera afectiva de la personalidad", disertando acerca de la *emotividad* como aquella facultad que tiene el organismo para impresionarse y reaccionar positiva o negativamente ante los estímulos exteriores positivos o negativos, sin olvidar que no necesariamente tal reacción estará regida por la racionalidad.

Comienza con la *ira*, definiéndola como una emoción esténica, activa por excelencia, de carácter pulsional y que, como emoción que es, puede alcanzar, según la causa que la origine, grados tales de intensidad que perturbe gravemente la capacidad de comprensión o debilite la voluntad del sujeto que la padece.

Hablando a renglón seguido del *miedo* como emoción primaria de índole asténica, Nódier Agudelo alude a varios antecedentes tanto en Latinoamérica como en Colombia, en cuanto a su reconocimiento como causal de *inimputabilidad*, cuando por su intensidad ocasiona exagerada actividad física en el individuo, quien ve perturbada su capacidad de comprensión y borrados los frenos inhibitorios de su voluntad.

El cierre de la primera parte lo constituye un breve pero completo análisis en torno al *choque afectivo* que, mirado como una intervención brusca de un factor inesperado, lleva al sujeto que lo sufre a una absoluta incapacidad para responder mediante una reacción adaptada o acorde, por la disminución o pérdida total de la conciencia.

Es de resaltar que al hablar de los temas anteriores, el profesor Agudelo Betancur alude a escritos y trabajos de reconocidos psiquiatras y psicólogos, a la par que menciona los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales que cada una de estas figuras ha tenido en Colombia y en Iberoamérica principalmente.

En la segunda parte de su trabajo, el autor transcribe el *alegato de defensa* que él mismo presentara en un caso concreto de homicidio ocurrido hace diez años. Para comenzar, hace un estudio tan extenso como claro acerca del fenómeno de la inimputabilidad originada en el trastorno mental transitorio. En este marco teórico inicial se destaca el cuidadoso examen que el defensor hace acerca de si este tipo de afección psíquica exige o no una base patológica previa. Después de citar algunos conceptos jurisprudenciales y doctrinales sobre el asunto, concluye que la base patológica en estos casos tan solo facilita el diagnóstico, pero no puede ser requisito indispensable para su reconocimiento como causa de inimputabilidad, pues exigirlo así traería consigo la violación flagrante del principio de la culpabilidad. En capítulo aparte, la defensa retoma nuevamente lo referente a la *emoción violenta* y sus tres fenómenos generadores (*ira*, *miedo* y *choque afectivo*), para complementar su estudio con un análisis muy técnico y detallado sobre los mecanismos desencadenantes de la *emoción violenta* en la pérdida de la capacidad de comprensión o determinación, para lo cual recurre a las teorías que sobre este tema ha desarrollado la doctrina extranjera, aludiendo incluso a las llamadas *reacciones primitivas* y a los *actos en corto circuito*, entre otros.

La conclusión de esta segunda parte puede calificarse como una muy acertada aplicación de la base teórica de su alegato, ya que inmediatamente el defensor somete a un detallado y riguroso examen todo el material probatorio que obra en el proceso, demostrando con irrefutable precisión jurídica que en la conducta del sindicado se reunían todas las exigencias legales y médicas (transitoriedad, corta duración, proporción en la causa, perturbación suficiente entre otras) para ser considerada como consecuencia lógica de una *grave sugestión patológica*, figura que para aquella época (anterior a la vigencia del Código Penal actual) comprendía lo que hoy conocemos y tenemos regulado como *trastorno mental tran-*

itorio sin secuelas; que como es ahora y era lógico entonces, no ameritaba la imposición de ningún tipo de medida de seguridad. Así lo reconoció la sentencia.

La tercera y última parte del libro contiene el texto de los cuestionarios y dictámenes psiquiátricos que la defensa solicitó como pruebas y de los cuales se valió para apuntalar la teoría del *trastorno mental transitorio originado en una emoción violenta*.

MARIO ALBERTO ARENAS ALZATE  
Medellín, marzo de 1990.

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XLI, fascículo III, septiembre - diciembre, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988.

Nos proponemos presentar en esta nota los títulos que integran la sección doctrinal y las crónicas extranjeras de la entrega del anuario que hemos recibido en esta oportunidad.

Hacemos referencia inicialmente al artículo del profesor SANTIAGO MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en el cual vuelve a plantear la perspectiva *ex ante*, inspirada en la función de prevención de delitos que corresponde al derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. En concordancia con esta función del derecho penal, incluye en su esquema del delito el desvalor de acción como integrante de lo injusto, en tanto que ubica el desvalor de resultado como condición objetiva de punibilidad\*.

En este trabajo profundiza en el papel que corresponde a lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, siempre desde la perspectiva *ex ante*, lo cual le permite aportar nuevos argumentos para distanciar su construcción tanto de la concepción causalista del delito como de la teoría finalista del injusto personal.

La *prevención especial como límite de la pena*, es la contribución del profesor ENRI-

QUE CURY URZÚA. En su exposición presenta una síntesis de las principales críticas que se han formulado desde todos los sectores a las tareas de resocialización y de socialización primaria de los delincuentes que la teoría de la prevención especial ha atribuido a la pena. Sin embargo, si encuentra como hallazgo fecundo de esta teoría la función de límite del sistema penal en general y de la pena en particular, desde el punto de vista de la socialización de los individuos, y que consiste en mostrar lo que la pena no debe ser y los límites que no le es lícito sobrepasar, ni siquiera con el pretexto de que lo exige la prevención general.

El profesor ANTONIO CUERDA RIEZU continúa en este fascículo con el análisis que ya había iniciado en número anterior acerca de la licitud o ilicitud de las prácticas de reproducción humana, a las que se ha llegado gracias a los adelantos de la genética. Otra vez *nuevas técnicas genéticas y derecho penal* es el título del artículo en el cual se ocupa de la ley 35 de 1988, sobre técnicas de reproducción asistida y de la proposición de la ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células tejidos y órganos, que a la postre se convirtió en la ley 42 de 1988, estatutos que regulan todo lo atinente a estas materias en el ordenamiento jurídico español.

En sus *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, la profesora ELENA LARRAURI presenta el estado actual de la polémica sobre el tema, aporta aclaraciones críticas y plantea las bases para una discusión al respecto.

Después de hacer un recuento de las diferentes teorías causales que se han elaborado expone los planteamientos de Larenz y Honig, para concluir con la presentación de los criterios de imputación objetiva elaborados por Claux Roxin con base en las propuestas de Honig.

La parte final de su trabajo —y quizás la más importante— sienta las bases para la dis-

cusión, una de las cuales, la que cuestiona la necesidad de la causalidad, resaltamos especialmente porque entendemos que la posición que se adopte con respecto a este punto influye en otros aspectos en debate como serían, por ejemplo, la reducción de los criterios de imputación objetiva, su ubicación sistemática y el papel que a ella corresponde en la teoría del delito.

Un artículo bastante extenso, denominado *Tratamiento de los presos provisionales*, es el aporte de la profesora ARMIDA BERGAMINI MIOTTO. En él reclama para esta clase de detenidos, personas sometidas a medidas cautelares, las mismas garantías que se otorgan a quienes ya han sido condenados, al mismo tiempo que pone énfasis en la humanización de las prisiones y en el respeto de la dignidad humana de los internos.

La *realización arbitraria del propio derecho*, trabajo realizado por VICENTE SEBASTIÁN FERRIS ALBENCA, cierra la sección doctrinal de este ejemplar del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Su autor, preocupado por la escasez de bibliografía existente sobre el tema y por la circunstancia de que este delito es bastante frecuente, ha elaborado un análisis dogmático del tipo respectivo, señalando las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre cada uno de sus elementos, estudio que presenta precedido por una reseña de los antecedentes históricos de

esta infracción y que finaliza con sus conclusiones personales. Merece especial atención su afirmación acerca del patrimonio del deudor, la salud individual y la libertad como bienes jurídicos tutelados, posición que contrasta con la de la mayoría de los autores, para quienes el objeto protegido es la administración de justicia.

La sección de crónicas extranjeras publica en esta oportunidad el *Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir*. Introducción, texto y fundamentos, presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes. La traducción corresponde al profesor BORJA MAPELLI CAFFARENA, quien, en nota introductoria de pie de página, lo califica como uno de los intentos más serios para resolver uno de los problemas más difíciles y apasionantes de nuestro tiempo. El proyecto, agrega, trata de regular en una forma clara el derecho a una muerte digna, así sea a costa de una reducción sensible del derecho a la vida, sin traspasar o bordear peligrosamente los límites de protección jurídico penales a este fundamental derecho.

La publicación concluye con sus habituales secciones legislativa, circulares, consultas e instrucciones de la fiscalía general del estado, jurisprudencia, bibliografía y noticiario.

LUZ MARÍA MEJÍA SALAZAR  
Medellín, junio de 1990.

\* Cfr. SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1982.

Esta revista se terminó de imprimir en los  
talleres de Nomos Impresores, Bogotá,  
el día 29 de octubre de 1990.

LABORE ET CONSTANTIA