ISSN 0120-8179

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Fundador

51

EDITORIAL

El Estatuto para la defensa de la justicia: ¡un retorno a la inquisición!
Fernando Velásquez V.

DERECHO PENAL

Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.
Winfried Hassemer.

El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública.
Germán Pabon Gómez.

CRIMINOLOGÍA

Crisis y crítica de la función punitiva.
Jorge Frías Caballero.

LEGISLACIÓN

Estatuto para la defensa de la justicia: decreto 2790 de 1990.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN: Estado de necesidad y dignidad humana. M. P.: Dr. Rubén Darío Pinilla Cogollo.
Comentario de Mario Alberto Arenas A.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN: Excarcelación y condena de ejecución condicional en procesos por violación a la ley 30 de 1986.
M. P.: Dr. Leonel Calderón Cadavid.
Comentario de Carlos Jaime Taborda T.

JUZGADO DECIMOSÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN: Acumulación heterogénea de procesos.
Juez: Dr. Plinio Posada Echavarría.
Comentario de Carlos Jaime Taborda T.

CO/XIV
F/Z

2345

ENERO • FEBRERO • MARZO

Fundador
NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director
FERNANDO VELASQUEZ V.

Coordinador
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
MARIO SALAZAR MARÍN
HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ
CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO

Auxiliares

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

NUEVO FORO PENAL:

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

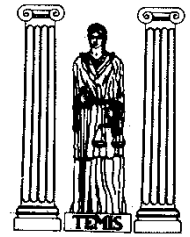
Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006
Medellín

AÑO X • Enero • Febrero • Marzo • 1991 Nº 51

Licencia 00577 de 1985

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



EDITORIAL TEMIS
Santa Fe de Bogotá
1991

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, Santa Fe de Bogotá

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

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

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Santa Fe de Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

PÁG.

El Estatuto para la defensa de la justicia: ¡un retorno a la inquisición!. Fernando Velásquez V. 3

DERECHO PENAL

Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Winfried Hassemer 17

El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública. Germán Pabón Gómez 31

CRIMINOLOGÍA

Crisis y crítica de la función punitiva. Jorge Frías Caballero 61

LEGISLACIÓN

Estatuto para la defensa de la justicia. Decreto 2790 de 1990 95

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. **Estado de necesidad y dignidad humana.** Dr. Rubén Darío Pinilla Cogollo 121

Comentario: Mario Alberto Arenas Alzate 124

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. **Excarcelación y condena de ejecución condicional en procesos por violación a la ley 30 de 1986. Dr. Leonel Calderón Cadavid** 126

Comentario: Carlos Jaime Taborda T. 128

JUZGADO DECIMOSÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN: **Acumulación heterogénea de procesos.** Dr. Plinio Posada Echavarría 131

Comentario: Carlos Jaime Taborda T. 133

EDITORIAL

El Estatuto para la defensa de la justicia: ¡un retorno a la inquisición!*

1. Ubicación

El recientemente expedido Estatuto Para la Defensa de la Justicia (EPDJ) es una muestra más de la cascada legislativa de emergencia que desde 1984, año en el cual se instauró nuevamente el régimen de estado de sitio, ha invadido el ordenamiento jurídico colombiano. Es ya usual que ante cualquier hecho que cause impacto en la opinión pública poniendo en peligro la paz y la convivencia, la respuesta gubernamental sea la expedición de un decreto de excepción que, dada la improvisación y el ánimo demagógico que inspira a tales legislaciones, solo cumple un cometido meramente simbólico: se trata de crear en el conglomerado la sensación de que los detentadores de poder de turno "hacen algo" para controlar los brotes de criminalidad, así en la práctica ellos mismos estén convencidos de que se trata de normas ineficaces para combatir los males que dicen conjurar.

Por eso no es de extrañar que en el momento actual vivamos una verdadera "Torre de Babel", gracias a la cual la interpretación del centenar de regulaciones de excepción vigentes es tarea poco menos que imposible; pareciera como si con tan antitécnicas codificaciones se quisiera más bien perfeccionar el galimatías creado, haciéndolo cada día más complicado, antes que acertar en la solución de los problemas.

Las legislaciones ordinarias han sido en gran parte suspendidas y con la "colcha de retazos" jurídicos vigente se pueden conformar

* Ponencia presentada en el foro que sobre el Estatuto para la Defensa de la Justicia, celebrara el pasado 24 de enero el Colegio Antioqueño de Abogados (Colegas).

unos asistemáticos, incoherentes y en veces contradictorios códigos penales sustantivo y procesal de excepción, que se rigen por principios contrapuestos a los de la legislación ordinaria. Así las cosas, si la legislación propia de épocas de normalidad estuvo presidida por el principio de igualdad, lo que ahora caracteriza a este caos legislativo es la desigualdad: cada nuevo decreto es una excepción al principio general, a la excepción pronto se introduce otra, y así hasta el infinito, con el asombroso resultado de que se desdibujan totalmente los postulados de los que se dice partir. De la misma manera, mientras los códigos ordinarios postulan el principio de legalidad con sus manifestaciones en el ámbito sustantivo, procesal y de ejecución penal, la legislación paralela está concebida para cercenar de tajo esas garantías fundamentales; frente a un derecho penal de acto, propio de un régimen liberal y democrático, se introduce uno de autor, como si se tratara del más crudo régimen autoritario; al principio de culpabilidad por el acto se opone el de la culpabilidad por la conducción de la vida del autor. Al debido proceso se oponen la arbitrariedad y el capricho en el juzgamiento de los ciudadanos; la tarea de investigar los hechos punibles se entrega, de manera preocupante, a los organismos más corruptos, comprometidos históricamente en atroces violaciones de los derechos fundamentales de la persona humana; al proceso como herramienta para solucionar pacíficamente los conflictos en una sociedad civilizada, se opone la arbitrariedad en el juzgamiento; en fin, frente a las penas judiciales reconocidas en los estatutos aparecen en la práctica las extrajudiciales: la desaparición, la tortura, etc.

Pero, es bueno decirlo de una vez, este control solo se instaura en relación con algunas formas de delincuencia como las realizadas por grupos de justicia privada, sicarios, traficantes, terroristas o delincuentes políticos; es más, muchas de esas regulaciones solo sirven para enmascarar las persecuciones que se adelantan contra los disidentes políticos, o para encubrir cotidianos procedimientos arbitrarios violatorios de las garantías ciudadanas.

Extrañamente, sin embargo, a nadie preocupa la delincuencia de cuello blanco que viene azotando nuestro debilitado erario y el exhausto bolsillo de todos los habitantes del territorio. Los saqueadores de la cosa pública, los contrabandistas, los funcionarios corruptos, los especuladores y acaparadores, los gerentes de las transnacionales que usufructúan nuestros recursos, los depredadores del medio ambiente, todos se pasean tranquilamente sin que a ningún ministro o funcionario oficial se le haya ocurrido expedir medidas severas para poner freno a tales actividades. ¡En Colombia se volvió un oficio prevaricar, pecular, enriquecerse ilícitamente, sin que nadie diga nada! En cambio los actos de mínima delincuencia sí son objeto de punición: se persigue con avidez a los consumidores de droga, a los traficantes de poca monta, a los raponeros, a los autores de hurtos famélicos y se les lleva a centros de reclusión hórridos; para ellos no hay cárceles de alta seguridad, rebajas de pena, ni garantías de ninguna índole. El cometido es claro: descargar sobre tales sectores todo el peso del aparato represivo estatal; por eso no es raro que muchos hechos punibles de poca monta se quieran sustraer del ámbito jurisdiccional para entregárselos a funcionarios administrativos.

Es justamente dentro de este contexto en el cual hace su aparición el Estatuto que, a grandes rasgos, nos proponemos analizar a continuación, tratando de precisar sus alcances, su filosofía y sus innovaciones.

2. Nuevas figuras delictivas e incremento en los niveles de punición

Una de las constantes que se observan en la legislación de estado de sitio, es el cotidiano incremento de las sanciones penales imponibles a los transgresores de las conductas mandadas o prohibidas; ello es lo que acontece con el EPDJ cuando en el capítulo II, dedicado a "La competencia", de manera sorpresiva introduce normas de índole sustantiva. Es así como establece módicas penas de prisión de 20 a 25 años y multa de 1000 a 2000 salarios mínimos mensuales para el delito de *secuestro calificado por el sujeto pasivo* cuando se da uno de los 55 eventos allí previstos; *por el elemento subjetivo*: "fines terroristas"; o porque se realice para perseguir o intimidar a cualquier habitante del país por sus creencias u opiniones políticas, o con ánimo extorsivo (art. 6.1).

Así mismo, rindiendo tributo a un vulgar derecho penal de autor y en abierta violación del principio de legalidad, sanciona con las penas señaladas, disminuidas en una tercera parte (entre 160 y 200 meses de prisión y multa de 666.66 a 1.344.44 salarios mínimos), a quien forme parte de grupo u organización de personas dedicadas al secuestro o que actúen con esos fines o propósitos (art. 6.2). Idénticas sanciones se prevén para el favorecedor o receptador en casos de secuestro (art. 6.2 ídem).

También, haciendo gala de un derecho penal de autor que no juzga los actos de la persona sino a la persona misma y acudiendo a figuras legales gaseosas que desconocen el principio de taxatividad, se castiga con penas de 20 a 25 años de prisión y multa entre 1000 y 2000 salarios mínimos a quien omita rendir informes sobre planes, actividades de grupos de secuestradores, o partícipes en la comisión de tal delito (art. 6.3).

Las anteriores conductas pueden ser agravadas aún más cuando se den las circunstancias del art. 23 del decreto 180 de 1988 (con penas hasta de 33 años y 3 meses de prisión y 2.666.66 salarios de multa), o del art. 270 del C. P. (pena de prisión hasta de 37 años y medio y 3.000 salarios de multa); también son objeto de alguna diminuente punitiva cuando se presenten los eventos del art. 271 del C. P. (cfr. parágrafo del art. 6°).

Igualmente, otra de las novedades del EPDJ es el aumento de la pena para la extorsión, fijándola entre 5 y 15 años de prisión con los incrementos de los arts. 355-2 y 372 del C. P. (art. 7°, inc. 1°). Crea el constreñimiento para facilitar actos terroristas con pena de 15 a 20 años de prisión y multa de 1000 a 1500 salarios mínimos (art. 7°, inc. 2°); y castiga con pena de prisión de 5 a 15 años (con los incrementos de los arts. 355 y 372), disminuida en una tercera parte, a quien forme parte de organización o grupo de personas que tenga como fin o propósito la extorsión o el constreñimiento ilegal.

También tipifica el encubrimiento en casos de constreñimiento y extorsión, sancionándolo con pena de 5 a 15 años de prisión (con incrementos de los arts. 355 y 372), disminuida en una tercera parte (art. 7°, inc. 3°); y, finalmente, erige en delito la omisión de información en relación con los delitos de constreñimiento ilegal para facilitar actos terroristas y extorsión, para el que señala una pena de 5 a 15 años de prisión (con los incrementos de los arts. 355 y 372 del C. P.), disminuida hasta en la mitad (art. 7°, inc. 3°).

Para terminar, unifica las penas para los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio y lesiones personales perpetrados sobre sujeto pasivo calificado (aproximadamente 55 eventos), imponiendo prisión de 15 a 25 años y multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales a sus autores (art. 8°).

Como se ve, se crean nuevas figuras delictivas o se incrementan de manera exagerada las penas para algunas conductas ya existentes, con lo cual se acude de nuevo a la represión penal, a la intimidación (función preventivo-general de la pena), como mecanismo para enfrentar brotes criminosos que ciertamente se han venido generalizando de manera preocupante. Sin embargo, el ejecutivo no se ha contentado solo con tal instrumento sino que ha diseñado mecanismos de índole procesal, de los cuales nos ocupamos a continuación.

3. Consagración de un sistema inquisitorio en materia procesal

Una de las prédicas más socorridas por algunos funcionarios estatales para defender el EPDJ es que este consagra un sistema acusatorio. Veamos:

"*El decreto 2790* —de acuerdo con el director nacional de instrucción criminal, Carlos Mejía— *es el primer paso, dentro de la reforma a la justicia emprendida por el gobierno, para implantar el sistema acusatorio en el país, que consiste en que el Estado asume la responsabilidad de la prueba para llevar a los delincuentes a la justicia*"[1].

Tal afirmación, en nuestro sentir, evidencia un lamentable olvido de elementales nociones en materia procesal penal; sería aconsejable la lectura del eximio Giovanni Leone[2]. En efecto, acorde con la doctrina más reconocida, el sistema acusatorio —que supone la índole propia de todos los juicios al implicar una discusión entre dos partes opuestas resuelta por el juez— se caracteriza por las siguientes notas: el poder de decisión (la jurisdicción) pertenece al órgano estatal (el juez); el poder de iniciativa corresponde a un órgano distinto del juez (modernamente el ministerio público o ministerio fiscal); el proceso penal no puede iniciarse sin la acusación; una vez formulada esta el juez no está condicionado ni por el ulterior desarrollo del proceso, ni por la voluntad del acusador; el juez se limita a examianr las pruebas aportadas por la acusación, restringiéndosele su libertad probatoria e investigativa;

[1] Bernardo Vasco, "A luchar por la justicia", en *Revista Credencial*, núm. 50, enero de 1991, Bogotá, 1991, pág. 24.

[2] Así Giovanni Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, vol. I, Buenos Aires, EJEA, 1963, págs. 21 y ss.

el proceso se desarrolla según los principios del contradictorio (con evidente posición de igualdad entre ambos contendientes: acusador y defensor); reinan la oralidad y la publicidad del debate; y supone la libertad personal del acusado hasta la sentencia definitiva. Repetimos: se respeta al defensor.

Es este el sistema penal propio de los regímenes democráticos y republicanos, por lo cual supone una concepción propia del moderno estado de derecho liberal.

Veamos en qué medida el decreto 2790 y sus normas complementarias se corresponden o no con un sistema acusatorio:

El procedimiento que prevén los decretos en comento supone la privación de la libertad del imputado aun desde el inicio de la indagación preliminar, la incomunicación, la prohibición de la libertad provisional, y el encarcelamiento, lo cual pugna abiertamente con un sistema acusatorio que, como dijimos, contempla la libertad del imputado hasta la sentencia irrevocable.

Tampoco el trámite procedimental previsto por el EPDJ garantiza que el proceso se desarrolle según los principios del contradictorio, con observancia de la igualdad entre las partes, la oralidad y la publicidad del debate, porque él se edifica sobre la base de la prueba secreta practicada por funcionarios anónimos (arts. 24, 31, 33, 37 y 50) y de los jueces sin rostro (arts. 37, 38, 39, 43, 47 a 51, entre otros); es un trámite escrito, no hay posibilidad de ejercer la defensa en pie de igualdad, de controvertir adecuadamente las pruebas, de presentar alegaciones; las providencias se notifican de manera caprichosa y no llevan la firma del juez, etc. Y, para acabar de ajustar esta cadena de anomalías, los testigos son anónimos (arts. 37, 22, entre otros).

Más aún, el EPDJ no consagra un sistema acusatorio porque en él el proceso penal se incoa sin la acusación. En efecto, luego de una indagación preliminar adelantada por las Unidades Investigativas de Policía Judicial (UIPJ) (arts. 23 y ss.), el proceso se inicia por el JIOP mediante la emisión de un auto cabeza de proceso (art. 31), esto es en el sumario, y no con la acusación realizada por el ministerio fiscal. No se trata pues de un sistema acusatorio, porque no se prevé un mecanismo procesal que desligue completamente al juez de la acusación; como quiera que esta es formulada por un funcionario judicial, el juez del conocimiento no puede actuar con la independencia que supone un sistema acusatorio, pues está ligado a la valoración de los hechos realizada por otro dispensador de justicia mediante la resolución de acusación.

De otra parte, el EPDJ tampoco cumple con la exigencia referente a que el juez no tiene libertad de investigación ni de selección de las pruebas, estando vinculado solo a las que formule la acusación, pues con toda claridad se establece la iniciativa probatoria de aquel en el período del juicio (arts. 42 a 45). Por supuesto que los sistemas vigentes en muchos países civilizados han desconocido esta característica del proceso acusatorio tradicional.

Finalmente, una característica propia del sistema acusatorio es la de que el poder de acusación corresponde a un órgano distinto del juez, esto es, el ministerio público o ministerio fiscal. El Estatuto, contrariamente, estatuye que la acusación la formula el JIOP, o sea, un funcionario judicial, al igual que el juez del conoci-

miento (arts. 31, 39 y 40). Y como si lo anterior fuera poco, la verdad es que el JOP aparece manipulado por un órgano administrativo, el Director Seccional de Orden Público (DSOP) o por su tren de empleados, quienes controlan todo el trámite del proceso: a) asignan el juez, b) dictan autos, c) mantienen en reserva la identidad del juez, d) certifican la autenticidad de las providencias, etc. (cfr. arts. 40, 47, 49, 51 y ss.); no es, pues, a la hora de la verdad, el juez el que decide de manera imparcial, dado que el funcionario administrativo controla todo el trámite judicial.

* * *

Lo anterior demuestra, entonces, que es falaz la afirmación en el sentido de que el decreto 2790, modificado por el 99 de 1991, introduce un sistema acusatorio. Por el contrario, algo que se advierte al punto es que el susodicho procedimiento se emparenta peligrosamente con el sistema inquisitorio creado por crueles regímenes monárquicos y perfeccionado por el derecho canónico, que tanta sangre y arbitrariedades ha costado a la humanidad. Este sistema se encuadra dentro de los siguientes aspectos: atenuación y progresiva eliminación de la figura del acusador, acumulándose en la misma persona el acusador y el juez; el juez está investido de una potestad permanente; la libertad del juez en la búsqueda, adquisición y valoración de las pruebas, independientemente de todo comportamiento de las partes; y, finalmente, el desarrollo del proceso según los principios de la escritura y el secreto[3].

Esas características son precisamente las que se evidencian en el EPDJ: un juez acusa y otro juzga (siempre el juez); no hay acusador independiente e imparcial ajeno a la función jurisdiccional; el juez está investido de una potestad permanente, aunque vigilado a cada paso por el funcionario administrativo, quien, en un sistema todavía más peligroso que el inquisitorio llamado a producir desastrosos efectos políticos, controla todo el trámite de la indagación preliminar y del proceso. Además, el juez tiene libertad para buscar, adquirir y valorar las pruebas a espaldas de las partes, priman la escritura y el secreto total.

Se necesita mucha temeridad, tanta, que llegue hasta el irrespeto de la civilización jurídica para producir, fundamentar e imponer esta urdimbre de retrogradaciones: a diferencia del proceso inquisitorio medieval y del que imperó en Europa en los siglos XVI a XVIII, que cuando permitían al procesado ver al juez este aparecía encapuchado, en el procedimiento de nuestro tema el encartado nunca verá el rostro del juez ni conocerá su identidad. Es que, como anota MANZINI, el secreto absoluto del proceso "nunca se dio en Italia (ni siquiera en el Consejo de los Diez de Venecia, injustamente difamado), a diferencia de lo que ocurrió en Alemania, donde prevalecieron, desde el siglo XV hasta el siglo XVII, los mal afamados juicios de la Santa Veheme, en los que eran secretos el lugar y la forma del proceso, el acusador, los jueces y hasta la sentencia misma"[4].

[3] Ídem, pág. 24.

[4] VINCENZO MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, vol. I, Buenos Aires, 1951, pág. 52.

No se necesitan, pues, mayores cavilaciones para precisar qué tipo de sistema adopta el EPDJ, lo cual nos exime de abordar el sistema mixto acogido por diversas naciones que en la actualidad buscan afianzar el proceso como garantía y no acabarlo, como parece ser el cometido de nuestros improvisados legisladores. Por eso compartimos lo expuesto por ALEJANDRO DAVID APONTE, en un trabajo recientemente aparecido:

"A nuestro juicio, el modelo procedimental que recoge el Estatuto que estudiamos, al sistematizar una normatividad que justamente de manera progresiva ha desvirtuado la noción real del proceso penal, instaura una forma de proceso más cercano a aquellos que en el medioevo se estructuraban para condenar sin remedio. Sus trabas, la forma como se articula, el protagonismo de actores sin arraigo jurisdiccional que se crean para esta jurisdicción y, sobre todo, su propia concepción, así lo demuestran"[5].

4. UN SALTO MÁS HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL AUTORITARIA

El Estatuto en examen es, sin duda, un escalón más dentro de una legislación de emergencia llamada a implantar políticas autoritarias, antiliberales, que solo buscan proteger determinados intereses en medio del derrumbe institucional que padece el Estado colombiano. No obstante ello, algunos voceros gubernamentales afirman que el decreto 2790 es una clara manifestación de la política criminal latinoamericana actual y que se compadece con los planteamientos criminológicos vigentes; veamos lo que postula uno de esos funcionarios:

"MEJÍA asegura que existe una concepción muy clara de la política criminal que se quiere imponer, «y la concepción es tan clara que hay un proyecto de ley en trámite que saca del ámbito jurisdiccional un mundo (sic) de conductas y las pasa a contravenciones, introduce unos procesos de solución de conflictos que solo se evacuaban por el sistema penal y ahora se resolverán en tribunales de conciliación. *El decreto 2790 forma parte de una política criminal que vienen predicando todos los criminólogos en América Latina. Esto es, que a la delincuencia organizada, la que tiene todo un poder económico y organizativo, debe atacarse con una verticalidad en el sistema de investigación* y represión por parte del Estado»"[6].

Es cierto que el movimiento criminológico crítico y progresista plantea una lucha vertical contra la delincuencia organizada, eso no vamos a discutirlo; sin embargo, son esos mismos criminólogos los que postulan una transformación radical de la sociedad en beneficio de los sectores desposeídos y en contra de los detentadores del poder, que solo representan los intereses de las minorías. Pretender que un estatuto de claro corte fascista —y en esto nos acompaña el Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ en sus columnas periodísticas— como el que comentamos es el produc-

[5] ALEJANDRO DAVID APONTE, "Cómo matar a la justicia en la tarea de defenderla: 'Estatuto para la Defensa de la Justicia' ", en *Análisis Político*, núm. 11, septiembre a diciembre de 1990, Bogotá, Universidad Nacional, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 1990, pág. 81.

[6] VASCO, *op. cit.*, pág. 27.

to de esas políticas criminales, es poco menos que una osadía y una inconsecuencia política imperdonable; solo cuando se manejan dobles discursos, como lo hacen algunos que se dicen "criminólogos" en nuestro medio, predicando un derecho penal libertario y al servicio de la democracia, de un lado, y del otro sirviendo a los detentadores del poder, es posible llegar a conclusiones como las transcritas.

Horroriza pensar que a nombre del pensamiento crítico latinoamericano se pretenda justificar ahora la expedición de un esperpento como este; se necesita exceso de procacidad para hacer tal afirmación. Si algo ha cuestionado ese movimiento político criminal al que nos venimos refiriendo es el autoritarismo de Estado, los abusos que las clases dominantes han venido cometiendo en esta zona deprimida del planeta, la dependencia, etc. Es que nada, o muy poco, tiene que envidiarles el EPDJ a las regulaciones adoptadas por las dictaduras militares del Cono Sur del Continente en los últimos años; por eso es clara la influencia de tales concepciones en el Estatuto en examen que, por supuesto, se lleva de calle los pactos mundiales de derechos humanos convertidos en leyes de la República (74 de 1968 y 16 de 1972), así como toda una cultura jurídica forjada con sangre y sufrimiento.

Ahora bien, tampoco es verdad que el proyecto de ley al que alude el texto sea concreción del pensamiento penal crítico, si se tiene en cuenta que convierte en "contravenciones especiales" de policía toda una serie de comportamientos contra el patrimonio económico, la libertad individual, etc., realizados por los sectores más pobres de la población en alto porcentaje, los cuales se entregan para su juzgamiento a autoridades administrativas. Es decir, se realiza un cambio de rótulos para sustraer tales conductas de la órbita judicial trasladándolas al ámbito administrativo, con la consiguiente pérdida de las garantías que la jurisdicción encierra; de este modo se extrema el control sobre un amplio sector de la clientela habitual del sistema penal. A este proceso se le conoce como *desjudicialización*. Esa es la palabra oculta, ahora descifrada. Es decir, no se piensa en descriminalizar tales comportamientos o en despenalizarlos como plantean los criminólogos críticos; se les arranca, de raíz, a su juez natural, de ahí el porqué de nuestro rechazo a la afirmación transcrita.

Así las cosas, si la política criminal que defiende el actual gobierno pretende en verdad atacar la delincuencia organizada, como se nos dice, ¿por qué no se ha hecho nada para controlar las conductas desviadas de cuello blanco? ¿O la criminalidad de las transnacionales? ¿Y qué sobre la corrupción oficial? ¿O en relación con los atentados inmisericordes contra el medio ambiente? ¡Cómo duelen las lenidades sobre las conductas desquiciadoras del orden economicosocial! ¡Cuánto sufrimiento indefenso en las violaciones de los derechos individuales! ¿Por qué, por qué, por qué este tipo de comportamientos que representan una extremada gravedad no son incluidos en el catálogo que contempla el EPDJ? ¿Qué intereses se esconden e impiden ponerles mano dura a tales manifestaciones criminosas?

Que quede entonces claro que el Estatuto es concreción (si acaso lo es) de una política criminal retardataria, de aquella para la cual debe sacrificarse al hombre en aras del leviatán estatal. Por eso es válido afirmar de nuevo, con ALEJANDRO

DAVID APONTE, que "no hay una política criminal seria y coherente en nuestro país. No existen en Colombia unas pautas, surgidas de una discusión seria y participativa, en torno a las políticas que guiarán a los delicados mecanismos de criminalización de las conductas. Tampoco existen proyectos alternativos emanados de la sociedad civil"[7].

Es que no puede haber auténticas políticas criminales cuando la dirección del Estado no tiene claras las directrices fundamentales para su conducción por cauces de progreso y democracia; cuando el decreto 2790 a los pocos días de ser expedido fue prontamente modificado, esperando más reformas que, como es de suponerse, estarán supeditadas al capricho o ¡tal vez al buen o mal humor del inquisidor de turno!

5. OTRAS "NOVEDADES" DEL ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA JUSTICIA

Sin duda alguna dos cosas son rescatables en el Estatuto objeto de examen: una es la unificación de las llamadas "jurisdicción especializada" y "jurisdicción de orden público" en una sola, lo que era una necesidad sentida ante tanto caos; y otra el papel actuante que se otorga al ministerio público, organismo que tiene ahora una gran responsabilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que caminamos por senderos de notoria irracionalidad. Pero hasta ahí, pues si de hacer bien las cosas se trataba, se debió empezar por introducir orden en casa unificando todo ese conjunto disperso de decretos que, nos atrevemos a pensarlo, ni el propio ministro de justicia conoce, en un estatuto único que con claridad recogiera aspectos sustantivos y procesales acudiendo a un sistema acusatorio atenuado, como hacen las naciones modernas, previa la preparación de una policía judicial y de un ministerio público científicos, no reclutados entre meros abogados, militares en retiro o en servicio activo, policías, etc.; esto, claro está, brindando las garantías que todo estado de derecho liberal entraña, sin que al pretender restaurar la justicia se arrasen con ella, como se pretende ahora.

Veamos, sin embargo, qué prefirió hacer el ejecutivo. En efecto, el EPDJ comienza por eliminar la institución de la recusación prevista en la legislación ordinaria aunque conserva los impedimentos, lo cual no es de extrañar, pues a nadie se le puede ocurrir recursar a quien no puede ver ni conoce (art. 5.1); siguiendo con esta brutal arremetida contra el proceso, establece que el *habeas corpus* solo puede ser decidido por la Sala Unitaria del TOP con sede en Bogotá, lo cual lo hace completamente inoperante (arts. 5.3 y 62); se trabaja con base en la desconfianza hacia el juez invisible, pues se introduce el grado jurisdiccional de consulta para todos los eventos que cobija el Estatuto, incluyendo 60 hipótesis delictivas y conexas (art. 5°).

Como ratificando que el sistema acogido es el inquisitorio, lo que ya fue objeto de análisis y ahora es motivo de examen más detenido, establece que las providencias del TOP se notifican a las partes en copias que no llevan las firmas de los magis-

[7] DAVID APONTE, ob. cit., pág. 86.

trados, previa certificación del presidente del Tribunal (art. 5°, parágrafo); prevé la protección de la identidad de los testigos (art. 22, inc. 5°), consagra la posibilidad de allanamientos sin orden judicial (parágrafo I, inciso 1°, art. 24) y la intercepta-ción de comunicaciones o mensajes por orden del denominado DSOP (parágrafo I, inc. 2° art. 24) —Director Seccional de Orden Público—; y, como dijimos, se establece la reserva de la identidad de quienes recaudan las pruebas secretas (parágrafo III, art. 24). Se prohíbe expedir copias en el sumario y se permite la reserva sumarial, no solo para el encartado sino también para su defensor y los auxiliares de la justicia (art. 37); y, por supuesto, se introduce un novedoso sistema para notificar el auto de cierre de investigación al procesado detenido (en parte tomado del C. de P. P. vigente) que, seguramente, se extenderá en la práctica a todas las diligencias emanadas del juez sin rostro o de los funcionarios administrativos que controlan el proceso: el sistema de "*cualquier medio eficaz*". ¡Es el colmo del garantismo! Así, ¿para qué la Revolución Francesa y dónde la división entre barbarie y civilización?

Y para que no quepa duda del carácter inquisitorio del proceso, las pruebas practicadas en el juicio también se pueden tornar secretas, las que se realizarán por escrito o "por cualquier medio o mecanismo adecuado para tal efecto" (art. 50), esto es, de manera caprichosa, arbitraria, con notable menosprecio para la seguridad jurídica. Y eso que la etapa del juicio, según se ha dicho a todos los medios de difusión de noticias, es expresión de un sistema acusatorio. ¡Válgame Dios!

Pero sigamos con los "logros" de tan publicitada regulación: síntoma de que el EPDJ desconoce la categoría del delito político es la atribución de competencia a los jueces de conocimiento de orden público (JCOP) para decidir en los casos de indulto cuando deban dictarse autos como el inhibitorio o el de cesación de procedimiento, con motivo de su concesión (art. 90, núm. 16). Razón no le falta a algún comentarista cuando afirma: "el Estatuto funde y confunde de este modo el delito común, el delito político y el terrorismo", diferencia que, acota, "es fundamental frente a cualquier propósito de crear las condiciones necesarias para una resolución real de los conflictos en Colombia"[8].

Veamos otros aspectos más pacíficos del ordenamiento cuestionado: otorga competencia a los jueces de conocimiento de orden público para resolver los procesos suscitados por razón de la ocupación o incautación de bienes (art. 9°, num. 15); restablece la competencia de los jueces superiores para conocer de los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado (título I, libro 2° del C. P.), que estaba radicada en la JOP (véase decreto 2490 de 1988); y les atribuye a los mismos funcionarios competencia para conocer de los delitos de porte de armas de defensa personal (decreto 3664 de 1986), secuestro simple (art. 269 del C. P.) y amenazas personales y familiares (art. 26 del decr. 180 de 1988), siguiendo el procedimiento ordinario (cfr. art. 10 EPDJ).

Asimismo otorga competencia a los jueces penales y promiscuos del Circuito para conocer de los delitos de tráfico de estupefacientes cuando la cantidad de plantas no exceda de 2.000 gramos, la de semillas de 10.000, la de marihuana de

[8] Ídem, pág. 79.

10.000, la de hachís de 3.000; la cocaína o sustancia a base de ella hasta 2.000, y metacualona hasta 4.000 (arts. 32 y 33 de la ley 30 de 1986, y 11.1 del EPDJ); también del delito de destinación de mueble o inmueble al tráfico (art. 34 ENE), excepto que se trate de laboratorios, en las cantidades ya indicadas; del delito de testaferro (decreto 1856 de 1989, art. 6°) cuando la cuantía del mismo fuere inferior a 1.000 salarios mínimos; y de las actuaciones relativas a bienes incautados u ocupados por delitos de su competencia, siguiendo en estos casos el procedimiento ordinario (art. 11, nums. 3 y 4).

El carácter retardatario del Estatuto se evidencia, de otra parte, cuando descarta de plano la aplicación de la ley procesal más favorable en el tránsito de legislaciones (art. 9°, parágrafo); y cuando establece que en el sumario solo pueden alegarse como nulidades la incompetencia del juez para cerrar investigación o dictar auto calificatorio (art. 52), amén de que en el juicio ellas solo se deciden en la sentencia (ídem).

Su carácter represivo y contrario a un sistema acusatorio, se observa cuando dispone que la única medida de aseguramiento que procede es la detención preventiva (art. 58, inc. 1°); que la revocatoria del auto de detención requiere en todo caso concepto previo y favorable del ministerio público (art. 58, inc. 3°); y cuando restringe al máximo el beneficio de la libertad provisional y los subrogados penales (art. 59).

Siguiendo con esta mecánica oscurantista, solo permite que la parte civil se constituya en la etapa del juicio (art. 41); elimina el fenómeno de la prescripción de la acción penal y de la pena para los reos ausentes (art. 65). En fin, el Estatuto prevé recompensas de hasta 1.000 salarios mínimos para los delatores (art. 64); castiga a los responsables de los medios de comunicación que den a la publicidad los nombres o identidades de los intervinientes en el proceso (art. 66); y, desde luego, dota a la jurisdicción de orden público de una organización administrativa controlada en última instancia por el todo supremo director de instrucción criminal (una especie de reyezuelo sin trono), que envidiaría cualquier tribunal de la Santa Inquisición.

6. Conclusión

Sin duda alguna con la expedición del EPDJ el derecho penal colombiano ha retrocedido centenares de años, y en muchos aspectos hemos retomado a estadios prebeccarianos. De un tajo, de la mano del desorden institucional, trasnochados y abusivos legisladores han borrado conquistas del pensamiento jurídico democrático que ni los más retardatarios voceros de las clases en el poder se habían atrevido a tocar.

No puede haber entre nosotros una verdadera administración de justicia porque se ha olvidado, como alguna vez lo precisara Radbruch evaluando el régimen nazi, que "la legalidad, la aspiración a la justicia, la seguridad jurídica, son requisitos de una administración de justicia"[9]. Ahora, paradójicamente, se pretende brindar seguridad a los jueces e investigadores[10] arrasando con el postulado de legalidad,

[9] Gustav Radbruch, "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", en *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Ed. Aguilar, 1971, pág. 5.

[10] Así reza uno de los considerandos del decreto 2790 de 1990.

sembrando la inseguridad jurídica; de esta manera continuamos rodando por el despeñadero institucional.

Ojalá que estos pasos que estamos dando no nos lleven hasta un punto del cual no sea posible regresar, y pronto la legalidad pisoteada sea restablecida. ¡Que el Estado de Derecho renazca de las tinieblas asegurando la convivencia pacífica y democrática de todos los ciudadanos!

La clase jurídica colombiana, que tantos mártires ha aportado en este continuo holocausto de la justicia, no puede permanecer impávida ante esta nueva arremetida; elementales principios éticos obligan a quienes no han sacrificado sus principios por migajas que caen de la mesa del poder, a emprender la crítica franca y abierta cuando se está en presencia de exabruptos como el que hoy nos preocupa. Tampoco se puede caer en el sofisma tejido en torno a este tipo de normatividades, muy bien denunciado por el profesor ÁLVARO VARGAS, en el sentido de que la rama jurisdiccional tenga por cometido combatir la delincuencia y que el proceso penal sea un arma o instrumento de lucha, como quieren hacernos creer los redactores de estas normatividades y algunos dirigentes políticos; esa tarea ha sido asignada por la Constitución al órgano ejecutivo y no a la rama jurisdiccional, a la que, con tales pretextos, no se puede eliminar o suplantar "ni tampoco encarcelar a los jueces en las guarniciones militares, en disfrazarlos de 'michines' o en negarlos como personas, arrebatándoles su identidad"[11].

Hoy, más que nunca, todos los abogados del país debemos renovar el juramento prestado cuando se nos invistió con tan bella profesión, tenemos que continuar nuestra lucha sin cuartel por la defensa del estado de derecho y de la democracia. Sabemos que ahora, como acontece en la conocida novela de GEORGE ORWELL[12], el *Gran Hermano* nos vigila, tal vez está sentado a nuestro lado, pero ello no puede aplastar nuestra dignidad.

* * *

ADDENDA

¡Teníamos razón! El 8 de febrero del año en curso el EPDJ fue objeto de una nueva modificación, esta vez mediante el decreto 390 de 1991, y la cascada legislativa continúa... Ahora, corroborando que se trata de un proceso notoriamente inquisitorio, se abolió la audiencia pública en los procesos que se adelanten por la jurisdicción de orden público, esto es, el secreto total. Y conste que este es el "ensayo" de un "sistema acusatorio". ¡Ya se imaginarán nuestros lectores lo que se avecina!

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Profesor de la U.P.B.

[11] ÁLVARO VARGAS, "La Constituyente y el proceso penal", en *NFP*, núm. 50, Edit. Temis, Bogotá, 1991.

[12] GEORGE ORWELL, *1984*, Navarra, Biblioteca Básica Salvat, 1970.

DERECHO PENAL

Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos *

Winfried Hassemer **

1. Símbolos y derecho penal

Quien relacione derecho penal y "efectos simbólicos" se convierte en sospechoso. La prisión preventiva y la pena privativa de libertad, las penas de multa, la obligación de testificar, son todas ellas intervenciones más que puramente simbólicas en los derechos de las personas. Los inmensos costes de la administración de justicia, los cuales son pagados no solo por el contribuyente sino en ocasiones por la parte directamente implicada[1], no tendrían en un derecho penal gestionado de forma meramente simbólica ningún equivalente.

Y la gran seriedad con la cual cotidianamente se debate política y científicamente acerca de la efectividad y justeza del derecho penal se vería desautorizada si este tuviera un objeto exclusivamente simbólico. Los procesamientos, los juicios y las penas tienen unas raíces demasiado profundas en nuestras vivencias personales y sociales como para poder aceptar su aspecto solamente simbólico[2].

Y aun así debemos tomarnos este tema en serio. Los investigadores políticos, sociólogos y criminólogos norteamericanos ya desde la

* Traducción de Elena Larrauri.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt.

[1] Véase §§ 464 y ss. del StPO. Sigo siendo de la opinión que la obligación respecto de los costes del procesado (§ 465 StPO) está expuesta a objeciones fundamentales: un examen de las razones dogmáticas, politicocriminales y constitucionales en contra de esta la obligación en *ZStW 85* (1973), 651 y ss.

[2] Cfr. también Arthur Kaufmann, "Haande weg von symbolischen Gesetzen!", en *Arztliche Praxis*, 1987, 205.

década de los sesenta[3] han analizado que la política no es solo cuestión de poder e intereses, sino que también abarca la provisión y defensa de símbolos: procesos de "elaborating symbols" y "summarizing symbols" (los cuales tienen también un potencial emotivo y manipulativo)[4] o la eliminación y concreción de los símbolos (los cuales tienen solo una relación vaga con la realidad preexistente, y con ello desarrollan una capacidad de crear una nueva realidad aparente y ficticia)[5]. Cuando se analiza el fenómeno norteamericano de la prohibición[6], encontramos aspectos como los "empresarios morales" y las "cruzadas simbólicas", ello significa que la prohibición estatal solo tiene como una de sus funciones evitar o minimizar el comportamiento prohibido: tras ella existen valores culturales y morales que simbolizan un determinado estilo de vida, y que son colonizados por medio de la prohibición penal. Y, finalmente, también la nueva criminología tiene que ver con símbolos; al amparo de las teorías del "labelling approach"[7], las cuales pueden ser vistas como variantes de la criminología crítica[8], sostienen los teóricos del llamado "interaccionismo simbólico"[9] que la criminalidad no es un objeto preexistente, sino el resultado de una determinada interacción en la cual el legislador tiene un papel activo y en la que el proceso es fundamentalmente simbólico, de adscripción de etiquetas y estigmas al ofensor.

Quien vea ello demasiado lejano o demasiado conspiratorio puede recurrir a ejemplos más cercanos.

Ya HANS RYFFEL en su temprano tratado clásico de filosofía *Rechtssoziologie*[10] sostuvo: "también en nuestro ordenamiento jurídico[11], las funciones latentes y simbólicas del Derecho son amplias y juegan un rol importante. Ello es cierto fundamentalmente en el derecho económico, pero también en el derecho penal"[12]. Ha sido especialmente PETER NOLL quien se ha preocupado extensamente de la "promulgación de leyes simbólicas". Ya en su *Gesetzgebungslehre* había advertido de forma cautelosa[13] que "leyes con un carácter exclusivamente simbólico"[14] no son "excesivamente infrecuentes". Posteriormente[15] desarrolló este tema de modo monográfico y adoptó las enseñanzas de la "teoría del comportamiento"; esta estudia "reacciones de sustitución", y se refiere con ello a los comportamientos de animales que se agotan en actitudes de combate o amenazantes porque no están en condiciones de llevar a cabo la batalla real: del mismo modo también en el caso de leyes simbólicas obra una exigencia de regular sin que al propio tiempo existan las condiciones para su aplicación y ejecución. En el ínterin ha aumentado tanto la literatura[16] acerca de la función simbólica del derecho y especialmente del derecho penal, que merece la pena realizar un inventario crítico y señalar vías de ulteriores análisis.

2. FORMAS DE DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Que las leyes, especialmente las penales, están vinculadas de una u otra forma a efectos simbólicos, no es en principio ningún reproche, sino que, al menos de acuerdo con la opinión contemporánea, es una simple obviedad[17]. Las justificaciones para ello son múltiples y —cuando menos en una primera aproximación— ampliamente discutidas.

A) *Clasificación*

En la literatura se puede encontrar ya una clasificación plausible de diversas formas simbólicas de derecho[18]:

[3] Al respecto, con atención al derecho penal, véase a MONIKA VOB, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*. Diss. Munchen 1987, cap. 8, B14, CI; HASSEMER/STEINERT/TREIBER, "Strafgesetzgebung. Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber", en HASSEMER/LÜDERSSEN (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band III: Strafrecht, 1978, págs. 23 y ss.

[4] S. B. ORTNER, "On Key Symbols", en *American Anthropologist 75* (1973), págs. 1338 y ss.

[5] EDELMAN, *Politik als Ritual. Die symbolische Funktion staatlicher Institutionen und politischen Handelns*, 1976; al respecto con consideración del derecho penal, GALLANDI, *Staatsschutzdelikte und Pressefreiheit*, 1983, págs. 205 y ss.

[6] Un clásico: GUSFIELD, *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance Movement*, 1963.

[7] Al respecto KAISER, *Kriminologie*, 8ª ed., 1989, págs. 144 y ss.

[8] Al respecto SACK, "Kritische Kriminologie", en *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 2ª ed., 1985, págs. 277 y ss.

[9] Adicionalmente STEINERT, *Symbolische Interaktion. Arbeiten zu einer reflexiven Soziologie*, 1973; del mismo, "Das Handlungsmodell des symbolischen Interaktionismus", en LENK (Hrsg.), *Handlungstheorien*, Bd. 4, 1977, págs. 79 y ss.; STANGL, "Staatliche Normgenese und Symbolischer Interaktionismus", en *Kritische Kriminologie* heute. Beiheft 1986 des *Kriminologischen Journals*, págs. 121 y ss., 128 y ss.; respecto del "labelling approach" referido al derecho penal simbólico, VOB (cit. en nota 3), Cap. C I.

[10] RYFFEL, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, 1974, pág. 256.

[11] RYFFEL partía de (pág. 255) la ley noruega de 1948, a la que VILHELM AUBERT ["Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung", en HIRSCH/REHBINDER (Hrsg.) *Studien und Materialen zur Rechtssoziologie*, 1967, págs. 284 y ss.] había hecho internacionalmente célebre, por suministrar funciones solamente latentes (simbólicas): la pretendida protección del sirviente no se producía en modo alguno; en vez de ello el legislador aparentaba realizar algo para este grupo sin tener que perjudicar los intereses contrarios del empresario; una ganancia política considerable. En numerosos países que exigen legalmente un salario mínimo puede actualmente observarse el mismo fenómeno.

[12] A los dos ejemplos de legislación simbólica que RYFFEL introduce en pág. 256, nota 18, él los caracteriza como de "golpe en el vacío" y de *ut aliquid fieri videatur*.

[13] NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pág. 157.

[14] Con ello entendía "Leyes que de antemano no son apropiadas para ser aplicadas, las cuales pretenden con la excusa de su promulgación conseguir unos efectos sociales distintos de los que se alcanzarían en caso de ser aplicadas".

[15] NOLL, "Symbolische Gesetzgebung", en *Zeitschrif für Schweizerisches Recht*, 1981, págs. 347 y ss.

[16] Compárece, además de los ya mencionados, AMELUNG, "Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92, 1980, págs. 19 y ss., 54 y ss.; HEGENBARTH, "Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1981, págs. 201 y ss.; NEUMAN/SCHROT, *Neure Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, págs. 114 y ss.; SCHILD, "Funktionale und nicht-funktionale Bedeutung des Gesetzes. Einige Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des materiellen Strafrechts", en *Festschrift für Weimar*, 1986, págs. 195 y ss., 197 y ss.; STEINERT, *Über die Funktionen des Strafrechts en Festschrift für Broda*, 1976, págs. 335 y ss., 350 y ss.

[17] En el mismo sentido también VOB, cap. C, nota 3.

[18] VOB, cap. B I 4 a, nota 3, detalladamente; compárece otra clasificación en AMELUNG, nota 16, págs. 49 y ss.

— Leyes de declaración de valores (ejemplo: aborto —entre la exigencia moral de la mujer a su determinación— y descendencia, por un lado, y la confirmación de la prohibición de matar, por otro lado);

— Leyes con carácter de apelación (moral) (ejemplo: derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes —StGB—);

— Respuestas sustitutorias del legislador: leyes que sirven de coartada, leyes de crisis (ejemplo: leyes en contra del terrorismo con el fin de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas);

— Leyes de compromiso (ejemplo: cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias, siempre tienen un núcleo central para satisfacer la "necesidad de actuar").

B) *Ejemplos*

No solo el número sino también la amplitud del fenómeno resulta difícil de exagerar.

Así la supresión del plazo de prescripción para los asesinatos (nazis) por medio de la ley 16 de 16. 7. 1979 (§ 78 II StGB)[19] y la sanción penal del genocidio desde 1954 (§ 220a StGB)[20] tenían su significado politicocriminal no en la realización instrumental del texto de la ley sino en la asimilación del período nazi detrás de ellas, y fundamentalmente en consideraciones políticas. Del mismo modo se pueden encontrar exigencias pedagógicas excesivas en el derecho penal, no solo en la pretensión de crear una conciencia ecológica mediante el derecho penal del medio ambiente, sino también respecto de la exigencia de "revalorizar el rol de la mujer" en el fenómeno de la violencia contra las mujeres con base en un endurecimiento del derecho penal sexual o en la inclusión de un nuevo tipo penal: "Violación en el matrimonio"[21].

En la determinación de la pena no se puede entender su principio fundamental de "defensa del ordenamiento jurídico" (§§ 47, 56 III, 59 I num. 3 StGB) sin tomar en consideración sus facetas simbólicas[22]: la "conservación de la confianza del pueblo en el derecho"[23], o la "confianza del pueblo en la invulnerabilidad del derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos"[24], los que a pesar de estar instrumentalmente formulados son alcanzables, si

[19] Al respecto NEUMANN/SCHROTH (nota 16), pág. 115.

[20] Véase CAMPBELL (§ 220a StGB), *Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid?*, 1986, especialmente págs. 175 y ss. "Vergangenheitsbewaltigung und aubenpolitische Zwecke als die symbolische Funktionen dieser Strafnorm".

[21] Al respecto FROMMEL, "Das klagiche Ende der Reform der sexuellen Gewaltdelikte", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1988, págs. 233 y ss.

[22] Véase W. HASSEMER, "Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegunf der Strafgesetze", en *Festschrift für Coing*, I, 1982, págs. 504 y ss. y 521.

[23] BGHSt 24, 40 (45).

[24] Ambos en BGHSt 24, 64 (66).

acaso por medio de intervenciones simbólicas. La conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el derecho son procesos comunicativos y de largo alcance, con una plétora de variables cognitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las decisiones penales representan solo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira).

C) *Rasgos de un derecho penal moderno*

Esto son solo ejemplos. Si se observa más detenidamente, puede observarse que estos ejemplos son casos aislados solo aparentemente.

Lo que es válido para el principio de "defensa del ordenamiento jurídico" es válido para todos los fines de la pena orientados de forma preventiva, especialmente para la teoría de la prevención general positiva[25].

En tanto que esta función implica más que un mero adiestramiento y cruda modificación de comportamientos[26], está obligada a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios (el delincuente condenado en el caso de la resocialización y todos en los modelos preventivo-generales)[27]. Debe implantar una determinada visión del derecho penal en las mentes de la gente, que enfatice la invulnerabilidad, la igualdad y la libertad, ya que de otra forma no puede esperarse una aceptación[28] de las partes. Cuanto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean sus fines, tanto más claramente aparece su contenido simbólico: persiguen, con la ayuda de una intervención instrumental del derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica), transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al derecho.

Transmisión simbólica de una vida fiel al derecho por medio de una utilización instrumental del derecho penal: esta es la característica de un derecho penal contemporáneo desde que finalizó —si alguna vez hubo un inicio[29]— una fundamentación absoluta de la pena. Lo que en nuestro siglo se conoce como "teoría retributiva"

[25] Respecto a la teoría de la prevención general véase mi trabajo "Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht", en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, págs. 39 y ss., 57 y ss.; para esta teoría, bajo el aspecto de legislación simbólica, VOB, cap. C II, nota 3.

[26] Al respecto H. J. SCHNEIDER, *Kriminologie*, 1987, págs. 841 y ss.

[27] Especialmente lacónico, LÜDERSSEN, "Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems", en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, págs. 54 y ss., 64 y ss. y 69.

[28] En el mismo sentido, LÜDERSSEN, pág. 66.

[29] El propio KANT, de quien proviene especialmente una fundamentación absoluta de la pena, tendió un puente entre la realización de la justicia y su valor para la vida de los hombres, y en este contexto criticó no el vínculo entre la justicia penal y sus efectos para la sociedad, sino más bien (en primer lugar) una lesión de la justicia penal en interés de una doctrina de la felicidad utilitarista (*Metaphysik der Sitten*, II, Teil 1, Abschnitt, E. Vom Straf und Begnadigundsrecht): "La ley penal es un imperativo categórico, y pobre de aquel que arrastre la serpentina de la felicidad para encontrar algo que, a través de la ventaja que promete, se desprenda de la pena; ...ya que cuando se renuncia a la justicia, carece de valor para los hombres la vida...; ya que la justicia cesa de serlo cuando se vende por algún precio".

No puedo inferir de este texto la idea de la justicia como objetivo; parece más bien una condición de la vida social.

—desde LOBE, pasando por NAGLER, hasta MAURACH y WELZEL[30]—, tiene en realidad fines preventivos en el sentido aquí utilizado. No se trata solo de la aplicación instrumental del derecho penal y de la justicia penal, sino (tras ellos) de objetivos preventivo-especiales y generales: transmitir al condenado un sentimiento de responsabilidad, proteger la conciencia moral colectiva y asentar el juicio social ético; se trata de la confirmación del derecho y de la observancia de las leyes.

3. EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL SIMBÓLICO

¿Qué significa por consiguiente la expresión de que las leyes simbólicas "no son infrecuentes"[31] o que son "un golpe en el vacío"[32] —cuando evidentemente son la mayor parte de los supuestos? Parece claro que el problema radica en el concepto de "simbólico", y que quien utiliza este término para designar un rasgo del derecho penal moderno está utilizando un concepto más amplio —en cualquier caso distinto— que el de quienes denuncian al derecho penal o a parte de este como "solo simbólico". Por consiguiente debemos prestar atención al propio término "simbólico".

A) *Manifiestas y latentes*

El propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina; no he encontrado un concepto preciso y apto de "simbólico" o de "legislación simbólica". Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de derecho simbólico: se trata de una oposición entre "realidad" y "apariencia", entre "manifiesto" y "latente", entre lo "verdaderamente querido" y lo "otramente aplicado"; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. "Simbólico" se asocia con "engaño", tanto en sentido transitivo como reflexivo.

Así, HEGENBARTH[33] opone el "fortalecimiento simbólico de las normas" a la "seguridad de su cumplimiento"; HILL[34] habla de leyes que "no están en situación de efectuar cambios y las cuales solo tienen funciones simbólicas"; RYFFEL[35] vincula "simbólico" con "consecuencias latentes" de las leyes; NOLL[36] opone las intenciones del legislador a los efectos reales de las leyes, y AMELUNG[37], contrapone "prestigio" a "efectividad".

[30] Más documentado en W. HASSEMER, *Strafziele*, nota 25, págs. 48 y ss.

[31] NOLL, *Gesetzgebungslehre*, nota 13.

[32] RYFFEL, ob. cit., nota 12.

[33] Véase nota 16, pág. 202.

[34] HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982, pág. 37.

[35] Véase nota 19, pág. 255.

[36] Compárese la definición con la citada en nota 14.

[37] AMELUNG, nota 16, pág. 54.

B) *Presupuestos necesarios*

Pueden considerarse varios rasgos, los cuales deben ser tomados en consideración cuando se construye el concepto. El término "derecho penal simbólico":

a) tiene sentido solo en una consideración al derecho penal orientado a las consecuencias[38]. Quien utilice el concepto de derecho penal orientado exclusivamente hacia el interior [*input*][39], como concreción de las normas generales en los casos concretos no puede entender la "gracia" del derecho penal simbólico: la oposición entre efectos manifiestos y latentes (o como quiera denominárselos). Esta vinculación con el concepto actual de orientación a las consecuencias aclara también por qué el fenómeno de "simbólico" tiene actualmente una dilatada existencia;

b) no debiera apoyarse en elementos de disposición[40] como los "objetivos" o las "intenciones" del legislador[41]. Estos elementos presentan sus problemas específicos de aplicación, conocidos por la doctrina del método subjetivo-histórico de interpretación de las leyes[42]: la mayor parte de las veces el legislador guarda silencio acerca de sus intenciones; frecuentemente las encubre, y generalmente ni siquiera a este le resultan excesivamente claras, especialmente en casos de leyes de compromiso o en prescripciones que contienen distintos mandatos morales (como por ejemplo en el caso del aborto) existe "un" legislador exclusivamente institucional pero no intencional. Debiera por tanto fundamentarse el concepto objetivamente: en vez de en "expectativas" en la "previsibilidad", en vez de en intenciones en los efectos de las leyes, existencia de unas condiciones previas objetivas y probabilidad de un efecto, en definitiva: no se trata de estudiar fines sino funciones[43];

c) solo puede tratarse de un concepto comparativo. El "simbolismo" en la promulgación y ejecución de las leyes no es un *y/o* sino un *mas o menos*. Inclusive, una norma tan concreta como la del homicidio (§ 212 StGB) lleva consigo la esperanza preventiva de fortalecer el respeto a la vida humana; inclusive una regla sospechosamente simbólica como la de "genocidio" (§ 220a StGB) demuestra no solo nuestra adhesión a la Convención de 1948 sobre la prevención y castigo del genocidio y a sus principios fundamentales, sino que adopta un programa de ejecución de normas para casos concretos;

d) no es apropiado solo para denunciar las leyes y su aplicación —sería entonces un comentario anacrónico señalar el carácter simbólico del derecho penal moderno[44]—, ya que también las normas dictadas para ser efectivas persiguen fines

[38] Al respecto, detalladamente, mi trabajo sobre la orientación hacia las consecuencias en derecho penal, nota 22, *passim*.

[39] Respecto al concepto y significado de funciones, *input* y *output*, LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, págs. 25 y ss., 36 y ss.

[40] Más extensamente mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, § 19, III.

[41] Así procede, por ejemplo, NOLL en su determinación del concepto "legislación simbólica" en nota 14.

[42] ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983, págs. 88 y ss.

[43] Compárese también VOB, nota 3, pág. 66, con explicaciones adicionales.

[44] Véase II, 3.

simbólicos; el concepto no puede amparar un reproche. A partir de qué momento la mezcla de componentes instrumentales y simbólicos resulta crítica es una cuestión que no puede precisarse solo con los rasgos del derecho penal simbólico. Sin embargo este momento debiera ser determinable, ya que la denominación de "leyes simbólicas" o "derecho penal simbólico" no es solo un concepto analítico inocuo sino también una designación normativa combativa; expresa no solo descripción sino también crítica.

C) *El elemento de engaño: protección de bienes jurídicos y política*

No es fácil aislar y precisar los elementos del derecho penal simbólico en los que basar la crítica al fenómeno descrito. No es suficiente señalar que se trata efectivamente de una discrepancia (entre funciones manifiestas y latentes o entre efectividad y prestigio)[45] ya que, como he mostrado, esta discrepancia es un rasgo de todo derecho penal moderno. El objeto debe ser determinado adicionalmente a través de alguna cualidad crítica, para que el "derecho penal simbólico" sea visto como un fenómeno negativo o peligroso.

Esta cualidad crítica se basa —y esta se presenta en todos los casos de promulgación de leyes simbólicas— en la oposición entre apariencia y realidad, apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad. Esta cualidad da, en mi opinión, en el objetivo acertado —con los requisitos ya enumerados, que por "engaño" no se entiende una determinada disposición: motivos e intenciones históricas del legislador, sino una cualidad objetiva de la norma[46] y siendo conscientes de que "promulgación simbólica" es un concepto aumentativo, que describe un "mas o menos" y no un "y/o"[47].

"Simbólico" en sentido crítico es por consiguiente un derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella. Con lo cual se entiende —como ya expresa la determinación del concepto— por "funciones manifiestas" llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que esta misma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en ella. Las "funciones latentes" a diferencia son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una "necesidad de actuar" a un apaciguamiento de la población hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino "engaño" o "apariencia": los fines descritos en la regulación

[45] Compárese la circunscripción de la literatura en III, 1.

[46] Véase III, 2, b).

[47] Véase III, 2, c).

de la norma son —comparativamente— distintos de los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como esta se presenta. Finalmente, en esta concreción de "simbólico" no se trata solo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de su formulación y publicación: en algunas normas (como § 220a StGB) apenas se espera aplicación alguna.

4. El origen del derecho penal simbólico

Partiendo de esta determinación del concepto puede comprenderse más ampliamente el fenómeno del derecho penal simbólico.

A) *Orientación a las consecuencias y prevención*

El contraste aparente entre funciones manifiestas y funciones latentes, el cual constituye el núcleo del derecho penal simbólico, se basa en un presupuesto histórico que vale la pena tomar en consideración. Este presupuesto es, como ya he mencionado[48], la orientación a las consecuencias del derecho penal en la teoría y en la práctica: solo el que se compromete con un derecho penal orientado a las consecuencias, y quiere y puede medir sus efectos, tiene acceso al concepto de derecho penal simbólico; para un derecho penal internamente orientado el carácter simbólico del derecho penal no constituye tema alguno. Esta perspectiva permite comprender mejor el surgimiento y desarrollo del derecho penal simbólico y al propio tiempo situarlo en su contexto politicocriminal más amplio.

El derecho penal simbólico aparece desde esta perspectiva como una crisis del derecho penal orientado a las consecuencias.

La orientación a las consecuencias varía y acentúa el problema de legitimación del derecho penal[49]. En tanto que una regulación orientada hacia el interior solo debe demostrar, a efectos de justificación, su sometimiento a la jerarquía normativa (Constitución, leyes), las disposiciones orientadas al exterior —tanto en su promulgación como en su ejecución— no solo deben ser correctas sino que deben ser también eficaces, ya sea en la consecución de un objetivo (resocialización, reintegración), ya en la de todos (prevención general, control de la criminalidad). La prevención es un concepto aceptable solo si es eficaz.

Solo mediante una concreción histórica de esta relación bastante trivial pueden verse los problemas políticos de un derecho penal orientado a las consecuencias y del derecho penal simbólico, esto esto, cuando uno se pregunta qué es verdaderamente una prevención "eficaz". Esta pregunta es de difícil respuesta. Las condiciones para una prevención efectiva (y con ello los presupuestos de justificación de una regulación penal) son complejas, son históricamente variables y actualmente difusas.

[48] Véase III, 2, a).

[49] Más ampliamente véase mi trabajo "Generalprävention und Strafzumessung", en Hassemer/Lüderssen/Naucke, nota 27, págs. 29 y ss., 49 y ss.; adicionalmente "Pravention im Strafrecht", en *Juristische Schulung*, 1987, págs. 257 y ss. y 260.

B) *Protección de bienes jurídicos en la política criminal moderna*

La primera respuesta, la más antigua y simple a la pregunta de cuándo cumple el derecho penal su función preventiva, sería: cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger. Esta respuesta sería suficiente si pudiéramos partir del concepto de bien jurídico y si supiéramos lo que es una "verdadera" protección de bienes jurídicos. Debido a que ello constituye una dificultad, existe derecho penal simbólico.

La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es —con todas las diferencias de origen y concepto[50]— negativa y de crítica del derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): el legislador debía castigar solo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que solo atentaban contra la moral, contra valores sociales o contra el soberano, debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico debía (para que pudiera discriminar verdaderamente) ser lo más preciso posible: así, por ejemplo, en el derecho penal sexual no debía indicarse "moralidad sexual" sino autodeterminación, salud y protección de la juventud[51].

a) *El concepto de bien jurídico.* El problema central de la doctrina del bien jurídico era y es que ha permanecido anclada en esta tarea[52]. Ya inicialmente era previsible que el concepto de bien jurídico no era capaz de enfrentarse a dos grandes obstáculos vinculados: los intereses politicocriminales de conseguir una criminalización global, y los intereses de la ciencia penal de ser capaz de oponer un concepto crítico sistemático de bien jurídico[53]: se trataba de extender el concepto de bien jurídico para poder abarcar a todo el derecho penal, o de restringirlo para criticar al derecho penal por su abandono del campo delimitado por bienes jurídicos. Así, FEUERBACH había admitido "delitos en sentido amplio" en los casos en que no se daba la protección de un bien jurídico[54], y BIRNBAUM acabó su búsqueda de bienes jurídicos aprehensibles como personas y cosas en los valores morales de la sociedad[55]. Con ello aparece claro: cuanto más vago es el concepto de bien jurídico y más objetos abarca, más tenue se vuelve la posibilidad de contestar a nuestra pregunta de si el derecho penal cumple su función preventiva.

[50] Véase por todos AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, *passim*; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980, págs. 17 y ss. y 57.

[51] De forma paradigmática H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, págs. 38 y ss. y *passim*.

[52] Al respecto STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, "Die Straftat", 3ª ed., 1981, Randnummern 52 y ss.

[53] Para un mayor desarrollo mi trabajo *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, págs. 19 y ss., 27 y ss., 41 y ss.

[54] FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., (Hrsg. C. J. A. Mittermaier), 1847, §§ 388 y ss.

[55] BIRNBAUM, *Über das Erfordeniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, con especial consideración al concepto de ofensa en *Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge 1 (1834), págs. 150, 178, 183 y ss.

b) *Bienes jurídicos universales.* Las dificultades originarias de la doctrina del bien jurídico no han sido solventadas en los tiempos posteriores, por el contrario, se han acentuado. Fundamentalmente los llamados "bienes jurídicos universales" (los intereses de la mayoría en la protección de la intimidad frente a la recolección de datos, administración de justicia, tráfico jurídico de documentos, etc.)[56] se han convertido en un tema fundamental de la política criminal; este desarrollo amenaza el concepto de bien jurídico y cambia el derecho penal preventivamente orientado en una forma específica.

Ya en una primera aproximación vemos cómo las nuevas leyes en el ámbito de nuestro derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen por objeto de protección solo bienes jurídicos universales, sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga.

Ámbitos específicos de promulgación de leyes son fundamentalmente el derecho penal económico, los impuestos, el medio ambiente, la acumulación de datos, el terrorismo, las drogas, la exportación de materias peligrosas. Los bienes jurídicos comprendidos en este ámbito son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer.

Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico[57]; de la protección del "bienestar" de los hombres "en un sentido puramente somático" en vez de la protección de la vida y la salud de las personas[58]; de la salud pública[59]; del funcionamiento del mercado[60]; de la protección estatal empresarial[61] o de la acumulación de datos comercial o administrativa[62].

c) *El interés en controlar el riesgo.* El desarrollo general[63] que aquí ha sido descrito a grandes trazos no se ve obstaculizado naturalmente por la política criminal, esta lo prosigue o acaso lo exige. Se basa en la ya famosa expresión de BINDING en la *Lesión del bien jurídico con su puesta en peligro* como una "perturbación de la certeza de la existencia"[64]. Aparece en las consideraciones de las ciencias sociales como "incertidumbre de la percepción o de la orientación"[65]: consecuencia

[56] Para una diferencia entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos universales, véase a JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 4ª ed., 1988, § 26, I 3 c.

[57] Al respecto, fundamental y críticamente, JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, págs. 751 y ss.

[58] Respecto al bien jurídico del medio ambiente, HORN, en *Systematischer Kommentar*, 4ª ed., 1988, § 324, Randnummer 2.

[59] En el derecho penal de estupefacientes (BTMG).

[60] § 264a StGB, estafa en la inversión de fondos.

[61] § 264 StGB, estafa de subvenciones.

[62] § 303b StGB, sabotaje de ordenadores.

[63] Próximamente al respecto, desde una perspectiva de un derecho penal de delitos de peligro, véase por todos a FÉLIX HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*.

[64] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. I: Normen und Strafgesetze*, 2ª ed., 1890, págs. 368 y ss.

[65] FRANZ XAVER KAUFMANN, "Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie", en *Gesellschaft und Unsicherheit*, 1987, pág. 38.

de la "creciente complejidad de cada aspecto del mundo que para nosotros tiene significado"[66]. Aparece como rasgo de una "sociedad de riesgo"[67] moderna, que no puede aceptar sus peligros o "riesgos de modernización", sino que necesita de un "vínculo causal y con ello al mismo tiempo de una responsabilidad jurídica y social"[68].

Las así creadas y en su concreción experimentadas responsabilidades, los intereses de minimizar la inseguridad de una "sociedad de riesgo" y de dirigir los procesos complejos[69] han afectado no solo a la política criminal sino asimismo a la teoría penal y a la doctrina del bien jurídico.

JAKOBS construye —influido por la teoría sistemática de LUHMAN— su variante de una teoría de la prevención general positiva sobre la experiencia de expectativas frustradas en contactos sociales y en la necesidad de orientación y estabilidad[70], y utiliza para ello la locura de la complejidad social y de la incertidumbre personal, las cuales caracterizan a una "sociedad de riesgo". En la doctrina del bien jurídico ha sido KRATZSCH[71] quien ha visto más claramente el significado penal de conceptos como inseguridad, complejidad, perturbaciones y orientación[72], y como ello se ha plasmado; por ejemplo, en la creación de tipos de peligro abstracto que son una reacción específica a la puesta en peligro de bienes jurídicos[73], "los cuales descartan una influencia directa debido al efecto conjunto de múltiples factores causales"; la norma combate "el peligro que amenaza al bien jurídico no como un peligro individual, sino como un elemento tipificado de una... peligrosa «gran perturbación» (Dirección individual a través de un orden general)".

Ello se aviene con los más recientes desarrollos político-criminales. El derecho penal abandona la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un "mínimo ético" y se convierte en instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención del delito le queda demasiado corta como tarea al derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente político, de la salud y de la política exterior. De una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas.

[66] Del mismo, ob. cit., pág. 40.

[67] Paradigmático, ULRICH BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986.

[68] Del mismo, ob. cit., pág. 36.

[69] La evolución de un derecho puntual y concreto a un derecho de grandes proporciones tiene, en mi opinión, un paralelismo con la teoría de los derechos humanos. Véase a E. RIEDEL, "Menschenrechte der dritten Dimension", en *Europaische Grundrechte Zeitschrift*, 1989, págs. 9 y ss., 12 y ss.

[70] JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1983, Randnummer 1/4 y ss.

[71] KRATZESCH, *Verhaltenssteurung und Organisation im Strafrecht*, 1985.

[72] Del mismo, ob. cit., págs. 220 y ss., 253 y ss.

[73] Del mismo, ob. cit., pág. 298.

5. CONSECUENCIAS

He expuesto este desarrollo no con intenciones valorativas[74], sino solo para mostrar sus consecuencias respecto de la protección de bienes jurídicos y respecto del derecho penal simbólico. Estas consecuencias me parecen bastante evidentes.

A) *¿Conducción por medio del derecho penal?*

El derecho penal en su forma jurídica liberal es escasamente apropiado para flanquear objetivos políticos, orientar ámbitos de problemas y prevenir situaciones de peligro[75]. Es un instrumento más bien prudente, dirigido al pasado dotado de un arsenal de medios fragmentarios: le son vedados los casos de perturbaciones generales, de objetivos flexibles o abiertos al futuro, de medios de resolución de conflictos (art. 103 II GG, § 1 StGB; "principio de legalidad"); su utilización está solo autorizada (para una prevención eficaz demasiado tarde) cuando se ha realizado un injusto relevante ("hecho típico"); incluso complejas situaciones de riesgo solo son abarcables penalmente cuando pueden ser atribuidas a un individuo concreto ("culpabilidad personal"); también en los casos de dificultad de prueba de la causalidad está prohibida la utilización del derecho penal (*in dubio pro reo*); consecuencias penales, sean en interés de la mayoría o terminen por ser irrazonables, finalizan en la frontera de la culpabilidad y de la proporcionalidad (§§ 46 I, 62 StGB). Que las crecientes y al mismo tiempo difusas expectativas preventivas no pueden ser realizadas por este derecho penal es lo que ha convertido a la "moderna política criminal" y a los "déficits en la aplicación", en hermanos —respecto del tráfico de estupefacientes—, pasando por el derecho penal del medio ambiente hasta la lucha contra el terrorismo.

Bajo esta presión preventiva el legislador intenta encontrar alivio por dos medios: los delitos de peligro abstracto y el derecho penal simbólico.

B) *Delitos de peligro abstracto*

Se ha intentado buscar este alivio por medio de los delitos de peligro abstracto, los cuales, en los ámbitos aquí tratados, han eliminado prácticamente los clásicos delitos de resultado. Encubren la ausencia de fuerza fáctica del derecho penal para proteger bienes jurídicos, al suprimir el vínculo entre comportamiento criminalizado y lesión de bien jurídico. El injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma, sino que es solo un elemento de evaluación en la promulgación de la norma. En segundo lugar, los delitos de peligro abstracto facilitan la cuestión a efectos preventivos siempre molesta, de la atribución. Dispensan la prueba de un daño (y con ello la causalidad del

[74] Un análisis detallado y una valoración próximamente en W. HASSEMER, *Alternativ Kommentar zum StGB*, Band 1, vor § 1, Randnummer 456 y ss.

[75] Respecto del concepto de la formalización de la administración de justicia véase mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (nota 40), págs. 127 y ss., 294 y ss.; F. HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, 1987, págs. 48 y ss. (respecto de una teoría penal), págs. 107 y ss. (respecto el concepto de injusto), págs. 120 y ss. (respecto el proceso penal).

comportamiento) y facilitan por ende la atribución. Que con ello debilitan la posición del autor y atentan contra un bastión del derecho penal clásico es tan obvio como discutible. Que ello alivie la presión preventiva, como se pretende, está aún menos claro; ya que precisamente en el ámbito en el cual se dictan delitos de peligro abstracto con particular celo —medio ambiente y tráfico de drogas— las quejas sobre los "déficits en la aplicación" se han convertido en una constante música de acompañamiento[76].

C) *Derecho penal simbólico*

El derecho penal simbólico no aligera este proceso sino que lo fortalece. La ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del "empresario moral". Lo que se consigue cuando el derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y funciones manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantee.

La legislación penal y la ejecución penal como pura fanfarronada: no hace falta fundamentar extensamente porque esta salida al dilema de la prevención es una vía equivocada. Un derecho penal simbólico que ceda sus funciones manifiestas en favor de las latentes traiciona los principios de un derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la administración de justicia. Queda por ver, en tanto el carácter de apariencia acompañe al derecho penal y a la política criminal, cómo este puede cumplir las supuestas funciones preventivas en vez de cederlas. Precisamente en un período en el cual predominan las tendencias preventivas y las necesidades sociales globales, el derecho penal podría tener la misión de reanimar la tradición de orientarse hacia las acciones concretas de lesión a un bien jurídico[77].

6. Resumen

El derecho penal simbólico se da en formas muy diversas: derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios, como la satisfacción de una "necesidad de acción". Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este derecho penal se aviene a las imágenes de una "inseguridad global" y de una "sociedad de riesgo". Un derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia.

[76] En relación con el derecho penal del medio ambiente, Heine/Meinberg, *Empfehlen sich Anderungen im Strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?* Gutachten D für den 57. Deutschen Juristentag, München, 1988, D 77 y ss., págs. 152 y ss.; W. Hassemer/Meinberg, "Umweltschutz durch Strafrecht", en *Neue Kriminalpolitik*, 1, 1989, págs. 46 y ss.; respecto al derecho penal de estupefacientes, Kühne, *Staatliche Drogentherapie auf dem Prüfstand*, 1985, págs. 29 y ss., 108 y ss.; Scheerer, *Die Genese der Betaubungsmittelgesetze in der Bundesrepublik Deuschland und in den Niederlanden*, 1982, págs. 196 y ss. y *passim*.

[77] Detalladamente al respecto, W. Hassemer, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre", en H. Scholler Philipps (Hrsg.), *Jenseits der Funktionalismus*, Teil III y *passim*.

El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública

Germán Pabón Gómez *

INTRODUCCIÓN

Al abordar el tema del tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública anotamos como generalidad que, en materia juridicopenal, punto de partida fundamental es la precisión de que lo esencial del delito reside en la conducta humana; de suerte que para conocer el delito en su triple estructura, además de conocer con delimitación el objeto jurídico tutelado, debemos conocer la conducta humana como fenómeno del mundo natural, pues el conocimiento de la acción es precedente al conocimiento del "delito" como fenómeno de creación legal. Así, lo que el derecho hace es valorar conductas humanas dadas en un proceso de acción, las que son generantes de resultados materiales (daño o peligro de daño), y calificarlas como hechos punibles.

En consecuencia, si lo afirmado precedentemente es válido para la categoría general de delito, con mayor razón lo es con respecto a la categoría particular de los delitos contra la fe pública, en los que esencialmente concurre el elemento subjetivo del "engaño", elemento que no debe apreciarse etéreamente frente a una fe pública abstracta, sino concreta y frente a los intereses específicos garantizados y/o protegidos por la genuinidad y/o veracidad de los medios probatorios sobre los que recae la acción de falsedad.

Así, pues, la determinación del objeto jurídico, el examen de la acción violadora del interés jurídico tutelado y los elementos genera-

* Exprofesor de Derecho Penal en la Universidad del Cauca (Colombia). Actualmente cursa estudios de doctorado en Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid (España).

les de la falsedad, son los niveles reflexivos por considerar, a efecto de una comprensión más integral de los delitos contra la fe pública en su tipo subjetivo.

1. Del objeto jurídico tutelado

Sin detenernos en las diversas corrientes doctrinarias que tratan de la existencia o no existencia de la fe pública, si es un sentimiento colectivo o una imposición, si es un bien social o un bien particular, si es fe pública o fe privada[1], nos atrevemos a afirmar que la fe pública como construcción ideológica, constituida por la concurrencia de conceptos de carácter religioso, sociológicos, políticos, éticos, morales, de necesidad, etc., no debe apreciarse en un sentido abstracto, sino apreciarse y valorarse en un sentido concreto social, con repercusiones jurídicas reales, frente a la variedad de intereses jurídicos tutelados con los que la fe pública se relaciona y protege.

Con fundamento en lo puntualizado por Juan Bustos Ramírez cuando afirma: "No hay pues que confundir el bien jurídico con sus presupuestos; el bien jurídico es una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente, pero la génesis, significación y legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico y en caso alguno podría surgir, sino de sus presupuestos: las relaciones sociales, las posiciones que en ellos ocupan los individuos, su intermediación con las cosas y otros entes y la interacción que se produce entre ellos"[2]; podemos pues entender, como muy bien lo expresa el maestro Luis Carlos Pérez, que "los bienes jurídicos tutelados (entre los que se encuentra la fe pública) no son abstracciones ni convenciones sino objetividades completas, reconocibles por los sentidos, capaces de resistir un examen ante los rigores epistemológicos. La patria, la libertad, el patrimonio, la economía, el pudor, la honra, no son meros signos sino hechos concretos y por serlo, se distinguen de otros hechos, se miden según sus depositarios, se gradúan, se identifican, y sobre esos antecedentes se les confiere valor jurídico y se organiza su defensa por la ley. Varias veces hemos sostenido que los bienes objeto de tutela no son metafísicos sino físicos. No son creaciones de la imaginación sino duras obras que se forjan en la complejidad de las relaciones humanas"[3].

Así, la dinámica social de los bienes jurídicos en general y en relación con la fe pública, nos parece de especial importancia lo anotado por el profesor Romero Soto, cuando afirma: "Este doble carácter social-legal de la fe pública es lo que hace de ella un bien jurídico especial, pero no autónomo, ya que se halla vinculado al valor probatorio de los documentos y a través de esta calidad al derecho que por este medio se crea, modifica o extingue, en forma tal que puede decirse que los delitos contra la fe pública pertenecen a la especie de los llamados pluriofensivos, porque en ellos se sanciona la lesión simultánea a varios derechos".

[1] Cfr. Luis Enrique Romero Soto, *La falsedad documental*, Bogotá, Ed. Carvajal, S. A., 1982, págs. 16, 19 a 35.

[2] Juan Bustos Ramírez, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 73.

[3] Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 570.

Y agrega: "puede definirse la fe pública diciendo que es un sentimiento colectivo de confianza, que constituye un derecho de la sociedad y de los particulares en la veracidad, autenticidad e integridad de los signos de valor y de autenticación en las formas escritas jurídicamente relevantes como medios de prueba y en la autenticidad de las personas considerando todo ello, como elementos indispensables para el tráfico jurídico"[4].

Con claridad se pronuncia Juan Bustos Ramírez al sostener que "El bien jurídico fe pública tiene un carácter funcional. Su contenido se lo dan la objetivación en formas, las características de perpetuidad y fijeza, las interrelaciones jurídico-sociales. De esta manera se convierte en una vía procedimental para un tráfico armonioso en relación con los demás bienes jurídicos y en primer lugar con los de carácter microsocial a cuyo servicio está"[5].

De los anteriores razonamientos doctrinarios deducimos que el objeto jurídico en los delitos contra la fe pública está centrado en la protección dada a la veracidad y/o genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico. Funcionalidad en el tráfico jurídico relevante, en el cual los medios de prueba puedan dinamizar situaciones de creación, modificación y/o extinción de derechos.

2. De la conducta humana en general

Como aspecto básico, debemos tener en cuenta lo expuesto por el profesor Orlando Gómez, cuando dice: "la conducta, como manifestación humana, es el conjunto de respuestas significativas por medio de las cuales se da respuesta a un estímulo o necesidad interna o externa, que es captada por la conciencia. La conducta se nos presenta por ello como la «respuesta del ser vivo» ante una tensión; de allí que la conducta tenga una función: resolver tensiones y se presenta siempre ante un conflicto; es por esto por lo que la respuesta se comprende en el marco de un contexto en el cual ella se produce: toda conducta tiene una génesis que la explica y le da contenido"[6].

La conducta como manifestación humana está constituida por la integración dialéctica de dos fases insustituibles, a saber: 1) fase subjetiva, y 2) fase objetiva.

En relación con el contexto general subjetivo-objetivo de la conducta humana, Orlando Gómez López, con acierto, expresa: "La conducta se manifiesta luego que aparece como fruto de un proceso anterior de estimulación, en tres áreas: a) área de la mente, que corresponde al proceso simbólico o ideativo, en el cual tienen cabida los procesos motivacionales, intelectivos, afectivos, volitivos y en fin los estados espirituales; b) área del cuerpo del individuo, que corresponde a la serie de procesos que se producen en el cuerpo, miembros, sistema nervioso del individuo,

[4] Luis Enrique Romero Soto, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 33.

[5] Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal*, Parte Especial, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 401.

[6] Orlando Gómez López, *El delito emocional*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 17.

y c) área del mundo externo, o sea la actuación que se proyecta en el mundo fuera del individuo en el mundo sensible. Toda conducta implica una manifestación coexistente en las tres áreas, las cuales tienen cierta correlación; el cambio en una de ellas, implica alteraciones en las otras áreas"[7].

A) *Fase subjetiva*

Esta fase trae consigo varios procesos interrelacionados, a saber:

a) *Proceso de conocimiento*. Para que haya lugar a una acción en general como manifestación humana, es preciso que exista una base intelectiva, cognoscitiva, que le permita al hombre comprender el valor y significación de sus acciones. El proceso cognoscitivo es un proceso social que se da en y para la sociedad, y es gradual en la medida en que el hombre aprehende el mundo material que lo rodea.

El proceso cognoscitivo posibilita al hombre dirigir sus acciones, y en el proceso gradual de aprehensión del mundo material lo habilita para distinguir los objetos sobre los cuales dirige y orienta sus acciones.

ZAFFARONI nos dice: "Es pues en la praxis social, en la relación hombre-mundo material (naturaleza-sociedad) donde el hombre conoce las relaciones de causalidad. Unos lo realizan con conocimiento científico, otros con conocimiento técnico y otros con el conocimiento del lego, lo que le permite realizar actos de voluntad"[8].

El hombre conoce, no solo para interpretar el mundo que lo rodea, sino para transformarlo y colocarlo al servicio de la sociedad. En algunos casos el conocimiento y su utilización no están dirigidos a favor de la sociedad —conforme a derecho—, sino contra ella —contra derecho—. He ahí, pues, a la naturaleza y a la sociedad humanizadas, dentro de un criterio de praxis transformadora y social.

La importancia del conocimiento de las relaciones causales por parte del hombre radica en que por dicho descubrimiento, conocimiento y profundización, le es posible comprender y explicar los fenómenos que ocurren en la naturaleza y en la sociedad, al igual que le es posible prever la aparición de nuevos fenómenos, pues el conocimiento de los nexos causales posibilita el control y dominio de los mismos, ya para procurar la engendración de efectos, ya para evitarla.

Al conocer el hombre las relaciones de causalidad —de la naturaleza y de la sociedad— se está descubriendo a sí mismo, está descubriendo el mundo de los fenómenos y sus procesos regulatorios, está conociendo las causas y los efectos que pueden ser benéficos o perjudiciales para sí o para la sociedad.

Como el proceso intelectivo y cognoscitivo del hombre es social, es claro que por interrelaciones el hombre también aprehende en diverso grado de interiorización los valores, símbolos y significaciones ideológicas que imperan en la sociedad, entre los que se encuentran las significaciones de valor jurídico. El conocimiento, pues, es objetivo-subjetivo e ideológico-material; y dependiendo del grado de desarrollo biológico-mental y de interrelación social, el hombre comienza a tener conciencia de sus acciones, a comprenderlas, a dirigirlas e imprimirles el sello de su voluntad.

[7] Ibídem, pág. 18.

[8] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1974, pág. 74.

La capacidad intelectiva y cognoscitiva es pues fundamental en la acción, tanto en su fase subjetiva como en su fase objetiva, pues, como recalca ZAFFARONI, "todo acto de voluntad presupone actos de conocimiento"[9].

b) *Proceso de ideación o representación finalística del actuar.* Este proceso lo comprendemos en los siguientes términos: gracias a la actividad consciente y creadora del cerebro humano y a la relación con su mundo natural y social, el hombre actúa, por principio, finalísticamente, esto es, representándose, anticipándose a su acaecer o actividad objetiva. La actividad del hombre no es una actuación meramente causal ciega —por principio—; y decimos por principio, porque en ocasiones el hombre actúa causalmente, ciegamente. En general, el hombre, antes de actuar, antes de desplegar su acción en el mundo material, piensa, idea, se representa, planea lo razonable y sus posibles efectos. Esta representación finalística de los hechos o anticipación mental del objetivo por lograr tiene grandísima importancia en materia penal, pues del grado de ideación, de representación, se comienzan a delimitar los campos y alcances de las categorías normativo-culpabilistas de dolo, culpa con representación, culpa sin representación, preterintención y las formas de omisión.

HANS WELZEL, en relación con la conducta humana como ejercicio de la actividad finalista, expresa: "La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los actos de su actividad, de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia lo objetivo y lo sobredetermina de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega"[10].

En el mismo sentido se pronuncia ZAFFARONI, cuando afirma: "Al aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin y la selección de los medios para su obtención. Siempre que nos proponemos un fin retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con qué poner en marcha la causalidad para que se produzca el resultado querido"[11].

Lo mental, ideativo y representativo, constituyen, pues, las bases del actuar finalístico y objetivo del hombre en el mundo material, pues ¿qué sería del mismo sin su capacidad creadora, intuitiva, razonadora, anticipadora y previsora? El hombre es un ser esencialmente racional y creador, y estos aspectos esenciales surten eficacia, por principio, en todas sus acciones y en las acciones calificadas como delitos.

[9] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, ed. cit., pág. 74.

[10] HANS WELZEL, *Derecho penal*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1956, pág. 39.

[11] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1986, pág. 343.

c) *Proceso de motivación*. La conducta humana en general tiene causas, motivaciones, génesis, sobre las que ORLANDO GÓMEZ se refiere así: "Todo fenómeno del mundo sensible corresponde siempre a una causalidad anterior. Todo efecto tiene su causa o génesis, en lo físico no hay efecto sin causa y la causalidad es una ley objetiva de la naturaleza; en lo síquico igual ley se produce, la causalidad de la conducta que ya en el psicoanálisis se traduce en el estudio motivacional, para descubrirse que una conducta puede ser el fruto de múltiples motivaciones que actúan en interacción"[12].

Las motivaciones de la conducta humana son recogidas y valoradas por el derecho penal en algunos eventos, en los cuales les otorga el tratamiento ya de elementos subjetivos en el tipo, ora de circunstancias genéricas y específicas de agravación y atenuación, de causales de justificación o de causales de inculpabilidad. Los procesos motivacionales, pues, no son ajenos para la teoría del delito y constituyen objeto de estudios pormenorizados, pues siempre que se hable de acción se estará hablando de un proceso motivacional[13].

ORLANDO GÓMEZ puntualiza: "Una conducta puede ser motivada en estímulos o motivaciones contradictorias —amor y odio—, por ejemplo en los celos y, precisamente, a veces ese proceso de contradicción entre dos o más motivaciones demora cronológicamente la irrupción de la acción-delito". "La conducta en sí, y más la delictuosa, es el resultado de un conflicto de motivaciones de rechazo, atracción, llegando a ser en un momento uno de ellos el factor dominante que determina la voluntad"[14].

Así lo referenciado, tenemos que en la conducta humana pueden concurrir motivaciones de ira, miedo, amor y deber[15]; de amenazas reales o imaginadas; de necesidad, de lucro, por defender (la vida e integridad personal, los bienes, el honor, a un tercero, etc.), por amistad, por enemistad, por motivos nobles y altruistas, por motivos innobles y mezquinos, etc. En general el caudal motivacional del comportamiento humano es muy amplio, y surge como fruto de la interrelación de procesos que se dan al interior y exterior del hombre en su relación con la naturaleza y la sociedad.

Por principio, pues, toda conducta humana obedece a una causa, a un por qué, a un motivo "racional"; y por eventualidad, cuando nos encontramos ante un acaecer delictivo sin que aparezca una causa de conducta conocida, conocible, determinada o determinable desde un punto de vista racional, muy posiblemente estaremos ante la presencia de causas o motivos extrarracionales[16] que pueden ubi-

[12] ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, ed. cit., pág. 19.

[13] Ver H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 402, 579, 587, 650 y 663.

[14] ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, ob. y ed. cits., pág. 20.

[15] Ver EMILIO MIRA Y LÓPEZ, *Los cuatro gigantes del alma*, Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1950.

[16] Cfr. MAURO TORRES, *La tercera mentalidad*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1987; *Compulsión, prevención y tratamiento*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1988; *Teoría de las dos funciones mentales*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1972; *La mente dividida*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1982.

car en accionar del sujeto dentro de los marcos de la inimputabilidad, ya sea por bloqueos en la esfera intelectiva, afectiva y/o volitiva.

La importancia, pues, de establecer las causas motivacionales de la conducta humana general y de la conducta particular delictuosa, radica en poder determinar si esa causa obedece a funciones "racionales" o a funciones "extrarracionales", ya que, dependiendo de una u otra situación, variará el tratamiento penal que se les dé.

d) *Proceso finalístico*. En relación con el proceso finalístico del "para qué" o "hacia qué" o "hacia dónde" se dirige la acción, se pronuncia ZAFFARONI, y afirma: "Es incuestionable que cualquier voluntad humana se dirige a un fin, o sea que no hay voluntad ni conducta sin finalidad. La voluntad no es «voluntad de mover el cuerpo» ni «voluntad de inervación muscular». Una voluntad así no existe más que en la invención de los autores causalistas. Es evidente que siempre que se quiere algo, siempre la voluntad es «voluntad de» y «voluntad para». No hay voluntad «de nada» ni voluntad «para nada». Sostener lo contrario implica considerar la conducta al mero nivel físico y prescindir de los niveles psicológico y sociológico de complejización. Lo psicológico, que es imposible desligar de la conducta sin que ella deje de ser tal, es lo que introduce el nexo de finalidad...

"La diferencia entre el nexo causal y el nexo final se halla en lo siguiente: en el nexo causal de una causa, sale un efecto; este efecto es a su vez causa de un nuevo efecto, y así se sigue *in infinitum*. Se produce un avanzar de caso en caso, sin que con el nexo se realice un fin. En el nexo final, por el contrario, se pone un determinado fin que puede hallarse muy adelante(1). En el pensamiento se ubican los medios retrocediendo desde el fin(2) para terminar realizándolos y con ellos también el fin(3). El nexo final se construye de este modo sobre el nexo causal, pues en la búsqueda de los medios cuenta sólidamente con la secuencia de la causa y el efecto...

"En rigor, la finalidad —bueno es observarlo desde ahora— no se monta sobre la causalidad, si la entendemos como algo visto *a posteriori*, sino sobre la causalidad *a priori*, o sea sobre la previsión de la causalidad. Con ello se afirma, como es clásica la expresión de WELZEL, que en tanto que la causalidad es «ciega» la finalidad es vidente"[17].

El proceso finalístico de la acción, entendido por WELZEL en el sentido de que lo esencial es "la capacidad de la voluntad de prever dentro de ciertos límites las consecuencias del engranaje de la intervención causal y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin"[18], implica: a) la anticipación (el proponerse) el fin que el autor quiere realizar. De ello sigue —a partir del fin—; b) la selección de los medios de la acción para la consecución del fin y la consideración de los efectos concomitantes, y c) la colocación en marcha de la causalidad o medios elegidos para lograr el objetivo[19].

[17] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, ed. cit., págs. 64, 65.

[18] HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1970, pág. 54.

[19] WELZEL, ob. y ed. cits., págs. 54, 55 y 56.

Así, pues, la conducta es un proceso finalista; significa que el acontecer por realizar es anticipado mentalmente antes de producirse. Y es precisamente en el marco de dicha anticipación mental donde comienzan a perfilarse los "propósitos", "fines", "para qué", "hacia qué" o "hacia dónde" de la acción por realizar; los que de alguna manera tendrán su reflejo en la colocación en marcha de la acción en el mundo material.

Al decir WELZEL que la acción humana es el ejercicio de la actividad final, quiere significar que "la determinación de un suceso por el hombre no es un mero proceso físico de causalidad material (p. e. la lluvia), sino que consiste en una sobredeterminación (dirección a un fin) de la causalidad por el hombre en dirección a un fin (objetivo) que se ha prefijado. El hombre puede dirigir la causalidad a un fin porque tiene conocimiento de cómo opera la causalidad y ello le permite prever cursos causales concretos, aunque, por cierto, dentro de ciertos límites"[20].

Sobre el anterior contexto —que la conducta es un proceso finalista anticipado mentalmente antes de producirse— debemos tener en cuenta lo siguiente: hay eventos en que los fines de la acción, los que constituyen impulsos anímicos, son recogidos por el tipo penal en calidad de matices anímicos de voluntad o elementos subjetivos del tipo penal, los que, al decir de JUAN BUSTOS RAMÍREZ, tienen "una función en primer lugar constitutiva del tipo legal y con ello del injusto; sin su consideración no puede darse el tipo legal correspondiente (así en el hurto es indispensable el ánimo de apropiación de la cosa ajena, no basta con la extracción de ellas; en la falsificación de un documento no basta la imitación de una firma, sino que es necesario que se dé además el ánimo de ponerlo en circulación. Solo así, en uno y otro caso, el comportamiento puede ser relacionado con un bien jurídico, con el patrimonio en el caso del hurto, o con la fe pública en el segundo caso)"[21].

En la anterior orientación los móviles y fines específicos de la conducta, o elementos subjetivos de la acción, son "objetivos afines de la acción"[22], que al decir de JESCHECK "también integran lo injusto personal de la acción en cuanto caracterizan más precisamente la voluntad de actuar del autor. Como modificaciones de la voluntad típica de la acción manifiestan en la misma medida que el dolo la estructura de la finalidad y como este, se hallan referidos al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a las modalidades de su lesión"[23].

Los elementos subjetivos del tipo penal (anímicos, móviles y fines), en algunos casos, se exigen bien para que se configure el hecho típico, para agravarlo, para atenuarlo o para excluir el delito o la pena[24]; y como "manifiestan en la misma medida que el dolo la estructura de la finalidad" [JESCHECK], tienen su ubicación dentro del proceso finalista de la acción.

[20] ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1974, pág. 25.

[21] JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte General, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 216.

[22] ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, ed. cit., pág. 25.

[23] H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, ed. cit., pág. 434.

[24] ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, ed. cit., pág. 22.

e) *Proceso de voluntad*. Aspecto esencial de la conducta humana general y de la particular delictuosa, es el factor y grado de voluntad, entendida esta como la capacidad y posibilidad de elegir y decidir libremente, externa e internamente, entre actuar y no actuar.

La voluntad como aspecto esencial de la conducta humana, le da sello y característica a la misma, pues es gracias a la voluntad como lo anticipado mentalmente trasciende al mundo material.

WELZEL puntualiza: "es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece por ello a la acción como factor integrante, ya que y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior"[25].

En el mismo sentido, ZAFFARONI expresa: "Casi unánimemente se admite que toda conducta debe ser voluntaria, es decir, que sin voluntad no hay conducta. La voluntad implica siempre una finalidad porque no se concibe que haya voluntad de nada o voluntad para nada, siempre la voluntad es voluntad de algo, es decir siempre la voluntad tiene un contenido, que es una finalidad. Una voluntad sin contenido no es voluntad, porque es inimaginable, la entortada idea de una voluntad sin finalidad solo puede ser hija de una posición idealista, porque desde el ángulo del realismo es absurda, nos interesa es dejar sentado que para un análisis del delito que toma como base el realismo, la voluntad implica finalidad, en forma tal que la expresión «voluntad final» resulta tautológica. En razón de que es inconcebible la conducta sin voluntad y la voluntad sin finalidad, resulta por consecuencia que la conducta requiere siempre una finalidad"[26].

Así los conceptos, solo hay conducta cuando hay un hacer voluntario. Además, a efectos de culpabilidad, el hacer voluntario debe ser "libre"[27], lo que implica que haya ausencia de: a) fuerza física irresistible, y b) la involuntabilidad, que puede consistir en estados de inconsciencia o en respuestas en las que, por incapacidad síquica, el sujeto no puede controlar sus movimientos, pese a tener consciencia[28].

B) *Fase objetiva*

La fase objetiva de la acción, como su propio nombre lo indica, tiene lugar en el mundo material en que se plasman (preparatoriamente, inacabadamente, acabadamente o superadamente) en hechos —resultados— los aspectos de la fase ideativa.

[25] HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, ed. cit., pág. 54.

[26] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, ed. cit., pág. 342.

[27] Ver ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, ed. cit., pág. 343.

[28] Ver ZAFFARONI, *Teoría del delito*, ed. cit., págs. 139 y ss.

3. Del tipo subjetivo en los delitos de falsedad

Por aplicación de la estructura de la conducta humana en general, podemos acercarnos al tema de la conducta particular de falsedad o tipo subjetivo de los delitos contra la fe pública, en el siguiente sentido:

A) *Proceso de conocimiento*

Sobre la base doctrinaria, de que el objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública está centrado en la protección dada a la veracidad y/o a la genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico, tenemos pues que en la estructura de las conductas de falsedad la primera exigencia de acción que se requiere —para unas modalidades— es que el sujeto actuante tenga consciencia de que con su acción está alterando la veracidad y/o la genuinidad de un medio de prueba que puede ser funcional en el tráfico jurídico; para otras modalidades en las que el sujeto no ha tomado parte en la falsificación del medio de prueba, pero que sí coloca en el tráfico jurídico (usa, se sirve de él, adquiere para poner en circulación, expender), se requiere que el sujeto tenga conocimiento de la previa alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba que él, conscientemente, coloca en el tráfico jurídico.

Consciencia de la alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba funcional en el tráfico jurídico que se falsifica; y conocimiento previo de la alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba que conscientemente se coloca en el tráfico jurídico, son las exigencias primarias requeridas para comenzar a hablar de acción de falsedad.

En el anterior contexto de conocimiento y consciencia, "se excluye el error (invencible) y la equivocación, ya que en estos procesos mentales no concurre la malicia propia del engaño"[29], como que este constituye el aspecto esencial de la conducta general de falsedad; lo que conduce en algunos casos a la inadecuación típica —no existencia de la falsedad en la modalidad culposa—, en otros a los alcances del error de tipo, y en otros a los de la inimputabilidad por inmadurez sicológica o por trastorno mental —que no hubiese sido preordenado para colocarse en tal situación—.

B) *Proceso ideativo*

El proceso ideativo en la falsedad —esencial del proceso de conocimiento— es el primer proceso mental con el que se inicia la acción de falsedad.

El sujeto, antes de desplegar su acción en el mundo material, piensa, idea, se representa finalísticamente —anticipadamente— su actuar falsario, al igual que los posibles efectos —dentro de ciertos límites— que producirá su acción. En el mismo sentido ideativo, selecciona los medios para el cumplimiento de la acción alteradora de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba que se querrá hacer funcional en el tráfico jurídico.

[29] Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 646.

En este proceso ideativo, el sujeto debe anticiparse mentalmente al resultado u objetivo de "engañar"; lo que significa, en el decir de Mirto: "que el agente del delito a más de querer la alteración de la verdad, debe querer el engaño, pero no en una forma abstracta e indeterminada, sino de una manera precisa y consciente derivada de su experiencia de modo que el agente conozca la extensión de su propia conducta y pueda por lo tanto prever las consecuencias de ella"[30].

Dentro de este contexto ideativo o anticipatorio de engañar, resaltamos la importancia de lo afirmado por Francisco Muñoz Conde cuando expresa: "Por eso algunos autores consideran que la esencia de las falsedades radica en ser delitos contra los medios de prueba. De aquí se desprende que la acción en el delito de falsedad debe ser adecuada para inducir a error a la persona, para hacer pasar un signo ilegítimo o falso como legítimo o verdadero y además, ha de estar destinado a entrar en el tráfico jurídico"[31].

En la anterior comprensión sí partimos de la base de que el "engaño" constituye el aspecto esencial en los delitos contra la fe pública; debe ser claro, pues, que en el proceso ideativo el sujeto debe anidar la idea del "engaño-fraude" (para obtener un provecho y/o para ocasionar un perjuicio) que se propone realizar, al alterar la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba y hacerlo funcional en el tráfico jurídico.

Así lo proyectado, en el proceso ideativo, desde su iniciación, deben estar presentes los "fines de la acción", "acción hacia qué", "acción para qué", de la "voluntad de", engaño-fraude que ocasionará un daño o peligro de daño una vez alterada la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba y colocado funcionalmente en el tráfico jurídico.

En sentido excluyente: si un sujeto actuante, al desplegar su acción sobre un medio de prueba con el propósito de alterar su veracidad y/o genuinidad no tiene intención de engañar-defraudar a nadie, ni de ocasionar un daño o peligro de daño, es claro que, por ausencia de colocación funcional en el tráfico jurídico, no podemos hablar de acción de falsedad.

Lo puntualizado precedentemente nos conduce a afirmar que el sujeto, dentro del proceso ideativo, representativo o finalístico de su actuar, además de anidar la voluntad de engaño-fraude, debe concebir la idea de pretender colocar funcionalmente en el tráfico jurídico lo falsificado. Lo que vale tanto para el que ha tomado parte activa o colaboradora en la falsificación como para el que no ha tenido concurso en ella, pero adquiere con conocimiento de la previa falsificación o adquiere de buena fe y posteriormente se entera del fraude. Y debe ser así, porque los medios de prueba se tornan funcionales es en el tráfico jurídico creando, modificando y/o extinguiendo derechos o situaciones jurídicas, o intentando obtener dichos resultados.

[30] Mirto, citado por Luis Enrique Romero Soto, *La falsedad documental*, Bogotá, Ed. Carvajal, S. A., 1982, pág. 170.

[31] Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal*, Parte especial, ed. 7ª, Valencia, Tirant lo Banch, 1988, pág. 476.

Lo anteriormente expresado, pensamos, vale para cualquier medio de prueba, incluido el documento público, al que la doctrina y la jurisprudencia le han otorgado un tratamiento preferente, dando por sentado que la falsedad en documentos públicos es *inest in re ipsa*, "que consiste en la simple conciencia y voluntad de alterar la verdad, sin que sea necesario entrar en más averiguaciones"[32]; postulación que no compartimos, pues el hacerlo sería aceptar la distinción doctrinaria —endeble— según la cual existen una fe pública y una fe privada (referida la una a los documentos públicos o a la cosa pública y la otra a los documentos privados o a las actividades privadas), y que mayor valor tiene la primera que la segunda, y que por ende para hablar de falsedad de documento público basta con que el sujeto haya alterado conscientemente y voluntariamente el documento, sin más ni más; lo que, a nuestro entender, implica dar curso libre y sin reparos a las tendencias puramente voluntaristas o formalistas de la falsedad[33].

C) *Proceso motivacional*

Las motivaciones de los delitos de falsedad son variadas, como variadas son las motivaciones de la conducta humana en general. Pero generalmente actúan alrededor del enriquecimiento fácil; del lucro; para aparentar una identidad, estado civil, titularidad o calidad personal que no se tiene y de que pueden derivarse efectos jurídicos. En el curso de la acción —móviles y fines— interactúan, pero no obstante la interacción, debemos señalar que "el propósito de alterar la verdad, o de producir un engaño, o el de perjudicar a alguien o el de obtener un provecho, quedan dentro del campo de la intención (de los fines) sin trascender a la esfera de los móviles"[34].

Son extensas las construcciones doctrinarias referentes a si los móviles de la acción hacen parte del dolo en el delito de falsedad[35] o no, y en general a la teoría del dolo aplicable a todos los delitos.

Sin entrar en prolijas consideraciones, y tomando como base lo expresado en el acápite II, "De la conducta humana en general - proceso de motivación", hemos de resaltar que, por principio, no hay acciones sin causas, sin móviles, sin proceso genealógico; y que al ser el dolo una calificación dogmático-jurídica que se le atribuye a una conducta humana desarrollada en el mundo material y productora de efectos —resultados— socialmente dañinos o negativos, es de consecuencia reflexiva que los procesos motivacionales o genealógicos no pueden ser ajenos al estudio de la teoría del dolo, no solo en tratándose de los delitos de falsedad, sino con referencia a todos los delitos en general.

Que el derecho penal, respecto de algunos delitos recoja y valore los procesos motivacionales y los entienda como elementos subjetivos en el tipo, como circunstancias genéricas y específicas de agravación o atenuación, como causales de justificación o de inculpabilidad, o no recoja y no valore en cuanto a otros delitos los procesos motivacionales, es muy diferente de expresar y sostener que los procesos genealógicos no interesan a la teoría del dolo.

[32] Ver Luis Enrique Romero Soto, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 168.

[33] Ibídem, pág. 167.

[34] Luis Enrique Romero Soto, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 174.

[35] Ver Luis Enrique Romero Soto, ob. cit., pág. 179.

Aparte de que el derecho penal valore y exija la existencia de los procesos motivacionales para la configuración de ciertas categorías jurídicas o no lo haga, nos sumamos a los partidarios y sostenedores de que la importancia de establecer las causas motivacionales de la conducta humana en general y de la particular delictuosa radica en poder determinar si esa causa obedece a funciones racionales o a funciones extrarracionales, pues, dependiendo de una u otra situación, variará el tratamiento penal que deba aplicarse.

Ahora bien, en tratándose de móviles no recogidos y valorados por el derecho penal, es claro que estando presente dicho móvil, el delito de falsedad se configura siempre y cuando se trate de móviles que obedecen a funciones racionales; pero cuando el derecho penal recoge y valora los móviles, dándoles la calidad de elementos subjetivos del tipo, como sucede en los arts. 304 y 307 del Código Penal español, en los que alternativamente se incluye el móvil "intención de lucro", es claro también que las conductas para su configuración típica requerirán de la presencia de ese elemento subjetivo.

Además, en presencia de móviles constitutivos de causales de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad y la orden de legítima autoridad, emitida con todas las formalidades legales, es de consecuencia la exclusión de antijuridicidad del delito de falsedad.

a) *De la legítima defensa.* El profesor Romero Soto al respecto indica: "Tres son a nuestro entender, las situaciones que pueden dar lugar al examen de si existe o no legítima defensa: la primera consistiría en alterar un documento en que se contienen agresiones injustas contra los derechos de una persona; la segunda, en crear un documento falso para defender de agresiones injustas un derecho propio o ajeno. La tercera en destruir, suprimir u ocultar un documento auténtico con el fin de preservar un derecho propio o ajeno...

"No puede negarse que en los tres casos es posible se den agresiones actuales e injustas contra un derecho, por ejemplo, la dignidad personal, la reputación, el patrimonio, etc.

"Es posible también que un medio adecuado para defenderse sea la destrucción o la alteración del documento en que se contenga el ataque. No se ve, entonces, por qué no ha de estimarse que hay en esa situación una legítima defensa...

"Aun la creación total de un documento falso puede justificarse. Sobre este particular expresa Donnedieu de Vabres: «Cuando los elementos constitutivos del delito de falsedad se han realizado, la intervención de un hecho justificativo puede, en virtud de los principios generales, excluir la responsabilidad penal. Puede, a este efecto, darse el estado de necesidad, la disposición de la ley, la orden de autoridad legítima. Y comprendemos bajo esta expresión genérica de 'estado de necesidad' el caso de la legítima defensa. Puede aparecer sorprendente, a primera vista, que la alteración de la verdad en un escrito aparezca como un medio legítimo para

enfrentar una agresión. Pero nuestra época de subversión moral, social e internacional, ofrece situaciones tales que puede presentarse tal cuestión. Una persona víctima de persecuciones políticas o religiosas, no ve otro medio de salvar su vida que buscar refugio en el exterior. Habiéndosele impedido el paso de la frontera, puede superar ese obstáculo para la falsificación de un pasaporte. Se sabe que esta práctica es una de las que amenazan más peligrosamente, en el momento actual, los intereses comunes de todos los Estados... Si el beneficiario del pasaporte falso es detenido por las autoridades del Estado en que se refugia, ¿no podría alegar en su defensa que el acto imputado era lo único que le permitía salvar un bien superior a la 'fe pública' y al interés del país extranjero, y que, por lo tanto, se encontraba en estado de legítima defensa, o por lo menos de necesidad»"[36].

La alteración de la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba y su colocación funcional en el tráfico jurídico (tanto por el que participa o colabora en la falsificación como por el que lo adquiere previo conocimiento de la falsificación, para colocarlo funcionalmente en el tráfico jurídico) puede tener por motivación la defensa de un derecho propio o ajeno contra una agresión actual, injusta o inminente, circunstancia esta que justificaría el delito de falsedad.

En verdad, en el estado actual de conflictividad de la sociedad puede presentarse variedad de agresiones actuales, injustas o inminentes, contra derechos propios o ajenos de la persona, que lleven al sujeto o sujetos actuantes a la necesidad de falsificar documentos para salvaguardar la integridad de esos derechos.

Cuando se trate de documentos que en su contenido y genuinidad proyecten agresiones contra derechos de las personas, la defensa de esos derechos no puede limitarse única y exclusivamente al trámite legal de la denuncia por injuria, por calumnia o por estafa, o al trámite de la tacha de falsedad de documentos; o en sí a los trámites que la propia legalidad ofrece para el trato de documentos.

Si la legítima defensa está consagrada por la necesidad de defender derechos propios o ajenos contra agresiones actuales, injustas o inminentes; y si las circunstancias de hecho llevan a que la forma de defender esos derechos es falsificando un medio de prueba funcional en el tráfico jurídico, o adquiriendo un medio de prueba falsificado para colocarlo en el tráfico jurídico, pensamos que la causal de justificación tiene plena eficacia.

En la legítima defensa, en la que concurren una acción de agresión y una acción de reacción defensiva, esta reacción defensiva puede darse precisamente falsificando la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba.

En el análisis del móvil de legítima defensa en la falsedad, captamos con claridad la interrelación de la fe pública con bienes jurídicos concreto-sociales, como pueden ser el honor, el patrimonio, la vida y la integridad personal. La fe pública, pues, como objeto de protección a la veracidad y/o genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico, no debe ser una fe pública abstracta, etérea, que existe por sí y que hay que defender por sí y para sí y nada más, sin relacionarla con otros bienes jurídicos micro o macrosociales a cuyo servicio o interrelación está

[36] LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 219.

o pueda estar. La fe pública es un bien concreto-social que existe en y para la sociedad, y hay que relacionarla es en y para la sociedad.

La legítima defensa, pues, no es una causal de justificación que obre solo para los delitos de homicidio o de lesiones personales, para defender la vida, el honor o el patrimonio. Eventos hay y habrá en que estos bienes se puedan defender cometiendo el "delito" de falsedad.

El objeto jurídico de los delitos contra la fe pública puede violarse entonces por motivo de legítima defensa, excluyéndose así la antijuridicidad y por ende el delito, pues el engaño-fraude, esencial subjetivo finalístico de las falsedades, se ve desplazado por el motivacional y finalístico subjetivo de defenderse o defender un derecho propio o ajeno; y en la medida que dicha defensa esté inscrita dentro de los marcos y requerimientos legales, tendrá plenos efectos la causal de justificación.

b) *Del estado de necesidad.* El actuar por estado de necesidad para proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, es otra motivación por la que se puede cometer el delito de falsedad.

El profesor ROMERO SOTO al respecto indica: "en el campo de la falsedad documental creemos que pueden presentarse casos de estado de necesidad no obstante que, según nuestra legislación, el bien jurídico protegido o sea la fe pública, tiene carácter colectivo y pudiera pensarse que no es posible permitir sea lesionado para defender uno de carácter privado...

"La verdad es que a nadie puede exigirse que perezca él o su familia o que deje de salvar su honor o cualquier otro bien por no lesionar algo tan abstracto como es la fe pública...

"Es claro que para que exista la justificante que se menciona, deben darse todos los elementos que la ley y la doctrina consideran indispensables, entre ellos debe destacarse la inevitabilidad del peligro, pues si este es evitable, aún a costa de un daño personal de menor magnitud sufrido por el agente, este no debe vulnerar el bien ajeno más valioso"[37].

En el caso posible, pues, de comisión de falsedad motivada por estado de necesidad, habrá que examinar con detalle si se dan los requerimientos de situación de peligro de un derecho propio o ajeno; de acción de defensa; de proporcionalidad entre los males (C. P. español, art. 7°, regla 1ª); de falta de provocación intencional o imprudente y de no tener obligación de sacrificio.

El objeto jurídico de los delitos contra la fe pública no es ajeno, pues, a la lesión por estado de necesidad. Eventos habrá de necesidad de subsistencia, de alimentación o de consecución de medicamentos para evitar el peligro de perecimiento de una persona o de su familia, que obliguen a lesionar la fe pública; la cual no es un bien jurídico incólume o superior a la realidad de los verdaderos estados de necesidad de los urgentemente necesitados que no encuentran ayuda o colabora-

[37] LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 220.

ción de nadie y que solo tienen como alternativa para salvarse del peligro la de cometer un "delito" de falsedad.

D) *Proceso finalístico*

El proceso finalístico en los delitos contra la fe pública tiene por objeto establecer "hacia qué", "hacia dónde" o "para qué" se altera la veracidad y/o genuidad de un medio de prueba.

Si partimos de la base real de que donde los medios de prueba se tornan funcionales es en el tráfico jurídico, creando, modificando y/o extinguiendo derechos o situaciones jurídicas o intentando obtener dichos resultados, podemos captar sin mayor esfuerzo reflexivo que, al hablar de acción de falsedad, la finalidad primaria fundamental prevista, pensada o proyectada por el sujeto o sujetos actuantes de la falsedad, debe ser la de hacer funcional en el tráfico jurídico el medio o medios de prueba falsificados.

El destino finalístico de funcionalidad en el tráfico jurídico (de los medios de prueba falsificados) es, pues, primario y fundamental para poder pasar a reflexionar en las otras finalidades, también fundamentales y consecuenciales, como son las de producir un engaño, perjudicar a alguien (daño o peligro de daño) u obtener un provecho.

Si el medio de prueba, ya alterado en su veracidad y/o genuinidad, no tiene destino finalístico de funcionalidad en el tráfico jurídico (destino finalístico que se valorará a caso concreto, de circunstancias objetivas y subjetivas concretas), la acción será irrelevante para el derecho penal, pues no podemos hablar de falsedades o de lesiones al bien jurídico de la fe pública *inest in re ipsa*, en tratándose de medios de prueba alterados en su veracidad y/o genuinidad, los que en ninguna forma están destinados o tendrán funcionalidad en el tráfico jurídico.

¿Qué daño o peligro de daño, pues, podrá ocasionar un medio de prueba falsificado que no tiene como destino incorporarse a la dinámica jurídica? ¿Qué engaño o cuál obtención de provecho (finalidades consecuentes a la de incorporación al tráfico jurídico) podrá ocasionar un medio de prueba alterado en su veracidad y/o genuinidad, si a aquel ni siquiera se lo tiene destinado para incorporarse al tráfico jurídico?

Sancionar conductas de mera alteración de la veracidad y/o genuinidad de medios de prueba que no tienen por finalidad incorporarse al tráfico jurídico, es, en nuestro criterio, aplicar criterios sancionatorios de responsabilidad objetiva, pues hay ausencia de dolo. En efecto, con base en los postulados de la teoría finalista de la acción, si el dolo está en la acción y la acción está en el proceso de adecuación típica (tipicidad); y si dentro de la acción dolosa debe incluirse la "finalidad" de incorporar el medio de prueba a la dinámica jurídica para que produzca o intente resultados, pues es claro que una acción carente de esa finalidad, además de no ser dolosa, tampoco es reprochable jurídicamente. No debemos olvidar que la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, la consciencia de la antijuridicidad del hecho y la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho o normalidad de las circunstancias en que el hombre actúa[38], son los requerimientos de culpabilidad; y que en una acción ausente de la finalidad referida no se ha actuado contra derecho.

Además, si el medio de prueba falsificado no tiene como finalidad entrar en el tráfico jurídico, pues también es muy claro que no habrá ninguna posibilidad de que produzca un engaño, de que ocasione un perjuicio (posibilidad de daño o de peligro de daño). Y si al haber ausencia total de posibilidad de daño o peligro de daño, no obstante se sanciona, pues se está violando un principio rector fundamental para poder sancionar, como es el de que la conducta además de ser típica, debe producir un efecto, un resultado de daño o peligro de daño.

Debemos resaltar que no es dable —en nuestro concepto— admitir o seguir sosteniendo que el daño o peligro de daño en los delitos contra la fe pública —especialmente en los documentos públicos— es *inest in re ipsa*, porque eso significa otorgarles a la fe pública y a los documentos públicos una categoría especial suprasocial, por encima de la sociedad y de sus dinámicas interrelacionantes. Los delitos contra la fe pública no son formales, son de resultado, en los que se debe dar un daño o peligro de daño concreto (el que se puede dar o no, al entrar en el tráfico jurídico; o el peligro de daño, al tener por finalidad entrar en el tráfico jurídico). La dañosidad *inest in re ipsa* formulada doctrinaria y jurisprudencialmente para los documentos públicos, a nuestro entender, constituye una presunción *in malam partem* o presunción de dañosidad. Y por principio filosófico de justicia y equidad, en materia penal no son dables tales presunciones, que otrora sirvieron de fundamento sancionatorio al derecho penal inquisitorio, absolutista y arbitrario, que para castigar imaginaba y presumía, dada su incapacidad de probar.

Los fines y finalidades de la acción, como elementos subjetivos, al decir de JESCHECK "también integran lo injusto personal de la acción en cuanto caracterizan más precisamente la voluntad de actuar del autor. Como modificaciones de la voluntad típica de la acción manifiestan en la misma medida que el dolo la estructura de la finalidad y como este, se hallan referidos al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a las modalidades de su lesión"[39]; por lo tanto la finalidad a que nos hemos venido refiriendo también manifiesta, en la misma medida que el dolo, la estructura de la finalidad falsaria; y como se trata de una finalidad fundamental, debe estar presente para poder configurar una acción verdaderamente dolosa.

Ahora bien, en el evento de sostener o admitir que los delitos contra la fe pública son formales, o de mera conducta, ello tampoco excluiría que hubiese daño o peligro de daño, pues los delitos formales para poder sancionarlos también deben producir un daño o peligro de daño; y esos resultados solo los obtienen las conductas que trascienden a la realidad social y jurídica; pero las conductas que no trascienden ni social, ni jurídicamente no es posible sancionarlas, pues hacerlo sería caer en el peligrosismo jurídico, que tiene como fundamento, entre otros, el de sancionar conductas que no han causado daño, pero que en algún momento pueden llegar a causarlo.

[38] ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El concepto de culpabilidad y su evolución*, Popayán, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, 1988, págs. 64 a 75. Sin publicar por editorial.

[39] Cfr. H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, ed. cit., pág. 434.

Creemos que las conductas contra la fe pública merecen un tratamiento y análisis concreto-social (como lo merecen todos los delitos) y no pueden concebirse como conductas de mero peligro.

Al respecto del tema, el profesor MANUEL COBO DEL ROSAL expresa: Documento es "todo instrumento escrito en el que se recogen una o varias manifestaciones de voluntad generadoras o reconocedoras de obligaciones o derechos, de los que se da testimonio y que de alguna forma se incorpora al tráfico jurídico, en el que deja sentir sus efectos".

Y agrega: "el documento, además debe estar destinado a incorporarse al tráfico jurídico, para lo cual, es evidente, hace falta algo más que el deseo o intención de sus redactores o firmantes... Será necesario, por consiguiente, que se esté ante un escrito atribuible a alguien, en el que se dé testimonio de unos derechos o unas obligaciones que se reconocen o generan conscientemente con trascendencia jurídica y que penalmente no carezca de validez. Frente a estos documentos denominados en la doctrina «intencionales», los llamados «ocasionales» no pensados por sus autores para surtir efectos en el ámbito jurídico, pero con posterioridad avocados a entrar en él, no adquieren la calidad de objeto material de estos delitos, hasta que aquella integración no se corporiza"[40].

FRANCISCO MUÑOZ CONDE, con claridad nos indica que "la acción en el delito de falsedad debe ser adecuada para inducir a error a las personas, para hacer pasar un signo ilegítimo o falso como legítimo o verdadero y además, ha de estar destinada a entrar en el tráfico jurídico".

Y continúa: "La acción falsaria puede realizarse con distintas finalidades. Así por ejemplo, puede suceder que alguien falsifique la firma de un personaje ilustre o moneda con fines exclusivamente coleccionistas a modo de juego, etc., o que la falsedad no esté destinada a entrar en el tráfico jurídico fiduciario en general... En ninguno de estos casos se da el dolo típico de las falsedades que supone la conciencia y voluntad de alterar el tráfico jurídico fiduciario, y que según la doctrina dominante impide la incriminación culposa"[41].

Así las cosas, tenemos que el destino finalístico —de funcionalidad en el tráfico jurídico— de los medios de prueba falsificados es primario y fundamental para pasar a la reflexión de las otras finalidades, también fundamentales y esenciales de la falsedad, como son las de producir un engaño y perjudicar a alguien —daño o peligro de daño—. De otra parte, cabe resaltar que el propósito de obtener un provecho para sí o para un tercero es una finalidad no esencial, lo que significa que es indiferente que se de o no se de, a efectos de dolo y de adecuación típica.

En relación con lo anterior, GARRAUD, citado por LUIS CARLOS PÉREZ, dice: "A pesar de la ausencia de una determinación legal de los elementos de este delito, la doctrina y la jurisprudencia francesas están de acuerdo en reconocer que la falsedad debe siempre comprender tres elementos: 1) alteración de la verdad de un escrito

[40] MANUEL COBO DEL ROSAL, *Derecho penal*, Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, págs. 227 y 230.

[41] FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte Especial, ed. cit., págs. 476 y 477.

según los modos previstos legalmente; 2) el perjuicio o la posibilidad de perjudicar, resultante de la alteración; 3) la intención de dañar, es decir el deseo de procurarse a sí mismo o procurar a otro un beneficio ilegítimo. Si se quiere concentrar estos elementos en una fórmula, he aquí la que yo propondría: la falsedad se constituye por una alteración fraudulenta de la verdad en un escrito, alteración sobre hechos que este escrito tiene aptitud de probar y susceptible de causar un perjuicio"[42].

La intención de engañar a alguien, causando un daño o peligro de daño —posibilidad de perjuicio—, son finalidades también esenciales de la falsedad, pues ante la ausencia de ellas no hay fundamento para la acción de falsedad.

La acción de alteración de la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba —cualquiera que fuere—, debe tener por finalidad esencial la de producir un perjuicio —daño o peligro de daño o posibilidad de perjudicar—. Y debe ser así porque, de no serlo, se llega a la aceptación de falsedades inocuas (las que también pueden presentarse en tratándose de documentos públicos).

El profesor LUIS CARLOS PÉREZ, en referencia a la aceptación de la doctrina del perjuicio en la falsedad pública, nos dice: "Por eso la doctrina universal, especialmente la de los tratadistas franceses, tan respetuosos de los derechos individuales, no admite como documento falso sino al que reúne estos elementos uniformemente acogidos por los criminalistas de todos los tiempos y a los cuales se refiere BLANCHE: a) que haya alteración de la verdad en él; b) que dicha alteración se haya efectuado con intención criminal; y c) que haya ocasionado o pueda ocasionar un perjuicio...

"Haciendo la diferencia entre el perjuicio de ciertos delitos, como el homicidio, los atentados al pudor, el robo, el incendio, en los cuales existe siempre un daño, sostiene BLANCHE que la alteración de la verdad en un escrito no engendra por ella misma y fatalmente un perjuicio. «Así como algunas de estas alteraciones pueden causar perjuicio a otro, las hay que no tienen dicha consecuencia. En otros términos: como el acto físico que sirve de fundamento a la incriminación no toma el carácter de elemento delictivo sino a condición de perjudicar a otro, concluye, que entre las alteraciones de la verdad no pueden tenerse en cuenta sino las que llenan esta condición» es decir cuando sean o puedan ser perjudiciales a terceros...

"Del mismo parecer es GARRAUD, quien, como RAUTER, reconoce la solidez de las opiniones de BLANCHE así: el sujeto que con intención criminal altera la verdad en un escrito, pero de un modo que no ocasiona daño a nadie, está en las mismas condiciones que el que administra una sustancia inofensiva con el ánimo de envenenar, o de que, con el propósito de matar, golpea una víctima ya muerta. En estas hipótesis no solo no hay envenenamiento o muerte, sino ni siquiera tentativa... La alteración de la verdad de donde no pueda nacer algún perjuicio, tiene pues el carácter de un hecho al que falta una de las condiciones determinantes de la punibilidad. Desde este punto de vista, la noción del perjuicio posible entra

[42] LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, ed. cit., pág. 644.

como elemento constitutivo del delito, puesto que no es suficiente el que la verdad haya sido alterada"[43].

Dadas las anteriores consideraciones y puntualizaciones doctrinarias, tenemos que las finalidades esenciales de los delitos de falsedad, son: a) finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico; b) finalidad de engañar; y c) finalidad de causar un daño o posibilidad de perjuicio; finalidades que deben estar presentes para configurar una verdadera acción de falsedad.

A evento singular, las finalidades mencionadas se apreciarán y valorarán concretamente en análisis de circunstancias objetivas y subjetivas allegadas al proceso. He ahí pues, los "para qué", "hacia qué", "propósitos" o "fines" de la acción de falsedad, los que no se quedan en la sola fase ideativa de la acción, sino que de alguna forma tienen su reflejo en la colocación en curso de la acción en el mundo material; objetividades en marcha de donde el juzgador extraerá los elementos de juicio necesarios y suficientes para una correcta apreciación y calificación legal.

E) *Proceso de voluntad*

En el acápite sobre la conducta humana en general expresamos, que aspecto esencial de la conducta humana en general y de la particular delictuosa es el factor y grado de voluntad, entendida esta como la capacidad y posibilidad de elegir y decidir libremente, externa e internamente, entre actuar y no actuar.

Pues bien, entendida así la voluntad, y en relación con los delitos de falsedad, recogemos lo expresado por ROMERO SOTO cuando dice que "permanece dentro del campo de la voluntad el acto material de formar un documento falso o de alterar uno verdadero; y como quiera que para que esos actos sean propiamente voluntarios deben tener un mínimo de reflexión, y ese mínimo consiste no solo en la voluntariedad del acto de escribir, sino también en la del significado inmediato de lo que se escribe, se tiene que el simple conocimiento de que se está haciendo algo contrario a la verdad, pero sin que haya un propósito ulterior, tampoco traspasa los límites de la voluntad...".

Y agrega: "De este mismo concepto es ANTOLISEI, para quien el autor de la falsedad debe tener no solo la conciencia de inmutar la verdad y la voluntad o intención de conseguir este resultado, sino también la conciencia de causar un daño en el cual no se limita al ocasionado a la fe pública sino que consiste esencialmente en poner en peligro «los intereses específicamente salvaguardados por los medios probatorios». No dice este autor expresamente que el falsario debe tener la intención de causar un daño, pero afirma que no es posible reducir el dolo a la mera volición del comportamiento, sino que debe comprender también la del resultado, de donde se deduce que la intención dolosa en la falsedad debe abarcar, no solo la mutación de la verdad, sino ir hasta el propósito de causar un daño a un interés jurídicamente protegido, distinto de la fe pública. De esta concepción se deriva, según el mismo autor, la afirmación de que el dolo es excluido cuando el agente cree erróneamente que la falsedad por él cometida es inocua"[44].

[43] LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, ed. cit., págs. 674 y 675.

[44] LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., págs. 174 y 175.

Sobre la base doctrinaria, puntualizada entre otros por ZAFFARONI, de que "la voluntad implica siempre una finalidad, porque no se concibe que haya voluntad de nada o voluntad para nada"[45], podemos comprender que el proceso de voluntad en los delitos de falsedad no se circunscribe únicamente al acto material de alteración de la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba, sino que debe ir más allá y, referirse también a los propósitos o "fines esenciales" de la falsedad, como son los de a) finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico, del medio de prueba falsificado; b) finalidad de engañar; y c) finalidad de ocasionar un daño o posibilidad de perjuicio.

Por tanto, la voluntad en los delitos de falsedad debe ser, en nuestro concepto: a) voluntad de falsificación de un medio de prueba; b) voluntad de engañar; y c) voluntad de ocasionar un daño o posibilidad de perjuicio. Así las cosas, la voluntad debe estar presente en todo el proceso de acción falsario, proceso de acción finalístico, pues no se concibe un delito de falsedad en el que no hubiese voluntad de colocar en el tráfico jurídico el medio de prueba alterado en su veracidad y/o genuinidad; o en el que no hubiese voluntad de engañar; o en el que no hubiese voluntad de ocasionar un daño o peligro de daño. En tal sentido, la voluntad debe orientar, dirigir y acompañar todo el proceso finalístico falsario para configurar una verdadera acción dolosa.

De otra parte, en tratándose de un hacer voluntario, este debe ser libre, esto es, estar libre de fuerzas irresistibles coaccionantes, tanto externas como internas, constitutivas de las denominadas *vis absoluta* y *vis compulsiva*. La capacidad y posibilidad de elegir y decidir libre, externa e internamente entre actuar y no actuar es un requerimiento necesario en el proceso de formación voluntario de la falsedad.

4. DE LA FASE OBJETIVA EN LOS DELITOS DE FALSEDAD

La fase objetiva en los delitos de falsedad, tiene lugar en el mundo exterior-material, en el que se plasman acabada o inacabadamente, consumada o tentativamente, en hechos —resultados— los aspectos de la fase ideativa, considerados precedentemente.

A) *Del momento consumativo de la falsedad*

Sin detenernos *in extenso* en los diversos conceptos doctrinarios, tratantes del momento consumativo de la falsedad, hemos de señalar solo genéricamente que ellos varían y dependen de los criterios que se tengan respecto al bien jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública.

Nuestra posición. Si partimos del supuesto teórico doctrinario de que el objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública está centrado en la protección dada a la veracidad y/o genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico; si partimos de una concepción real (mas no formal de los delitos de

[45] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, ed. cit., pág. 342.

falsedad) considerando y aceptando con fundamentos objetivos que es en el tráfico jurídico donde los medios de prueba se tornan funcionales, creando, modificando y/o extinguiendo derechos o situaciones jurídicas o intentando obtener dichos resultados relevantes jurídicamente, podemos captar que la consumación de la falsedad en documento público se cumple a partir de la presencia del elemento subjetivo de "finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico" y de la "funcionalidad real" —uso— en el tráfico jurídico para los medios de prueba privados —documentos privados— para la falsedad en documentos privados (lo que no ofrece dificultades ni controversias en tratándose de estos últimos).

Hemos sostenido que la "finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico" como aspecto subjetivo de la acción falsaria es esencial para afirmar la existencia dolosa de un delito de falsedad en documento público. Así, pues, si bien es cierto que dicha finalidad es fundamental, también lo es que como "intención", "propósito" o "finalidad" debe manifestarse de alguna manera en el mundo exterior, para poder afirmar probatoriamente su existencia y por ende el delito consumado de falsedad en documento público. Dicha "finalidad" no puede ni imaginarse, ni suponerse, ni darse por sentada por el juzgador, sino que debe probarse.

En verdad el tema del momento tentativo y consumativo y de la falsedad en documento público es delicado, complejo y ampliamente controvertido; y todas las consideraciones al respecto tienen como punto de partida la visión que se tenga respecto del objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública y de la visión que se tenga sobre el concepto "fe pública".

De nuestra parte, al sustentar en este modesto trabajo que el momento consumativo de la falsedad en medios de prueba públicos se erige es a partir de la presencia del elemento subjetivo de "finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico", nos apartamos de las corrientes doctrinarias que tratan el tema y de las que, en desarrollo de una visión formalista, conciben el delito de falsedad en documento público independientemente de la capacidad o aptitud probatoria del documento, e independientemente de la finalidad de funcionalidad del medio de prueba en el tráfico jurídico.

Al elaborar nuestra posición en relación con el momento consumativo del delito de falsedad en documento público hemos partido de una apreciación concreta social y dinámica del objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública, y de una apreciación real y objetiva del concepto de fe pública, al que miramos no abstracta, ni etérea, ni privilegiadamente, ni como bien suprasocial, sino con un sentido dinámico-funcional-social, con reales repercusiones frente a la variedad de intereses jurídicos tutelados con los que la fe pública se relaciona y protege.

Conforme a lo expresado, no compartimos las posiciones doctrinarias[46] reiteradamente sostenedoras de que el momento consumativo de la falsedad en documento público se da con mera *editio falsi*, esto es, con el mero acto de crear un documento falso o alterar uno verdadero, con el mero acto consciente y voluntario de alterar la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba público, sin pararse en consideraciones acerca del destino finalístico de dicho medio de prueba alterado; y, de otra parte, dar por sentado —de por sí— que la alteración —en sí— ya constituye un daño o peligro de daño a la fe pública, dado que la "facultad pública de documentación es un atributo propio del Estado y que se deben máximo respeto y reverencia a esta clase de documentos por ser una emanación de este e independientemente de su capacidad probatoria"[47] y finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico.

[46] Ver LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., págs. 184, 185, 188 y 190.

Consideramos que no puede darse por sentado, por hecho ya acabado e incontrovertible, que la sola alteración consciente y voluntaria de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba, de por sí, ya constituye un daño o peligro de daño a la fe pública y que lesiona —de por sí— la facultad pública de documentación que tiene el Estado; y que ese daño o peligro de daño existe independientemente de la capacidad probatoria y de la finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico, pues ello significa darle a la fe pública un tratamiento abstracto, etéreo e intangible, esto es, no real, sancionando daños o peligros de daño que no existen en la realidad, sino que su existencia se imagina o presupone —porque sí—.

Consideramos que debe haber mayor peso y fundamento probatorio en las argumentaciones sancionatorias en lo que a esta clase de conductas se refiere, porque el "por sí", "de por sí" del daño o peligro de daño no significa nada, sino que es algo más que fantástico, rayano en alucinatorio; como lo es el sostener y afirmar que algo existe, cuando en realidad no existe. El derecho penal moderno no puede dar lugar ni cabida a tesis y argumentaciones sin naturaleza probatoria real, sin coherencia ni base metodológica; las que a nuestro entender no tienen contenido, sino ficciones, y el derecho penal de hoy no sanciona ni debe sancionar ficciones sino realidades.

De otra parte, si el argumento, entre otros, es el de que la sola creación de un documento público falso o la alteración de uno verdadero lesiona la facultad pública de documentación que tiene el Estado, debemos expresar que dicha facultad de documentación es funcional de alguna manera, y no afuncional; entonces, por contrariedad, lo que se debe sancionar son las conductas que lesionan o atentan contra dicha facultad funcional, esto es, los medios de prueba públicos alterados que tienen finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico, y no los que carecen de ella o no van a tener de ninguna manera finalidad funcional en el dicho tráfico.

Quizá se podrá replicar que el centrar lo relativo a la consumación de la falsedad de documento público en la "finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico" es dar lugar a una brecha abierta para la "impunidad de los falsarios", a quienes solo les bastaría afirmar que no tenían ni la intención, ni el propósito, ni el fin de colocar en el tráfico jurídico el documento público alterado o el falso creado; y que el probar una finalidad como la que nos ocupa tiene sus márgenes de dificultad, pues ello corresponde a las fases ideativas de la acción, las que por principio no son punibles y que, por consiguiente, al darse esas circunstancias de dificultad probatoria, el margen de impunidad será inmenso; y que por lo tanto, en evitación de

[47] LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *ob. cit.*, pág. 184.

riesgos, es preferible dar por sentado —de por sí— la finalidad de funcionalidad y el daño o peligro de daño en la alteración del documento público.

Pues bien, a las hipotéticas réplicas o interrogantes que se puedan formular a la posición que sostenemos, debemos contestar que bien es sabido que los "propósitos", "intenciones" o fines de la acción en general, de la acción delictuosa en particular y de la acción falsaria en especial, no son un imposible probatorio, pues dichos fines de alguna manera tienen su expresión en el mundo material de colocación en marcha del curso causal en el mundo exterior, de donde el juzgador los captará, apreciará y valorará jurídicamente.

Los elementos subjetivos del tipo penal, como el "ánimo de lucro o propósitos de obtener un provecho" en el hurto (art. 349 del C. de P. P.); el *animus injuriandi* en la injuria (art. 313); el "propósito de obtener un provecho para sí o para un tercero" en la extorsión (art. 355); el "fin de hacer uso de la cosa" en el hurto de uso (art. 352); el "ánimo de apropiarse o derivar un provecho" en la usurpación de tierras (art. 365); el "ánimo de piedad" en el homicidio por piedad; o el "ánimo solo de lesionar y no de matar" en el homicidio preterintencional (art. 325), etc., no son imposibles probatorios, ni imposibles de exteriorización de alguna forma en el mundo material.

Los elementos subjetivos o "fines de la acción" o finalidades de la acción hacen parte esencial y finalística de la acción en general, de la acción delictuosa en particular; y el delito o delitos de falsedad no son un acaso excepcional a la presencia esencial y fundamental de dichos fines o finalidades, como es la finalidad de colocación funcional en el tráfico jurídico del medio de prueba falso que se crea o del verdadero que se altera.

Hemos expresado que el destino finalístico se deberá apreciar y valorar concretamente en análisis real —mas no puramente imaginativo, supositivo o presuntivo— de circunstancias objetivas y subjetivas allegadas al proceso. En efecto, dicho destino finalístico podrá apreciarse y valorarse, por ejemplo: del número y cantidad de medios de prueba públicos falsificados; de la infraestructura mecánica o industrial, como sustancias, materias primas, máquinas o instrumentos encontrados en el lugar donde reposan los medios de prueba públicos (conductas que el C. P. español sanciona particularmente en sus arts. 314 y 315 como actos preparatorios de falsedad); de la relación que tenga el contenido del documento público alterado en su veracidad y/o genuinidad con una situación o situaciones particulares del sujeto o sujetos falsarios; de los posibles efectos, beneficios, perjuicios que para sí o para un tercero se obtendrían al colocar ese documento en el tráfico jurídico, etc.

Es claro que en toda reflexión juridicopenal se debe tener como punto de referencia la particular concepción típica de los delitos; concepción legal o principio de tipicidad que con su fuerza normativa consagra expresamente la presencia o no presencia de elementos subjetivos. En efecto, ni el Código Penal colombiano, ni el Código Penal español en sus articulados consagran expresamente la presencia del elemento subjetivo "finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico", lo que a primera vista puede constituir un argumento legal en contra de la posición que

sustentamos, pero si miramos con verdadero y profundo sentido doctrinario y juridicopenal, podremos ver que tal dificultad no se da.

En efecto, al sostener por nuestra parte que el momento consumativo de la falsedad en documento público se erige a partir de la presencia del elemento subjetivo "finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico" no estamos en contravía de los imperativos legales, ni estamos exigiendo la presencia artificiosa de un "elemento subjetivo" que el Código no consagra. Todo lo contrario, estamos dando desarrollo tanto a los principios de la teoría finalista de la acción como a los de la teoría del delito, que tratan de los procesos subjetivos, mentales, anticipatorios o finalísticos del actuar. Quiere decir lo anterior que, en tratándose de falsedades de documento público, el sujeto actuante por lo menos debe representarse anticipadamente la finalidad que pretende darle al documento sobre el que ha proyectado su actuar. De tal suerte que si la finalidad anticipatoria es la de "incorporar el medio de prueba en el tráfico jurídico", una vez alterado el documento consciente y voluntariamente en su veracidad y/o genuinidad, el delito se ha consumado; pero si no hay presencia de ese elemento subjetivo de "finalidad funcional", repetimos, no es dable hablar de acción de falsedad, porque no hay un accionar falsario doloso con pretensiones delictuosas, de daño o peligro de daño.

En igual sentido, el hecho de que los códigos (en este caso el colombiano y el español) no consagren expresamente la exigencia de dicho elemento subjetivo, no quiere decir que sin la presencia de dicho elemento subjetivo de finalidad funcional —pensamos— se pueda afirmar la existencia de una acción de falsedad en documento público; porque, como hemos expresado anteriormente, eso sería aplicar criterios de responsabilidad objetiva, esto es, sancionar conductas, resultados desprovistos de finalidad delictual, de subjetividad dolosa; y, de otra parte, en materia de antijuridicidad, desprovistos del daño o peligro de daño o posibilidad de perjuicio.

Para los eventos en que el sujeto no ha concurrido en la falsificación del documento público, es claro que el delito se consuma con el uso, previo conocimiento de la falsificación del documento que usa (arts. 222 del C. P. colombiano y 304 del C. P. español).

Igualmente, en tratándose de falsedad en documentos privados, para efectos de consumación se requiere del uso por parte del falsificador (art. 221 del C. de P. C.) (art. 307 del C. P. español). El Código Penal español, en relación con la falsedad de documentos privados, en su art. 306 sanciona la falsificación de acuerdo con las modalidades del art. 302, siempre que estén presentes los elementos subjetivos "perjuicio de tercero" o "con ánimo de causárselo".

B) *Del momento tentativo de la falsedad*

El delito de falsedad en documentos públicos, como en documentos privados, posee un *iter criminis* en el que procesos subjetivos (de conocimiento, ideación, motivación y finalidad) y objetivos (de exteriorización de conductas en el mundo exterior) tienen ocurrencia y desarrollo.

En tal sentido, si el momento consumativo de la falsedad en documento público se desenvuelve a partir de la presencia de "la finalidad funcional en el tráfico

jurídico'' del medio de prueba alterado consciente y voluntariamente, ya en su veracidad y/o genuinidad; y en tratándose de falsedad en documentos privados, a partir de la ''funcionalidad real'' —uso— del medio de prueba en el tráfico jurídico, es de consecuencia teórico-reflexiva pensar que el momento tentativo de la falsedad en documentos públicos tiene lugar con las expresiones que inician la alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba, con la presencia de la finalidad funcional; y para la falsedad en documento privado, con las expresiones que dan inicio al logro del objetivo —uso— del documento privado ya alterado en su veracidad y/o genuinidad.

Las teorizaciones alrededor del momento tentativo de la falsedad —al igual que del momento consumativo— tienen como punto de referencia la comprensión que se tenga sobre el objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública, y de la comprensión que se tenga sobre el concepto de fe pública; comprensiones sobre las que de alguna forma nos hemos referido en párrafos anteriores y sobre las que hemos fijado nuestra posición.

Así las cosas, sobre el supuesto teórico de que el delito de falsedad no es de peligro sino que, por el contrario, es un delito de resultado, en el que se requiere que efectivamente se haya causado un daño o peligro de daño a la fe pública —porque de lo contrario se cae en la concepción de falsedades inocuas—, tenemos que en los delitos de falsedad también tiene lugar el *iter criminis* o recorrido criminal y que no se perfeccionan con un solo acto, esto es, con la mera alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba cuando se trata de documentos públicos.

Consideramos que en los delitos de falsedad los actos anteriores a los momentos consumativos a que nos hemos referido, para efectos penales, son relevantes en la medida en que encuadren dentro de la estructura de la tentativa, esto es ''la voluntad manifestada contraria al derecho[48], la que, al decir de JESCHECK, ''para ella lo decisivo es por tanto, no la real puesta en peligro del objeto de acción protegido, sino lo injusto de la acción realizado en el propósito criminal manifestado''[49] y, además, que a consecuencia de esa voluntad dirigida al delito ''pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resulten dañados el sentimiento de seguridad jurídica y con él la paz jurídica (teoría de la impresión)''[50].

La tentativa de la falsedad en documento público y privado —al igual que en sus fases consumativas— requiere la presencia de un actuar doloso, en sus fases de conocimiento y voluntad, ausentes de factores negativos. No hay tentativas de falsedad por imprudencia o por error o culposas, pues en estos eventos se excluye el elemento subjetivo esencial de la falsedad como es el ''engaño-fraude''.

De otra parte, en la tentativa de falsedad en documento público —al igual que en su momento consumativo— debe tener presencia el elemento subjetivo de

[48] H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, vol. II, ed. cit., pág. 701.

[49] H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, vol. II, ed. cit., pág. 701.

[50] H. H. JESCHECK, ob. cit., pág. 702.

''finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico''; y en tratándose de falsedad en documento privado, deben estar presentes los elementos subjetivos anímicos iniciadores de la conducta —uso—.

En relación con el aspecto objetivo de la tentativa en los delitos de falsedad, resaltamos lo expresado por JESCHECK cuando dice: ''Como elemento objetivo exige la tentativa que el autor «de principio inmediatamente a la realización del tipo». Dar principio inmediatamente es comenzar una actividad que debe conducir, sin pasar por ninguna otra fase intermedia, a la realización del tipo. Para saber cuándo este es el caso hay que acudir al plan imaginado por el autor, es decir, a la «representación que se haya hecho el autor del hecho». Decisiva es, por consiguiente, la valoración objetiva de la proximidad de la acción al hecho en base a la representación que el autor se haya hecho del modo y forma de llevar a cabo su decisión de cometer el delito''[51].

Los eventos de tentativa de falsedad, no solo de documentos públicos sino también de documentos privados, habrán de analizarse muy detalladamente y en cada caso concreto, en los que, como hemos expresado, debe estar presente —inequívocamente— la ''finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico'' del documento público que, con consciencia y voluntad libre contraria a derecho, se comienza a alterar en su veracidad y/o genuinidad; y en tratándose de documentos privados, debe estar presente —inequívocamente— la consciencia y voluntad contraria a derecho de dar inicio a la conducta de uso del documento privado en el tráfico jurídico.

Los momentos consumativo y tentativo de los delitos de falsedad no son un acaso diferente de los momentos consumativo y tentativo de los demás delitos; momentos que en sus fases subjetivas y objetivas, habrá necesidad de analizar y valorar pormenorizadamente a efecto de una adecuada y certera calificación jurídica.

Consideración final

Con las anteriores reflexiones, el tema ''del tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública'' no se agota. Todo lo contrario, de seguro existen reflexiones y construcciones doctrinarias de muchísima mayor trascendencia y profundidad que las desarrolladas en este modesto trabajo, en el que como aspiración tenemos la ilusión de haber contribuido mínimamente en la comprensión del delito ''esfinge de la falsedad'', como en algún momento lo calificara el maestro CARRARA.

[51] H. H. JESCHECK, ob. cit., pág. 704.

CRIMINOLOGÍA

Crisis y crítica de la función punitiva *

Jorge Frías Caballero **

INTRODUCCIÓN

Una vez más, aun con inminente riesgo de repetir muchas cosas que ya he dicho, vuelvo a ocuparme del candente tema que se refiere a la crisis de la justicia y del sistema penal, respondiendo a la invitación que me ha hecho el Colegio de Abogados de la ciudad de La Plata.

En la medida de mis posibilidades procuraré ampliar el contenido de mi charla anterior en las Jornadas de la Magistratura, gracias a que ahora dispongo del doble de tiempo para desarrollar el tema.

Comienzo por señalar que usaré el vocablo "crisis" como expresivo de un proceso o tránsito que discurre a partir de un cierto estado de cosas considerado como inadecuado y en trance de superación, orientado al abandono de lo preexistente y su renovación o substitución a remolque de nuevas verificaciones, conocimientos o descubrimientos.

En nuestro caso se trata de una crisis del sistema punitivo en sentido negativo, esto es, crisis de senectud y decadencia, con signos de eficacia y, a veces para algunos, de legitimidad.

En un mundo inmerso en una crisis universal, cultural, filosófica, política, económica, social, etc., no es en absoluto extraño que el total sistema penal se encuentre asimismo en crisis. Así intentan demostrarlo múltiples enfoques críticos.

Esta multiplicidad puede agruparse en una doble dirección. Una de ellas, que pudiera denominarse *académica*, apunta hacia los fundamentos ético-políticos del sistema y deviene, finalmente, en la afirmación de su ilegitimidad. La segunda, que podría caracterizarse como *profana*, si bien en cambio postula el *status quo*, esto es su subsisten-

* Material para dos conferencias expuestas en el Colegio de Abogados de La Plata, los días 9 y 11 de octubre de 1990.

** Profesor titular consultor de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires.

cia, afirma su ineficacia política para el logro de sus fines y hasta proclama su radical obsolescencia.

La vertiente académica se origina con importantes sectores de la sociología contemporánea que llega hasta la criminología e influye en ciertos criminalistas heterodoxos. La vertiente profana se halla integrada por amplios sectores de la opinión pública, permanentemente empujada por la prensa escrita y no escrita.

Únicamente el propósito crítico vincula a las dos direcciones, puesto que se orientan en sentidos opuestos: bien al aniquilamiento de todo lo que sea represión o retribución, inclusive la abolición del derecho penal, bien manteniendo las instancias punitivas en vigor, aunque con substancial reforzamiento de todos los mecanismos represivos. Obviamente, propuestas y críticas son también diferentes.

La problemática expuesta exhibe una tal complejidad y extensión que únicamente es posible intentar aquí un mero esbozo, reducido a lo fundamental. Un análisis más profundo exigiría un amplio debate colectivo que sería de todo punto deseable realizar alguna vez en unas jornadas o en un simposio especialmente dedicado a ese objeto.

Abrigo el convencimiento de que ese debate es imprescindible. Los penalistas argentinos tienen el deber inexcusable de promoverlo, abandonando una especie de inercia habitual frente a la impostación de ciertas posturas teóricas que deben analizarse con el máximo cuidado, en homenaje a las nuevas generaciones de profesores y especialistas; e inclusive a una especie de higiene intelectual.

1. La crisis y la crítica académica

Y vayamos ahora a la que he denominado *crítica académica*.

Con pujos de palpitante novedad, no siempre justificada, una multiplicidad de tendencias científicas, inclusive con pretensiones filosóficas, se han dado a la tarea de examinar duramente los extremos de lo que se juzga una crisis irreversible de las instituciones punitivas del Estado de derecho.

No sería hacedero un recuento aproximadamente completo. Únicamente parece asequible, por encima de la multiplicidad y variabilidad de sus posturas teóricas, aludir a los postulados esenciales de algunos de sus más autorizados paladines, espigando en el extenso panorama de una muy abundante bibliografía.

Las aludidas tendencias se vinculan a corrientes de pensamiento que irrumpen en el mundo occidental desde los países anglosajones y hacen impacto a lo largo de la década del sesenta, especialmente a partir del agitado mayo francés de 1968 y de la denominada "revolución cultural".

En aquella época de gran despliegue capitalista, aparecen movimientos no conformistas que se oponen a las normas vigentes de dominación y de poder, junto a intelectuales como Sartre y Marcuse, que cuestionan la sociedad de consumo y son portadores de saberes que "incomodan a los poderes públicos". En ese período de gran agitación social: movimientos estudiantiles, objetores de consciencia, ecologistas, homosexuales, psiquiatrizados, etc., algunos intelectuales levantan las banderas de un denominado "pensamiento crítico" (crítico de la sociedad y de las instituciones vigentes). Se origina así la "sociología crítica" emparentada con el *New Criticism* americano, a partir de los años sesenta, y la teoría de la sociedad que se elabora en el Instituto de Investigaciones de Frankfurt (rama y escuela de Frankfurt), reacción antipositivista dentro de un marxismo paulatinamente heterodoxo y que hereda el postulado de una sociedad sin opresión (con investigadores más o menos heterodoxos como Horkheimer, Adorno, Habermas, Foucault, etc.). Es a partir de estas impostaciones politizadas, pero también de otras con signo estructuralista, fenomenológico y aun liberal, cuando nace la "*criminología crítica*", cuyas concepciones se apartan polarmente de la criminología tradicional, todavía admitida en muchos círculos criminalísticos de la actualidad.

La criminología tradicional, nacida a fines del siglo pasado, se caracteriza por hallarse rígidamente subordinada al derecho positivo, el cual perfila y tipifica lo que es conducta delictiva. De este modo es el derecho penal el que fija autoritariamente el objeto específico de la criminología: el delito, formalmente delimitado por la ley, y su autor. Misión subordinada y única de esta criminología es la investigación de las causas de la criminalidad y las características del hombre delincuente, en perspectiva puramente causal-explicitiva, esto es, naturalística.

El vocablo "paradigma" que propuso Thomas S. Kuhn para designar a las realizaciones científicas que temporalmente proporcionan modelos de problemas y de soluciones, se empleó para caracterizar esta criminología tradicional como el "paradigma etiológico".

Las corrientes críticas, científicamente revolucionarias, se apartan en mayor o menor medida de este paradigma para oponerle otro. De este modo se suceden en el tiempo esquemas teóricos substitutivos como la llamada criminología de la desviación, criminología organizacional, interaccionista, de la reacción social, del etiquetamiento, del *labelling approach*, del estereotipo, y finalmente criminología crítica o radical, también llamada nueva criminología [Walton-Taylor-Young] o marginal, para culminar en lo que Lola Aniyar de Castro bautizara con el rótulo de "criminología de la liberación".

Conforme a las distintas impostaciones, sobre todo las de signo más o menos marxista, o francamente marxista, la vieja criminología, que se dijo nacida como ciencia burguesa capitalista con el objeto de apuntalar y legitimar el sistema penal y servir puntualmente a la represión y privilegios de clase, debe ser radicalmente denunciada y abandonada.

El esquema epistemológico de estas tendencias, especialmente a través de la formulación del *labelling approach* (que se considera un genuino enfoque revolucionario) modifica el de la criminología postlombrosiana positivista, sirviente del capitalismo a la cual se le oponen un objeto diferente y finalidades diversas. Se propicia así el llamado "paradigma del control" o "de la definición", conforme al cual no se trata ya de etiología delictiva sino de algo distinto y de mayor trascendencia: el enjuiciamiento crítico no solo de la propia ley sino del total aparato punitivo en sus distintos estratos. Esta redefinición del objeto implica la discusión de la legitimidad del sistema, puesto que a través de él el Estado habría "expropiado",

apartando a los protagonistas (víctima y victimario), y atribuyéndose ilegítima y arbitrariamente el conflicto.

El planteamiento acusa alguna similitud con otro, enunciado hace ya muchos años, puesto que a través de él parece en cierta medida hacerse una realidad la tesis de que "la criminología se tragará el derecho penal", veleidad utópica de don LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, en la que probablemente nunca creyó demasiado. Claro es que la misma provenía precisamente de vertientes positivistas, o sea de una criminología puramente "etiológica".

Conforme a lo que se ha expuesto, la criminología es una *ciencia política* (puesto que toda ciencia implica una impostación de esta índole) que no se reduce a un estudio causal-explicativo del delito y de la criminalidad (por lo demás epistemológicamente imposible, ya que frente a unos hechos que provienen exclusivamente de valoraciones legales, como las acciones delictivas, un enfoque causal-explicativo de ellos implicaría una especie de "armonía preestablecida").

Este viraje espectacular hacia el llamado "paradigma del control" o "de la definición" abandona, pues, la investigación causal o investigación etiológica y la substituye por la investigación y estudio de las condiciones y procesos sociopolíticos a partir de los cuales el Estado vigente convierte a ciertos comportamientos humanos (y no a otros) y a ciertos sujetos (y no a otros), respectivamente, en delitos y en delincuentes, por medio del mecanismo de la "definición" o "etiquetamiento", a pesar de que otros substancialmente semejantes, y aun idénticos, escapan a dicha selección.

La específica misión de esta nueva criminología es el esclarecimiento de estos procesos, llamados de "criminalización", a cargo de las llamadas "agencias del control social".

Debo advertir que el aparato teórico de estas especulaciones carece de una elaboración doctrinaria de carácter unitario. Por eso enunciaré aquí únicamente las ideas básicas y fundamentales propiciadas por las tendencias extremas (esencialmente de aquellas que acusan impronta marxista) a través de dos o tres autores de especial significación; entre ellos ALESSANDRO BARATTA, de decisiva influencia en Sudamérica, y la profesora LOLA ANIYAR DE CASTRO, directora del Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia (Venezuela), abanderada máxima de estos planteamientos en esta parte del mundo, con simple alusión de otros más radicales como THOMAS MATHIESEN y LOUK HULSMAN y, entre nosotros, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, autor de una reciente "criminología", enraizada profundamente en carriles críticos, y de varios libros y publicaciones cercanos al tema.

A partir de esta novísima criminología, que ANIYAR DE CASTRO bautizara como "criminología de la liberación", se han realizado numerosas reuniones y congresos nacionales o internacionales en diversos países latinoamericanos, en los que se ha logrado un creciente consenso de núcleos numerosos de criminalistas, sociólogos, penalistas, etc., que producen abundante bibliografía en libros y revistas.

Un esquema básico de los postulados comunes de estas corrientes críticas, enfiladas contra el sistema penal vigente en todo el mundo occidental, exige señalar que se entiende por ese sistema al conjunto total de instancias mediante las cuales

se formula, ejerce y aplica la función punitiva; partiendo de la producción de normas penales (etapa legislativa) y continuando a través de las etapas ejecutivas, persecutorias, policiales, acusatorias, seguidas de los órganos judiciales que aplican dichas normas, para retornar al ámbito ejecutivo o penitenciario después del pronunciamiento condenatorio. Se trata, dicen los críticos, de una forma de control social que se halla en directa relación con la estructura de poder, al que corresponde un modelo de sociedad.

Esta sociedad (capitalista) ejerce la punición a través de los procesos criminalizantes que tienen ante todo una función "legitimante del poder". El sistema se estructura por lo tanto en sentido definidamente clasista, en beneficio de los "sectores hegemónicos" y "en perjuicio de los sectores subalternos".

La criminología crítica tiene como objeto fundamental el análisis y denuncia de estos procesos.

El Estado se sirve de ellos a modo de instrumentos de control de una clase sobre la otra. La investigación criminológica ha de preguntarse (siguiendo aquí la exposición de ROSA DEL OLMO): cómo y por qué determinadas personas (y no otras) son definidas en sentido criminalizante; cómo y por qué ciertos comportamientos (y no otros) son tipificados como delitos; cómo y por qué existen las normas penales; por qué alguien y qué tipo de persona es el delincuente; cuáles son los procesos y procedimientos de su identificación; qué efectos y consecuencias acarrea el "etiquetamiento" para el individuo y para la sociedad, etc.

La "etiqueta", el "estigma", el "estereotipo" de delincuente cae a través de los mecanismos de criminalización selectiva, sobre ciertos sujetos que cometen ciertos actos definidos como delitos (con exclusión de otros más dañosos para la comunidad social) a fin de someterlos al rigor del control punitivo.

En semejante tarea las agencias, a partir de la etapa legislativa, ejercen su "elección clasista" en pro de los grupos hegemónicos y sus intereses para lograr la sumisión de los oprimidos con apoyo en el medio coactivo más poderoso de que dispone el Estado (la pena criminal), incluso recurriendo al pretexto de procurar la tutela de grandes valores ético-sociales (como señala NOVOA MONREAL).

La selección clasista comenzaría con la creación de las normas. La tipificación ya tendría por objeto hacer que "ciertos individuos" sean incluidos dentro del aparato de actuación del sistema (selección positiva), mientras otros "quedan excluidos" (selección negativa). De esta manera las leyes penales se insertan en la lucha de clases y se alinean junto al poder social vertical.

Un criminólogo colombiano, recientemente fallecido, EMIRO SANDOVAL HUERTAS, en un pequeño volumen sobre criminología crítica, intenta demostrar extensamente esta selección acudiendo a nociones generales sobre el hecho punible, el procedimiento y las sanciones penales. Así enumera, por ejemplo, la "selección mediante el interés jurídico tutelado" (tutela fragmentaria y frecuentemente arbitraria); la "descripción de la conducta"; las "formas privilegiadas de justificación"; la "definición y las consecuencias de la inimputabilidad"; el "principio de culpabilidad"; las "presunciones de responsabilidad"; las "clases y medidas de pena"; las "circunstancias agravantes"; las "causas que extinguen la punibilidad", etc.

Obviamente, como ya se ha dicho, la selección no se agota aquí sino que continúa con las intervenciones selectivas de carácter ejecutivo, policial, judicial, a veces militar, penitenciario, etc.

La idea básica que preside estas construcciones es que son las normas, y su actuación y aplicación ulterior, a través de todas las instancias, las que crean y producen la criminalidad, el delito y el delincuente.

Son pues la criminalización, las etiquetas punitivas y los estereotipos resultantes, los que crean el delito como componente funcional del sistema de poder, iniciando a través del aparato judicial (que tiene ese objeto específico) las carreras criminales de los sujetos que pueblan las cárceles.

Consecuentemente, el delito es un concepto artificial; carece de existencia previa a la concreción legislativa y judicial. Se trata de un fenómeno puramente convencional creado para defender a todo trance un determinado estilo de vida y un modelo de sociedad.

En definitiva, no hay delitos en sí. La delictuosidad no es característica o cualidad óntica de ningún delito, aun cuando se trate de un homicidio, una violación, un estupro, etc. El delito no existe sino como producto de creación legal, y por tanto como expresión del poder político y económico.

De todo esto resulta que para estas tendencias el derecho en general, y el derecho penal en particular, integra un sistema "perverso" (vocablo que integra una vasta colección de términos, a veces difícilmente inteligibles que se deslizan con frecuencia en la literatura crítica), ya que es producto de los grupos dominantes en el Estado capitalista que procuran mantener sus privilegios y consolidar la llamada "escala social vertical", por encima de las clases marginales.

De aquí la injusticia inmanente de toda la estructura juridicopenal. El llamado "delincuente" es una simple víctima del sistema. La selección clasista lo ha escogido como una especie de "chivo expiatorio" a fin de atraer sobre sí toda la carga agresiva que de otra manera podría haberse dirigido contra quienes detentan el poder. Las clases media y alta, a su vez, descargan sobre ese "chivo expiatorio", de manera simbólica, sus propias culpas, para lo cual lo extraen de las clases marginales.

También existe cierta notoria semejanza de estas ideas con posturas teóricas ya muy antiguas, igualmente procedentes de fuentes sociológicas. Me refiero a los planteos de LACASSAGNE, entre otros, y a su célebre frase: "*tou le monde est cupable excepté le criminel*"; según ello el delito sería consecuencia del orden social capitalista y la responsabilidad sería únicamente social y colectiva. Pero también este planteo precede de un "paradigma etiológico" de raíz positiva, extraño al de la criminología crítica, la cual también recuerda la concepción rousseauniana del hombre puro y no corrupto en estado de naturaleza, más tarde corrompido por la sociedad.

Es obvio que quienes no participamos de estos "discursos" criminológicos (otro vocablo clave que se repite hasta el cansancio) apuntalamos la hegemonía jurídica y política del autoritarismo clasista o fascista, a la manera de "piezas útiles", cabría mejor decir "idiotas útiles", manejados a discreción por el control

"exacerbado y perverso". Esto último con el especial agravante de que quienes alguna vez fuimos jueces o hubimos de integrar las que ZAFFARONI denomina "usinas reproductoras de la ideología" (entiéndase universidades), pudimos tener consciencia del triste papel que nos obligan a jugar, aunque quizá no nos diéramos cuenta del deterioro humano regresivo que sufríamos inconscientemente como "operadores" de las "máquinas burocratizantes" (tradúzcase tribunales de justicia). A este respecto me pregunto si en algo parecido a esto estaría pensando el catedrático español MUÑOZ CONDE cuando se refiere al "malestar de algunos colegas" ante la "prepotencia crítica de algunos criminólogos".

Incuestionablemente, aunque en todo este despliegue de especulaciones hubiese algún granito de verdad, ellas están plagadas de notorias inexactitudes y de posturas irrisorias.

Hace no mucho tiempo, por ejemplo, grupos terroristas aliados con bandas de narcotraficantes han asesinado de manera infame en Medellín, a un gran penalista colombiano, amigo mío, de filiación liberal. Me refiero al senador FEDERICO ESTRADA VÉLEZ. Antes habían asesinado vilmente, de igual manera, en la Corte Suprema de Bogotá, de la cual eran jueces, a otros penalistas, amigos entrañables: ALFONSO REYES ECHANDÍA y RICARDO MEDINA MOYANO. Pues bien, no acierto a comprender qué es lo que se querría decir al afirmar que estos hechos aberrantes, que ya eran delictuosos antes de la Ley de las Doce Tablas, no son "ontológicamente" delictivos si se prescinde de lo dispuesto en el Código Penal colombiano lo que puedan resolver las "agencias" de control social, como si se tratase de acciones punibles *mala quia prohibita*. ¿Únicamente habrá lugar a decir que se trata de asesinatos después de las sentencias judiciales condenatorias?

Volviendo a la selección legislativa, veamos dos de los casos aducidos por SANDOVAL HUERTAS. El primero discurre en el ámbito de la justificación y se refiere a la llamada "presunción de legítima defensa", todavía vigente en muchos códigos. Se trata del rechazo del extraño que indebidamente intente penetrar o haya penetrado en la morada ajena o en sus dependencias, cualquiera sea el daño ocasionado al intruso. Se trata aquí, dice SANDOVAL, de un "privilegio" que "facilita enormemente la exención de responsabilidad". Según ello, estamos frente a una norma que viene fundamentalmente a reforzar la protección de la propiedad privada de aquellos que "por el valor de los bienes que posean en su habitación" crean "pertinente intentar defenderlos", procurando excluirle del sistema penal. Tal "selección", dice es "funcional a las actuales relaciones de dominación"(!) y se hace en favor del propietario. Pero es el caso de preguntarse si el marginal o proletario que expulsa a patadas al intruso que ha irrumpido en su habitación está excluido del "privilegio" respecto de las eventuales lesiones que le infiera, aunque carezca de bienes que pudiera intentar defender.

Otro ejemplo insólito y extravagante se refiere al inimputable. Resulta inadmisible, sostiene, que el sistema "reserve algunas de sus más severas medidas precisamente para quienes considera «incapaces»" (esto es, por ejemplo, un psicótico o un demente). Pero aquí, sostiene, "escóndese algo distinto y de mayor trascedencia que las razones aducidas oficialmente". Esto, es efecto, "oculta una descalificación política contra quienes tienen un orden racional de valores o referencias distintas

del orden hegemónico". En suma, se trata de un caso de "selección positiva" fundándose en que el mundo de valores del agente inimputable difiere del hegemónico, esto es, de la "racionalidad axiológica, enmarcada por las relaciones de producción (¡cuando no!) generadas por el modo de producción capitalista...". En este caso la pretensión es ridículamente superficial y se origina en el volar de unas campanas que suenan en campanario totalmente diferente, ya que parten de una crítica certera de MUÑOZ CONDE dirigida contra las medidas de seguridad impuestas a los inimputables que no tienen absolutamente nada que ver con el tema. El argumento no merece, pues, mayores comentarios.

Desde otro punto de vista, la gravitación del *labelling*; y del "estereotipo" en la selección clasista y en la consolidación ulterior perversa de destinos o carreras delincuenciales es susceptible de múltiples reparos.

El etiquetismo, dice MANUEL LÓPEZ REY, no incide, o apenas lo hace en lo que se refiere a delitos como el homicidio, las amenazas, etc., y la repetición de abortos o la violación difícilmente sea su consecuencia. Ni siquiera, dice, en el caso de reincidentes habituales y profesionales se puede afirmar que se hallan siempre afectados por el *labelling*; y otros delincuentes (terroristas, torturadores, ejecutivos de empresas que perpetran grandes fraudes, etc.) no se sienten condicionados por las etiquetas penales.

En cuanto a las propuestas políticas, las distintas posturas de la criminología crítica o de la liberación se orientan hacia tres proposiciones diversas: o bien la propuesta de una enérgica y drástica reducción del sistema, la llamada "minimalización penal" de BARATTA, o bien la lisa y llana abolición como pretenden MATHIESEN y HULSMAN, entre otros. Un tercer grupo comparte provisionalmente la primera postura como vía de tránsito hacia el total abolicionismo.

En todo caso, y en última instancia, todas aspiran al logro de un nuevo modelo de sociedad, para lo cual la criminología "no puede estar desvinculada de la lucha social" [ANIYAR DE CASTRO], obedeciendo al imperativo de "liberarse del pegajoso contagio que secretan unas estructuras sociales en las que rige la ley del sálvese quien pueda", en frase de FOUCAULT. Por todo ello el criminalista tiene el insobornable deber de postular la liberación de las "estructuras explotadoras" y está éticamente obligado a la "remodelación de la realidad política".

En cambio los más discretos se reducen a abrazar los programas de descriminalización o despenalización, o, en su caso, de criminalización, siguiendo tendencias por otra parte que hoy tienen general prestigio, a punto tal que el propio Consejo de Europa cuenta con un Comité encargado de la materia.

Los "minimalistas" por su parte proponen programas de política criminal "alternativa de las clases subalternas". Frente a la quiebra del sistema proponen abandonar el derecho penal tradicional y substituirlo por uno esencialmente distinto, para lo cual ensayan diferentes caminos, mientras subsistan las actuales estructuras de la sociedad "vertical". Pero, en todo caso, esta política no puede limitarse a "paños tibios" o "substitutivos penales", vagamente reformistas y humanizantes, sino que debe emprender grandes reformas sociales e institucionales en vista de

la transformación radical y de la superación de las relaciones propias de la producción capitalista.

Entre estas reformas se hace especial hincapié en la abolición de la cárcel, visto su fracaso y la caída del mito burgués de la reeducación y reinserción del condenado en la comunidad social.

Mientras no se logre una sociedad mejor, se dice, es preciso procurar objetivos alternativos o antagónicos que pongan en jaque a los valores burgueses.

Entre estos últimos cobra muy especial consideración el llamado "uso alternativo del derecho", de franca prosapia marxista. Este llamado "uso alternativo del derecho" se propicia como vía para la aplicación progresiva de propuestas reformistas y revolucionarias. Implica la introducción (a la manera de un Caballo de Troya) de la crítica a través de la interpretación judicial. A este respecto dice LUIGI FERRAJOLI que ha de postularse el "ejercicio alternativo de la función judicial", en el cual el juez abandonará su tradicional neutralidad política, actuando políticamente pero en "sentido adverso"; orientándose no hacia la "defensa y servicio de los sectores capitalistas... sino... a la tutela de las fuerzas de oposición y a la emancipación de las clases oprimidas". Se trata de la promoción y prevalencia de los intereses de estas clases en todos los terrenos permitidos por la democracia burguesa. Esta "revolución copernicana", dice FERRAJOLI, implica específicamente una nueva "tarea revolucionaria de la magistratura" que contribuye a la formación de una "clase de juristas revolucionarios", todo ello a partir de una concepción marxista utilizada en sentido "preceptivo", volcada a la "definición y consecución de objetivos concretos de poder" [P. BARCELLONA].

La construcción a que se acaba de hacer referencia constituye una práctica marxista bastante tradicional, y está destinada a utilizar el derecho burgués en sentido contrario al planeado originariamente. Probablemente esto es lo que se hizo en Chile durante el gobierno de ALLENDE, que se sirvió de los llamados "resquicios legales" de la legislación entonces vigente para imponer, sin necesidad de reformas legislativas, algunos objetivos financieros revolucionarios.

Acaso también sea este el pensamiento de PAVARINI cuando dice que al buen criminólogo no le queda otra cosa que hacer criminología con "mala consciencia".

A pesar de sus expresas discrepancias, se acerca a esto ZAFFARONI en lo que toca a la función del "operador de la agencia judicial" (tradúzcase juez). Admitido el criterio abolicionista y siendo necesario reconstruir una dogmática "conforme a un derecho penal garantizador y etizado", el "discurso reductor (de violencia) de la agencia judicial", constituido como medio de "contradicción de la violencia característica del sistema" (el juez es "un hombre de lucha"), ha de "pautarse" enderezando sus decisiones hacia esa reducción y a la limitación de la punición del "prisionero de la guerra sucia de la política", apoyándose en el ejemplo del juez MAGNAUD.

Las irrisorias exageracioens que se deslizan en estas construcciones cobran a veces perfiles francamente ridículos. Por ejemplo, la ilustre profesora que inventara lo de "criminología de la liberación", embalada en su carrera libertaria, sostiene

que *todos* "los llamados delincuentes son seres superiores, víctimas de la sociedad capitalista burguesa". Incluso los delincuentes comunes, añade, son "esencialmente delincuentes políticos". Por esto propicia "hacer recuperable para el proceso revolucionario a la parte «más sensible de la sociedad»... que se rebeló acudiendo al no fácil camino de la delincuencia", que no sería otra cosa que una forma primitiva de reacción cripto-política contra la opresión (incluso cuando se trata de delitos convencionales).

Es obvio que la implicancia lógica de esta postura conduciría derechamente a jubilar a los jueces penales y a abrir de inmediato las puertas de las cárceles, o a esperar que así se haga apenas suenen los clarines revolucionarios.

Claro está que ninguna sorpresa suscitan estas peregrinas afirmaciones puesto que provienen de posturas marxistas, neomarxistas o comunistas.

Otra desconcertante cuestión gira en torno de la afirmación enfática del llamado "derecho a ser diferente", que se exige reconocer a quien delinque.

Las sociedades igualitarias, se sostiene, serían solo las que dejan el máximo de libertad concretada en la expresión soberana de lo diverso o de lo diferente. El principio igualitario debe garantizar este derecho insuprimible y absoluto, emergente del ser autónomo y peculiar. El planteo es irreprochable y seductor.

Pero ¿qué se ha de entender por este "derecho a ser diferente"? Por supuesto que "ser" implica muchas cosas: "ser" rubio, "ser" judío, "ser" alto, o "ser" gordo. Es evidente que este llamado derecho a ser diferente nada tendrá que ver con todo esto. Pero si se trata de "ser" fumador, "ser" drogadicto, alcohólico, homosexual, etc., quizá ya no corresponde negar mi derecho a "ser". Pero, en cambio, ¿podría decirse lo mismo, pongamos por caso, si por "hacer" cosas peligrosas me convierto en un "ser" peligroso? ¿podría seguirse afirmando que se tiene el derecho absoluto a este "ser diferente"? Pienso que es evidente que no. Y si se continúa el análisis, parece francamente aberrante admitir un derecho a "ser" delincuente; porque "ser delincuente" se logra a través de la comisión de delitos, y porque parece que ningún ser humano puede invocar el "derecho" a matar en cualquier situación o circunstancia, o el derecho de violar, o el de corromper, o el de invalidar físicamente a una persona, etc. Y esto es de lo que se trata, ya que se invoca este derecho en el ámbito penal.

Ni siquiera parece cumplidamente exacto aducir este "derecho a ser diferente" para negar el *telos* "resocializador" o "reeducador" del encierro carcelario. Independientemente de la ilusión, en gran medida fallida, de que semejante "tratamiento" pueda lograrse por medio de aquel encierro, lo que ha llevado a la afirmación de su fracaso, debe reconocerse que resulta discutible obligar al delincuente a modificarse, incorporando a su personalidad esquemas valorativos ético-sociales que no son los suyos, que no comparte y que acaso se niega a compartir. Pero, en cambio, nada se opone a que ello se intente en la razonable medida de lo posible y sin violentar la conciencia de nadie (un musulmán fundamentalista, por ejemplo, o un delincuente "por convicción").

Este derecho a ser diferente, invocado en la esfera penitenciaria, ha venido entretanto a culminar el proceso negativo de legitimidad de la función punitiva.

Sería deseable poder seguir resumiendo sucintamente las falencias reales o imaginarias que niegan legitimidad al sistema y que demuestran la perversidad de la sociedad capitalista, señaladas por los modernos criminólogos. El escalpelo crítico no deja en pie nada. Pero no es posible intentarlo. Especialmente demoledor es el empuje crítico que trasuntan los libros de EUGENIO ZAFFARONI.

Después de centenares de páginas que es preciso recorrer imponiéndose un denodado esfuerzo por lo dificultoso de su lectura, solo se advierten escombros por todas partes. La "deslegitimación" del sistema es total. Se lo hace con abrumadora violencia, a la vez que muchas veces con flagrante inexactitud, y frecuentemente con un lenguaje hermético o casi que cifrado, que cuesta inteligir a través de reiteradas lecturas.

Únicamente señalaré unas muestras. Tal la que versa sobre la función policial y las peculiariedades características y exigencias referentes al ejercicio y a la formación de los cuerpos que la integran.

Examina la cuestión bajo el rótulo de "agencias ejecutivas como máquinas de policizar" (sic). Según ello el policía, el "policizado", es seleccionado dentro de los mismos sectores que los criminalizados y también con sujeción a un estereotipo. He aquí la política de su preparación: "Se le introduce en una práctica corrupta... se le entrena en un discurso externo moralizante y en una práctica interna corrupta". Se le prepara infundiéndole "requerimiento de rol transnacionalizados" correspondientes "a lo que en las conceptuaciones más tradicionales se llama «psicópata»...". "En síntesis, al policizado se le ve como un corrupto (el «estereotipo popular» lo bautiza como 'vivo', 'zorro', 'corrupto') y se pretende que se comporte como un psicópata, conforme al estereotipo y requerimientos de rol". No es extraño, además, que el "policizado" sea un anómico; pero no en la originaria versión durkheiminiana sino "como resultado (expreso) de un entrenamiento que le sumerge en la anomia", amenazándole cuando no se somete a las prácticas corruptas. En fin, la conducta ideal es la que corresponde al "héroe" de la ficción transnacionalista. Y si no responde "conforme a los requerimientos psicopáticos es dado de baja mediante un simple procedimiento administrativo". En definitiva, el proceso a que se somete a estas personas consiste en "deteriorarles su identidad originaria y reemplazarla por una identidad artificial, funcional al ejercicio de poder de la agencia".

Frente a esta tremenda descripción solo cabe preguntar (como frente al *Castillo* de KAFKA): ¿quién es el "ser" protervo que protagoniza este alucinante proceso de perversión progresiva? Parece obvio que no puede existir más que una respuesta, a saber: el sistema penal vigente. Pero detrás de él está el Estado. Y en pos del Estado se encuentra la sociedad capitalista burguesa...

Algo cercanamente parecido ocurriría con las "agencias judiciales", consideradas a su vez como "aparatos" o "máquinas de burocratizar". También aquí existe un proceso de riguroso entrenamiento al que se somete a sus "agentes" (funcionarios y empleados) y "operadores" (jueces). Proceso igualmente vejatorio para sus derechos humanos y deteriorante de su identidad a través de la "internalización de

signos de falso poder", comenzando tempranamente en las "usinas ideológicas" universitarias, y que se parece mucho a un lavado de cerebro, ya que ni los mismos afectados (entre ellos los jueces) lo perciben.

Adviértase cuán irresistible ha de resultar aquí el malestar de los colegas de MUÑOZ CONDE, entre los que me cuento.

Volviendo a la propuesta de que se derriben los muros de las prisiones, explícitamente formulada entre otros por BARATTA, a la cual se añade la aspiración de lograr un "modelo de sociedad socialista como el de una sociedad que puede prescindir cada día más del derecho penal y de la cárcel", ya que este derecho desaparecerá únicamente con el capitalismo y con el advenimiento del socialismo, según pronóstico de RICHARD QUINNEY, existen muchos motivos para cuestionarla, sobre todo en cuanto se advierta que hasta este momento los únicos muros verdaderamente derribados han sido los de Berlín, como expresión de una revolución histórica tan trascendente como la de 1789, la cual no ha sido, ciertamente, obra del zarismo resucitado de sus cenizas o de la burguesía capitalista, sino de los propios pueblos esclavizados durante más de setenta años.

Y llegado a este punto paréceme pertinente, para quienes hacían ciencia social o jurídica marxista, frecuentemente con los ojos clavados en Moscú, intentar comparar el derecho comunista con el personalista, liberal burgués, vigente en todo el mundo civilizado. Esto conducirá a descubrir algunas cosas sorprendentes.

Después de 1958, en efecto, las leyes soviéticas volvieron a consagrar los viejos principios del penalismo liberal, antes repudiados en forma peyorativa como "prejuicios burgueses". Esta restauración alcanzó al dogma de la culpabilidad (como lo reconoció el profesor JOHN LEKSCHAS desde la propia "cosmogonía marxista"), lo cual implicaba consagrar a la dignidad humana como fundamento ético de la pena.

A pesar de eso las cínicas diferencias discurrían por vías subterráneas.

Basta a este respecto recordar la invención más perversa (aquí el adjetivo es rigurosamente pertinente) que la mente humana haya producido a lo largo de toda la historia contemporánea, como lo han reconocido, después de GORBACHOV, los propios soviéticos en sede internacional.

Me refiero aquí a la feroz represión penal del disidente político sirviéndose de la psiquiatría y de los establecimientos psiquiátricos. Represión perpetrada con la ley vigente en la mano y a través del propio mecanismo jurídico, respetando escrupulosamente todas las garantías democráticas restauradas.

Sin embargo, aunque parezca mentira, el procedimiento implicó nada menos que un notorio progreso en el tratamiento político de los disidentes soviéticos. En la época de STALIN se liquidó, simplemente, a miles de disidentes, dándoles muerte como a enemigos y traidores del "paraíso soviético". Ulteriormente un eminente psiquiatra, el doctor SNEZHNEVSKY, miembro de la Academia de Ciencias Soviéticas, y director del Instituto SERBSKY de Psiquiatría Forense de Moscú, descubrió una nueva variedad de la esquizofrenia que hubo de bautizar con el nombre de "esquizofrenia boba". Lo espectacular de este descubrimiento fue que la extraña psicosis únicamente afectaba a los disidentes soviéticos. El descubrimiento permitió, de ese modo, terminar

con multitud de opositores e inconformistas políticos, encerrándolos en establecimientos psiquiátricos con la más estricta sumisión a las normas penales de fondo, a las leyes procesales soviéticas y a oportunos peritajes médicos, esto es, lo que en lenguaje liberal burgués se denomina "debido proceso legal".

Es claro que aquí los disidentes parece que no tenían en modo alguno ningún "derecho a ser diferentes" y que, al contrario, incurrirán nada menos que en la conducta reprochable a la que aludía SANDOVAL HUERTAS refiriéndose a los inimputables (dementes y psicóticos) del Código colombiano. ¿O será, por ventura, que no existían "valores hegemónicos" en el paradisíaco imperio de la "dictadura del proletariado"?

Todo lo que se ha dicho hasta aquí parece hacer patente la razón que acompaña a DARÍO MELOSSI (citado por LÓPEZ REY) cuando sostiene que para estos criminólogos no tiene ninguna importancia construir nada nuevo, sino simplemente procurar la hegemonía política creciente del marxismo.

Esto es, por mi parte, lo que siempre he sostenido cada vez que he tenido oportunidad de pronunciarme. Se trata, sencillamente, de un afán subrepticio, es decir, de un notorio pretexto para hacer propaganda y proselitismo ideológico. Yo no me opongo a ninguna convicción política, pero creo que hay que repudiar toda especie de infiltración desleal en vez de una actuación sin retaceos ni hipocresías, ejerciendo, esta vez sí, el inviolable derecho a ser diferente, en una sociedad pluralista y democrática.

Para terminar, todavía me siento obligado a formular algunas consideraciones para ser fiel a mis convicciones.

Por lo general la literatura crítica no es de lectura placentera, ni siquiera fácil. A menudo se halla inmersa en un estilo presuntuoso, lleno de frecuentes tecnicismos y naufragante en un océano de vocablos extraños, neologismos e inventos verbales, con pretensiones de genialidad original. Cuesta mucho leer y entender a los nuevos profetas.

Desde sus propias filas, la profesora venezolana ROSA DEL OLMO aludió a cierta "crisis del lenguaje", denunciando a algunos científicos aficionados a un "lenguaje esotérico", solo accesible a unos pocos que tendrían el privilegio de entenderlo (una especie de "élite" o "masonería secreta") mientras quedan al margen los no "iniciados". Algunos sociólogos, señala, en la búsqueda de una "pretendida respetabilidad", se sirven de una "terminología pedante, estéril y hueca que califican de lenguaje científico". Coincide en esta postura con KARL POPER, que se ha dolido de una verdadera "polución del lenguaje", más dañosa, dice, que la polución del aire".

Pues bien, algo de esto, y a veces mucho de esto, se puede advertir en la expresión escrita de los nuevos dogmas.

Obviamente en el lenguaje de estos escritores suele colarse frecuentemente el vocabulario técnico desarrollado en rededor de investigaciones sociológicas y aun filosóficas de cuño moderno.

Pero además de esto suelen añadir al vocabulario científico más o menos de moda, una profusa multitud de palabras que inventan frecuentemente sin necesidad

(a diferencia de la palabra "vivencia" que, por ejemplo, inventó ORTEGA Y GASSET constreñido por la traducción del vocablo alemán *Erlebnis*). Pero no es esto solo, lo que hasta podría resultar más o menos regocijante, sino, en primer lugar, la repetición *ad infinitum* de ciertos vocablos que parecen aureolados de atractivos mágicos. Tal la palabra "discurso" (al parecer en la acepción propiciada por HABERMAS o por FOUCAULT, escritores a la sazón de moda). La expresión acaba por ser o convertirse en una especie de moscardón verbal, en un ruido de fondo, un sonsonete insoportable que acompaña el dolor de cabeza del lector durante páginas y páginas sin ofrecerle tregua. Tal, por ejemplo, un pequeño artículo publicado en *Doctrina Penal*, en el que se la esmalta quince veces en poco menos de once páginas; o un libro de algo más de doscientas cincuenta páginas que la usa a razón de por lo menos una por cada carilla, y a veces ocho, nueve y hasta once veces en una sola.

Pero aquí no termina el padecimiento. A más de la frecuente invención de expresiones que nada tienen que ver con el idioma, como *prisonizado, policizado, marcación, conflictividades, reificar, pautar o pautador, conglobante, abarcativo, matricería humana, disfuncionalidad, desocultamiento, estagnizado, etizar* y muchas otras de parecido jaez idiomático, se construyen frases cuya penetrabilidad exige ingentes esfuerzos mentales a través de decenas y quizá centenas de páginas, trabajosamente recorridas. Tales, por ejemplo: "prisionero de la guerra sucia del momento de la política", "vínculos ideológicos genocidas", "agencias ejecutivas como máquinas de policizar", "máquinas de burocratizar", "jaulas o máquinas de deteriorar", "campo de concentración del momento de la política" y otras retorcidas en extremo: "poder planetario", "realismo marginal", "poder militarizador y verticalizador disciplinario", "actualización histórica incorporativa", etc., todas las cuales convierten la lectura (que a más de una necesidad intelectual debiera estar acompañada por algún placer del espíritu) en una genuina tortura china que el lector jura no repetir.

Este extraño estilo expositivo, extraño al círculo de los iniciados, caracteriza las producciones de muchos escritores críticos. Claro es que existen notorias excepciones. El libro de BARATTA sobre criminología crítica, por ejemplo, se halla pulcramente vertido al castellano, debido a que su traductor, el profesor chileno ÁLVARO BUNSTER, a quien conozco, persona llana y poco amiga de piruetas verbales, es consciente de las riquísimas posibilidades expresivas de un idioma castellano que maneja con fluidez.

Volviendo a KARL POPPER, en los días que corren ha fustigado con su gran autoridad a escritores geniales como HEGEL y HEIDEGGER por expresarse de un modo "vago" y "difícil", negándoles "responsabilidad intelectual" por no cumplir el deber de ser "claro" y modesto. "Refiriéndose a HEIDEGGER, dice que este escribe: "¿Cuál es la esencia de la jarra? La jarra brinda". Y POPPER se pregunta a renglón seguido: "¿Quién puede decir algo en contra de esto?", y en contra de muchas otras cosas que "no se entienden en absoluto, y ello a lo largo de páginas y páginas". Critica además a los intelectuales y a sus modas, sosteniendo que "convierten las teorías en ideologías", incluso cuando se trata de la biología o de la física.

Lo grave de todo esto es que el escritor deja a menudo en el olvido al sujeto pasivo y paciente de sus genialidades, sin pensar que el lector bien puede estar en las últimas etapas de una larga existencia y que es una especie de crueldad exigirle la intelección torturante de doctrinas más o menos herméticas, que además están muy lejos de rayar a la altura de la crítica de la razón pura o del ser y la nada, por ejemplo.

En mi biblioteca tengo algunos libros difíciles que están raídos por el frecuente uso. Entre ellos los dos tomos de la *Filosofía* de KARL JASPERS y los de la *Psiquiatría* de EMILIO MIRA Y LÓPEZ. Pues bien, la aprehensión intelectual de algunas producciones de la criminología crítica (que en rigor no es otra cosa que una sociología manchada de política, algo de filosofía y algunas otras cosas, como resulta, por ejemplo, de cuanto expone CARLOS TOZZINI) exige esfuerzos cuando menos iguales, si no mayores, que la lectura de la filosofía de JASPERS o la psiquiatría de MIRA Y LÓPEZ. Y a esto no hay derecho, porque no se trata de JASPERS, ni de MIRA, ni de KANT...

Claro está que se me podrá decir de inmediato: clausure el dial; absténgase de la lectura. Obviamente es esto lo que haré puntualmente en el futuro, para emplear avaramente las horas de mi ancianidad en cosas menos torturantes.

Y voy a terminar. Si el tiempo de que dispongo no fuese tan escaso no tendría dificultad en reconocer muchas fallas, incluso gravísimas, del sistema penal.

Es evidente que hay muchísimas cosas que modificar. Especialmente en lo tocante a los llamados procesos de criminalización, descriminalización y despenalización; humanizando y racionalizando las leyes y las penas; mejorando y transformando el sistema carcelario; aliviando la situación de los encerrados en las cárceles, seres humanos como todos nosotros; fulminando con la condigna sanción expresiva de enérgico repudio social a los tan traídos y llevados "delincuentes de cuello blanco", etc. Algo de esto señalaré al finalizar mi próxima intervención después de referirme a la "crítica profana".

Entre tanto no puedo menos que admitir, sin reserva de ninguna especie, la necesidad de que el criminalista en general, y el dogmático en particular, como lo postula MUÑOZ CONDE, entre otros, abandone su postura neutral y adopte una vigilante postura crítica frente a las leyes que maneja y a las instituciones penales en vigor. Pero esto no justifica en manera alguna que se admita la abolición del derecho como parte de un plan revolucionario pro marxista, enderezado a destruir el Estado democrático, en el genuino sentido occidental, que es el único que acabará por imponerse universalmente en el futuro más o menos inmediato, para felicidad de todos los hombres que pueblan el planeta.

2. LA CRISIS Y LA CRÍTICA PROFANA

Y es el caso de exponer ahora la que hemos denominado "crítica profana" oponiéndola a la que calificáramos de "académica".

Quizás esta crítica podría considerarse afín con la postura sostenida al finalizar el siglo anterior por RAFAEL GAROFALO, uno de los integrantes del triunvirato positivista de la escuela italiana, junto a LOMBROSO y FERRI. GAROFALO, que no se caracterizó ciertamente por su inclinación piadosa hacia el hombre delincuente, llegó a postular, en última instancia, su lisa y llana aniquilación, ya que era preciso aplastarlo, decía, como una alimaña maligna, en el altar de la defensa social.

De manera semejante la crítica profana actual, de raíz popular, tiende al máximo de severidad en los procesos de represión y retribución de la delincuencia, incluso recurriendo generosamente a la pena de muerte, abrigando el ingenuo convencimiento de que así se terminará con la delincuencia y se logrará la ansiada seguridad en el seno de la vida comunitaria.

Es notorio que este impulso que hoy avasalla a la opinión popular emerge del dramático período de violencia y quiebra de valores que vive el mundo contemporáneo en los días que corren. Una impactante ola de hechos, a menudo sangrientos, que se producen todos los días y a todas horas, sacude la sensibilidad de todos los habitantes de este país y la conducen hasta el borde de una especie de atemorizada psicosis colectiva.

La multitud de hechos delictuosos que se perpetran en progresión creciente a través de todos los horizontes del país, conmueven la conciencia colectiva, manipulada además, por los medios masivos de comunicación y la "crónica roja" que los propalan generosa y espectacularmente no ya, esta vez, como prueba de ilegitimidad, sino como muestra palpable de la ineficacia y obsolescencia del aparato punitivo.

El fenómeno alcanza por su magnitud contornos nunca vistos antes. Diariamente el ciudadano se despierta con las noticias del pasmoso crecimiento de una criminalidad violenta y fraudulenta de todo signo: atentados personales, hechos sangrientos, asaltos en las vías públicas o en las carreteras, a plena luz del día; daños irreparables a los más diversos bienes jurídicos: vida, honor, libertad, honestidad, etc., junto a un aluvión incontenible de una generalizada corrupción, pública y privada, de proyecciones nunca antes alcanzadas y que causa estupor, más que por sus alcances materiales inconmensurables, por los personajes e instituciones en las que se manifiesta de manera sorpresiva.

Como es obvio, el ciudadano común cobra de esta manera súbita consciencia del pavoroso margen de inseguridad que rodea su vida y la de su familia. Inseguridad que se ha ido extendiendo a partir de la campaña hacia las ciudades; incluso Buenos Aires, que hasta no hace mucho fue, por pacífica y segura, modelo de urbe entre las más populosas.

Con razón se ha dicho que a la manera de otras ciudades (como Caracas, Bogotá, Panamá, etc.), también en ella habrá que rodear de rejas los recintos domiciliarios para mantenerse encerrado y contratar policías privados para garantizar la convivencia.

Añádase a esto un altísimo grado de impunidad, que parece hacer exacta una frase de FOUCAULT: "hay ficción en suponer que las leyes están hechas para ser respetadas por la policía y por los tribunales".

El severo juicio de valor negativo abarca globalmente todos los estratos: legislación, justicia, policía, régimen penitenciario y ejecutivo, etc.

Así, las leyes penales y procesales serían manifiestamente anacrónicas, complacientes, inadecuadas para cumplir su función. A la justicia se le imputa negligencia, ineptitud inexcusable, condescendencia benevolente con el criminal, etc. A los jueces se les tilda como ineptos o ignorantes, cuando no de inmorales y "coimeros". Nada se diga de la institución policial, corrompida y dedicada a perpetrar toda clase de delitos en vez de prevenirlos. Finalmente las cárceles e institutos penitenciarios, cuya ineficacia los ha convertido en caldo de cultivo de la reincidencia y en escuelas de criminalidad.

Frente a este panorama desolador, en buena medida exacto, ¿qué es lo que se considera necesario para superar crisis tan tremenda?

Comprender cuál es la convicción popular a este respecto exige formularse dos preguntas previas, a saber: ¿Qué es lo que la opinión pública exige al Estado en su función punitiva? ¿Qué es lo que la opinión pública supone o imagina que es la justicia penal?

La respuesta a estas preguntas denunciará inmediatamente una tremenda realidad sociológica, consistente en un notorio divorcio entre esa opinión (la del ciudadano común y honesto, incluso culto y universitario), por una parte, y las leyes, la ciencia y la justicia penal, por el otro.

En cuanto al primer interrogante, grandes sectores de la opinión pública, de una manera más o menos subconsciente, se hallan totalmente convencidos de que es función de las leyes y de la justicia social (y que es posible) la desaparición de la delincuencia, la total supresión de la criminalidad. Como consecuencia la subsistencia y el incremento de los hechos criminales se carga en las espaldas de la justicia, sin advertir que se ha partido de una premisa palmariamente utópica en la medida en que habrá siempre criminalidad, delito y delincuentes, cualquiera sea la cultura y la organización jurídico-política de una sociedad dada, como así se reconoce en el mundo científico de hoy.

Por esto ha podido decir ELÍAS NEUMANN, por ejemplo, que "el crimen, mal que les pese a los apologistas de los regímenes marxistas, existe en toda la humanidad, y cabe dudar que pueda ser erradicado", ni en Rusia (hablaba antes del derrumbe comunista) ni en sus consortes políticos. Es por esto por lo que el Comité europeo sobre problemas de la criminalidad del Consejo de Europa ha señalado la inevitabilidad, en todas las sociedades, de cierta cantidad inexorable de delitos.

En manera alguna, pues, el sistema penal puede tener la misión de suprimir la criminalidad, que acompañará como su sombra al hombre de todos los tiempos y de todos los países; de idéntica manera a como no incumbe a la medicina y a los médicos la extinción de la enfermedad, sino, en esforzada lucha, la preservación de la salud humana en la medida de lo posible.

El derecho penal es apenas una muy modesta barrera opuesta al empuje de la criminalidad. Solo se trata de unos diques sumamente frágiles, que apenas pueden intentar una muy relativa disuasión y de ninguna manera la aniquilación de la

delincuencia. Esta, como la miseria, el hambre o la enfermedad, depende de una multiplicidad de factores imponderables que solo pueden controlarse en escasísima medida.

Pero la segunda cuestión tiene más importancia. Ella estriba en que hay una significativa proporción de personas en las cuales subsiste con persistencia la convicción, en gran medida atávica, de la validez de ciertas pautas o esquemas mentales según las cuales el derecho penal es simplemente la expresión jurídica de la venganza individual o social (la tan traída y llevada *vindicta publica*) contra el infractor, sin ningún límite racional ni valorativo. Es a partir de esta idea como a menudo surge una distancia cultural abismal entre las leyes y códigos vigentes y el derecho penal contenido en una suerte de código popular que anida frecuentemente en el corazón del hombre de la calle.

El impulso del clamor público va en pos de este código popular que conserva en gran medida el estilo de las leyes penales más antiguas, semejantes a las del Código de Hammurabi (que rigió hace más de cuatro mil años) o a las de los más remotos pueblos germánicos.

Frente al crimen muchos ciudadanos, cediendo a sus impulsos naturales, inclusive generosos, esperan que los jueces penales apliquen el derecho penal que tienen en la cabeza. Pero es claro que el derecho penal vigente tiene algunos siglos más de evolución cultural y no conoce el talión, ni la responsabilidad objetiva o basada en el mero resultado dañoso.

Esto explica por qué se piensa habitualmente en una especie de responsabilidad que únicamente atiende al daño emergente y a su magnitud; responsabilidad caracterizada por exigir inexorablemente una estricta retribución vindicativa: el daño causado debe ser justamente "pagado" en moneda de idéntico daño, inferido retributivamente al autor: "ojo por ojo, diente por diente". Monstruosa retribución que en nuestros días retorna muy frecuentemente cuando desde las pantallas televisivas, por ejemplo, se reclama que el delito "se pague". Alguien ha muerto, y en "pago" alguien debe morir, aunque la muerte haya sido ocasionada quizá de manera casual, a la manera de un árbol que al caer aplasta a un transeúnte.

En tiempos en que yo todavía era camarista, hace algunos años, mi mujer fue quirúrgicamente intervenida para impedir las secuelas, graves y quizá mortales, de una profunda y persistente infección ósea en la cadera, ocasionada por la torpe y temeraria actuación de un médico. En momentos en que el profesor universitario, enfundado ya en su blanca vestimenta esgrimía el bisturí que estaba a punto de hundir en el cuerpo de la víctima, se detuvo unos instantes ante mí y me refirió que unos días antes un valioso discípulo suyo, a quien quería entrañablemente, había perdido la vida con su familia numerosa cuando en la curva de un estrecho camino de montaña fue brutalmente embestido por un enorme camión con acoplado que venía en sentido contrario y que era guiado por un sujeto ebrio. ¿Cómo puede explicarse, señor camarista, me dijo, que la debilidad de las leyes penales consientan que los jueces dejen con vida a estos monstruosos asesinos, mientras nosotros quemamos nuestra existencia ofrendándola a la de nuestros semejantes? Yo, a mi vez,

le respondí con otra pregunta que lo dejó perplejo: ¿enviaría usted, señor doctor, a la horca al torpe colega que provocó el gravísimo daño orgánico que está Ud. a punto de intentar reparar, si mi mujer muriese? El sabio profesor se miró unos segundos silenciosamente, y se dirigió después sin decir una sola palabra a la mesa de operaciones.

No puede, pues, sorprender que el hombre de la calle propicie las penas más crueles y las condenas más rigurosas para quienes provocan esta marea de criminalidad que a todos horroriza.

Es evidente que gran parte de la opinión pública aprobaría cualquier medida punitiva, por ejemplo la pena capital, para la comisión del tercer hurto, como ocurría en la Edad Media; o la condena de por vida a galeras o trabajos forzados sin perspectiva de remisión.

Pero esta dureza inhumana está muy lejos de ser una solución. La severidad de las incriminaciones y la imposición de penas draconianas apaciguará momentáneamente la sensibilidad popular, pero, en definitiva, apenas modificará las cosas.

Las investigaciones estadísticas contemporáneas demuestran la notoria insuficiencia de las penas de máximo rigor que pretendan terminar con la criminalidad instaurando el imperio del terror. La pena eficaz (relativamente eficaz) no es la que sea más rigurosa sino la que sea justa (como ya decía BECCARIA), si bien impuesta con firmeza y severamente cumplida en establecimientos que no sean escuela de criminalidad sino institutos de recuperación moral y social. Lo han dicho los expertos del Comité europeo al que antes he hecho referencia; la severidad de los castigos no es eficaz como factor de disuasión; es inútil aumentar la severidad de las penas, pues en todo caso la certeza del castigo es la única manera de mejorar las cosas. Es preciso aumentar "el riesgo de detección percibido", que sí juega un papel mucho más importante en la disuasión.

En la década de los años cincuenta rigió en la Argentina una ley draconiana sobre contrabando; fracasada por su desmedida confianza en las penas severas. En ella se sancionaba casi a la par del homicidio (hasta con veinticinco años de prisión) el contrabando cometido con intervención de tres personas cuando sobrepasaba la suma de mil pesos. ¿Se pensará que esa ley terminó, o al menos mitigó en alguna medida el contrabando? De ningún modo. Es posible que nunca se haya perpetrado tanto contrabando como entonces.

Cosa semejante ocurre, por antonomasia, con la pena capital, periódicamente reclamada por grandes sectores de la población, y aun por esferas gubernamentales, como ha ocurrido entre nosotros hace poco, apenas recrudecen las olas de la criminalidad. Este es un fenómeno de ocurrencia universal.

Pero la pena de muerte, que todavía está infortunadamente vigente en muchos países, constituye un problema largamente debatido desde hace mucho, y puede afirmarse que ese debate está hoy cerrado definitivamente, en sentido negativo. Seguramente hoy no exista una cátedra universitaria de derecho penal, sociología o criminología que la propicie, debido a que existe el convencimiento de que carece de un fundamento racional desde el punto de vista filosófico, científico, político, psicológico, etc.

A pesar de ello todavía cuenta con partidarios.

Imposible sintetizar aquí el extenso debate: baste con decir algo sobre su total ineficacia disuasiva o intimidatoria, demostrada frecuentemente por la historia, ya que quizá el argumento que se aduce más insistentemente en su favor es el que atañe a su significativo valor como instrumento de prevención general.

Aparentemente no habría medio más eficaz para la prevención de la delincuencia y para disuadir al autor, que el temor paralizante que infunde la amenaza de la pena capital. Pero esto es palmariamente inexacto: la pena de muerte carece de virtud intimidatoria y, por paradoja, únicamente asusta a los ciudadanos honestos que, con ella o sin ella, jamás delinquirán.

En los países en que tal pena se ha sucedido durante períodos de vigencia y abolición, la estadística ha mostrado sorprendentemente que los delitos para los cuales estaba prevista (que únicamente son los de máxima gravedad y en un número muy reducido, circunstancia que a menudo ignora el común de sus partidarios) no son afectados en mayor medida por ese hecho. Es más, está comprobado que a menudo su derogación no produce aumento de la criminalidad y, por el contrario, que su vigencia no empece a su crecimiento.

Y el que no influya en la curva de la criminalidad se explica perfectamente:

En Francia se descubrió que a las ejecuciones capitales (instrumentadas como un espectáculo público, precisamente para disuadir a través del procedimiento) concurrían, junto a sujetos morbosos o psicopáticos, muchos criminales peligrosos. Y no estaban allí, ciertamente, para asustarse, arrepentirse o intimidarse con la macabra exhibición, sino (cosa sorprendente) para arrancar al ajusticiado un pedazo de traje, uñas o cabellos, que les sirviera de *porte bonheur* o fetiche de buena suerte que les ayudara mágicamente en sus futuras actividades delictivas. Es que para la mayor parte de estos grandes delincuentes, y esto es indudablemente lo que ocurriría si se fusilara a los traficantes de drogas, por ejemplo, la pena de muerte significa algo semejante a lo que para un albañil podría suponer la posibilidad de precipitarse desde un andamio, a gran altura del suelo, y estrellarse contra el pavimento. Se trataría simplemente de un accidente del trabajo.

Si así no fuese, sería muy fácil desterrar la criminalidad de la faz de la tierra fulminando con la pena de muerte todos los delitos.

Pero examinemos ahora la cuestión en el plano de las leyes procesales, que frecuentemente exigen una renovación a fondo y total.

Mis opiniones a este respecto, de aquí en adelante, mucho más que lo expuesto hasta ahora, me expondrán a frecuentes reproches y discrepancias por cuanto en general discurrirán francamente en sentido contrario a las que suelen ser habituales.

Me importa comenzar con unos peculiares ejemplos, referentes a la prisión preventiva y a la excarcelación. Temas profundamente debatidos en los días que corren.

Hace más de veinte años, quien ejercía *de facto* el poder ejecutivo de la nación lanzó sobre mí la amenaza de hacerme juicio político, como integrante e la Cámara criminal de la capital federal, por haber integrado la sala del tribunal que concedió la excarcelación de un procesado al que una muy prolongada y encarnizada campaña

de prensa, unida a una apasionada corriente de opinión por ella conformada, había ya condenado mucho tiempo antes sin sentencia judicial ninguna. Únicamente la buena estrella que siempre ha acompañado mi vida, por medio de un amigo mio que me hizo desistir, hizo que permaneciera en el cargo que estuve a punto de renunciar ruidosamente, negando en forma pública al mandatario potestad legítima para interferir en mis funciones jurisdiccionales. Recuerdo el episodio porque casi en la misma época, en 1971, la profesora de un liceo francés se quitó la vida, entre otras cosas, por la perturbación psíquica que le había producido la resolución extrema de un juez que la había mantenido en prisión preventiva durante largo meses, en el curso de un proceso por "detournement de mineur", secuela de un romance amoroso con un discípulo de diez y ocho años. El "affaire ROUSSIER" que por entonces se hizo célebre en Francia, estuvo en boca de todo el mundo y dio ocasión a las más diversas y apasionadas discusiones. Como consecuencia de ello se reformó el Código de Procedimiento francés, restringiéndose el ámbito de la prisión preventiva durante el proceso y se amplió el de la libertad provisoria de carácter cautelar.

En torno de la misma problemática, cuando yo era miembro de la Cámara Criminal, me indignaba oír con bastante frecuencia, y con referencia a algún imputado, que las sospechas que gravitaban en su contra, apuntaladas por alguna presunción, bastaban y aun sobraban para pronunciar una prisión preventiva, aunque el juez de la causa estuviese convencido de que en el futuro no se añadiría ninguna otra prueba de cargo, de tal manera que indefectiblemente se impondría la absolución.

Mis convicciones morales y jurídicas, que no han variado un milímetro, me inducían a pensar que de ser yo el magistrado jamás habría dictado la prisión preventiva, sobre todo si se tratase de algún hecho no excarcelable por el cual el imputado podría permanecer privado de su libertad, quizá durante meses y años, antes de la sentencia absolutoria. ¿Qué sentido de justicia tiene, en efecto, en tal caso, una medida de "cautela personal"? ¿Cautela contra qué y para qué?

Pero al modo contrario de pensar es muy frecuente, con lo cual se violan flagrantemente normas constitucionales y se transforma la prisión preventiva en imposición real y anticipada de una efectiva pena privativa de libertad sin sentencia condenatoria.

Este debiera bastar para sobrecoger la sensibilidad de cualquiera.

En los establecimientos carcelarios argentinos, en efecto, dos terceras partes de los que están allí encerrados no son condenados sino procesados, a la espera de la sentencia. Dicho en otras palabras: dos tercios de las personas recluidas son ciudadanos a quienes la Constitución ordena considerar inocentes; pero allí están cumpliendo una efectiva pena privativa de libertad sin haber sido condenados, y sin que sea importante que a la postre puedan ser inocentes y absueltos.

En holocausto a una represión a toda costa, sin embargo, no se trepida en propiciar la extensión cada vez mayor de esta punición ilegítima, ampliándola a numerosos delitos que hoy son excarcelables, con lo cual no solamente se aumenta el hacinamiento carcelario (que por otra parte se dice querer evitar) sino que se pone en jaque a la justicia y a la Constitución.

Yo comprendo perfectamente que se quiera, por ejemplo, terminar con el abigasto. Pero ocurre que para tal fin se propicia la privación de la libertad anticipada, en forma de prisión preventiva (y esto es aberrante) para quien ha robado tres vacas... mejor dicho, para quien se halla sindicado de haber robado tres vacas... ¿y si es inocente?

Con el debido respeto por quien piense de manera diferente, yo creo que este procedimiento es inadmisible, humana y constitucionalmente.

La opinión pública, y naturalmente la prensa que la empuja, suelen exigir que se ponga entre rejas a todo sospechoso de delito. Y lo grave es que las instancias legislativas, tanto nacionales como provinciales, tienden a satisfacer estas exigencias.

Contrariamente a todo esto, pienso firmemente que corresponde que las leyes procesales penales abran las posibilidades de libertad durante el proceso, a semejanza de lo que ocurre en otras partes, creando substitutivos de la prisión preventiva, aplicables de manera alternativa, que los hay, y muchos, y de probada eficacia. Así lo hace, por ejemplo, el proyecto gubernamental del Código Procesal en cuya redacción intervinieron, entre otros, JULIO MAIER y JOSÉ CAFFERATA NORES, que enumera, solo como una de esas posibilidades, la caución económica (art. 209, núm. 7).

Es obligatorio llegar al convencimiento de que no es privando de la libertad anticipada por delitos que acaso no se han cometido como se evitará justa y razonablemente el auge de la delincuencia.

Por encima de toda otra consideración debe gravitar como un dogma que el Estado democrático y personalista en modo alguno puede decirle a ningún ciudadano: "no importa en definitiva que puedas ser inocente; de todas maneras te encierro para que los demás no delincan, aun a riesgo de tener que devolverte tu libertad quizá después de dos o tres años". Cosa que ocurre con horrorizante frecuencia.

Entre profesionales del derecho (a diferencia de lo que ocurre frente a la opinión del profano, en la prensa o fuera de la prensa, que ni siquiera procura una elemental información cuando opina sobre cuestiones penales) podría parecer redundante recordar que detrás de la ley penal está una filosofía política, derivada de una *Weltanschauung*, que recoge la Constitución Nacional y que es obligatorio respetar. Se trata de una concepción personalista de la vida y del derecho, con arreglo a la cual la persona humana ocupa la cúspide de la pirámide axiológica.

El régimen democrático y liberal en el Estado de derecho consagra dogmas o principios inviolables en tutela de la libertad y la dignidad humanas. Tales el principio de legalidad, el de culpabilidad, la presunción de inocencia, el beneficio de la duda, que ordenan que las leyes penales se estructuren y apliquen *pro libertatis* o *pro reo*, a diferencia de los sistemas totalitarios en los que se elaboran y aplican *pro societatis* o *pro republica*. He aquí por qué en nuestro derecho está axiológicamente impuesta en la duda la absolución de cien culpables cuando exista el peligro de que su condena implique la de un único inocente. Por supuesto que todo lo contrario acontece en el totalitarismo penal: en la duda hay que cortar la cabeza del sospechoso, en aras del principio de que no hay ninguna supremacía de la persona: *indivudalmente, nadie vale nada* (por consiguiente: *salus publica suprema lex est*).

Es evidente que esto no gusta a muchas personas. Pero este es, imperativamente, el esquema de valores del derecho positivo vigente.

Lo expuesto explica multitud de cosas que ordinariamente la gente no se explica. Por ejemplo aquello de "entrar por una puerta y salir por la otra", manoseada frase que se repite todos los días de manera monótona, en la calle, en la prensa, en la televisión... Es posible que el hecho obedezca efectivamente a deficiencias morales o funcionales del sistema, pero es de toda evidencia que en la mayor parte de los casos se tratará de un juez que cumple con sus deberes y respeta puntualmente los principios liberales de la Constitución vigente, quizá exponiéndose al veredicto popular adverso.

A pesar de todo, repito, alguien continuará protestando porque no se encuentra entre rejas cualquier sospechoso de haberse apoderado del pasacassette de un automóvil, o porque no se le corta la cabeza al imputado (acaso por error) de algún crimen espectacular y sangriento. Podría ser que la razón le acompañe. Y desde luego tiene el derecho constitucional de expresar y defender sus puntos de vista (los órganos masivos de comunicación le abrirán las puertas). Pero para que sean aplicadas como ley por la justicia argentina será necesario que obtenga la modificación de las bases, fundamentos y normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento democrático. Es lo que al parecer quieren algunos, y contra lo que es preciso luchar denodadamente.

No quisiera pasar por alto y sí detenerme con algún cuidado sobre un punto muy conflictivo. Se trata del papel fundamental que juega la prensa, tanto la escrita como la electrónica y audiovisual, en esto de la crisis y la crítica del sistema punitivo.

Prensa y criminalidad. He aquí un tema de proyecciones intimidantes, que únicamente me atreveré a rozar superficialmente, en razón de que integra una problemática tan complicada que es preciso manejar con el más exquisito cuidado.

Por de pronto declaro que soy democrático hasta la médula de mis huesos y que no concibo ninguna especie de democracia sin prensa libre. Pero esto no empece a que plantee aquí algunas de las cuestiones que me vienen preocupando desde hace mucho tiempo y que considero imprescindible debatir algún día a fondo. Por ejemplo, en un Congreso especializado en que se discuta, pongamos por caso, las relaciones que deben existir entre lo delictivo y la prensa libre.

Comienzo por señalar una gruesa inexactitud en que incurren los editorialistas de la prensa escrita, y sobre todo los operadores de la prensa audiovisual. El Código Penal argentino de 1921 ni es anacrónico ni es obsoleto, como se estila decir frecuentemente. En cuanto a lo primero, el Código francés, por ejemplo, se sancionó hace doscientos años y rige todavía; el imperial alemán de 1871 fue reformado hace poco, después de más de un siglo de vigencia; y no son más modernos otros códigos del mundo occidental, como el español en vigor. En lo que toca a severidad, nuestro Código es más severo que muchos otros, inclusive el alemán derogado y el de 1975 que consagra, por la primera vez en el país más adelantado del mundo en materia penal, instituciones que ya figuraban hace más de cincuenta años en la ley penal argentina. Véase, pues, cuánta razón tengo para afirmar que se habla sin conocimiento de causa o, al menos, con ausencia de suficiente información.

Pero hay muchas otras cosas repudiables. Veamos un ejemplo peculiar: la prensa audiovisual, con gesto de inquisidora universal, suele sentar en el banquillo de los acusados a los jueces penales, no solo para discutir con ellos sus opiniones y aun sus resoluciones, cuando menos de manera absolutamente impertinente, sino para ponerles frente a frente para realizar entre ellos una especie de careo. Los televidentes de este país pudimos ver —con estupefacción— cómo alguna vez el operador frente a los magistrados encaró a uno de ellos para pedirle que explicara por qué sostenía que en algún caso muy discutido no existe un homicidio consumado, frente a probanzas que según el operador lo acreditan indiscutiblemente. Y los magistrados se han prestado a menudo a manipuleos semejantes, sometiéndose resignadamente a la vejación de interrogatorios inadmisibles. ¡Esto es sencillamente inconcebible!

Si la memoria no me engaña, creo recordar que alguna vez la Cámara Criminal de la que formé parte, en relación con un caso que rompía las normas por aquel entonces habituales, tomó discretamente ciertas providencias para hacer cesar esta especie de espectáculos deprimentes. Hubo de juzgar, sin duda, como un notorio menoscabo para la justicia y socialmente nocivo, el que un juez adule a la opinión pública por medio de la prensa televisada. Como si fuese un personaje de teatro en busca de popularidad o un político en vísperas de elecciones.

La libertad de prensa, que ha hecho correr ríos de tinta en todos los países del mundo y que "es piedra de toque de todas las libertades", como lo ha proclamado la Organización de las Naciones Unidas, tiene por finalidad fundamental formar una opinión pública madura y sanamente orientada, procurando libre información en todo lo concerniente a los intereses y a la vida pública, a fin de que el ciudadano pueda controlar e influir sobre el desempeño de sus gobernantes.

Pero este *telos* es frecuentemente traicionado en perjuicio de los valores de la comunidad. ¿Qué tiene que ver, por ejemplo, con ese "telos", el llamado "destape" en los medios televisivos que llegan por sorpresa a la intimidad de los hogares, introduciendo en ellos un erotismo de creciente descaro; o la exhibición cotidiana y a todas horas de producciones fílmicas extranjeras en serie, impregnadas de violencia e inmoralidad, en las que se suceden episodios criminales de toda especie, perversiones sexuales, drogadicción, corrupción de toda estirpe, etc.? ¿Qué principio jurídico, qué fundamento legítimo, qué finalidad socialmente valiosa puede aducirse para legitimar estos espectáculos y, sobre todo, para cohonestarlos, a pesar de su carácter incuestionablemente criminógeno, con propósitos de luchar contra la delincuencia, tanto más cuanto que se repite el irrisorio anuncio de que a las veintidós horas termina el horario de protección al menor?

Pero la problemática que suscitan las relaciones de prensa y criminalidad es sumamente rica. Ningún poder del Estado, por ejemplo, ni el ejecutivo, ni el legislativo, ni el judicial, pueden aniquilar impunemente derechos legítimos de los ciudadanos. Pero esto no parece valer cuando se trata del que hiperbólicamente se denomina "cuarto poder", a pesar de que la Corte Suprema de Justicia de la nación ha sostenido —en el caso MALIO— que el ejercicio de la prensa debe imperativamente "coexistir armónicamente con los demás derechos que integran el ordenamiento

jurídico", y servir, en expresión acertada del ministro FAYT, "como escudo de los derechos individuales".

Pero es notorio que la prensa vulnera cotidianamente derechos legítimos de las personas. Y cuando el titular del derecho lesionado protesta, se le responde con un argumento irrisorio: la prensa no tiene otra limitación que el juicio criminal por calumnias o injurias, o, eventualmente, alguna otra figura penal.

Pero este sempiterno caballito de batalla es notoriamente inaceptable por insuficiente. Descuida el hecho de que no todo exceso o ilicitud perpetrada por la prensa asume las características de una acción típicamente delictiva. Es por esto por lo que ha podido decir GERMÁN BIDART CAMPOS, con sobrada razón, que "no todo agravio o toda ilicitud... configuran los ilícitos enfocados en el delito de calumnia y en el de injuria" (o en alguna otra figura, cabría añadir).

Pudieran esgrimirse numerosos ejemplos. Tales los que provienen de expresiones o relatos agraviantes no delictuosos, de informaciones inexactas, exageradas, deformadas, imprudentes, etc. (cuya legítima reparación debiera ser el llamado "derecho de réplica"), o los que significan atropellos palmarios a intereses jurídicamente protegidos y que quedan a merced de un periodismo intocable. Tales, entre otros, los que frecuentemente vulneran la intimidad de las personas. A veces, inclusive, la de personas perfectamente inocentes que ninguna injerencia tienen en episodios delictuosos con los que aparecen indirectamente vinculadas. Pero, mucho más frecuentemente, respecto de imputados o procesados cuya vida privada se pone en la picota sobre episodios o aspectos íntimos que no tienen absolutamente nada que ver con el delito o delitos que se investigan. Costumbres inmorales, por ejemplo, o viciosas, que ningún derecho autoriza revelar. Es que apenas se produce un episodio criminal con ribetes más o menos escandalosos o espectaculares, la prensa entra a saco inescrupulosamente en la vida de cuanta persona se le ocurra, sin el menor miramiento por nada ni por nadie.

Pero todavía hay casos más chocantes: La "fabricación" de delincuentes, por ejemplo, a remolque de algún hecho en cuya investigación judicial ni siquiera se ha dictado prisión preventiva. El sensacionalismo periodístico realiza a veces una suerte de investigación criminalística paralela, y a través de ella constriñe, vigila, presiona a los organismos ejecutivos, policiales, y aun judiciales, en procura de resoluciones prefabricadas. De este modo, al cabo de encarnizadas campañas, que a veces se prolongan durante años, la personalidad ética de ciertos procesados queda aniquilada para siempre, aunque resulten absueltos en el proceso. El desprecio por el principio constitucional de inocencia es francamente irritante y particularmente doloroso en ciertos casos, como el señalado por el camarista ALBERTO ADOLFO CAMPOS, al votar en el caso VEIRA. Refiriéndose al menoscabo de aquel principio y señalando "el desaprensivo tratamiento del caso por la prensa", se dolió de que hubiese resultado consumada la "descalificación pública del *encausado* frente al hombre medio de nuestra comunidad"; "es en esta clase de delitos —dijo— donde el estigma anticipado no logra borrarse fácilmente del recuerdo colectivo, más propenso a la diatriba que a la reivindicación" (aunque "los jueces lo absolvamos", añadió).

Giran en mis recuerdos algunos casos, incluso acaecidos en el transcurso de mi carrera judicial, pero me abstengo de recogerlos aquí. Prefiero recordar uno solo, ocurrido fuera de los tribunales de la capital, hace muchos años, ampliamente conocido y comentado en su época. Me refiero al llamado caso "Penjerek", en que la prensa introyectó indeleblemente en la opinión pública la imagen de un monstruo humano, violador y corruptor sexual, que sin embargo fue asimismo absuelto después de unos años de proceso. Obviamente el estigma, al que aludía CAMPOS, indeleblemente incrustado en la mente popular, no lo abandonó nunca más.

Cabría asimismo señalar otra clase de excesos o abusos hasta hoy inevitables pero especialmente nocivos.

Todo el mundo recuerda y conoce el dramático episodio del que fue protagonista el ingeniero Horacio Santos. Probablemente uno de los que más profundamente han conmovido a la opinión pública en los últimos tiempos (antes de la actual conmoción por el caso Patti).

El 16 de junio último, viendo el ingeniero que dos sujetos se alejaban en un automóvil después de haberle robado un pasacassete de su coupé, estacionado frente a su casa, se lanzó en su persecución en otro automóvil. Logró alcanzarlos después de precipitada carrera, al cabo de la cual les dio muerte con sendos disparos de arma de fuego certeramente dirigidos a la frente. Al parecer se trata de un experto tirador, y los ladrones se habrían burlado de él cuando intentó recuperar el aparato.

Sin la menor intención de enjuiciar el hecho, me importa referir que cuando un grupo de profesores, penalistas, psiquiatras, sociólogos, retornábamos a Buenos Aires después de unas jornadas científicas, nos enteramos con estupor, en el avión que nos conducía, de que el operador de un medio masivo audiovisual, después de dar la noticia del hecho, añadió su opinión de que el ingeniero, al obrar como lo hizo, se convirtió en un "nuevo líder social"; y añadió que él en igual coyuntura "habría hecho lo mismo". Estas expresiones insólitas produjeron en todos nosotros una profunda indignación. Yo les dije, entonces, con aprobación de todos, que a modo de vocero del grupo haría una breve comunicación por la prensa repudiando la actitud del periodista.

Así intenté hacerlo apenas llegué a Buenos Aires. Redacté unas líneas y las remití a la sección "Cartas de Lectores" de un diario de la capital. No tuve ningún éxito. Reiteré ulteriormente el intento dirigiéndome a muchos otros diarios tanto de Buenos Aires como de La Plata, haciéndolo también por carta a algunos otros conductores televisivos. Jamás logré nada. Al contrario, ni siquiera se tuvo conmigo la cortesía de acusarme recibo.

Por supuesto que más que oponer mi opinión personal a la del operador yo pretendía, en modestísima medida, neutralizar el impacto nocivo de opinión tan imprudente, expresada a través de un medio como la televisión, tan incisivo y apto para apoderarse del psiquismo del espectador. Por supuesto que la repercusión popular desquiciante fue notoria y masiva. Multitud de gente se apresuró sin pérdida de tiempo a adquirir armas de fuego (que aumentaron de precio en las armerías), dispuestas a emular al "héroe" o al "justiciero", y a tomar la justicia por mano propia.

En las frustradas publicaciones que intenté (que fueron varias) yo procuré ser superlativamente prudente y respetuoso, y me limité a señalar el abuso temerario de la televisión que tal hecho suponía. Esto no evitó el fracaso. Pensé entonces que quizás las cosas habrían sido distintas si hubiese recurrido a una "solicitada paga". Hoy pienso que ni siquiera esto hubiese sido eficaz. En nuestro país solo me era dado expresar mi opinión adversa a la del periodista, y formularlar públicamente, como lo hizo él, comprando un diario o adquiriendo especialmente un canal de televisión. ¿Es esto la libertad de prensa?...

Esta curiosa unanimidad no puede sino expresar una solidaridad implícita, incluso en el error, dentro de la familia periodística: no está permitida la menor crítica. Debe tolerarse cualquier exceso, salvo el recurso al juicio criminal.

Pienso que todo esto deriva, según creo, de que el derecho de prensa se ejerce como si fuese un derecho absoluto. Pero obviamente no es así. "Ninguna forma de libertad de expresión es absoluta", ha dicho la Corte Suprema. Ese derecho está dentro del ámbito de la Constitución Nacional y es susceptible de reglamentarse como todos los derechos que enumera el art. 14, ya que ni siquiera la vida constituye un derecho absoluto.

Es a esto a lo que obedece, por ejemplo, el llamado "derecho de réplica", vigente en más de una decena de constituciones provinciales y hoy replanteada con motivo de la ley sancionada en Río Negro, coincidentemente con el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

La justicia, por su parte, que siempre ha sido tímida frente a estos abusos y excesos, suele sin embargo hacer oír su voz, como la del magistrado CAMPOS antes citada, que criticó a la prensa no solo por la "descalificación" pública del procesado sino porque estaba "en juego el nombre de un menor". También en el caso SANTOS, el juez CEVASCO sostuvo la necesidad de "alejar de la consideración pública" las situaciones que llevarían a "reivindicar la venganza privada y la justificación ética y jurídica de los actos violentos ajenos al marco legal", lo que consideró inadmisible[1].

[1] El candente episodio protagonizado por el comisario PATTI viene a confirmar todo cuanto vengo señalando. El sentido de la reacción popular ante su detención (con motivo del sumario criminal que se ha iniciado contra él) es substancialmente idéntico al del caso SANTOS.

Con independencia de que el comisario de Pilar pueda o no ser absuelto por la comisión del delito que se le imputa (lo que en su momento resolverá la justicia), solo quiero señalar que en este caso aparecen nuevos motivos de sorpresa.

El primero emerge del hecho de que se ha dicho en la calle, y lo han convalidado la televisión y a través de ella incluso algún diputado (!), que el delincuente "carece de derechos humanos" (!).

La prensa audiovisual, por su parte, ha reiterado sus habituales excesos.

Especialmente irritante es que un operador, universitario distinguido, haya dado cabida nuevamente en el curso de su actuación a un mensaje cuando menos equívoco y, por ello, profundamente dañoso. Se trata de la exhibición de una "encuesta" (como las que hoy se estilan en los medios televisivos) en la que se da cuenta de un arrollador porcentaje de opinión pública en favor del comisario. Pero estas cifras ¿deberán ser interpretadas simplemente como expresión de una manifiesta simpatía por el policía y por su correcta actuación anterior al hecho o, además, como aprobatorias también de la conducta ilícita por la cual se le ha detenido? Si la encuesta se entendiera en este último sentido, resultaría que es lícita cualquier cosa que se haga contra el delincuente (inclusive un delito de repercusión internacional). Su tortura ni siquiera podría legitimar la prisión preventiva del torturador.

Muchos otros aspectos importantes del tema escapaban a la posibilidad de ser aquí mencionados. Repito que la materia requiere planteamientos profundos y documentados que debieran debatirse extensamente, como espero que se haga algún día en este país.

Entre tanto declaro mi convencimiento de que es imprescindible intentar hallar los medios para evitar, en la medida de lo posible, los excesos y abusos más perjudiciales y que no tengan carácter delictivo.

Incurriría en imperdonable ligereza si me atreviese a sugerir un remedio. Pero alguno debe haber. Creo que existe, por ejemplo, una regulación normativa que restringe y limita la actuación de la prensa cuando se trata de la comisión de delitos en los que está implicado un menor, como autor o como víctima. Y que yo sepa no se han aducido en este caso las sempiternas objeciones constitucionales, basadas en la sacralizada intangibilidad de la prensa. Claro está que habrá que imaginar otros procedimientos más eficaces, visto que las mencionadas restricciones son absolutamente inocuas, ya que son violadas de manera patente todos los días. En algún proceso, todavía pendiente de una resolución de la Corte, la prensa se refirió inescrupulosamente a detalles perjudiciales para el menor víctima y su imagen moral. A punto tal que la propia madre hubo de expresar su profundo pesar por las secuelas de perturbación psíquica sufridas por la víctima con motivo del proceso y del exceso publicitario.

Estrictamente en lo que se refiere a la vinculación entre prensa y proceso penal, vengo pensando desde hace muchos años (y me atrevo a manifestarlo aquí con extrema timidez) que únicamente sería admisible una prensa sin trabas de especie alguna en el período del juicio propiamente dicho, esto es, en el plenario del procedimiento, de manera parecida a lo que ocurre en otros países, como Inglaterra.

Hace más de una década, un lord inglés, en una conferencia que dictó en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, refirió el episodio de un diario londinense que calificó a un sujeto, sospechoso de múltiples asesinatos, como un nuevo "Jack el destripador". Esto no es posible, dijo, en la justicia inglesa, que inmediatamente previno al periodista amenazándole con tomar drásticas medidas sancionatorias si se persistía en la calificación sensacionalista. Claro está que allí existen leyes que contienen los excesos y que protegen enérgicamente, por ejemplo, la intimidad de las personas contra la intromisión indebida de la prensa. Otros dispositivos legales retringen su actuación y le impiden toda intervención en la cobertura de situaciones judiciales o hechos criminales que aún se encuentren bajo la jurisdicción de la justicia.

A ello se añade la indignante narración de un episodio dramático para cuya eventual solución hasta se admitió el empleo de la tortura.

Esto implica que el operador olvidó varias cosas muy importantes, a saber: 1) que en la Argentina la Asamblea de 1813 abolió la tortura, y que esa abolición (que era tortura "del delincuente") se recogió en el art. 18 de la Constitución; 2) que el art. 144 ter. del Código Penal castiga con graves penas el tormento o las torturas impuestas por un funcionario policial a los presos que guarde; 3) que los delitos allí tipificados protegen bienes jurídicos emergentes precisamente de los derechos humanos que la legislación nacional vigente reconoce a todo delincuente, en concordancia con el derecho internacional actual.

No cabe duda alguna de que en el período del plenario puede admitirse la exigencia legítima, en un país democrático, de que la opinión pública reciba información de la manera en que funciona la justicia; así como sobre los motivos por los cuales se absuelve, o los fundamentos en cuya virtud se condena a una persona. Pero esto, que es de la esencia de una democracia liberal, no quiere decir que se apañe el libertinaje de prensa. Invocando una vez más a KARL POPPER, reconozcamos que "necesitamos la libertad para evitar el abuso del poder", pero "necesitamos del Estado para evitar el abuso de la libertad".

Llegado a este punto de la exposición, parece razonable decir algo sobre la manera de intentar superar la crisis que padece la función punitiva.

Ciertamente existen granitos de verdad en las críticas expuestas. Y por supuesto es indispensable corregir las notorias fallas del sistema, pero sin mover un milímetro los cimientos del edificio político-filosófico-antropológico sobre los que se asienta la democracia penal argentina.

Por supuesto que esto no cuenta frente a quienes adoptan como consigna la abolición del derecho penal, postulando una nueva sociedad transpersonalista, marxista, neo marxista, o lo que sea.

Pero, prescindiendo de estos extremos, es cierto que existen graves deficiencias que es urgente modificar. Es preciso, por ejemplo, ampliar los mecanismos de criminalización para captar ciertas formas dañosas de los llamados delitos "no convencionales", en el área de la delincuencia económica de alto coturno, nacional o transnacional, los tan traídos y llevados "delincuentes de cuello blanco", la delincuencia ambiental o ecológica, la evasión impositiva, el terror político, la violación del trato humano de los detenidos y las actuaciones arbitrarias de la policía. Asimismo es urgente una mayor tutela en áreas referidas a la salud popular, la seguridad, los medios de comunicación vial; debe también preverse la posible repercusión dañosa de la ingeniería genética, la inseminación artificial, el cambio de sexo.

Debe asimismo meditarse en la posibilidad de descriminalizar o despenalizar ciertos delitos menores o insignificantes (los denominados "miniaturas de delito"), especialmente en el área de ciertos ilícitos contra la propiedad, algunas formas de delitos vinculados a la opinión, convirtiendo muchas acciones delictivas en simples contravenciones. Todo ello dentro de la línea del programa del Comité europeo para la descriminalización.

Unido a lo anterior es preciso insistir en una reducción racional del sistema punitivo dentro del principio, hoy admitido universalmente, de *ultima ratio* y de subsidiaridad de la pena criminal; limitación drástica de las penas privativas de libertad (atendiendo al fracaso de la cárcel), protección cuidadosa y creciente de todos los derechos humanos, etc.

Por último, es de todo punto conveniente evitar todo extremo que sirva de pretexto para aducir que el sistema penal es expresión de privilegios exclusivos de las clases dominantes y que el "chivo emisario" únicamente es el pobre diablo de las clases sumergidas, de manera que mientras los altos capitanes de la industria,

el comercio o la política, disfrutan de una impunidad total, las cárceles están superpobladas por ladrones de gallinas.

Desde el punto de vista de las críticas emergentes de la opinión pública es de toda evidencia que también la justicia exige reformas y ajustes substanciales en múltiples aspectos ampliamente conocidos. Pero es también obligatorio negar enfáticamente que la crisis institucional y penal, la quiebra de la seguridad, y la extensión de la ola delictiva, obedezcan a fallas del poder judicial. Dejando de lado este planteamiento simplista, ciertamente el mal juez debe ser socialmente repudiado y destituido sin miramiento alguno, pero debe asimismo consolidarse la independencia absoluta del poder judicial que integra el gobierno democrático en pie de igualdad a los poderes políticos y asegurar su autarquía financiera, que acaba de ser una realidad.

Muy especial consideración merece la policía de seguridad.

No cabe la más ligera duda de que los acontecimientos criminales que con increíble frecuencia, prácticamente todos los días, son protagonizados por integrantes de los cuerpos policiales, merezcan el máximo reproche. Cualquier pena resulta aquí insuficiente porque toda culpa ético-social y penal resulta superlativamente intolerable cuando el crimen se perpetra precisamente por quienes manejan las armas que la comunidad les ha entregado para que la defiendan. En muy pocos casos como este, quienes abominamos radicalmente de todo intento restaurador de la pena de muerte, nos explicamos que haya quienes proponen su vigencia.

Hace muchos años el presidente FRONDIZI consultó a JIMÉNEZ DE ASÚA sobre la oportunidad de redactar un nuevo Código Penal substitutivo del vigente. El profesor español recomendó no tocar el Código. Sostuvo en cambio que el problema argentino pasaba por la organización y apoliticidad de la justicia, pero quizá en grado mucho mayor por la función policial.

Es que la justicia obra *post delictum*, frente a hechos consumados irreversiblemente. Pero lo más importante es prevenir con la máxima eficacia y oportunidad, antes, y no reprimir *a posteriori*.

En la Argentina es necesario realizar un saneamiento total y ejemplarizador de la policía. Incluso una revolución institucional, un saneamiento drástico de todo el ámbito policial. Pero, para ello deben integrarse los cuerpos policiales recurriendo a una óptima y cuidadosa selección: una óptima selección en primer lugar en lo que respecta a idoneidad moral, seguida de una óptima preparación técnica, garantizadas ambas por el paso a través de serios institutos de especialización profesional. Además, paralelamente, es indispensable el pertrechamiento de todos los elementos de toda especie exigidos por una moderna tecnología criminalística.

Por último, es fundamental asegurar un nivel de vida decoroso que ponga al policía a cubierto de la necesidad, colocándole a la altura de lo que debe ser su jerarquía funcional. Para ello debe ser retribuido, incluso en medida análoga o cercana a los cuerpos de funcionarios judiciales, puesto que el menester policial en modo alguno es menos importante que el que cumplen aquellos.

Finalmente, algunas consideraciones de orden general.

Conviene machacar, ante todo, en que el tremendo problema de la criminalidad no se resuelve, ni muchísimo menos, por medio de leyes acompañadas de tremendas penas criminales, las que siempre serán modestísimos instrumentos de disuasión o intimidación. La ley jamás tendrá por sí sola el mágico poder —como cree la gente— de resolver el problema penal, y menos a través de penas draconianas que son las menos eficaces, como lo ha probado acabadamente la praxis universal.

Por otra parte, algo superlativamente importante: la crisis penal, como en general la crisis total que hoy padece el país, es fundamentalmente una crisis de orden moral. La solución de tal crisis únicamente vendrá a través de un extenso proceso de reeducación encaminado a transformar pacientemente y consolidar ciertos valores éticos, individuales y colectivos. Es ilusorio y utópico creer que esto puede lograrse por obra de leyes y decretos gubernativos.

Tampoco es cuestión de dibujar ambiciosos esquemas políticos criminales. El problema social de la criminalidad requiere, en primer lugar y en vastas extensiones de su problemática, una genuina "política social", que le encare en sus múltiples dimensiones. Únicamente dentro de una tal "política social" tendrá sentido intentar una "política criminal" que tenga probabilidades de eficacia, como lo han sostenido reiteradamente los organismos especializados de las Naciones Unidas.

Para terminar, así como lo primero es *vivere* y únicamente después *filosofare* hay una necesaria prioridad o prelación en los problemas críticos y acuciantes de una sociedad dada. Sin negar que el crimen o la seguridad lo sean, es cuando menos dudoso que les correspondan una franca prioridad. Quizá antes que ellos, o al menos en idéntico plano, se hallen otros como los de la niñez abandonada, la infancia desvalida, el hambre, la miseria, la salud comunitaria, los establecimientos hospitalarios, etc. Todos ellos demandan enormes y sostenidos esfuerzos, además de ingentes recursos de los que hoy por hoy carece el Estado, razón por la cual resulta muy difícil una solución satisfactoria más o menos inmediata.

Por esto no es razonable exigir que la crisis punitiva y el sistema de seguridad sean resueltos por el gobierno con inmediatez ("ahora" y "aquí" como lo ha dicho con notoria ligereza algún periodista). Es preciso acostumbrarnos a la idea de que esto únicamente se logrará a través de persistentes sacrificios de toda la comunidad y a lo largo de un lapso que de ninguna manera será breve. Asimismo habrá que acostumbrarse a la idea de convivir con un cierto margen de criminalidad que por desdicha acompañará siempre a la sociedad humana y que es insuprimible.

Tengo plena consciencia de que muchas cosas que he dicho son fuertemente polémicas y urticantes. Pero creo que era mi deber inexcusable decirles y ocuparme de ellas, en cumplimiento de un compromiso moral ciertamente ingrato que he intentado satisfacer ajustándome, como siempre, a mi leal saber y entender.

Vuelvo a admitir, por supuesto, que puedo haber estado equivocado en todo o en parte.

Esto es todo.

LEGISLACIÓN

Estatuto para la defensa de la justicia

DECRETO 2790 DE 1990
(noviembre 20)

"por el cual se dicta el Estatuto para la Defensa de la Justicia, integrando en una sola jurisdicción los jueces de orden público y los Especializados, creando mecanismos jurídicos para su protección y la de los demás intervinientes en los procesos penales de su competencia, organizando la Subdirección Nacional y las Direcciones Seccionales de Orden Público para darles el apoyo operativo y necesario para el cumplimiento de sus funciones y robusteciendo los organismos auxiliares de la justicia".

El presidente de la república de Colombia,

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, y en desarrollo del decreto legislativo número 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, para combatir las perturbaciones producidas por bandas de terroristas y de narcotraficantes;

Que las acciones de estos grupos persisten en la actualidad, causando no solo muchas pérdidas de vidas en los miembros de la comunidad, sino también entre los jueces y demás personas que por razón de sus funciones deben participar en los procesos que se adelantan contra ellos;

Que es necesario buscar mecanismos jurídicos que permitan dar seguridad a los jueces de la república y a las demás personas que vienen siendo objeto de atentados por razón de su participación en las investigaciones adelantadas contra sus integrantes;

Que hay que dotar a la jurisdicción de orden público de un soporte administrativo eficiente que permita a sus integrantes cumplir su función en forma adecuada;

Que es necesario robustecer la capacidad operativa de los cuerpos auxiliares de la justicia para que puedan luchar eficazmente contra las organizaciones delictivas que perturban la tranquilidad del país,

DECRETA:

Capítulo I

Del Tribunal Superior de orden público, los juzgados de orden público y sus correspondientes fiscales

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, la jurisdicción de orden público continuará funcionando con el tribunal superior de orden público y los jueces, fiscales y policía judicial a que se refiere este decreto.

Art. 2°.—A partir del 16 de enero de 1991 los jueces de orden público tendrán jurisdicción en todo el territorio nacional, pero cumplirán sus funciones ordinariamente en la sede que les señale el subdirector nacional de orden público.

Art. 3°.—Toda referencia normativa que exista en relación con los juzgados de orden público, sus jueces y personal subalterno, las fiscalías de dichos juzgados, sus fiscales y personal subalterno, se entenderá hecha a los jueces de instrucción y conocimiento y a los fiscales de orden público a que se refiere este estatuto, así como al personal subalterno, en cuanto no se oponga a lo dispuesto por el mismo.

Capítulo II

De la competencia

"Art. 4°.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce con relación a la jurisdicción de orden público:

"1. Del recurso extraordinario de casación.

"2. Del recurso extraordinario de revisión.

"3. Del recurso de hecho, cuando se deniegue el recurso de casación.

"4. En única instancia, de las actuaciones y procesos que se inicien o adelanten contra los magistrados del Tribunal Superior de Orden Público y sus fiscales, por delito cometido en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, con arreglo al procedimiento penal ordinario y, en segunda instancia, de las actuaciones y procesos que inicie y adelante el Tribunal Superior de Orden Público contra los jueces de instrucción y conocimiento de orden público y contra los fiscales de orden público, por delito cometido en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas".

"Art. 5°.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Sin perjuicio de lo previsto en otras disposiciones legales, el Tribunal Superior de Orden Público, conoce:

"1. De los impedimentos de sus miembros, lo mismo que de los de jueces y fiscales de orden público, los cuales decidirá de plano.

"Durante el proceso no habrá lugar a formular recusación, pero los jueces y agentes del ministerio público deberán declararse impedidos cuando exista causal para el efecto.

"Si el incidente prospera y se trata de un juez, se remitirá el asunto al director seccional de orden público a fin de que este haga la nueva asignación de manera inmediata.

"Cuando se trate del fiscal, o agente del ministerio público, se dará aviso al procurador departamental o provincial correspondiente a fin de que disponga de inmediato su reemplazo.

"2. De los recursos de apelación contra las providencias proferidas por los juzgados de orden público que sean susceptibles de este recurso, y del recurso de hecho cuando se deniegue el de apelación.

"3. En única instancia y en sala unitaria, del trámite del derecho de *habeas corpus* en relación con los delitos de la jurisdicción de orden público (art. 62).

"4. Del grado jurisdiccional de consulta en relación con todas las sentencias absolutorias, las providencias que disponen cesación de procedimiento o la devolución de bienes a particulares, y los autos inhibitorios que impliquen devolución de bienes.

"Si el tribunal inadmite el recurso de apelación y la providencia impugnada es susceptible del grado jurisdiccional de consulta, asumirá inmediatamente el conocimiento del proceso y dará el trámite correspondiente.

"5. En primera instancia, de las actuaciones y procesos que se inicien o adelanten contra jueces de instrucción o de conocimiento de orden público, o contra los fiscales de orden público, por delito cometido en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, los cuales serán tramitados conforme al procedimiento penal ordinario.

"*Parágrafo.*—A fin de garantizar la seguridad de los magistrados los asuntos correspondientes a la competencia del Tribunal Superior de Orden Público se distribuirán entre ellos conforme al procedimiento que se establezca en el reglamento interno que para el efecto expida la sala de gobierno de la corporación.

"Las providencias serán firmadas pero se notificarán o comunicarán en copia en donde no aparezcan las firmas, la que deberá ser debidamente certificada por el presidente del tribunal.

"Efectuada la certificación anterior se entenderá, para todos los efectos legales, que la asignación de procesos y la adopción de providencias, al igual que las disidencias, se produjeron de conformidad con el procedimiento vigente".

Art. 6°.—Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del decreto 474 de 1988 o en funcionario de la rama jurisdiccional, registrador nacional del Estado Civil, miembro del Consejo Nacional Electoral, delegado del Consejo Nacional Electoral o del registrador, registrador departamental o municipal del Estado Civil, agente del ministerio público, agente diplomático o consular al servicio de la nación o acreditado ante ella, comandante general o miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los cuerpos de seguridad, subdirector nacional de orden público, director seccional de orden público, miembro de la Asamblea Nacional Constitucional, miembro principal o suplente de las asambleas departamentales, funcionario elegido por corporación de elección popular, cardenal, primado, arzobispo, nuncio y obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° de decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales.

Quien forme parte de grupo u organización de personas que tenga como uno de sus fines o propósitos el de conocer el hecho punible descrito en el inciso anterior, incurrirá por ese solo hecho en la sanción allí prevista, disminuida en una tercera parte. La misma sanción se aplicará a quien, teniendo conocimiento de la comisión de hecho punible de secuestro ayude a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, o a ocultar o asegurar el producto del delito o lo adquiera o enajene.

Del mismo modo, quien conociendo de los planes o actividades de uno de los mencionados grupos u organizaciones de personas en relación con el delito de secuestro, omitiere informar oportunamente sobre aquellos a la autoridad, o no denunciare un secuestro de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el inciso primero de este artículo disminuida en la mitad.

Parágrafo.—Los incrementos o disminuciones de que tratan los artículos 23 del decreto 180 de 1988, 270 y 271 del Código Penal, se aplicarán a todas las figuras delictivas descritas en los incisos precedentes.

Art. 7°.—El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años con los incrementos señalados en los artículos 355 y 372 del Código Penal.

Si el propósito o fin perseguido por el agente es el de facilitar actos terroristas constriñendo a otro mediante amenazas a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa, la sanción será de quince (15) a veinte (20) años de prisión y multa de un mil a un mil quinientos salarios mínimos legales mensuales.

Quien forme parte de organización o grupo de personas que tenga como uno de sus fines o propósitos la comisión de hecho punible de los descritos en los incisos anteriores, o ayude a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, o a ocultar o asegurar el producto del delito, o lo adquiera o enajene, incurrirá por ese solo hecho en la sanción prevista en el inciso primero disminuida en una tercera parte.

Del mismo modo, quien conociendo de los planes y actividades de uno de los mencionados grupos u organizaciones de personas en relación a delito de extorsión, omitiere informar oportunamente sobre aquellos a la autoridad, o no denuncie una extorsión de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el inciso primero disminuida en la mitad.

"Art. 8°.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). A partir de la vigencia del presente decreto, los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio y lesiones personales que se cometan en alguna de las personas relacionadas en el numeral 1° del artículo 2° del decreto 474 de 1988 y en el artículo 6° del presente estatuto, por causa o con motivo de esos cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, estarán sujetos a pena de prisión de quince (15) a veinticinco (25) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales".

"Art. 9°.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). A los jueces de orden público corresponde conocer en primera instancia:

"1. De los procesos por delitos de secuestro en todas sus modalidades, con excepción de los que se atribuyen a los juzgados superiores en el artículo siguiente, así como del concierto para cometerlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 6°.

"2. De los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades, así como del concierto para cometerlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 7°.

"3. De los procesos por los delitos contemplados en el artículo 2°, numeral 1° del decreto 474 de 1988, atendida la precisión hecha en el artículo 8° del presente Estatuto.

"4. De los procesos por los delitos de terrorismo; auxilio a las actividades terroristas; omisión de informes sobre actividades terroristas; exigencia o solicitud de cuotas para terrorismo; instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas; concierto para delinquir; instigación al terrorismo; incendio; destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte por acto terrorista; disparo de arma de fuego y empleo de explosivos contra vehículos; tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía nacional; corrupción de alimentos y medicinas; instrucción y entrenamiento; utilización ilícita de equipos transmisores o receptores; administración de recursos; intercepción de correspondencia oficial; utilización ilegal de uniformes o insignias; suplantación de autoridad; incitación a la comisión de delitos militares; torturas; atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones; secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo; homicidio con fines terroristas y lesiones personales con fines terroristas, descritos en los artículos 1° al 36 del decreto 180 de 1988, salvo el artículo 26.

"5. De los procesos por los delitos tipificados en los artículos 1° y 2° del decreto 3664 de 1986, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal.

"6. De los procesos por los delitos de lesiones personales ocasionadas por quienes pertenezcan a grupo armado no autorizado legalmente, descritos en los artículos 31 y siguientes del decreto 180 de 1988, adicionado por el artículo 3° del decreto 2490 de 1988.

"7. De los procesos por delitos de rebelión y sedición referidos en los artículos 8° del decreto 2490 de 1988; 1° y 2° del decreto 1857 de 1989.

"8. De los procesos por los delitos sobre promoción, financiación, organización, dirección, fomento o ejecución de actos tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los enumerados por el artículo 1° del decreto 1194 de 1989; así como los de ingreso, vinculación o formación de tales grupos y los de instrucción, entrenamiento o equipamento de los mismos, tipificados en los artículos 2° y 3° del mismo decreto.

"9. De los procesos por los delitos definidos en el artículo 1° del decreto 1858 de 1989.

"10. De los procesos por los delitos descritos en el artículo 1° del decreto 1895 de 1989.

"11. De los procesos por los delitos contemplados en los artículos 32 y 33 de la ley 30 de 1986, cuando la cantidad de plantas exceda de dos mil (2.000) unidades, la de semillas sobrepase los diez mil (10.000) gramos y cuando la droga o sustancia exceda de diez mil (10.000) gramos si se trata de marihuana, sobrepase los tres mil (3.000) gramos si es hachís, sea superior a dos mil (2.000) gramos si se trata de cocaína o sustancia a base de ella y cuando exceda los cuatro mil (4.000) gramos si es metacualona.

"12. De los procesos por los delitos descritos en el artículo 34 de la ley 30 de 1986, cuando se trate de laboratorios, o cuando la cantidad de droga almacenada, transportada, vendida o usada exceda de diez mil (10.000) gramos de marihuana, sobrepase los tres mil (3.000) gramos si se trata de hachís, sea superior a dos mil (2.000) gramos si es cocaína o sustancia a base de ella, o exceda los cuatro mil (4.000) gramos si se trata de metacualona.

"13. De los procesos por los delitos descritos en los artículos 35 y 39 de la ley 30 de 1986, y el aludido en el artículo 1° del decreto 1198 de 1987.

"14. De los procesos por los hechos punibles tipificados por el artículo 6° del decreto 1856 de 1989, cuando su cuantía sea igual o superior a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales en moneda colombiana, estimada al momento de la comisión del delito.

"15. De las actuaciones relacionadas con los bienes ocupados o incautados de acuerdo con lo previsto en este decreto, en los eventos en los cuales el delito al cual accedan sea de su competencia.

"16. De los casos de cesación de procedimiento o auto inhibitorio a que se refiere la ley 77 de 1989 y su decreto reglamentario 206 de 1990.

"*Parágrafo.*—La competencia de los jueces de orden público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en este artículo, cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos, y a sus delitos conexos, conservándose la unidad procesal en el evento de que se extienda a otras jurisdicciones, con excepción de la de menores, así como de los casos de fuero constitucional. En todo caso la ley sustancial favorable, o la procesal de efectos sustanciales de la misma índole, tendrá prelación sobre la desfavorable".

Art. 10.—Además de los procesos que les atribuye la ley, los jueces superiores de distrito judicial conocerán en primera instancia de los procesos por hechos punibles contra la existencia y seguridad del Estado, descritos por el título I del libro segundo del Código Penal, y los de porte de armas de fuego de defensa personal o sus municiones, estructurado por el artículo 1° del decreto 3664 de 1986. Igualmente de los procesos por delitos de secuestro simple definidos por el artículo 269 del citado estatuto cuando la calidad, cargo o profesión de la víctima, o los fines, propósitos u objetivos sean diferentes a los enunciados en el artículo 6° de este decreto. Además, de los procesos que se adelantan actualmente o que se inicien por los delitos de amenazas personales y familiares tipificados por el artículo 26 del decreto 180 de 1988.

El procedimiento aplicable para los procesos señalados en el inciso anterior y cuya competencia se atribuye a los juzgados superiores será de ordinario, salvo cuando en los adelantados por amenazas se hubiere dictado auto de traslado al fiscal para concepto de fondo, caso en el cual se culminarán siguiendo el trámite del mencionado decreto. En todo caso, la segunda instancia se surtirá ante la sala penal del tribunal de distrito correspondiente.

"*Art. 11.—(Modificado. Decr. 390 de 1991, art. 4°).* Sin perjuicio de su actual competencia, los jueces penales y promiscuos del circuito conocerán en primera instancia:

"1. De los procesos por los delitos contemplados en los artículos 32 y 33 de la ley 30 de 1986, cuando la cantidad de plantas sea de dos mil (2.000) unidades o menor, o la de semillas de diez mil (10.000) gramos o inferior. Igualmente, cuando la cantidad de droga o sustancia sea de diez mil (10.000) gramos o menor si se trata de marihuana; de tres mil (3.000) gramos o menor si es hachís; de dos mil (2.000) gramos o menor si se trata de cocaína o sustancia a base de ella; o de cuatro mil (4.000) gramos o inferior si es metacualona.

"2. De los procesos por los delitos descritos en el artículo 34 de la ley 30 de 1986, excepto cuando se trate de laboratorios.

En dichos eventos su competencia se circunscribe a los delitos en que la cantidad de droga almacenada, transportada, vendida o usada, sea de diez mil (10.000) gramos de marihuana o menor; de tres mil (3.000) gramos o menor si se trata de hachís; de dos mil (2.000) gramos o menor si es cocaína o sustancia a base de ella; o de cuatro mil (4.000) gramos o menor si se trata de metacualona.

"3. De los procesos por el hecho punible tipificado por el artículo 6° del decreto 1856 de 1989, cuando su cuantía sea menor a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales en moneda colombiana estimada al momento de la comisión del delito.

"4. De las actuaciones relacionadas con los bienes incautados u ocupados de acuerdo con lo previsto en este decreto en los eventos en que el delito al cual accedan sea de su competencia, conforme a las disposiciones precedentes.

"*Parágrafo.*—A partir del 16 de enero de 1991, el procedimiento para las actuaciones y procesos aquí atribuidos por los numerales 1, 2 y 3 al conocimiento de los jueces penales y promiscuos del circuito, será el señalado por el Código de Procedimiento Penal, salvo que ya se hubiere proferido el auto de citación para audiencia, caso en el cual seguirán aplicando hasta su culminación aquel a que venían sujetos. En estos procesos no habrá consulta".

Art. 12.—A los jueces de instrucción de orden público corresponde el control de la indagación preliminar y la dirección del sumario, que ejercerán en las condiciones señaladas en este decreto.

"*Art. 13.—(Modificado. Decr. 390 de 1991, art. 1°).* Todos los procesos o actuaciones cuya competencia se asigna por este decreto a los jueces de orden público, que estén tramitando en la actualidad los juzgados de orden público, los especializados y los ordinarios, o la policía judicial, deberán ser enviados a los directores seccionales de la jurisdicción de orden público, quienes procederán de la siguiente manera:

"1. Los procesos en que se haya proferido auto de citación para audiencia, resolución acusatoria o auto de proceder, o el que dispone el traslado al ministerio público para el concepto de fondo, los distribuirá entre los jueces de conocimiento de orden público para que estos continúen el trámite con el procedimiento establecido para el juicio en los decretos 2790 de 1990 y 99 de 1991. Si alguna de las decisiones anteriores no estuviere ejecutoriada, el expediente se dejará en la sección jurisdiccional, hasta cuando esta se produzca.

"Cuando en el proceso se hubieren decretado pruebas para practicar en la audiencia, el juez las practicará directamente o por comisión, a una unidad de investigación de orden público, en un término que no podrá exceder de diez (10) días. Practicadas las pruebas, el juez citará para sentencia de acuerdo con el artículo 46 del decreto 2790 de 1990.

"2. Los que se hallen en etapa de instrucción, los asignará a los jueces de instrucción de orden público, para que dispongan el trámite pertinente de acuerdo al procedimiento señalado en este decreto.

"3. Los que están en diligencias preliminares, los remitirá a las unidades investigativas de orden público a fin de que adelanten la averiguación acatando las normas de este decreto, previa determinación de los expedientes con relación a los cuales se deba dictar auto inhibitorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 118 de la 'ley sobre descongestión de despachos judiciales'.

"*Parágrafo.*—En los procesos de competencia de la jurisdicción de orden público, no habrá audiencia pública en ningún caso".

Art. 14.—Los procesos que tengan los tribunales superiores de distrito que se asignan por este decreto al tribunal superior de orden público, serán remitidos a este para que continúe su trámite conforme al procedimiento previsto por la ley para este último.

Art. 15.—Los procesos que se estén tramitando en el tribunal de orden público, y en los juzgados de orden público y especializados que sean de competencia de la justicia ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en este decreto, serán enviados directamente a la corporación o a los juzgados correspondientes, para que se proceda a su reparto y se tramiten de acuerdo al procedimiento previsto para estos últimos.

"*Art. 16.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* En los casos regulados en los tres (3) artículos precedentes y cuando haya persona capturada, se le indagará y resolverá su situación jurídica antes de la remisión de las diligencias a la dirección seccional de orden público. Toda persona privada de la libertad en relación a estos eventos, quedará a disposición de la sección jurisdiccional de orden público correspondiente.

Juristisches Seminar

"Se atribuye competencia por el término de ocho (8) días hábiles a partir del dieciséis (16) de enero de 1991 a los jueces de instrucción criminal a fin de que realicen los actos urgentes de instrucción en los asuntos y procesos que la jurisdicción ordinaria así como los jueces de orden público y especializados suprimidos por este decreto, deban remitir al director seccional de orden público, en especial para la recepción de injurada o versión y la definición de la situación jurídica. Terminada su competencia provisional, remitirán lo actuado y sus elementos a este y colocarán los detenidos a disposición de la sección jurisdiccional de orden público".

Art. 17.—En los delitos a que se refiere el artículo 9° de este decreto, el ministro de justicia oficiosamente, o a petición del director seccional de orden público, podrá variar la radicación del proceso cuando existan serios motivos para deducir que está en peligro la integridad personal del juez, o existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado.

Capítulo III

De la policía judicial de orden público

"Art. 18.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). La policía judicial de orden público estará integrada por unidades investigativas permanentes conformadas por funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial o del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por miembros de la Policía Nacional (DIJIN y SIJIN), y con el personal técnico y operativo que se requiera para su funcionamiento eficiente.

"*Parágrafo 1°.*—En las fuerzas militares se conformarán unidades investigativas de orden público con personal seleccionado de las secciones de inteligencia de las mismas. Estas solo tendrán calidad permanente en relación con los hechos punibles referidos en el artículo 9° de este decreto cuya competencia corresponda a la justicia penal militar. En los demás eventos, ejercerán esa función de manera transitoria o por comisión de juez de orden público.

"*Parágrafo 2°.*—El director seccional de orden público podrá integrar unidades investigativas de orden público con personal de las distintas dependencias a que se refiere este artículo, previa consulta con los jefes seccionales de las dependencias respectivas".

Art. 19.—En cada unidad investigativa habrá un superior, que será responsable de las investigaciones que a ella se le asignen, o que oficiosamente adelanten.

Siempre que se constituya una unidad investigativa de orden público se deberá dar aviso escrito al procurador departamental o provincial.

"Art. 20.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). La controversia del material probatorio se adelantará durante la etapa del juicio.

"La policía judicial practicará las pruebas, o incorporará al expediente las que se pongan a su disposición y que considere pertinentes, sin expedir acto en que así lo ordene, y a su realización solo podrá asistir el agente del ministerio público correspondiente.

"Igualmente incorporará al expediente las que se hayan producido válidamente, en cualquiera otra actuación judicial, administrativa o disciplinaria, tanto en el país como en el exterior".

Art. 21.—Las pruebas practicadas o recaudadas por la policía judicial de orden público, tienen el mismo valor probatorio que las practicadas o recaudadas por los jueces, quienes las apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El informe juramentado que de los hechos suministre quien ejerza funciones de policía judicial tiene el carácter de testimonio, y sus dictámenes se someterán a las reglas de apreciación establecidas en el Código de Procedimiento Penal para la prueba pericial.

Los documentos públicos que se alleguen se presumen auténticos.

"Art. 22.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Cuando las circunstancias lo aconsejen para seguridad de los testigos, se autorizará que estos coloquen la huella digital en la declaración en lugar de su firma, pero en estos casos es obligatoria la participación del agente del ministerio público, quien certificará que dicha huella corresponde a la persona que declara. Se omitirá la referencia al nombre y generales de estas personas en el texto del acta, la que se hará formar parte del expediente correspondiente con la constancia sobre el levantamiento de la identificación y su destino.

"Simultáneamente se levantará un acta separada en la que se reseñará en forma completa la identidad del declarante con la descripción de todos sus generales y condiciones personales y civiles, así como la indicación de sus relaciones personales, familiares o de cualquier otra índole con el acusado y el ofendido si lo hubiere, incluyendo todos los elementos de juicio que puedan servir al juez y al fiscal para valorar la credibilidad del testimonio, acta en la cual se colocará claramente la huella digital del exponente, se firmará por este, por quien reciba la exposición y por el agente del ministerio público, se guardará en sobre cerrado y se remitirá a la Dirección Seccional de Orden Público con las seguridades del caso.

"Para efecto de valoración de la prueba testimonial, el juez de orden público y el fiscal podrán solicitar en cualquier momento el acta separada a que se refiere el inciso segundo de este artículo, manteniendo su reserva para las demás partes o intervinientes en el proceso. Dicha reserva se levantará cuando se descubra o determine que el testigo incurrió en falso testimonio o que lo hizo con fines o propósitos fraudulentos.

"Igual podrá hacerse con los peritazgos o con cualquiera otra prueba en relación con la cual sea conveniente guardar la identidad de las personas que hayan participado en ella.

"Sin perjuicio de la atribución conferida por la ley al jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, el subdirector nacional de orden público podrá tomar medidas especiales para proteger a los testigos cuando estos lo soliciten, las cuales podrán llegar a consistir en la sustitución de los documentos de registro civil y de identidad de la persona, así como en la provisión de los recursos económicos indispensables para que puedan cambiar de domicilio y ocupación tanto dentro del país como en el exterior".

Capítulo IV

De la indagación preliminar

"Art. 23.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). En relación con los hechos punibles cuya competencia atribuye el artículo 9° de este decreto a la jurisdicción de orden público, las diligencias preliminares serán adelantadas oficiosamente por las unidades investigativas de policía judicial de orden público del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y de la Policía Nacional, bajo el control del juez de instrucción de orden público y la vigilancia de los agentes del ministerio público. Las unidades investigativas de orden público constituidas en las fuerzas militares, las adelantarán cuando el delito sea de competencia de la justicia penal militar, o cuando lo disponga el juez de orden público correspondiente.

"Las unidades investigativas de orden público del Cuerpo Técnico de Policía Judicial adscritas a las direcciones seccionales de orden público solo adelantarán investigaciones cuando así lo disponga el juez de orden público, y en los casos señalados por el decreto 3030 de 1990 con sus adiciones y reformas, cuando el director nacional de instrucción criminal así lo disponga.

"Iniciada la indagación el jefe o superior de la unidad investigativa de orden público dará aviso escrito de inmediato, o a más tardar en la primera hora del día hábil siguiente, a la dirección seccional de orden público respectiva, para que el director de esta asigne el juez de instrucción de orden público que deba controlarla.

"El juez de instrucción podrá desplazar por intermedio del director seccional de orden público en cualquier momento a la unidad investigativa que esté adelantando la indagación, y asignarla a otra unidad investigativa de orden público. Para tales efectos el juez podrá solicitar informes en relación con el desarrollo de la misma.

"Igualmente el superior de la unidad investigativa de orden público dará aviso escrito inmediato de la iniciación o dentro de la primera hora hábil del día siguiente al agente del ministerio público correspondiente.

"*Parágrafo.*—Las unidades investigativas de orden público conocerán a prevención de las indagaciones sobre hechos que se produzcan dentro de su jurisdicción. Pero aprehenderá su conocimiento aquella que primero haya hecho su arribo al lugar de los hechos, debiéndole prestar las demás el apoyo necesario para el aislamiento y protección del sitio y de los testigos, así como para las demás medidas que sean conducentes.

"El ministerio público velará por el cumplimiento de la disposición precedente y dirimirá de plano los conflictos que se presenten al respecto, en decisión cuyo desacato por cualquier miembro de la policía judicial constituirá causal de mala conducta".

"Art. 24.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Durante la indagación preliminar que se adelante por los delitos que el artículo 9° de este decreto atribuye a la competencia de la jurisdicción de orden público, los miembros de las unidades investigativas de orden público, además de las funciones atribuidas a la policía judicial en otros estatutos, ejercerán permanentemente las siguientes:

"A. Recibir bajo juramento las denuncias que le sean presentadas y adelantar oficiosamente las indagaciones por los delitos aludidos en el inciso anterior de que tengan noticia.

"B. Inspeccionar minuciosamente el lugar de los hechos y allegar los elementos que puedan servir para asegurar las pruebas de la materialidad del delito y de la responsabilidad de sus autores, cuidando que tales huellas no se alteren, borren u oculten; levantarlas, transplantarlas o registrarlas técnicamente, y hacerlas reconocer o examinar si fuere necesario.

"C. Practicar el levantamiento de cadáveres, en lo posible con la asistencia de un médico legista

u oficial, ordenar la correspondiente necropsia y hacer las diligencias necesarias para su identificación.

"D. Levantar el croquis del lugar en donde se haya cometido el ilícito y tomar fotografías.

"E. Realizar y ordenar las pruebas técnicas necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos.

"F. Recibir bajo la gravedad del juramento testimonio a todas las personas que hayan presenciado los hechos, y a quienes les conste alguno en particular. Para este propósito podrán impedir por un lapso no mayor de seis horas que los testigos se retiren o ausenten del lugar sin haber dado los informes o rendido las declaraciones.

"G. Recibir por escrito y con fidelidad la versión que libre y espontáneamente quiera hacer el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho, su participación en él y la de otras personas. Esta diligencia será firmada por el imputado en señal de asentimiento.

"H. Practicar el registro de personas, cuando haya fundado motivo para creer que ocultan objetos importantes para la investigación. El registro lo practicará persona del mismo sexo, guardando las consideraciones compatibles con la correcta ejecución del acto.

"I. Practicar el reconocimiento fotográfico o en fila de personas para verificar la identidad de un sospechoso, en los términos señalados por la ley penal. Sin embargo, en el último caso deberá contarse con la presencia del agente del ministerio público.

"J. Proveer a la identificación del imputado por los medios legales pertinentes.

"K. Recaudar los antecedentes penales y de policía que existan con relación a las personas que pudieren ser responsables de los hechos investigados.

"L. Aprehender las armas que se hayan utilizado en la comisión del ilícito, y los elementos que hayan servido para su ejecución o provengan de ella, e incautar u ocupar bienes en los términos señalados en las regulaciones legales vigentes.

"M. Pedir a las autoridades encargadas de llevar el registro de los derechos reales principales y accesorios, certificaciones sobre los titulares inscritos respecto de los bienes aprehendidos, ocupados o incautados.

"N. Informar a los titulares de derechos inscritos sobre los bienes incautados u ocupados, para que ejerzan la defensa de sus derechos ante la jurisdicción respectiva.

"O. Dar aviso a las autoridades del respectivo país conforme a los pactos, convenios o usos internacionales, si se tratare de automotores, naves, aeronaves o unidades de transporte aéreo, fluvial o marítimo de procedencia extranjera y que hayan sido objeto material de delito contra sus legítimos propietarios, tenedores o poseedores en el extranjero, a fin de que se realicen las diligencias necesarias para que le sean devueltos, siempre que hayan actuado de buena fe exenta de culpa.

"*Parágrafo 1°.*—Siempre que la policía judicial de orden público vaya a practicar un allanamiento, interceptar líneas telefónicas, registrar correspondencia o capturar una persona en los casos que no sean de flagrancia, deberá solicitar autorización a cualquier juez penal o promiscuo de la jurisdicción ordinaria salvo en los casos en que por razones de tiempo o de lugar no haya juez ordinario disponible, en que podrá autorizarlo un juez penal militar. Sin embargo, los allanamientos se podrán practicar con orden escrita del jefe o superior de la unidad investigativa de orden público respectiva, cuando por razones del lugar, el día o la hora en que se deba llevar a efecto la diligencia, la orden judicial no pudiese ser emitida oportunamente, y existan indicios graves o declaraciones con serios motivos de credibilidad en relación a situaciones de flagrancia, para evitar la destrucción o desaparición de medios de prueba, o la evasión de personas requeridas por las autoridades respecto a hechos punibles de competencia de la jurisdicción de orden público, de todo lo cual se dejará constancia escrita, bajo la responsabilidad penal y disciplinaria de quien da la orden.

"El director seccional de orden público podrá ordenar, a petición del jefe de la unidad investigativa de orden público, que las autoridades de policía o del departamento administrativo de seguridad, y las oficinas telegráficas o telefónicas, intercepten las comunicaciones o mensajes transmitidos o recibidos, si fueren conducentes para el descubrimiento o comprobación de los delitos atribuidos por el artículo 9° de este decreto a la jurisdicción de orden público.

"*Parágrafo 2°.*—Salvo las decisiones que por mandato legal correspondan a las autoridades administrativas, las solicitudes para la devolución u otros pronunciamientos sobre bienes incautados u ocupados se tomarán por el juez de orden público a quien corresponda el control de la indagación o la dirección de la instrucción, para lo cual se remitirá la petición de inmediato junto con el original del expediente conformado hasta el momento, continuando la unidad de policía judicial con el trámite de indagación sobre la copia.

"*Parágrafo 3°.*—Los funcionarios y miembros de policía judicial de orden público presentarán sus informes y se identificarán en las diligencias con el número de código asignado por la institución a la cual pertenezcan".

"*Art. 25.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* Todas las autoridades de policía judicial distintas a las señaladas en el inciso primero del artículo 18 del presente decreto, podrán asumir las diligencias de indagación preliminar en relación con los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público en caso de urgencia, y cuando por cualquier circunstancia no intervenga inmediatamente la unidad de investigación de orden público correspondiente, debiendo remitir a esta lo actuado en el término de cuarenta y ocho (48) horas, más el de la distancia.

"Si existe persona capturada, se procederá tal como se regula en el artículo siguiente, pero el término de retención por parte de dichas autoridades no podrá exceder de 48 horas".

"*Artículo 26.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* En caso de captura delinfractor los funcionarios de policía judicial procederán a informarle sobre los motivos de ella, el derecho a indicar la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión y el de rendir versión libre y espontánea sobre los hechos que la produjeron dentro de los parámetros de la Constitución Política, levantando acta en que se deje constancia de todo ello, la cual será suscrita por el aprehendido o por un testigo si aquel fuere renuente a hacerlo.

"El funcionario aprehensor deberá registrar el hecho en un libro llevado especialmente para el efecto, que será revisado diariamente por el agente del ministerio público, momento en el cual rubricará y foliará las páginas correspondientes, con indicación de la fecha y la hora en que hubiese verificado el control de las capturas efectuadas y la correspondencia del registro con los avisos de capturas que le hayan sido enviadas.

"Del mismo modo, el funcionario que hubiese efectuado la captura deberá dar noticia inmediata de ella a la persona que indique el aprehendido, así como por escrito al agente del ministerio público respectivo y, por intermedio del director seccional de orden público, al juez de instrucción que le corresponda el control de la indagación. La omisión injustificada de las obligaciones precedentes será causal de mala conducta y podrá hacer responsable a su autor del delito de prevaricato por omisión.

"Dentro de los cinco (5) días siguientes al acto físico de la captura deberá remitir el aprehendido y el original del expediente al juez de instrucción correspondiente, a fin de que este decida lo pertinente, pudiendo en todo caso continuar con el recaudo de pruebas sobre la copia del expediente, salvo disposición en contrario del mencionado juez.

"Durante dicho término el aprehendido podrá permanecer incomunicado.

"*Parágrafo 1°.*—Si el aprehensor fuere autoridad de policía judicial diferente a la de orden público, registrará la captura en los libros que se lleven para el efecto en la entidad y remitirá las copias de la actuación adelantada en el término de cuarenta y ocho (48) horas a la unidad investigativa de orden público más próxima.

"*Parágrafo 2°.*—Los costos que implique o demande la remisión de los aprehendidos a las autoridades judiciales, luego de su captura, estarán a cargo de la unidad de investigación que la haya efectuado. El Ministerio de Hacienda apropiará las partidas necesarias para el cumplimiento de esta disposición en cada entidad".

"*Art. 27.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* Desde el momento mismo de la ocurrencia de los hechos el agente del ministerio público deberá procurar el recaudo de las pruebas tendientes a establecer la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados con la infracción, solicitando para ello la práctica de las pruebas correspondientes a cualquier juez de la república salvo a los de orden público, las que no causarán costos de ninguna naturaleza diferentes a las erogaciones necesarias para producirlas y serán trasladadas durante el juicio al expediente.

"Los testigos y peritos que intervengan en el trámite previsto en el inciso anterior tendrán, si lo solicitan, las mismas garantías de reserva y seguridad consagradas en el artículo 22 de este decreto.

"Igual facultad relacionada con el recaudo probatorio podrán ejercer, por medio de apoderado, los perjudicados con la infracción; pero en tal evento cursarán informe al agente del ministerio público respectivo, caso en el cual este se abstendrá de iniciar su trámite o suspenderá el que al efecto ya hubiere iniciado".

"*Art. 28.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* La indagación preliminar termina cuando se haya proferido auto cabeza de proceso, o con el auto inhibitorio debidamente ejecutoriado".

Art. 29.—Transcurrido el término de ejecutoria del auto inhibitorio, el expediente pasará al director seccional para su conservación.

No obstante, el auto inhibitorio puede ser revocado, aunque hubiese adquirido ejecutoria formal en los términos y condiciones previstos en el Código de Procedimiento Penal, con fundamento en las pruebas que aporte la policía judicial o los interesados.

"*Art. 30.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* Si transcurrido un año contado a partir de la iniciación de la indagación preliminar no hay

sindicado conocido, la policía judicial de orden público enviará el expediente a la dirección seccional de orden público para que el juez de instrucción correspondiente decida sobre la suspensión provisional de la actuación, la práctica de nuevas pruebas, o dicte el auto inhibitorio si hubiere lugar a él. Esta última decisión la tomará en auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios".

Capítulo V

De la instrucción del sumario

Art. 31.—Recibida una indagación preliminar con persona capturada, el juez podrá escucharle en versión libre, y si no encuentra mérito para vincularla en indagatoria se abstendrá de abrir investigación, le dejará en libertad y dispondrá las pruebas que deban evacuarse por la policía judicial o dictará auto inhibitorio si fuere pertinente.

"Art. 32.—(Modificado. Decr. 390 de 1991, art. 2°). Si el juez dicta auto cabeza de proceso, señalará día y hora para oír en indagatoria al sindicado capturado en un término que no podrá exceder de los tres (3) días siguientes al que le sea puesto a disposición.

"Si son dos o más los capturados, el término se ampliará a cinco (5) días: pero si los aprehendidos fueren más de cinco se extenderá a diez (10) días. En uno y otro evento, el director seccional de orden público podrá asignar varios jueces para recibirlas.

"En casos especiales determinados por la distancia, el número de sindicados o la seguridad de alguno de ellos, el juez de orden público podrá comisionar a uno o varios jueces de instrucción criminal ambulante para recibir indagatoria dentro de los términos de ley, para lo cual librará despacho comisorio con los insertos del caso y acompañará copia de las piezas procesales que sean pertinentes.

"La designación de apoderado se hará conforme al Código de Procedimiento Penal, desde el momento de la indagatoria o declaratoria de reo ausente, y con él se actuará hasta la terminación del proceso. Sin embargo el procesado podrá cambiar de apoderado en cualquier momento. La incomunicación se levantará al culminar la indagatoria si no se hubiere levantado con antelación".

"Art. 33.—(Subrogado. Decr. 99 de 1991, art. 1°, modificado, decr. 390 de 1991, art. 3°). Recibida la indagatoria, el juez que abrió la investigación definirá la situación jurídica dentro del término de diez (10) días, el cual se ampliará a veinte (20) si fueren más de cinco (5) los aprehendidos, o si aquella hubiere sido recibida por juez comisionado, y en el mismo auto determinará las pruebas que se deben practicar a fin de continuar con la instrucción del sumario, para lo cual remitirá copia completa de la actuación a la unidad investigativa de orden público que considere pertinente, la cual practicará las pruebas decretadas, así como las que estime conducentes, dentro del término que se le señale, el cual podrá ser prorrogado por el juez sin formalidades de ninguna índole.

"En cumplimiento de su función de dirección, el juez de instrucción de orden público podrá solicitar informes en cualquier momento sobre el curso de la investigación, los cuales le serán suministrados de inmediato so pena de incurrir quien los omita en causal de mala conducta y, con base en ellos, tomará la medida que estime procedente.

"El cuaderno original será conservado por la dirección seccional de orden público y adicionado cada vez que regrese de la unidad investigativa con las nuevas diligencias o actuaciones, a fin de entregarlo al juez debidamente actualizado en todos los casos en que pase a su poder para estudio o decisión".

Art. 34.—Conforme a las necesidades de la investigación y cuando se trate de pluralidad de imputados en la comisión del hecho, el juez podrá diferir la vinculación de alguno de los implicados para el momento del sumario que considere más oportuno, de acuerdo con el desarrollo de aquella.

Cuando considere pertinente proceder a la vinculación, librará orden de captura, y si pasados ocho (8) días de su comunicación esta no se ha logrado, emplazará por medio de edicto que permanecerá fijado durante tres días en lugar visible de la sección jurisdiccional. Si la comisión de los hechos se hubiere llevado a cabo en otra localidad, se remitirá además un ejemplar del edicto para que sea colocado en lugar visible de la alcaldía por el mismo lapso. Copia del edicto con constancias de secretaría sobre fijación y desfijación, así como de su remisión si fuere el caso, se agregarán al expediente.

Transcurridos tres (3) días después de la desfijación del edicto en la sección jurisdiccional, si el imputado no hubiere comparecido, el juez le declarará persona ausente y le designará defensor de oficio con quien continuará el proceso hasta su terminación, sin perjuicio de la facultad que tiene el procesado para nombrarlo.

Si el sindicado compareciere lo vinculará al proceso en los términos señalados en el artículo 32 de este decreto.

"Art. 35.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Cuando la policía judicial de orden público considere necesario vincular a un posible sindicado no capturado, remitirá el original de la actuación que hubiese adelantado por intermedio del director seccional de orden público al juez de orden público correspondiente, quien dará aplicación a lo dispuesto en el artículo que precede, si encuentra mérito para ello, conforme a estudio sobre el cuaderno original.

"La unidad investigativa de policía judicial de orden público, continuará adelantando la actuación sobre el cuaderno de copias.

"En la orden de captura emitida, el juez podrá autorizar el allanamiento de los sitios en donde presuma se pueda encontrar el sindicado, señalándolos de manera genérica, y deberá informar sobre su expedición o cancelación al director nacional de instrucción criminal para su registro o inscripción en un banco de datos que debe llevarse para el efecto. Igual obligación tendrá el juez en relación con las medidas de aseguramiento que profiera, modifique o revoque".

Art. 36.—Durante el sumario el juez de instrucción correspondiente decidirá sobre la apertura de la investigación, la vinculación del sindicado, su detención o libertad, el embargo y secuestro de bienes y cualquier otro incidente que se promueva con relación a estos, el cierre de la investigación, la práctica o negativa de pruebas y la calificación del mérito del mismo.

"Art. 37.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Durante la etapa de instrucción, la persona vinculada mediante indagatoria, el defensor, los auxiliares de la justicia, el agente del ministerio público, el director nacional de instrucción criminal o su delegado, el subdirector nacional de orden público o su delegado, los directores seccionales de orden público, y el funcionario que adelante investigación penal, disciplinaria o administrativa relacionada con actuaciones tramitadas en aquella o con bienes vinculados a la misma, tendrán derecho a revisar el proceso, con la obligación de mantener la reserva de sus propias actuaciones.

"Si en las investigaciones penales surge mérito para vincular en indagatoria, o en las disciplinarias para formular pliego de cargos, el funcionario que las adelante podrá solicitar el levantamiento de la reserva de la identidad del funcionario investigado con el deber de mantenerla para efectos diferentes al trámite de la investigación a su cargo.

"Sin embargo para los tres primeros el juez podrá disponer la reserva de las decisiones o de alguna prueba concreta hasta el auto de cierre de la investigación, cuando considere que dicha medida es necesaria para garantizar el éxito de esta o la seguridad de los participantes en el proceso. En ningún caso podrán ser reservadas las decisiones que afecten la libertad del procesado y el soporte probatorio que haya servido para dictar el auto de detención.

"Solo podrán expedirse copias de las diligencias una vez ejecutoriado el auto que califique el mérito del sumario con resolución acusatoria o cesación de procedimiento, salvo que las solicite la autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos y disciplinarios, o para dar trámite al recurso de hecho, y con ellas la autoridad que las solicite conformará cuaderno separado que seguirá sujeto a la reserva. El agente del ministerio público tendrá derecho a que se le expidan copias de cualquier parte de la actuación.

"Quien violare la reserva del sumario o de la indagación preliminar, o transgrediere la prohibición del inciso anterior, incurrirá, si fuere funcionario o empleado oficial, en causal de mala conducta sancionable con destitución; si no lo fuere, se le impondrá multa por suma equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales legales. La primera se ordenará por el superior respectivo previo el procedimiento disciplinario y la segunda por el juez de orden público mediante auto motivado y luego de oír en diligencia de descargos al infractor, así como de practicar las pruebas que solicitare y fueren conducentes en cuaderno separado. Esta última decisión será susceptible de recurso de apelación para ante el tribunal superior de orden público pero no afectará la marcha del proceso o actuación".

Art. 38.—Durante la etapa de instrucción podrá pedir el sindicado detenido y su defensor la práctica de pruebas determinando la conducencia de las mismas. El juez podrá negarlas mediante auto de sustanciación no sujeto a recurso alguno que deberá ser notificado por estado. El peticionario podrá insistir por una sola vez ante el agente del ministerio público de la dirección seccional, el cual si las considera conducentes, solicitará mediante oficio al juez que reconsidere su decisión. Si las decreta, el juez señalará la unidad de policía judicial que deba practicarlas.

"Art. 39.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Practicadas las diligencias ordenadas por el juez y las demás que fueren conducentes, la unidad investigativa de orden público devolverá la actuación al juez de orden público, quien declarará cerrada la investigación por auto de sustanciación que se comunicará al sindicado detenido por cualquier medio eficaz y se notificará por estado a los demás sujetos procesales y parte civil reconocida.

"Dicho proveído no será susceptible de recurso alguno y en él se dispondrá un traslado común por cinco (5) días a la parte civil si la hubiere, y a los

sujetos procesales diferentes al ministerio público, para que presenten sus alegatos. Para este último se surtirá el traslado por igual lapso en su despacho.

"Vencidos los términos anteriores, el juez calificará el mérito del sumario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes por medio de resolución acusatoria, cesación de procedimiento o reapertura de investigación. En este último caso el juez deberá señalar discriminadamente las pruebas a practicar, indicando la unidad investigativa de orden público que deba hacerlo".

Capítulo VI

Del juicio

Art. 40.—En el evento de que el juez de instrucción de orden público dicte resolución acusatoria y esta adquiera firmeza, pasará el expediente al director seccional a fin de que lo asigne mediante decisión no sujeta a recurso alguno, a cualquiera de los jueces de conocimiento de orden público pertenecientes a la dependencia, a quien corresponderá sustanciar el juicio.

Art. 41.—Solo a partir de la iniciación del juicio se podrá constituir parte civil en los términos y condiciones señalados en las normas legales vigentes.

Art. 42.—Ejecutoriada la resolución acusatoria, se abrirá el juicio a pruebas por el término de veinte (20) días calendario, dentro del cual los sujetos procesales y la parte civil podrán pedir las que consideren pertinentes. Vencido este término, el juez decretará la práctica de las solicitudes que fueren conducentes. En todo caso estudiará la procedencia de aquellas cuya práctica hubiere pedido en reconsideración el agente del ministerio público durante el sumario, y si las halla conducentes ordenará su práctica.

Las pruebas decretadas deberán practicarse dentro del término de dos meses más el de la distancia y para su realización dictará auto en que se señale día y hora, el cual se notificará por estado.

"Art. 43.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). En el auto cabeza de proceso, el juez de instrucción de orden público, ordenará la práctica de las pruebas que considere convenientes y podrá disponer que se subsanen las fallas que encuentre en las practicadas por la policía judicial y que atenten contra su validez".

Art. 44.—El juez de conocimiento podrá practicar directamente las pruebas, o comisionará a la unidad de policía judicial de orden público que considere conveniente.

"Art. 45.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Dentro del juicio las pruebas deberán pedirse indicando clara y precisamente lo que el solicitante se propone acreditar con cada una de ellas, así como su conducencia.

"El auto que niegue la práctica de una prueba es apelable en el efecto devolutivo, pero no se podrá citar para sentencia, sino cuando haya sido resuelta la apelación. El tribunal superior de orden público decidirá de plano, y si ordenare la práctica de las pruebas el juez, o el superior de la unidad investigativa de orden público que sea comisionado, señalarán día y hora para el efecto".

"Art. 46.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Vencido el término probatorio, se citará para sentencia dejándose el expediente a disposición del acusado y su defensor, así como de la parte civil o de terceros incidentales si fuere el caso, en secretaría por el término común de ocho (8) días, y al fiscal en su despacho por un término igual una vez vencido el de las otras partes, a fin de que presenten sus alegatos de conclusión. Transcurrido este último, el juez tendrá quince (15) días para dictar sentencia.

"Si vencido el término común, el defensor no hubiere presentado alegato de conclusión, el juez procederá a designar uno de oficio a quien, una vez posesionado, se correrá traslado por el término previsto en el inciso anterior y dispondrá la expedición de copias y su remisión para que se adelante si fuere el caso por el competente la correspondiente investigación disciplinaria por falta al Estatuto Profesional del Abogado".

Capítulo VII

Disposiciones comunes a la investigación y al juicio

"Art. 47.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). El director seccional de orden público asignará el juez de instrucción o de conocimiento de orden público que deba controlar la indagación, dirigir la instrucción o sustanciar y fallar el juicio dentro de un proceso determinado, y podrá variar la asignación a petición sustentada por el juez, siempre que lo considere necesario para garantizar la reserva de la identidad de este".

Art. 48.—El director seccional de orden público o su asistente, bajo la reserva pertinente, entregarán o recibirán de los jueces de orden público y del jefe de la sección jurisdiccional los expedientes o providencias las cuales agregarán a aquellos en copia autenticada en la que no aparezca la firma del juez.

Art. 49.—Durante el proceso todas las providencias que dicten los magistrados y jueces, así como los conceptos de los agentes del ministerio público, deberán ser suscritos por ellos; pero se agregarán al expediente en copia autenticada por el presidente del tribunal o el director seccional de orden público respectivo en la que no aparecerán las firmas de aquellos. El original se guardará por el presidente del tribunal o el director seccional de orden público con las seguridades del caso.

"Art. 50.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). A fin de garantizar su seguridad, cuando el juez considere conveniente mantener la reserva de su identidad o la de los intervinientes en el proceso, dispondrá que en la práctica de pruebas se utilice cualquier medio o mecanismo adecuado para tal efecto, o que los contrainterrogatorios, solicitud de aclaración de dictámenes o cualquier petición similar, se formulen y tramiten por escrito".

"Art. 51.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Los autos de trámite no previstos en el artículo 36 como privativos para su emisión por parte del juez, las notificaciones, citaciones y en general las comunicaciones procesales, así como todo acto que implique manejo de títulos de depósito judicial o de bienes o elementos vinculados al proceso, salvo su orden de entrega, serán elaborados y suscritos por el jefe de la sección jurisdiccional respectiva, pudiendo delegar su ejecución, cumplimiento y control en cada proceso a uno de los empleados de su dependencia, con quien compartirá la responsabilidad por su tramitación adecuada y oportuna.

"Los memoriales y comunicaciones en general serán entregados en la sección jurisdiccional a cuyo cargo se asigna la agregación al expediente correspondiente, y su tramitación oportuna por medio del director seccional de orden público o su asistente si fuere necesario".

"Art. 52.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). En los procesos que se adelanten por la jurisdicción de orden público durante el sumario solo podrán alegarse y declararse nulidades del auto de cierre de investigación o del calificatorio, y únicamente por razón de incompetencia del juez que lo dictó. Igualmente, en estos casos el juez podrá revocarlos oficiosamente.

"Las solicitudes de nulidad por causa que se presente durante el juicio y toda otra petición que se formule dentro de este, salvo las de pruebas o las que se refieran a la libertad del procesado, serán decididas en la sentencia.

"Parágrafo 1°.—La variación de la asignación de juez durante el sumario o en el juicio hecha por el director seccional de orden público no genera nulidad por incompetencia, siempre que se trate de funcionario de la misma naturaleza.

"Parágrafo 2°.—Desvirtuados los supuestos que dieron lugar al conocimiento del hecho punible por la jurisdicción de orden público o por la ordinaria, todas las diligencias y pruebas practicadas conservan su validez".

"Art. 53.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Los inmuebles, aviones, avionetas, helicópteros, naves y artefactos navales, marítimos y fluviales, automóviles, maquinaria agrícola, semovientes, equipos de comunicaciones y radio y demás bienes muebles, así como los títulos valores, dineros, divisas, depósitos bancarios, y en general los derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a los procesos por los delitos cuyo conocimiento atribuye el artículo 9° del presente decreto a la jurisdicción de orden público, o que provengan de su ejecución, quedarán fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación, hasta que resulte ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva.

"El superior de la unidad investigativa de policía judicial de orden público o el jefe de la policía judicial, solo podrán ordenar la incautación u ocupación de bien mueble o inmueble cuando exista prueba sumaria sobre su vinculación a delito de los mencionados en el artículo 9° de este decreto como de conocimiento de la jurisdicción de orden público.

"De la aprehensión, incautación u ocupación de los bienes que estuviesen sujetos a registro de cualquier naturaleza, se dará aviso inmediato al funcionario que corresponda por el jefe o superior de la unidad investigativa que la haya efectuado. La inscripción se hará en el acto y no estará sujeta a costo ni a turnos algunos, so pena de causal de mala conducta. Hecha esta, todo derecho de terceros que se radique sobre el bien será inoponible al Estado.

"La orden de entrega definitiva de bienes a particulares solo podrá cumplirse una vez ejecutoriada.

"Parágrafo.—Siempre que se produzca la incautación u ocupación de bienes el superior de la unidad investigativa levantará un acta en que aparezca el inventario de ellos debidamente identificados, de la cual remitirá una copia adicional a la Dirección Nacional de Estupefacientes para los efectos señalados en este decreto".

"Art. 54.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Las unidades investigativas de orden público y las de policía judicial ordinaria, inutilizarán las pistas de aterrizaje, destruirán las plantaciones o

cultivos de marihuana, cocaína, adormidera y demás plantas de las cuales pueda extraerse o procesarse droga que produzca dependencia, acatando las previsiones del decreto 1198 de 1987 y el procedimiento señalado por el artículo 77 de la ley 30 de 1986, hechos de los cuales se dejará constancia en acta similar a la referida en el parágrafo del artículo precedente.

"Las drogas que produzcan dependencia o las sustancias estupefacientes incautadas, serán destruidas con orden del superior de la unidad investigativa de orden público correspondiente, en diligencia a la cual deberá asistir el agente del ministerio público, que se practicará siguiendo las pautas señaladas en los artículos 78 y siguientes de la citada ley en cuanto no se opongan a lo aquí previsto, hecho sobre el cual se dejará constancia en acta similar a la referida en el parágrafo del artículo anterior remitiendo copia de ella a la Dirección Nacional de Estupefacientes.

"Los insumos, sustancias precursoras o elementos que puedan servir para el procesamiento de cocaína o de cualquiera otra droga que produzca dependencia, una vez identificadas pericialmente por orden del superior de la unidad de investigación de orden público, con la presencia imprescindible del agente del ministerio público, serán puestas a disposición o a la orden de la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual, podrá determinar su inmediata utilización por parte de una entidad oficial, su remate para fines lícitos debidamente acreditados, o su destrucción si implican grave peligro para la salubridad o seguridad públicas, caso en el cual se procederá conforme al inciso anterior en lo pertinente. En evento de utilización, tales elementos se avaluarán previamente por una entidad civil y su valor o el del remate si lo hubiere se reembolsará al propietario legítimo en caso de que el proceso o actuación termine con cesación de procedimiento, sentencia absolutoria o auto inhibitorio.

"*Parágrafo.*—El superior de la unidad investigativa de orden público correspondiente podrá disponer la destrucción de los insumos o sustancias precursoras a que se refiere el inciso anterior sin orden o autorización de la Dirección Nacional de Estupefacientes, cuando las operaciones se realicen en zonas rurales de difícil acceso y su conservación represente grave peligro para la salubridad o seguridad pública, hecho sobre el cual se dejará constancia en acta similar a la enunciada en el parágrafo del artículo 53 cuya copia remitirá a la Dirección Nacional de Estupefacientes".

"*Art. 55.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* Los demás bienes muebles o inmuebles, efectos, dineros, acciones, divisas, derechos o beneficios de cualquier naturaleza vinculados directa o indirectamente con los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público como objeto de los mismos, o que hayan sido utilizados para su comisión, o que provengan de esta, serán ocupados o incautados por las unidades investigativas de orden público o por las de policía judicial ordinaria y colocados a disposición o a la orden de la Dirección Nacional de Estupefacientes dentro de las setenta y dos horas siguientes, junto con la copia del acta a que se refiere el parágrafo del artículo 53. Esta por medio de resolución, podrá destinarlos provisionalmente, así como su producto, al servicio de la Dirección Nacional de Carrera Judicial, y al de las entidades señaladas en el decreto 2390 de 1989 con excepción del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares en la forma y términos dispuestos en él, en los decretos 1856 de 1989, 42 de 1990 y 1273 del mismo año, en concordancia con las normas de la ley 30 de 1986, en cuanto estas no se opongan a aquellos. También podrá asignarlas al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a la Policía Nacional, a las Fuerzas Militares, a la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, a la Procuraduría General de la Nación y al Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes, previa autorización de esta corporación.

"En la resolución de asignación provisional que dicte la dirección se dispondrá que la entidad beneficiaria designe un depositario para cada caso. Este una vez posesionado, tendrá todos los derechos, atribuciones y facultades, y estará sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades, que para los depositarios judiciales o secuestres determinan las leyes, debiendo rendir cuenta mensual de su administración a la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual podrá solicitar su relevo cuando lo estime necesario, con base en posibles manejos irregulares o inadecuados. Este organismo comunicará a las autoridades encargadas de llevar registro de los bienes, su decisión sobre asignación provisional y las que la modifiquen o corroboren.

"Salvo lo previsto por el decreto 2187 de 1990 sobre el decomiso administrativo o la multa contravencional, los bienes serán objeto de decomiso por el juez a favor del Estado y adjudicados definitivamente por la Dirección Nacional de Estupefacientes a alguna de las entidades mencionadas en el primer inciso de este artículo. El decomiso será dispuesto en el momento de dictar sentencia dejando a salvo la afectación de los bienes al pago de perjuicios. De todas formas, su decisión se hará conocer a la Oficina de Registro que corresponda según la naturaleza del bien.

"*Parágrafo 1°.*—Las armas, municiones y explosivos se enviarán a la Industria Militar conforme a las previsiones de las normas legales vigentes, y el Ministerio de Defensa asignará aquellas a los organismos de investigación de la jurisdicción de orden público.

"*Parágrafo 2°.*—La Dirección Nacional de Estupefacientes adjudicará definitivamente los bienes que a la fecha de vigencia del presente decreto hayan sido decomisados a favor del Estado y puestos a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes, mediante sentencia ejecutoriada por violaciones a la ley 30 de 1986 y normas que la complementan, modifican o adicionan, y por los ilícitos de narcotráfico y conexos, enriquecimiento ilícito y el tipificado por el artículo 6° del decreto 1856 de 1989, con sujeción a las normas legales vigentes.

"*Parágrafo 3°.*—En casos especiales, la Dirección Nacional de Estupefacientes, previa autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes, podrá disponer el remate de bienes cuyo decomiso haya sido dispuesto en sentencia definitiva por el juez de orden público y destinará su producido a incrementar el patrimonio de las cuentas especiales a que se refiere el artículo 64 de este Estatuto. Igualmente se destinarán a estas cuentas los dineros que se incauten o decomisen con excepción de las divisas".

Art. 56.—Para hacer efectivos los derechos de adjudicación definitiva o provisional, así como el de administración que en su favor consagran los decretos legislativos 1856 y 2390 de 1989 y 42 de 1990, la entidad a la cual se haya adjudicado provisionalmente un bien tendrá tanto en la indagación preliminar como en el sumario y la causa de los procesos por los delitos a que se refiere el artículo 9° de este decreto, los mismos derechos y facultades que en el régimen ordinario otorga la ley al tercero interviniente o incidental. Para tales efectos podrán otorgar mandato a los abogados inscritos pertenecientes a su dependencia.

"*Art. 57.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* Los derechos reales principales y accesorios sobre los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos a que se refiere el artículo 9° de este decreto como de competencia de la jurisdicción de orden público se extinguirán a favor del Estado, si transcurrido un año desde la fecha de su citación para que comparezcan al proceso a ejercer su defensa respecto de los titulares inscritos, estos no comparecen, o desde su aprehensión cuando se trate de bienes sin dueño aparente o conocido, o no requieran de inscripción para su constitución.

"Vencido el término de que trata el inciso anterior, el juez competente de oficio o a solicitud del ministerio público, avisará a los interesados por correo certificado a la última dirección que aparezca en el proceso o actuación de que se trate, o mediante publicación en un periódico de amplia circulación en el lugar, según el caso, que en un plazo no mayor de un mes, contado a partir de la fecha de la remisión o la publicación del aviso, deberán justificar por medio idóneo el no retiro oportuno de los bienes, so pena de su pérdida en favor del Estado.

"Transcurrido este plazo, el juez de orden público decidirá y procederá en consecuencia mediante providencia interlocutoria que será susceptible de recurso de apelación.

"Si el bien no estuviere a disposición de un juez de la república, el procedimiento señalado en este artículo se adelantará por la Dirección Nacional de Estupefacientes, la que decidirá lo pertinente por resolución motivada que tendrá apelación ante el Consejo Nacional de Estupefacientes.

"*Parágrafo.*—Respecto de los bienes a que se refiere este artículo no procederá en caso alguno su declaratoria como vacantes o mostrencos".

Art. 58.—En los hechos punibles de competencia de la jurisdicción de orden público, solo procede la detención preventiva como medida de aseguramiento.

El juez de orden público al proferir auto de detención preventiva decretará el secuestro de los bienes muebles y el embargo y secuestro de los inmuebles de propiedad del sindicado, debiendo disponer en la sentencia la condena al pago de los perjuicios, para cuyo fin el remate se efectuará según lo previsto en los artículos 521 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se enviará copia auténtica de lo pertinente al juez civil competente.

La revocatoria del auto de detención requerirá siempre el concepto previo y favorable del agente del ministerio público.

"*Art. 59.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°).* Los procesados por los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público solo tendrán derecho a la libertad provisional en los siguientes casos:

"1. Cuando en cualquier estado del proceso hubieren sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que merecieren como pena privativa de la libertad por el delito de que se les acusa, habida consideración de su calificación o de la que debería dársele.

"Se considerará que ha cumplido la pena el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario

para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

"2. Cuando fuere mayor de setenta (70) años, siempre que no haya sido procesado antes por uno de los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público".

"Art. 60.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). En los procesos por delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, no habrá lugar a la suspensión de la detención preventiva ni de la ejecución de la pena, pero procederá la detención hospitalaria que se concederá por el juez previo concepto del fiscal cuando el procesado o condenado sufriere grave enfermedad, o a la imputada le faltaren cuatro semanas o menos para el parto, o si no han transcurrido dos meses desde la fecha en que dio a luz.

"En los eventos anteriores, se exigirá por el juez certificado de médico legista, quien dictaminará periódicamente sobre la necesidad de que continúe la detención en la forma prevista en el inciso anterior".

Art. 61.—Los sindicados por hechos punibles de competencia de la jurisdicción de orden público, no serán acreedores a la libertad inmediata de que trata el artículo 395 del Código de Procedimiento Penal. En tales casos, una vez que se acredite su calidad, el funcionario de policía judicial de orden público o el juez, lo comunicarán de inmediato al respectivo nominador a fin de que se tomen las medidas necesarias para evitar solución de continuidad en la prestación del servicio, y no será necesaria la previa suspensión del empleado para hacer efectiva su detención preventiva.

"Art. 62.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). En los eventos de privación de libertad por alguno de los hechos punibles señalados como de competencia de la jurisdicción de orden público por el artículo 9° de este decreto, será competente para decidir sobre el derecho de *habeas corpus* el tribunal superior de orden público en sala unitaria, atendiendo la distribución hecha en la forma prevista en su reglamento interno, pero el amparo podrá invocarse o proponerse ante un juez penal o promiscuo del lugar donde se encuentre el aprehendido o del municipio más cercano.

"Recibida la solicitud, el juez dará noticia inmediata por telégrafo al presidente del tribunal superior de orden público que procederá al reparto del aviso. Simultáneamente, el juez decretará de inmediato la inspección a las diligencias que existieren en relación a la petición de libertad la que deberá practicar dentro del día hábil siguiente, pudiendo practicar dentro del mismo término las pruebas que considere necesarias y, al vencimiento del término anterior remitirá la actuación al tribunal superior de orden público. Si el amparo se presenta ante este, el magistrado ponente comisionará a juez penal o promiscuo para la realización de dichas diligencias, las que se evacuarán con prelación a cualesquiera otras.

"El magistrado de orden público a quien se hubiere adjudicado el aviso, al avocar el conocimiento del mismo, solicitará de inmediato informes a la Subdirección Nacional de Orden Público sobre si el capturado es solicitado por otras autoridades, y librará comunicación al fiscal para enterarle de la tramitación.

"Recibida la actuación del juez por el magistrado sustanciador, correrá traslado sobre copia íntegra de ella al fiscal en su despacho por un día hábil para que rinda su concepto. Rendido este o transcurrido el término, el magistrado decidirá en sala unitaria y en providencia no susceptible de recurso dentro del día hábil siguiente, decisión que será de obligatorio cumplimiento.

"El magistrado de oficio o a petición del fiscal podrá decretar la práctica de alguna prueba, para lo cual comisionará al juez ante quien se hubiere propuesto el amparo o a quien se le hubiese remitido para su tramitación; pero en ningún caso se prolongarán los términos anteriores so pretexto de su evacuación y se tomará la decisión con fundamento en la actuación que dentro de ellos se hubiese podido allegar.

"La Subdirección Nacional de Orden Público prestará toda la colaboración que sea necesaria al magistrado y al juez para el cumplimiento de su función y, para garantizar la reserva, toda comunicación jurisdiccional será suscrita por el presidente del tribunal".

"Art. 63.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Los procesados por delito de competencia de la jurisdicción de orden público tendrán derecho a los beneficios previstos en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, o en el decreto legislativo 3030 de 1990 y en los que los modifiquen, subroguen o adicionen, a su elección, siempre que se den los requisitos señalados en dichas normas.

"En ningún evento serán acumulables estos beneficios.

"El condenado favorecido con alguno de los anteriores beneficios que cometa posteriormente cualquier delito de competencia de la jurisdicción de orden público lo perderá, así como la posibilidad de volver a obtenerlo".

"Art. 64.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Quien no siendo autor o partícipe del hecho punible, suministre a la autoridad informes que permitan hacer efectiva orden de captura de sindicado o incautación de bienes destinados a la comisión o que provengan de la ejecución de delito de competencia de la jurisdicción de orden público, o informes que permitan determinar la autoría, participación o responsabilidad penal en los mismos, será beneficiario de una recompensa monetaria cuya cuantía no excederá el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, la que podrá ser pagada dentro o fuera del país.

"Dicho beneficio será determinado por el jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, el director general de la policía nacional o el director nacional de Instrucción Criminal, según el caso, quienes serán los ordenadores del gasto, el que se cargará contra la cuenta especial del presupuesto de la respectiva entidad, y cuyo manejo será cobijado por reserva legal, la cual podrá ser levantada solamente y en forma indelegable por el contralor general de la república a quien corresponderá privativamente su auditaje, o por el procurador general de la nación y para las investigaciones penales o disciplinarias que promoviere.

"Los ordenadores de estos gastos podrán autorizar en casos especiales que se realicen ofertas públicas de recompensa, por cuantía superior a la señalada en el inciso primero.

"Los informes se consignarán en acta reservada, en la cual se hará constar la versión y se suscribirán por los ordenadores del gasto o por su delegado especial, un agente del ministerio público y el informante, quien además estampará su impresión dactilar. El acta se remitirá a la jefatura del organismo que la haya autorizado donde se conservará con la debida reserva y seguridades, y de su contenido el jefe del DAS, el director general de la Policía Nacional o el director nacional de Instrucción Criminal deberá expedir copia autenticada, prescindiendo de la firma y datos de identidad del informante, con destino a la respectiva investigación penal, quedando su valor probatorio sujeto a la estimación que haga el magistrado o juez.

"En todo lo relacionado con el contenido del acta para la identificación del informante; el levantamiento de su reserva para el juez y fiscal, o en caso de comprobación de falsedad de la información o de motivos fraudulentos, así como de la protección del exponente se aplicará lo previsto para el caso del testigo a que se refiere el artículo 22 del presente estatuto".

Art. 65.—El término de la prescripción de la acción y de la pena se interrumpe según el caso, para quien sea juzgado o condenado como persona ausente por los delitos de que trata el artículo 9° del presente decreto.

Art. 66.—Todos los empleados oficiales están obligados a prestar su colaboración a las autoridades que adelantan actuaciones, investigaciones o procesos por los delitos referidos en el artículo 9° de este decreto y a suministrar la información que se les solicite con prelación a cualquiera otra, so pena de incurrir en causal de mala conducta en caso de omisión o demora, y sin que puedan oponerles reserva alguna.

"Art. 67.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Queda prohibida la transmisión o publicación de todo mensaje, noticia, grabación o información que identifique en cualquier forma a los testigos, peritos o intervinientes en los procesos y actuaciones por los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público.

"Queda igualmente prohibida la transmisión radial o televisiva en directo, desde el lugar de los acontecimientos, de actos referentes a los delitos mencionados en el inciso anterior, mientras los hechos estén ocurriendo.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51 del decreto 180 de 1988, la violación de las anteriores prohibiciones acarrea la destitución para el funcionario o empleado responsable, o la multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales al medio de comunicación respectivo, que se impondrán conforme a lo previsto en el artículo 37 del presente estatuto".

Capítulo VIII

Del ministerio público

"Art. 68.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). El ministerio público ante la jurisdicción de orden público será ejercido por el procurador general de la nación, los procuradores delegados en lo penal quienes lo harán ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de competencia de esta corporación, las fiscalías que actualmente existen para el tribunal superior de orden público, y las fiscalías de los juzgados de orden público.

"*Parágrafo.*—Ejercen ocasionalmente funciones de ministerio público ante las unidades investigativas de orden público y las de policía judicial ordinaria que avoquen transitoriamente indagaciones preliminares en materia de delitos de orden público los fiscales de la jurisdicción penal ordinaria, los personeros municipales, comisariales, intendencia-

les o de distrito, o el funcionario o empleado que el procurador general de la nación designe, en los casos y bajo las condiciones que se establecen en este decreto, así como los fiscales penales militares de las fuerzas militares y de la policía nacional en los casos de competencia de la justicia penal militar".

"Art. 69.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Los fiscales de orden público tendrán jurisdicción nacional pero ejercerán ordinariamente sus funciones en la comprensión territorial de la correspondiente dirección seccional de orden público. Además de las funciones que adelante se determinarán, cumplirán las previstas en los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del artículo 122 del Código de Procedimiento Penal.

"El fiscal que actúe ante los jueces de conocimiento de orden público, emitirá concepto precalificatorio y ejercerá las funciones del ministerio público hasta la culminación de la primera instancia.

"*Parágrafo.*—En las diligencias que se practiquen por las unidades investigativas de orden público, o por la policía judicial ordinaria cuando esta las cumpla conforme al artículo 25, el agente del ministerio público velará por su legalidad y el efectivo cumplimiento de las garantías y derechos de las personas, suscribiendo para el efecto las diligencias en que intervenga".

"Art. 70.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Los asuntos sometidos al examen de los fiscales del tribunal superior y de los juzgados de orden público, serán repartidos en forma equitativa y reservada, según reglamentación acordada entre ellos.

"En todo caso, el procurador general de la nación podrá variar la asignación de los asuntos o designar agentes especiales cuando lo considere conveniente.

"Las actas de asignación correspondientes se conservarán con las debidas seguridades y solo podrán hacerse públicas cuando haya transcurrido un año después de proferida la sentencia definitiva.

"Los fiscales del tribunal superior de orden público además del cumplimiento de las funciones que adelante se determinarán, estarán obligados a conceptuar en el trámite de las apelaciones, consultas y peticiones de libertad. Para tal fin se les correrá traslado en su despacho por el término de cinco (5) días hábiles, salvo en los eventos relacionados con la libertad de las personas que lo será por el de tres (3) días, y en el de *habeas corpus* por uno solo".

"Art. 71.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Además de las funciones que la Constitución Política, la ley y otras disposiciones de este decreto imponen al ministerio público, los fiscales de la jurisdicción de orden público cumplirán las siguientes:

"1. Ejercer vigilancia directa, inmediata y permanente sobre el desarrollo y resultados de las indagaciones preliminares que adelanten las unidades investigativas de orden público, o sobre las que ocasionalmente tramite la policía judicial ordinaria.

"2. Concurrir de inmediato al sitio de reclusión cuando reciban informe sobre la captura o aprehensión de alguna persona, y constatar su estado general, de lo cual dejarán constancia en el expediente.

"Si observaren irregularidad procederán conforme a lo previsto en el inciso final del parágrafo 2° de este artículo.

"3. Presenciar las diligencias de reconocimiento en fila de personas, las declaraciones de testigo que se reciban con huella dactilar, así como aquellas otras en que estime necesaria su presencia.

"4. Rendir informe mensual al procurador delegado para el ministerio público sobre sus actividades, guardando la reserva del magistrado o juez y la de las demás personas a quienes con ella se tutela.

"5. Recaudar las pruebas tendientes a establecer la naturaleza y cuantía de los perjuicios, y promover su traslado al expediente.

"*Parágrafo 1°.*—Los demás fiscales y personeros ejercerán las funciones descritas en los numerales 2, 3 y 4 de este artículo si en el lugar no hubiese fiscal de orden público disponible ante la unidad investigativa de orden público o la policía judicial ordinaria que transitoriamente avoque la indagación. Al iniciar su actuación, la comunicará de inmediato al grupo de fiscales de orden público correspondientes.

"*Parágrafo 2°.*—La policía judicial de orden público así como la ordinaria estarán obligadas a facilitar el ejercicio de las funciones al ministerio público.

"Toda conducta tendiente a obstaculizar la intervención del agente del ministerio público respectivo, hará incurrir al responsable en falta disciplinaria.

"En caso de que el agente del ministerio público encuentre alguna irregularidad, informará inmediatamente a la Dirección Seccional de Orden Público e iniciará o promoverá la investigación correspondiente. El incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria.

"Si se tratare de conducta imputable a miembro de unidad investigativa de orden público, se procederá así: Conocida por el fiscal o agente del ministerio público la posible irregularidad, este adelantará la correspondiente indagación preliminar y la remitirá a la oficina competente de la Procuraduría General de la Nación.

"Para efectos de la investigación correspondiente se seguirá el procedimiento ordinario, pero los términos del proceso disciplinario se reducirán a la mitad. El funcionario competente decidirá de fondo dentro de los diez días siguientes a la práctica de pruebas".

"Art. 72.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Las funciones que por este decreto se asignan al ministerio público, se ejercerán por los funcionarios y empleados, y en las condiciones que el procurador general de la nación señale mediante resolución.

"Para tal efecto, podrá asignar las funciones de vigilancia de las unidades investigativas de orden público, o de las de la policía judicial ordinaria, a los agentes del ministerio público de las sedes de las mismas, sin perjuicio de las funciones atribuidas a las procuradurías delegadas para la policía judicial, para la defensa de los derechos humanos y a las departamentales, intendenciales, comisariales y provinciales".

"Art. 73.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Para el 16 de enero de 1991, el procurador general de la Nación establecerá el número y sede de los funcionarios y empleados que ejercerán las funciones del ministerio público ante la jurisdicción de orden público. Podrá designar como fiscales de orden público a quienes vienen ejerciendo esa función y a los actuales fiscales de los juzgados especializados.

"El procurador general de la nación efectuará los nombramientos de los fiscales de orden público previstos en este decreto a partir de la fecha de su promulgación, pero los designados solo podrán tomar posesión de los cargos desde el 16 de enero de 1991, ante cualquier procurador departamental, intendencial, comisarial o provincial de la sede que le haya sido asignada, o ante el secretario general de la Procuraduría General de la Nación".

"Art. 74.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Los fiscales del tribunal superior de orden público y los fiscales de los juzgados de orden público son de libre nombramiento y remoción por parte del presidente de la república y del procurador general de la nación según corresponda, y tendrán la misma remuneración y prerrogativas de los magistrados y jueces de orden público respectivamente".

"Art. 75.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). A partir del 16 de enero de 1991, suprímense los siguientes cargos existentes:

"54 fiscales especializados.

"30 fiscales de orden público.

"54 asistentes judiciales grado 09, de las fiscalías de juzgados especializados.

"30 asistentes judiciales grado 11, de las fiscalías de orden público.

"15 técnicos en criminalística grado 17, creados por el decreto 2620 de 1985.

"15 agentes especiales grado 11, creados por el decreto 2620 de 1985".

"Art. 76.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). A partir del 16 de enero de 1991, créanse los siguientes cargos:

"100 fiscales de orden público, grado 17, cuya remuneración será igual a la de los jueces de orden público.

"100 asistentes de fiscalías de orden público, grado 09".

Capítulo IX

Organización administrativa de orden público

Art. 77.—A partir de la publicación del presente decreto, el director nacional de Instrucción Criminal hace parte del Consejo Nacional de Policía Judicial, como miembro de pleno derecho.

Los directores seccionales de orden público serán miembros de pleno derecho de los consejos seccionales de policía judicial.

Parágrafo.—El Consejo Nacional de Policía Judicial lo presidirá el ministro de Justicia y en su ausencia, el director nacional de instrucción criminal.

Art. 78.—A partir de la publicación de este decreto, el secretario del Consejo Nacional de Policía Judicial será un delegado del director nacional de Instrucción Criminal.

Art. 79.—El Consejo Nacional de Policía Judicial tendrá, además de las funciones dadas en el decreto-ley 54 de 1987, las siguientes:

a) Asesorar al director nacional de Instrucción Criminal para el adecuado desarrollo y funcionamiento de la jurisdicción de orden público;

b) Evaluar los resultados de las actividades cumplidas por la jurisdicción de orden público y proponer acciones que tiendan a optimizarlas;

c) Proponer medidas que tiendan a fortalecer la capacidad técnica de las correspondientes unidades investigativas, y

d) Asesorar la fijación de la política de capacitación de los empleados y funcionarios de la jurisdicción de orden público.

Art. 80.—Créase la Subdirección Nacional de Orden Público como una dependencia de la Direc-

ción Nacional de Instrucción Criminal, con la siguiente estructura orgánica:

1. Dirección Nacional de Instrucción Criminal.
2. Subdirección Nacional de Orden Público.

2.1. Direcciones Seccionales de Orden Público.

2.1.1. Secciones Jurisdiccionales.

2.1.2. Divisiones Administrativas.

Parágrafo 1°.—El Consejo Nacional de Policía Judicial actuará como organismo asesor de la jurisdicción nacional de orden público.

Parágrafo 2°.—El ministerio público y las unidades investigativas del cuerpo técnico de policía judicial, tienen relación funcional con las direcciones seccionales de orden público.

Art. 81.—El director nacional de Instrucción Criminal, en lo relacionado con la jurisdicción de orden público, cumplirá las siguientes funciones:

a) Dirigir la organización y el adecuado funcionamiento de la jurisdicción de orden público;

b) Nombrar, remover y dar posesión al subdirector nacional, los directores seccionales y al personal de las seccionales de la jurisdicción de orden público, con excepción de los jueces, que serán elegidos por el tribunal de orden público. Igualmente ejercer estas funciones en relación con los empleados a que se refiere el segundo inciso del artículo 91 de este decreto;

No obstante, el subdirector nacional y los directores seccionales de orden público, decidirán las demás situaciones administrativas de los funcionarios y empleados de su dependencia, incluyendo los empleados de la sección jurisdiccional;

c) Elaborar, en acuerdo con la Subdirección Nacional de Orden Público y el director de la Escuela de Instrucción Criminal, los programas de capacitación para los empleados y funcionarios de la jurisdicción de orden público, y supervisar su ejecución;

d) Participar en la elaboración del presupuesto de la jurisdicción de orden público y asegurar su cumplida ejecución;

e) Asignar los empleados del cuerpo técnico de policía judicial que le corresponda a cada dirección seccional de orden público, y

f) Hacer parte del Consejo Nacional de Seguridad cuando se trate de asuntos relacionados con la jurisdicción de orden público.

Parágrafo.—El director nacional de instrucción criminal podrá delegar estas funciones salvo la del literal f) en el subdirector nacional de orden público, y en los directores seccionales.

Art. 82.—El subdirector nacional de orden público, tendrá las siguientes funciones:

a) Coordinar con el director nacional de instrucción criminal, el adecuado funcionamiento de la jurisdicción de orden público;

b) Coordinar la prestación de los servicios de laboratorios criminalísticos, como auxiliares de las unidades investigativas;

c) Dirigir y coordinar las direcciones seccionales de su competencia;

d) Dirigir el sistema de información correspondiente a los diferentes procesos y velar por su permanente actualización;

e) Asignar la sede a los jueces de orden público;

f) Definir la comprensión territorial de las direcciones seccionales de orden público, pudiendo variarla según la situación de la zona y las necesidades del servicio;

g) Definir criterios para la distribución de las actuaciones de que tratan los artículos 40 y 48 de este decreto;

h) Elaborar el proyecto de presupuesto de la jurisdicción de orden público, preparar las distribuciones de partidas para cada seccional, solicitar los traslados y adiciones que considere necesarios y someterla a aprobación de las autoridades competentes por conducto del director nacional de Instrucción Criminal;

i) Velar por la debida ejecución del presupuesto asignado a la jurisdicción nacional de orden público;

j) Atender los servicios administrativos de la Subdirección Nacional de Orden Público;

k) Actuar como ordenador del gasto de la Subdirección Nacional de Orden Público según la asignación de competencia que para el efecto haga el Consejo Superior de la Administración de Justicia;

l) Las demás que le señale el presente decreto y el director nacional de Instrucción Criminal.

Art. 83.—Los directores seccionales de orden público tendrán las siguientes funciones:

a) Ejercer la Dirección Administrativa de las diferentes dependencias, incluidos los jueces y funcionarios que prestan servicios en ellas. En tal virtud le corresponde fijar horarios, dictar las normas de carácter administrativo y tomar las medidas necesarias para el adecuado funcionamiento de las diferentes secciones;

b) Coordinar con las autoridades públicas seccionales y locales, y con los organismos de seguridad, la prestación de los diferentes servicios;

c) Tomar medidas para garantizar que en el trámite del proceso se mantenga la reserva de las personas que intervienen en él;

d) Recibido el aviso de que trata el artículo 23, asignar el juez de instrucción que deba controlar la indagación, dirigir la investigación o conocer el juicio según el caso, debiendo responder por la entrega y remisión oportuna de los expedientes;

e) Llevar los archivos de los expedientes cuyo trámite ha culminado;

f) Dirigir el sistema de información de la jurisdicción de orden público, en el nivel que le corresponda;

g) Coordinar con los organismos competentes todo lo relacionado con la seguridad de los funcionarios y empleados de la jurisdicción de orden público, así como de la planta física, los materiales y equipos;

h) Actuar como ordenador del gasto de la respectiva seccional según la asignación de competencias que para el efecto haga el Consejo Superior de la Administración de Justicia;

i) Rendir los informes que sobre el curso de las indagaciones e investigaciones y del funcionamiento administrativo de la seccional le soliciten el director nacional de instrucción criminal y el subdirector nacional de orden público;

j) Las demás que le señale el presente decreto, el director nacional de instrucción criminal y el subdirector nacional de orden público.

Parágrafo.—Para garantizar su seguridad, todas las relaciones entre los jueces y las unidades investigativas se harán a través del correspondiente director seccional de orden público.

Art. 84.—A partir de la vigencia del presente decreto se crean las direcciones seccionales de orden público en Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla y Cúcuta.

Art. 85.—Las direcciones seccionales de orden público están conformadas por la sección jurisdiccional y la división administrativa.

Art. 86.—La sección jurisdiccional estará compuesta por los jueces de instrucción, los de conocimiento y el personal de secretaría, y tendrá a su cargo la investigación, el trámite del juicio y el proferimiento de los correspondientes fallos.

Art. 87.—La sección jurisdiccional tendrá un jefe, quien actuará como secretario para los asuntos judiciales, con las siguientes funciones:

a) Recibir memoriales y notificaciones, autorizar las visitas carcelarias, hacer registros y llevar los correspondientes archivos;

b) Responder por las funciones jurídico-administrativas y administrativas en los trámites de los procesos. En tal virtud deberá suscribir los autos de sustanciación que le correspondan, así como las comunicaciones y demás documentos que sean necesarios;

c) Coordinar la prestación de los servicios con las demás secciones;

d) Las demás que le señale el director seccional de orden público.

Parágrafo.—El jefe de la sección jurisdiccional podrá delegar algunas de sus funciones en el personal subalterno de la sección.

Art. 88.—La división administrativa tiene las siguientes funciones:

a) Responder por el correcto funcionamiento administrativo de la respectiva seccional, mediante el apoyo requerido por las diferentes secciones y sus dependencias;

b) Ejecutar las actividades tendientes a la adquisición de materiales, suministros y demás bienes y servicios que requiera la dirección seccional para su funcionamiento;

c) Coordinar la seguridad de los funcionarios de la dirección y responder por la vigilancia de los bienes de las dependencias, así como por la planta física;

d) Colaborar en la elaboración del proyecto de presupuesto anual de funcionamiento e inversión;

e) Elaborar el proyecto del plan anual de compras y dirigir y controlar su ejecución;

f) Administrar la caja menor;

g) Cumplir las funciones propias de la administración de personal, y llevar el registro de las novedades;

h) Participar en el diseño de los programas de capacitación y de bienestar social para los empleados de la jurisdicción de orden público;

i) Actuar por delegación, como ordenador del gasto;

j) Las demás que le señale el director seccional de orden público.

Parágrafo.—El subdirector seccional de orden público coordinará con la división administrativa de la dirección nacional de instrucción criminal la colaboración que esta entidad debe prestar para el cumplimiento de las funciones a ejercer por la jurisdicción de orden público, en orden a garantizar su eficiencia.

Art. 89.—A partir del 16 de enero de 1991, se suprimen la totalidad de juzgados especializados y de orden público existentes, con su respectiva planta de personal.

"Art. 90.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). A partir del 16 de enero de 1991, créanse ochenta y dos (82) cargos de jueces de orden público grado 17, los que serán designados por el tribunal superior de orden público de entre las personas que venían desempeñando los cargos de jueces de orden

público o especializados en los despachos suprimidos por este decreto, y cuya remuneración será igual a la señalada por la ley para los magistrados de los tribunales superiores de distrito judicial.

"Los jueces de instrucción criminal que vienen cumpliendo funciones de jueces especializados, continuarán ejerciendo las funciones inherentes a su cargo en la jurisdicción ordinaria con la misma planta de personal con que venían funcionando.

"A partir de la vigencia de este decreto, un número de jueces de orden público determinado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Orden Público, asumirán las funciones de conocimiento y fallo en los procesos por los delitos que el artículo 9° de este decreto asigna al conocimiento de la jurisdicción de orden público. Los restantes jueces de orden público cumplirán las funciones que para los de instrucción señala el presente estatuto en relación con los mismos delitos.

"El director nacional de instrucción criminal podrá solicitar a la sala de gobierno, la variación de esta proporción cuando las circunstancias así lo determinen.

"*Parágrafo.*—La asignación de los jueces de orden público a las direcciones seccionales la hará el subdirector nacional de orden público, quien podrá variarla de acuerdo con la situación de cada una".

"Art. 91.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Los funcionarios y empleados que venían desempeñando los cargos que se suprimen en el artículo 89, serán nombrados por las salas plenas o las salas de gobierno de los tribunales de distrito según se trate de los primeros o los segundos, en los cargos vacantes que existan en este a partir de la promulgación de este decreto, o en los cargos que se crean en las secciones jurisdiccionales de las direcciones seccionales de orden público, o en los despachos creados con base en las facultades de la ley 30 de 1987 cuya provisión haya sido autorizada por la comisión para el desarrollo de la rama jurisdiccional.

"El nombramiento se hará en cargos con funciones similares a los que vienen desempeñando siempre que reúnan los requisitos para el efecto. Tratándose de empleados de las secciones jurisdiccionales la designación por parte del tribunal será únicamente por la primera vez; las subsiguientes corresponden al director nacional de Instrucción Criminal, y sus situaciones administrativas serán definidas por el director seccional de orden público.

"Tratándose de empleados de despachos judiciales, los nombramientos subsiguientes serán hechos por los respectivos superiores.

"La elección deberá ser preferencialmente para un cargo de igual categoría de remuneración si lo hubiere; en caso contrario podrá ser para uno de inferior remuneración, y esta será la que seguirá devengando, con las primas a que tenga derecho liquidadas sobre esta base.

"El funcionario o empleado deberá manifestar dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de la comunicación del nombramiento su aceptación. Si no aceptare o no fuere posible encontrarlo para su comunicación en dicho término perderá su derecho a ser nombrado.

"Los jueces especializados y de orden público no designados como jueces de orden público y los abogados asesores podrán ser designados jueces de instrucción criminal. Para los efectos de los requisitos exigidos para el cargo, un (1) año de servicios como abogado asesor de juzgado de orden público, equivale a un año de servicios como juez municipal.

"Si la persona nombrada juez de orden público venía desempeñándose como tal, o como especializado no requerirá confirmación de su nombramiento, y la posesión se hará ante el director seccional de orden público correspondiente con la suscripción del acta respectiva sin necesidad de comprobación de requisitos.

"Los empleados que fueren designados para desempeñar cargo de igual o inferior grado al que venían desempeñando en los despachos suprimidos por este decreto, con excepción del abogado asesor que deberá acreditar los requisitos señalados por las normas legales vigentes, no requerirán para su posesión requisito diferente al de sus documentos de identidad y la prestación del juramento correspondiente".

"Art. 92.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Para que sirva como soporte eficiente que permita su adecuado y oportuno funcionamiento créase en la jurisdicción de orden público, la siguiente planta de personal administrativo:

N° de cargos	Denominación	Clase	Grado
1	Subdirector nacional de orden público.		
5	Director seccional de orden público.		
1	Director administrativo		20
5	Jefe división administrativa ..	II	17
3	Jefe sección de seguridad	III	15
3	Jefe sección de seguridad	I	13
8	Profesional universitario	V	15
5	Profesional universitario	III	13
2	Técnico administrativo	III	11
5	Técnico administrativo	II	10
1	Asistente administrativo	II	07
11	Asistente administrativo	I	06
50	Asistente administrativo	III	05
6	Auxiliar servicios generales ...	IV	01

"*Parágrafo 1°.*—Los empleados administrativos tendrán el mismo régimen prestacional y salarial de los empleados de la Dirección Nacional y Seccional de Carrera Judicial. El régimen legal será el establecido en el decreto 091 de 1988 y las normas que lo adicionen o modifiquen.

"*Parágrafo 2°.*—Corresponde al subdirector nacional de orden público distribuir la planta de personal en las distintas direcciones seccionales de orden público".

Art. 93.—A partir del 16 de enero de 1991 créase la siguiente nomenclatura de cargos, grados de remuneración y planta de personal para los empleados de la sección jurisdiccional:

Número de cargos	Denominación	Grado
5	Jefe de sección	19
23	Secretario	13
18	Escribiente	07
21	Citador	04

Parágrafo 1°.—Los empleados de la sección jurisdiccional tienen el mismo régimen salarial y prestacional de la rama jurisdiccional.

Parágrafo 2°.—El subdirector nacional de orden público asignará los empleados señalados en este artículo a las distintas direcciones seccionales de orden público.

"Art. 94.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). El subdirector nacional de orden público tendrá una asignación mensual equivalente al 90% de la que corresponde al director nacional de instrucción criminal; los directores seccionales de orden público al 80% de la de este. De dicha remuneración mensual el mismo porcentaje señalado para el director nacional de instrucción criminal tendrá el carácter de gastos de representación".

Art. 95.—Por resolución de la Subdirección Nacional de Orden Público se fijarán los requisitos mínimos para el ejercicio de los empleos administrativos, así como los manuales de funciones y procedimientos de la jurisdicción de orden público.

Art. 96.—Créanse doce cargos de asesor grado 19 que prestarán sus servicios en los despachos de los magistrados del tribunal superior de orden público.

Los asesores son de libre nombramiento y remoción del magistrado respectivo, pero deberán ser nombrados por la primera vez de los abogados asesores de juzgados de orden público que se suprimieron por este decreto. Su régimen salarial, prestacional y disciplinario será el de la rama jurisdiccional.

Capítulo X

Disposiciones finales

Art. 97.—A partir del año de 1991, los magistrados del tribunal superior de orden público, los jueces y fiscales de orden público, y el restante personal de los cargos que se crean en este estatuto gozarán de vacaciones individuales.

Art. 98.—A partir de la publicación de este decreto, modifícase el artículo 5° del decreto 1855 de 1989, en el sentido de que el representante legal del fondo de seguridad de la rama jurisdiccional es el ministro de Justicia, o su delegado.

"Art. 99.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). La Subdirección Nacional de Orden Público y las direcciones seccionales de orden público constituirán para efectos presupuestales una unidad ejecutora independiente y establecerán para su funcionamiento un fondocuenta o cajas menores de las reglamentadas por la resolución 068 de 1990 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de las que los modifiquen o adicionen.

"La Procuraduría General de la Nación y las procuradurías departamentales establecerán para su funcionamiento un fondo-cuenta o cajas menores similar a la del inciso precedente, para facilitar la operatividad de las funciones de los agentes del ministerio público ante la jurisdicción de orden público".

Art. 100.—En las materias no reguladas por este decreto, se aplicarán las normas del Código Penal y las del Código de Procedimiento Penal, así como las que los adicionen o reformen, y las de legislación de estado de sitio que no se opongan a sus previsiones.

"Art. 101.—(Modificado. Decr. 99 de 1991, art. 1°). Los jueces especializados que a la expedición de este decreto tengan en su poder actas de ocupación o de incautación de bienes que no estén todavía vinculados a un proceso penal, deberán decidir sobre la apertura de la investigación o la expedición de auto inhibitorio con base en los elementos de juicio que obren en el acta de incautación u ocupación correspondiente y en las demás pruebas que hubiesen podido recaudar.

"Si se dicta auto inhibitorio, que en este único caso no será consultable, el juez lo comunicará al director nacional de estupefacientes, entendiéndose que desde dicho momento quedan los bienes a su disposición para su remisión a la Dirección General de Aduanas o a la Superintendencia de Control

de Cambios en los casos señalados en el decreto 2187 de 1990, para su entrega a quien demuestre tener derecho a recibirlos de acuerdo con el procedimiento que señale el Consejo Nacional de Estupefacientes, o para los efectos del artículo 57 de este decreto.

"En todos los casos en que la Dirección Nacional de Estupefacientes deba proceder a la entrega de bienes, podrá comisionar a un juzgado civil o promiscuo o a cualquier autoridad administrativa del país con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los bienes".

Art. 102.—El presente decreto rige a partir del 16 de enero de 1991, excepto en sus artículos 53, 54 y 55 en cuanto se refieren a las funciones de la Dirección Nacional de Estupefacientes, 77, 78, 79, 98, 101 y 102 cuya vigencia opera a partir de su promulgación.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Orden Público procederá a hacer los nombramientos previstos en este decreto desde la fecha de su promulgación hasta el 31 de diciembre de 1990, pero los designados solo podrán tomar posesión de los cargos a partir del 16 de enero de 1991.

Los tribunales superiores de distrito procederán en igual forma respecto de los jueces y empleados cuya provisión les corresponde según lo establecido en este decreto.

A partir del día de la vigencia del presente estatuto se derogan o subrogan las normas de estado de sitio que le sean contrarias, y se suspenden las de la legislación ordinaria que se opongan a sus previsiones.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 20 de noviembre de 1990.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior de Medellín

Estado de necesidad y dignidad humana

Para la configuración del estado de necesidad se requiere que el sujeto carezca de otros medios para superar el conflicto; pero, en todo caso, debe tratarse no solo de medios lícitos sino también acordes con la dignidad humana. Para proteger los bienes jurídicos el ordenamiento jurídico no puede exigir la utilización de un medio lícito pero indigno, como es la prostitución.

Magistrado Ponente: Dr. RUBÉN DARÍO PINILLA COGOLLO
Agosto 13 de 1990

Comentario: MARIO ALBERTO ARENAS ALZATE*

Hechos:

Cerca del mediodía del domingo 10 de diciembre del año pasado, Jesús María V. bajó hasta el sector conocido como "la última copa" del municipio de Fredonia y en el camino se encontró a Hugo Alberto R. C., a quien por conocer el sector y ser adicto a los estupefacientes le solicitó que le adquiriera la suma de mil quinientos pesos de cocaína base, conocida comúnmente como basuco, para su consumo personal; este se acercó, entonces, a la residencia habitada por Olga Lucía C. O., madre de cuatro pequeños y dedicada a la prostitución, quien le vendió once (11) porciones de la droga que Hugo Alberto R. le entregó luego a Jesús María V., no sin antes recibir doscientos o trescientos pesos de este último por haberle adquirido y suministrado la sustancia.

Cuando apenas se había cerrado ese círculo, los agentes de la Policía Nacional J. J. M. R. y J. M. T. G., adscritos a la Policía Judicial de esa institución y quienes habían presenciado toda la operación, se le acercaron a Jesús María V., hallándole la sustancia que recién había adquirido y procediendo a su aprehensión, al igual que a la de Hugo Alberto R. y Olga Lucía C., una vez confirmaron lo que habían percibido.

Sobre esos hechos pasa a pronunciarse la Sala, con fundamento en las siguientes

Consideraciones

1° No es necesario extenderse sobre la demostración de los elementos objetivos del tipo penal por el cual fue citada a audiencia pública y condenada en primera instancia Olga Lucía C. O., ni sobre la autoría

* Abogado de la Universidad de Medellín.

sico-física de la conducta, pues la prueba es pródiga al respecto y ese conocimiento fue transmitido al proceso por diversas fuentes que enseñan que ella le vendió a Hugo Alberto R. C. la cantidad de quinientos veinticinco miligramos (0,525 gramos) de cocaína base...

2° Sin embargo, no puede desentenderse la sala de las lacerantes condiciones en que se desenvolvía la vida de Olga Lucía C. y que muy seguramente tuvieron incidencia en la comisión del hecho que se le atribuye.

Según se lee en su indagatoria (fl. 10) y en las declaraciones que se recibieron sobre su conducta (fls. 13, 17 y 24), pues sobre el particular poco se indagó a pesar de lo ostensible e inquietante que resultaba el punto, sus padres fallecieron y nada se conoce sobre su familia próxima o cercana; a sus 21 años de edad es madre de cuatro niños, el mayor de los cuales apenas llega a la edad de 8 años y la menor al año y medio, por cuya subsistencia debe velar y con los que vive sola en una habitación contigua a la residencia de la señora Rosa Elvira Jaramillo y por la cual le paga la suma de cuatro mil pesos mensuales; como carece en absoluto de bienes distintos a su propio cuerpo, para atender a esas necesidades debe recurrir al ejercicio de la prostitución o, como ella dice, "vivo rebuscándome la plata con hombres" e incluso, en razón de ello, ha tenido que viajar al municipio de Turbo en algunas épocas "a conseguirme la plata con mi cuerpo", lo cual no debe resultarle nada fácil por su misma apariencia (es de pequeña estatura, tiene una cicatriz en su rostro y solo posee algunos de los dientes inferiores, por lo demás "sumamente deteriorados") y todo ese panorama de miseria no es extraño pues ni siquiera "sé leer ni escribir, no estudié no estuve ni en la escuela".

Con no poca frecuencia se pasan por alto circunstancias como las que acaban de describirse, por una tendencia bastante difundida entre la judicatura que se limita casi que exclusivamente a la comprobación de los elementos del tipo objetivo o la materialidad de la conducta que antes caía bajo la denominación de cuerpo del delito y si acaso se preocupa por indagar por los ingredientes subjetivos del tipo penal.

De esa forma se reduce la estructura del delito, sin indagar por el injusto ni por la reprochabilidad de la conducta y se llega a límites que tocan el umbral de la responsabilidad objetiva, todo en aras de combatir el fenómeno de las drogas y de una protección a ultranza de la salud pública, si se entiende que es ese el bien jurídico tutelado por el Estatuto Nacional de Estupefacientes, pero sin comprender cabalmente las distorsiones de la política criminal que se esconde detrás de su regulación penal, en la cual se pueden descubrir no pocas incoherencias, por decir lo menos, como lo han develado los estudios recientes de la criminología sobre el tema, asunto sobre el cual no va a extenderse la Sala.

Pero no puede menos que reiterar, eso sí, la doctrina contenida en sentencia del 13 de febrero de este año y de esta misma Sala, en un caso de perfiles sustancialmente idénticos; en aquella oportunidad se dijo:

"Ahora bien, no puede la sala sostener, como lo hace la fiscalía en esta instancia, que "el comercio libidinoso le reportaba el sustento para atender a las necesidades de su núcleo familiar.

"¡Pues no! Nada más equivocado; aunque el ejercicio de la prostitución no es ilícito (art. 179 del decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía), no puede pasarse por alto que su esencia es contraria a la dignidad humana y al derecho de toda persona de contar con unas condiciones de vida adecuadas sin tener que recurrir a medios que lesionan su integridad siquica y moral y, precisamente por eso, el art. 120 del decreto 522 de 1971, reformatorio del art. 178 del Código Nacional de Policía, dispone que es obligación del Estado utilizar "los medios de protección social a su alcance para prevenir la prostitución y para facilitar la rehabilitación de la persona prostituida.

"Cuando el Estado no presta esa protección y la persona se ve abocada al dilema de preservar su libertad sexual, violentada y constreñida por unas condiciones inaceptables de existencia, y su dignidad humana, proscribiendo aquellos medios que atentan contra su integridad, o recurrir a la comisión de un hecho ilícito, el que escoja la alternativa de la violación de la norma legal para salvaguardar esos derechos y su subsistencia y la de su familia, sin tener que acudir a medios indignos para la persona, configura un dásico estado de necesidad (art. 29, numeral 5° del Código Penal).

"Mal podría la justicia, sin correr el riesgo de ser injusta y dejar de cumplir su cometido, exigirle a María Aurora, bajo la amenaza de una pena, que continuara atendiendo a la satisfacción de sus necesidades básicas por la vía del comercio deshonroso y deshumanizante de su cuerpo, que nada le obliga a afrontar, ni desde el punto de vista jurídico, ni desde ningún otro.

"Precisamente, la esencia del estado de necesidad, que nuestra legislación penal no distingue entre justificante y exculpante, como lo hacen otras, es el conflicto de bienes o intereses, que obligan a sacrificar unos para salvaguardar otros".

Ciertamente que el estado de necesidad requiere cierta ponderación entre los derechos o bienes jurídicos en conflicto que es lo que autoriza el mal que se causa a uno para proteger otro de mayor valor o por lo menos equivalente, pero esa condición no está ausente en el evento que estudia la Sala y en el cual Olga Lucía C. O. estaba abocada a un peligro inmediato para su vida y la de sus hijos y corría riesgo la familia que, de una u otra manera, había constituido, la formación y educación de la prole y la subsistencia en condiciones medianamente dignificantes, que no es decir poco si se le equipara con la salud pública, en el ámbito reducido en que ella podía afectarla.

No olvida la Sala que en esa contradicción entre los distintos bienes del agente debe carecer de otros medios para superar el conflicto, que es lo que nuestra legislación penal consagra al expresar que el mal o peligro no sea "evitable de otra manera", pero debe entenderse que se refiere no solo a medios lícitos y la prostitución es uno de ellos, porque en el punto entran en juego otros bienes jurídicos de inestimable valor como lo son la dignidad humana y los derechos de la mujer, reconocidos por pactos internacionales y que hacen parte de nuestra legislación interna por haber sido adoptados por distintas leyes (ley 74 de 1968 aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y de derechos civiles y políticos, ley 16 de 1972 aprobatoria del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre derechos humanos y ley 51 de 1981 aprobatoria de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).

En efecto, es necesario entender que si en la esencia del estado de necesidad hay un conflicto de bienes jurídicos que autoriza a salvaguardar uno de ellos, mal podría exigírsele al agente que acuda a medios lícitos pero lesivos de sus derechos, so pena de incurrir en un delito, pues en tal caso interviene un tercer bien jurídico y debe ser ponderado al igual que los otros y aquí no puede olvidarse, aparte de lo dicho y de otras consideraciones que pudieran hacerse, que la prostitución de la mujer es también un tema de salud pública; en caso contrario, se le estaría obligando de todas maneras a sacrificar sus derechos legalmente tutelados, lo que resulta opuesto al principio que inspira el estado de necesidad e implicaría, en el evento que ocupa la atención de la Sala, despojar a la pena de los mínimos niveles de legitimidad que ella requiere para justificar su aplicación y ser jurídica y socialmente aceptable, por lo menos en alguna medida.

No se le puede decir a la procesada, sin contrariar el derecho y la justicia, que tenía un medio lícito pero indigno y era suficiente que acudiera a él para superar el conflicto.

En todo lo anterior encuentra la Sala los elementos objetivos que le dan vida al estado de necesidad.

3° Si bien el injusto es un asunto fundamentalmente objetivo, es preciso que el agente obre movido por esa circunstancia y más aún en el caso del estado de necesidad porque de lo contrario el daño que se le irroga a los derechos de terceros contendría elementos de desvalor en el acto.

Precisamente, como Olga Lucía C. O. negó la comisión del hecho como estrategia de defensa y que resulta explicable a la luz de la sicología y la doctrina del derecho probatorio, privó a la justicia de conocer las verdaderas dimensiones y motivaciones de su acto, sin que exista prueba cierta para llegar a conclusiones definitivas sobre el punto.

Pero para la Sala es claro que esa conducta procesal no puede constituir un argumento para pasar por alto el instituto que se viene analizando o negar su reconocimiento, ni puede ser un obstáculo para hacer de ese tema objeto de investigación, pues una vez advertido el fenómeno de un eventual estado de necesidad como hecho objetivo, así el procesado no lo haya alegado porque por distintas circunstancias eligió otro mecanismo de defensa, la ley procesal obliga a indagar sobre el punto para realizar los fines del proceso y a establecer si el agente obró en ese estado y si disponía de otros medios lícitos o legítimos y dignos para superar el peligro, evaluación que siempre debe hacerse en cada caso concreto pues no se trata de perpetuar la situación en el tiempo y que en este, como en otros, pasó casi desapercibido durante la instrucción.

No otra cosa se desprende de los arts. 11, 358 y 360 numerales 3°, 4° y 5° del Código de Procedimiento Penal que consagran que la finalidad del procedimiento es la efectividad del derecho material y, por tanto, el funcionario debe investigar con igual celo los hechos que permiten establecer la responsabilidad del procesado y los que lo eximan de ella o la aminoren, en torno a lo cual se prevé como objeto de investigación los motivos que influyeron en la violación de la ley y las circunstancias de distinta índole que hacen posible descubrir por qué y en cuáles condiciones se transgredió la norma penal para derivar de allí las consecuencias jurídicas.

En tal caso, lo que en definitiva viene a conducir a la absolución de Olga Lucía C. O., establecido en principio el estado de necesidad como hecho objetivo, es la norma del *in dubio pro reo*, pues la prueba no permite afirmar la cabal estructuración de todos los elementos que configuran ese instituto, pero tampoco lo contrario.

Por las consideraciones anteriores, se revocará entonces la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se le absolverá de los cargos.

.....

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia objeto de consulta en cuanto condena a Jesús María V. y Hugo Alberto R. C. como responsables penalmente de haber realizado la contravención descrita en el art. 51 de la ley 30 de 1986, como autor y cómplice, respectivamente, párrafos 5°, 6° y 7° de la parte resolutiva del fallo, con la *reforma* que la multa impuesta a ellos deberá cancelarse a órdenes del Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Revoca la misma sentencia en cuanto condena a Olga Lucía C. O. por el hecho punible descrito en el art. 33, inc. 2° de la ley 30 de 1986, párrafos 1° a 4°, y, en su lugar, la *absuelve* de ese cargo, por el cual se le citó a audiencia pública en este proceso.

En consecuencia, *ordénase* su libertad inmediata e incondicional. Por vía telegráfica, líbrese la orden correspondiente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

***

COMENTARIO

I) En muchas ocasiones, quienes profesamos algún especial interés por la ciencia penal y su relación con la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales, nos hemos sentido casi derrotados cuando en no pocas oportunidades descubrimos que gran parte de las providencias que se profieren dentro de los procesos penales, son solo el resultado de una aplicación prácticamente aritmética de las normas tanto sustantivas como adjetivas; procesos en los que definitivamente, del horizonte que los debe orientar se han perdido de vista elementos tan esenciales como el sentido y fin de las normas, las condiciones personales y sociales del sindicado, la sana y favorable interpretación de los preceptos legales y, sobre todo, se han desdibujado los deberes que la ley impone a quienes instruyen y fallan.

Es así como nos enteramos de que, en materia probatoria, la estructura estratificada del delito de la que habla el art. 2° del C. P., ha sido cercenada hasta dejar solo los elementos objetivos del tipo, porque los demás estratos del hecho punible han sido presumidos en la práctica. De igual forma encontramos que el llamado "Programa Mínimo Investigativo" contenido en el art. 360 del C. de P. P. ha sido reducido a dos o tres numerales; y, lo más grave, figuras de tanto contenido jurídico y humano como la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, no existen ya en la normatividad que aplican algunos de quienes deciden en derecho.

Precisamente, son estos aspectos que acabamos de mencionar, los que rescata esta providencia, de los cuales hemos decidido destacar tres: Uno que podríamos llamar sustantivo y otros dos que llamaremos adjetivos o procesales.

II) En lo sustantivo, resulta destacable la forma acertada en que el Tribunal reconoce el estado de necesidad en que actuó la procesada al preferir la violación de las normas del Estatuto Nacional de Estupefacientes (ley 30/86), antes de permitir que se concretara en un daño real ese peligro inminente que amenazaba el bienestar y la subsistencia de su familia, pero principalmente su dignidad de ser humano, su dignidad de mujer.

El mérito reside básicamente en que la sala en principio parte de que efectivamente, a la luz del numeral 5° del art. 29 del C. P., el peligro que corría la supervivencia de Olga Lucía y la de sus hijos, "era evitable de otra manera", acudiendo para ello a un medio lícito: la prostitución. Pero no obstante haberlo aceptado

así, en este punto el tribunal echa mano de una ejemplarizante interpretación teleológica y sistemática de las normas penales, para concluir que los derechos humanos y la dignidad de la mujer son también derechos elevados a la categoría de bienes jurídicos, al ser reconocidos por pactos internacionales que han sido recogidos por la legislación nacional. Por ello, no podía exigírsele a Olga Lucía, —ni a ningún otro ciudadano— que continuara vendiendo su cuerpo y de paso renunciando al derecho a subsistir dignamente en aras de respetar las normas penales. Resalta la forma en que el fallo hace recordar que los bienes jurídicos no solo son los protegidos por las normas del Código Penal.

III) Pasando ahora al primero de los aspectos adjetivos, tenemos que destacar que la sala, al analizar lo tocante a la instrucción del proceso en primera instancia, recurre, como lo hizo antes, a la concatenación coherente de las normas procesales para fijar, como no lo hizo el *a quo*, el verdadero sentido de los arts. 11, 358 y 360 del régimen procedimental. Haciendo sentir de forma sencilla pero muy clara, además, que nunca el instructor puede olvidar y mucho menos recortar el alcance de estos preceptos, pues muy por el contrario antes que contener una facultad, aquellas normas le imponen el deber de indagar con igual preocupación todas las condiciones y circunstancias que le sean favorables al procesado; ello sin que exista la necesidad —y he aquí la importancia de la decisión— de que el procesado las utilice como medio de defensa, pues ya la ley ha sido lo suficientemente clara, de modo tal que basta la existencia de meros indicios sobre la posible configuración de una eximente o aminorante de responsabilidad para que surja en el instructor la obligación de velar porque al proceso se aporte todo el material probatorio que desvirtúe o confirme tal circunstancia; máxime cuando el sujeto de la investigación es un ser humano de dimensiones personales, familiares y sociales muy particulares.

IV) Por último, podríamos decir que el mérito de la providencia en comento alcanza su máxima expresión cuando la Sala de Decisión Penal reconoce que precisamente Olga Lucía, al negar su participación en el hecho, impidió al juez de primera instancia conocer en su totalidad sus condiciones de vida y las motivaciones de su conducta; no existiendo por ello las pruebas que pudieran corroborar o desvirtuar con certeza la existencia del estado de necesidad. En este sentido resulta entonces relevante el hecho de que tal circunstancia no constituyó obstáculo alguno para que el *ad quem* declarara la absolución de la procesada al acudir al real sentido y legítimo fin del principio del *in dubio pro reo*, pues tampoco había prueba que desvirtuara cabalmente la causal de justificación. Se resolvió la duda en favor de la sindicada, y por ende en favor de los derechos humanos, en favor de la sana y humana aplicación del derecho y, definitivamente, en favor de la justicia.

Como corolario de la corta introducción que hicimos a este comentario, solo resta concluir que decisiones judiciales como esta y otras de igual talante, nos alientan pero a la vez comprometen a seguir trabajando en pos de la recta y humana aplicación de la justicia penal, para que sentencias como esta no sean ya la excepción sino la regla general.

Tribunal Superior de Medellín

Excarcelación y condena de ejecución condicional en procesos por violación a la ley 30 de 1986

El decreto 2790 de 1990, al señalar que debe aplicarse el procedimiento ordinario en los procesos que por violación a la ley 30 de 1986 competen a los juzgados penales y promiscuos del circuito, dejó sin piso la prohibición de excarcelación y de ejecución condicional de la condena consagrada en el art. 4° del decreto 1203 de 1987. Al respecto debe darse aplicación a los códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Magistrado Ponente: Dr. LEONEL CALDERÓN CADAVID
Febrero 1 de 1991

Comentario: CARLOS JAIME TABORDA T.*

Lo sucedido:

Hasta la carrera 54 con la calle 45 llegó una patrulla policial a eso de las tres de la tarde del 12 de octubre de 1989, y, por lo sospechoso de la conducta de la mujer Blanca Luz C. R., se le sometió a registro. Como resultado, el hallazgo en el mismo sitio, de 7 papeletas, y luego en las instalaciones del CAI N° 6 —San Antonio—, de otras quince, con contenido supuestamente de "*basuco*". De ahí su aprehensión y posterior vinculación a las diligencias investigativas.

.....

Son necesarios sí algunos planteamientos en cuanto a las prohibiciones contenidas en el decreto 1203 de 1987, las mismas que atañen tanto a la excarcelación como al sustituto de la condena de ejecución condicional.

El decreto 2790 del año anterior, en el parágrafo del artículo 11, dispone que el procedimiento ordinario señalado por el Código de la materia, es el que debe aplicarse a los procesos que por violación a la ley 30 de 1986, entre otros, compete a los jueces penales y promiscuos del circuito.

Ahora bien, el núcleo de la cuestión radica en la inteligencia que se da al artículo 100 del citado decreto, el cual contempla el principio de integración con el Código Penal, el de Procedimiento Penal, las normas que los adicionen o reformen y los preceptos de estado de sitio que no pugnen con sus principios.

* Juez Primero Penal Municipal de Cocorná (Antioquia).

Para efectos de un mejor análisis, conviene transcribir el citado artículo:

"En las materias no reguladas por este decreto, se aplicarán las normas del Código Penal y las del Código de Procedimiento Penal, así como las que los adicionen o reformen, y las de legislación de estado de sitio que no se opongan a sus previsiones".

En primer lugar cabe advertir que el llamado estatuto para la defensa de la justicia no regula ni la libertad provisional ni el subrogado de la condena de ejecución condicional, vale decir, es necesario en estas materias acudir al postulado al que antes se hizo referencia.

De otro extremo, no puede afirmarse que el decreto 1203 de 1987, adicione o reforme el Código Penal o el Código de Procedimiento Penal. Como norma de estado de sitio que es, su vigencia simplemente suspende las leyes ordinarias que le sean opuestas. Es claro que si el artículo en comento estableciera que su integración se hiciera con el Código Penal y de Procedimiento y los preceptos que reformen, adicionen o suspendan, la vigencia del decreto 1203 sería incuestionable.

Y no es dable pensar que la expresión "y las de legislación de estado de sitio que no se opongan a sus previsiones", por relacionarse con los códigos y no con el decreto, implicaría la supervivencia de las prohibiciones en referencia. Argumentos de índole gramatical uno, de carácter lógico, otro, llevan a concluir que tales palabras aluden al decreto 2790 y que por ende como los dispositivos de este pugnan con el decreto 1203, no son aplicables en la medida en que contrarían las normas de aquel en cuanto remiten al procedimiento ordinario.

En el analizado texto, la conjunción "y" está precedida de coma, lo que solo ocurre cuando se quieren evitar equívocos y confusiones. Cabe aquí traer a colación lo expuesto por el maestro MARROQUÍN:

"La coma es a veces indispensable para evitar ambigüedades y equivocaciones, y, cuando haya de servir para evitarlas, ha de emplearse aún antes de las conjunciones y, e, o, ni".

"Ardieron las casas de todos mis vecinos, y la mía escapó milagrosamente.

"Quien, al ir leyendo este período, no hallara la coma después de vecinos, creería cuando viera las palabras y la mía, que mi casa también se había quemado, y se engañaría.

"El perdón se funda en el olvido y en las naciones solo se vive de recuerdos.

"Aquí parece que se dice que el perdón se funda en el olvido y en las naciones, lo que es un gran despropósito. Una coma después de olvido da al período su sentido verdadero.

"Si él me quisiera mal podría perderme.

"Omitida la coma en este período, no se sabe si se quiso decir que si él me aborreciera podría perderme, o que si me quisiera no podría perderme. La coma después de mal le hace significar lo primero, y lo segundo, colocada después de quisiera".

Entonces, si el legislador extraordinario hubiera querido relacionar las expresiones en comento con los códigos y no con el decreto, no habría acudido al signo de puntuación para separar el párrafo final del que le precede.

El argumento lógico: Mal puede afirmarse que la parte final del artículo examinado refiere a los códigos y no al decreto, pues precisamente las normas dictadas con fundamento en el artículo 121 de la C. Nacional suspenden los dispositivos de los estatutos orgánicos que le sean contrarios, por consecuencia, unas y otros son incompatibles.

Por manera que, en razón de la indudable favorabilidad de los nuevos preceptos, han de aplicarse con prelación a los anteriores, lo que significa que los requisitos exigidos para conceder la condena de ejecución condicional, deben examinarse exclusivamente al tenor de lo que establece el artículo 68 del C. Penal.

En ese orden de ideas como la naturaleza de la infracción, su poca gravedad y la personalidad que de la justiciable se conoce, no permiten concluir que precisa de tratamiento penitenciario, y, además, la cantidad de pena impuesta no se opone a la vigencia del subrogado, el mismo debe concederse. Deberá la encartada entonces suscribir nueva diligencia de caución, ahora con las condiciones del artículo 69 del C. Penal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, acorde en parte con el criterio fiscal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia consultada, de fecha y procedencia indicadas, pero con la *modificación* de que se suspende su ejecución por un período de prueba de dos años y con las obligaciones inherentes a esta clase de beneficios (art. 69 del C. Penal). Para su libertad, Blanca Luz C. R., deberá suscribir nueva diligencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

***

COMENTARIO

"Si es una ley injusta la que deseáis abolir, esa ley fue escrita con vuestras propias manos sobre vuestras propias frentes.

Y no podréis borrarla quemando vuestros códigos, ni lavando las frentes de vuestros jueces, así sea vertiendo sobre ellas todas las aguas del mar".

(Jalil Gibran, El Profeta).

I. Planteamiento del problema

El Estado colombiano se encuentra librando desde hace varios lustros ya, una guerra sin cuartel contra uno de los más terribles males a que sociedad alguna pueda estar expuesta, tal es, el narcotráfico. Como es sabido, dicho fenómeno fue creciendo hasta llegar a dimensiones insospechadas que apenas si ahora estamos develando.

Así las cosas, el país procedió a combatir este flagelo en forma categórica, irrestricta, pero igualmente, y lo que es más grave, equivocada. Y, cuando la identificación del problema se realiza en forma errada, la solución al mismo se hace de idéntica manera.

En efecto, esa confusión social se trasladó al campo de lo jurídico derivando —obviamente— en normas que acarrearon funestas consecuencias. Fue entonces como se expidió por parte del ejecutivo, el decreto 1203 de 1987, con base en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la C. N.

Efectivamente, en el art. 4° de dicho decreto se positivizó la prohibición expresa de concederles a los procesados por los delitos consagrados en los arts. 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 del 86 y conexos a ellos, el derecho de la libertad provisional y, el subrogado penal de la ejecución condicional de la condena, —mal llamado condena de ejecución condicional—.

Es evidente, que prohibiciones de esta naturaleza se encuentran ausentes y desprovistas de cualquier estudio criminológico. Privar de la libertad a una persona, porque su conducta objetivamente encuadra dentro de los baremos de los referidos tipos penales y no entrar a analizar —por prohibición expresa— si la misma requería o no de tratamiento penitenciario, es desconocer la naturaleza humana que el derecho penal y por tanto el proceso penal, tienen.

Así entonces, es apenas obvio que la igualdad en el tratamiento de las personas que podrían haber realizado alguna conducta descrita en los diversos tipos penales de la citada ley, era absolutamente injusta, desconocedora incluso de una *norma rectora de la ley penal colombiana*, como es la que consagra nuestro ordenamiento punitivo en su art. 12, referida específicamente a la función de la pena. "...La pena tiene una función retributiva, preventiva, protectora y resociabilizadora...".

¿Se puede estar resocializando a una persona sin habernos preguntado antes acerca de si verdaderamente requiere de tratamiento penitenciario para resocializársele? ¡Aberrante petición de principio!, el legislador suponía que *todos los procesados por presuntas infracciones a la ley 30 del 86, requerían de tratamiento penitenciario*; daba por supuesto lo que el juez debía —precisamente— analizar. Es decir, el juicio más importante a realizar por el juzgador fue virtualmente arrasado por el ejecutivo. Recordémoslo, en eso precisamente radica la grandeza, mesura y equilibrio que debe el fallador tener; precisar si ese *ser humano* como diría Carnelutti "...tan necesitado, necesitado, necesitado". En verdad requiere de tratamiento penitenciario.

II. El aspecto a analizar

Ahora bien, toda esa "apolítica criminal" que peligrosamente contemplaba el decreto 1203 del 87, y, en lo que específicamente preceptuaba su art. 4°, fue abolida por el decreto 2790 del 90. En efecto, esta normatividad consagra en el parágrafo del art. 11 que "... a partir del 16 de enero de 1991, el procedimiento para las actuaciones y procesos aquí atribuidos por los numerales 1, 2 y 3 —que establecen nuevas competencias— al conocimiento de los jueces penales y promiscuos del circuito, será el ordinario señalado por el Código de Procedimiento Penal, salvo que ya se hubiese proferido el auto de citación para audiencia, caso en el cual se seguirán aplicando hasta su culminación aquel a que venían sujetos". (La aclaración no corresponde al texto). Sea del caso decirlo, los números 1 y 2 refieren a delitos contemplados por la ley 30 del 86; el número 3 refiere a delitos tipificados por el número 6 del decreto 1856 de 1989. De otra parte, el mismo 2790 en su artículo 100 dispone que "En las materias no reguladas por este decreto, se aplicarán las normas del Código Penal y las del Código de Procedimiento Penal, así como las que los adicionen o reformen, y las de legislación de estado de sitio que no se opongan a sus previsiones". Así las cosas, es importante tener en cuenta que el decreto 2790 del 90, no reguló "ni la libertad provisional ni el subrogado de la condena de ejecución condicional, vale decir, es necesario en estas materias acudir al postulado al que antes se hizo referencia".

III. Importancia de la providencia

La decisión adoptada por el H. Tribunal Superior de Medellín, es de una gran valía. Lo anterior, no solo porque retoma nuevamente el poder que siempre debe tener el juez y que, consiste precisamente en determinar si es o no predicable el que el procesado requiere de tratamiento penitenciario; sino por los argumentos que se esbozan para efectos de darle aplicación al decreto 2790 del 90 en relación con el C. P. y de Procedimiento Penal con respecto a los delitos consagrados en la ley 30 del 86.

La sala de decisión estimó —con muy buen criterio— que la expresión "y las de legislación de estado de sitio que no se opongan a sus previsiones", refiere es al decreto 2790 y no a los códigos, "... y que por ende como los dispositivos de este pugnan con el decreto 1203, no son aplicables en la medida en que contrarían las normas de aquel en cuanto remiten al procedimiento ordinario".

Son dos los argumentos que trajo a colación la respectiva sala para llegar a dicha interpretación: Uno de índole gramatical, otro, de carácter lógico. En cuanto al primero, en la referida frase "la conjunción 'y' está precedida de coma, lo que solo ocurre cuando se quieren evitar equívocos y confusiones". Así las cosas, si el ejecutivo hubiese deseado relacionar "las expresiones en comento con los códigos y no con el decreto, no habría acudido al signo de puntuación para separar el párrafo final del que le precede".

El argumento lógico: Es apenas obvio que la frase alude al decreto 2790 no así a los códigos, "pues precisamente las normas dictadas con fundamento en el artículo 121 de la C. Nacional suspenden los dispositivos de los estatutos orgánicos que le sean contrarios, por consecuencia, unas y otros son incompatibles". En este orden de ideas es evidente que el decreto 1203 del 87 al ser un decreto de estado de sitio apenas sí suspende las normas ordinarias que le sean contrarias, por lo que, a la luz del art. 100 del EPDJ, perdió aquel su vigencia.

IV. Conclusiones

Indudablemente el proceso penal es lo que al juzgamiento de conductas tipificadas en los arts. 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 del 86 y conexos a ellos, recobra esa naturaleza humana que había sido arrebatada de un plumazo por una equivocada, incoherente e inicua normatividad. Es por ello pues, que se saluda con complacencia interpretaciones como las que realizó en esta ocasión el H. T. S. de M., en la sala de decisión que revisó —por consulta— el fallo emitido por el juez primero penal del Circuito de Medellín.

Para terminar tener presente siempre las palabras del profesor argentino E. R. Zaffaroni, cuando aludiendo a la esencia del derecho penal como instrumento político sostiene "que eso es lo único que jamás debe olvidar el penalista: *Maneja* un instrumento político". Que nadie se pierda con los cambiantes resplandores de los fuegos de artificio de la técnica "pura", porque cuando se agotan los fuegos falsos, quedan en la oscuridad más profunda. En lugar, cuando se le considere en su esencia política, aunque en algún cruce no se sepa qué flecha seguir, siempre se encontrará un momento *ético* impuesto por la presencia del hombre, con su dignidad de persona (*Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor Distribuidor, México D. F., 1988, pág. 8).

Juzgado Decimoséptimo Penal del Circuito de Medellín

Acumulación heterogénea de procesos

La acumulación de un proceso ordinario y uno abreviado procede al momento en que ellos se encuentren para sentencia. Es competente para decretar dicha acumulación el funcionario que haya tenido primero a despacho el proceso para el respectivo fallo.

Juez: Dr. Plinio Posada Echavarría
Enero 24 de 1990

Comentario: Carlos Jaime Taborda T.*

Que porque "... se llegó en esta actuación al presupuesto legal que hace viable lo pedido, muy posterior a la ejecutoria de la resolución de acusación del otro proceso o procesos adelantados en el juzgado anteriormente anunciado...", el señor juez noveno penal del Circuito de Medellín, despachó desfavorablemente una petición del señor defensor del acusado Héctor Dario R., en el sentido de disponer la acumulación al informativo que allí se le tramita, de los que también en su disfavor impulsa este juzgado 17 Penal del Circuito.

Como el funcionario antes citado finalizó su providencia proponiendo conflicto negativo de competencia, mediante este interlocutorio habrá de pronunciarse el despacho.

Consideraciones:

Fácilmente comprensible resulta el texto del artículo 93 del C. de P. P. en cuanto al funcionario competente para acumular procesos (sean tramitados por el procedimiento ordinario o por el abreviado), bien cuando estos estuvieren sometidos a diversa competencia o cuando fueren de la misma.

Con el propósito de imprimirle orden y método a las subsiguientes consideraciones, valgan los términos convencionales que a continuación se exponen: Llámase acumulación homogénea de procesos, la que comprende únicamente procesos de la misma naturaleza, es decir, abreviados con abreviados y ordinarios con ordinarios. Denomínase acumulación heterogénea de procesos, aquella en virtud de la cual se agrupan procesos de diferente naturaleza, vale decir, un abreviado con un ordinario o viceversa. Debe hacerse la necesaria salvedad que dentro de una y otra clase de acumulación, es pertinente incluir los procesos adelantados mediante ritos especiales como los del capítulo II de la ley 2ª de 1984; decreto 180 de 1988, arts. 39 y ss., etc.

La única limitación o exigencia que trae la ley frente a la acumulación homogénea

* Juez Primero Penal Municipal de Cocorná (Antioquia).

y heterogénea de procesos donde aparezca uno tramitado por el procedimiento abreviado, es que este debe encontrarse para sentencia (C. de P. P., art. 93-2).

Mas en lo que toca con la acumulación homogénea de procesos ordinarios, de conformidad con el art. 86 del estatuto procedimental, aquella alcanza plenos efectos jurídicos a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación.

Si bien es cierto, como viene de anotarse, que es factible la acumulación de procesos abreviados a ordinarios y viceversa, resulta de singular importancia entrar a establecer el momento procesal oportuno para la omisión de tal acto e igualmente el funcionario competente para adaptarlo. Ello por cuanto el legislador guarda sepulcral silencio al respecto.

Las argumentaciones del señor juez 9° Penal del Circuito para declinar su competencia en esta materia, no resultan de recibo para este despacho. Cordialmente habrá de decirse que no son más que un evidente paralogismo y como, obviamente no se aceptarán, luego de exponer los motivos sobre los cuales se funda el respetuoso disentimiento, se dará el trámite procesal pertinente (C. de P. P., art. 97).

Parece que no resulta muy afortunado sostener que como los procesos rituados en esta oficina llegaron a la ejecutoria de la resolución acusatoria mucho antes de haberse celebrado la audiencia pública o de que entrara a despacho para sentencia el proceso adelantado en el Juzgado Noveno Penal del Circuito, sea este el órgano jurisdiccional llamado a acumular. Esta escueta argumentación consagra una extraña mixtura de normas que dada la estructura de cada uno de los procesos, resultan inconciliables.

Por ello, ante la disímil composición que caracteriza a cada uno de los procedimientos ordinario y abreviado, lo más indicado, en materia de acumulación de procesos, en vista de que no existe dentro del elenco de las normas procedimentales una que regule el caso, sea el ejercitar un instrumento útil y saludable como lo es el de la interpretación sistemática, por cuyo medio se pretende armonizar el sentido de los arts. 86, 87 y 93 del C. de P. P. (disposiciones aplicables al procedimiento ordinario), con los artículos 474 a 485 ibídem (normas aplicables únicamente al procedimiento abreviado).

De las normas primeramente citadas se infiere que el legislador dispensa facultad para acumular procesos ordinarios, siempre y cuando estos se hallen en un mismo momento procesal (ejecutoria de la resolución de acusación en cada uno de los procesos). En aplicación del sugerido método de hermenéutica se consigue dar solución a la dificultad planteada. Dicha labor consiste en buscar un común momento procesal (ya se vio cuál opera en el proceso ordinario) que aproxime la identificación de ambos procedimientos o los coloque en un mismo momento procesal para ser terminados a través de una sola y definitiva decisión. Según lo dicho, tal momento no puede ser otro diferente al de que ellos se encuentren para sentencia. Ahora, como de acuerdo con el artículo 93 del estatuto instrumental penal corresponde acumular al juez del proceso en que primero se hubiere ejecutoriado la resolución acusatoria. Desde esta misma óptica cabe decirse que el funcionario con aptitud legal para decretar la acumulación es quien haya tenido primero a despacho el proceso para el respectivo fallo. Recuérdese además que para la acumulación homogénea en tratándose de procesos abreviados, cada uno de ellos ha de estar para el pronunciamiento de la sentencia.

Hacer equivalente los momentos de ejecutoria de la resolución de acusación y el hecho de estar para sentencia, la una atinente al proceso ordinario y el otro al abreviado, para efectos de acumulación de procesos, es entronizar el desorden y el caos dentro de la lógica y consecuente estructura formal del proceso penal. Ambos momentos son completamente distintos y antecedidos de marcadas diferencias. De manera alguna con lo dicho se pretende desconocer el contenido del art. 484 del C. de P. P., sino que simplemente se está demandando una ordenada y técnica aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento instrumental penal. Aunque no sobra repetirlo, ninguna de las disposiciones a través de las cuales se desarrolla uno y otro procedimiento, regula de manera expresa el caso generador de la controversia, lo que se erige en otra razón para sostener que resulta inatendible hacer aquella exótica manera de mixturar disposiciones legales de un proceso a otro, máxime cuando se está en presencia de un imprórvido legislador y el mecanismo que brinda un haz de esperanza de remedio jurídico, aparece a todas luces deficiente o mejor insuficiente (art. 484 del C. de P. P.).

Sopesando el método sugerido, libre el espíritu de prevenciones y apasionamientos, parece que él ofrece un tratamiento equitativo en cuanto a la distribución de trabajo, siendo conscientes de que a este simple criterio no puede quedar subordinado el instituto de la acumulación de procesos, pero que en los actuales momentos de ardua labor judicial por la creciente criminalidad, lo dicho cobra vigencia. Tómese en cuenta además que con ello se evita de alguna manera el surgimiento de conflictos de competencia.

En aplicación de las anteriores premisas y luego de estudiados los procesos cuya acumulación se pretende, colígese que el tramitado en el juzgado 9° Penal del Circuito, se encuentra para emitir sentencia desde el veintiocho (28) de noviembre de 1989 (fs. 98 v.), al paso que el aquí impulsado se halla a despacho para el fallo respectivo, desde el dieciocho (18) de diciembre último (fs. 67).

Adviértase entonces que quien primero contó con la posibilidad de proferir sentencia fue el susodicho Juzgado Noveno Penal del Circuito, por lo que siendo consecuentes con los planteos anteriormente expuestos, es el funcionario llamado a decretar la acumulación de procesos impetrada por el señor defensor del acusado.

Significa lo anterior que este despacho no acepta los argumentos que expuso su homólogo para abstenerse de ordenar la acumulación y, por consiguiente, dispondrá remitir inmediatamente las actuaciones al Honorable Tribunal Superior de la ciudad para que se digne decidir la colisión que se ha suscitado. Mientras esto ocurre, habrá de suspenderse el juzgamiento (C. de P. P., art. 99).

Por lo expuesto, el Juzgado Décimo Séptimo Penal del Circuito de Medellín,

Resuelve:

1. No aceptar las razones expuestas por el señor juez 9° Penal del Circuito de Medellín para abstenerse de decretar la acumulación de procesos que en su despacho y en este se tramitan en contra del señor Héctor Darío R.

2. Remitir los procesos al H. Tribunal Superior —Sala de decisión penal— de la ciudad, con el objeto de que la Corporación se digne dirimir el conflicto que ha surgido.

3. Suspender el juzgamiento en cada uno de los citados procesos, mientras el superior decide.

Cópiese y cúmplase.

Nota: El Tribunal Superior de Medellín, en auto de febrero 12 de 1990, acogió los planteamientos contenidos en la anterior providencia y, en consecuencia, atribuyó el conocimiento del asunto al Juzgado Noveno Penal del Circuito, dirimiendo de esta forma la colisión negativa de competencia presentada.

***

COMENTARIO

El proceso penal no implica un compromiso, es un compromiso. Pero no el del juez vinculado —*per se*— con un ordenamiento jurídico, sino el del administrador de justicia en un estrecho y sagrado ligamen con el hombre. Ese ser humano, como diría el maestro CARNELUTTI, tan "... necesitado, necesitado, necesitado".

Sea lo primero advertir que resulta harto gratificante comentar una decisión de carácter judicial con tan marcada influencia de los postulados fundamentales del proceso penal. Lo anterior, en la medida en que no es solo de interés el punto discutido por el proponente de la colisión de competencias de carácter negativo; sino que, al interpretar —como lo hizo— la ley procesal se comienza a construir una verdadera teoría del proceso penal. Esto es, se sientan las bases de una dogmática procesal penal afincada sobre una lógica y sistemática interpretación de las normas de índole adjetiva. Pensar lo contrario sería, ni más ni menos, sacrificar la construcción teórica en aras del procedimentalismo.

El problema planteado en la providencia puede formularse como sigue. El Juzgado 9° Penal del Circuito de Medellín, sostenía que no era competente para acumular al proceso abreviado por el rituado los ordinarios tramitados por el Juzgado 17 Penal del Circuito, por considerar que dicha acumulación debía llevarla a cabo el juzgado en el cual se ejecutorió primero la resolución de acusación (esto es el 17 Penal del Circuito), a su turno el otro despacho consideró que debía acumular el despacho que primero celebró la audiencia pública (esto es el 9° Penal del Circuito).

Como es obvio la posición del Juzgado 9° comportaría equiparar el momento procesal en el cual quedaba ejecutoriada la resolución de acusación (en el proceso

ordinario) con aquel en el cual el proceso (abreviado) se encontraba en estado de dictar sentencia, para efectos de determinar quién era el juez legitimado para decretar la susodicha acumulación; por ello adujo no poder hacerlo, ... porque en el asunto de su conocimiento el proceso entró a despacho para sentencia el día 28 de noviembre de 1989, en tanto que en el ordinario la resolución de acusación quedó debidamente ejecutoriada mucho antes de la precitada fecha. A su turno, el Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín considera que en momento alguno se puede tener en cuenta como etapas equiparables para decidir quién es el competente para acumular, la resolución de acusación y el estar el otro u otros asuntos para dictar sentencia en tratándose de un procedimiento ordinario y uno abreviado, respectivamente. Por el contrario, estando uno y otro para sentencia —como es el caso sub-estudio— el momento procesal que debe tenerse en cuenta para determinar quién es el funcionario competente debe ser precisamente aquel en el que ambos se encuentren para dictar sentencia; debiendo acumular el juez al que primero haya entrado el asunto a despacho para efectos de proferir el fallo respectivo.

Como se podrá observar, esta específica problemática no está expresamente consagrada en el Código Procesal Penal. Esto es, en momento alguno se reguló lo atinente a la acumulación de procesos de índole heterogénea; vale decir, una acumulación entre un proceso seguido bajo las ritualidades del procedimiento ordinario y uno abreviado o, viceversa. Siendo esto así, como de hecho lo es, quedaría por determinar cuál es la etapa procesal común "... que aproxime la identificación de ambos procedimientos o los coloque en un mismo momento procesal para ser determinados a través de una sola y definitiva decisión", como lo dice el funcionario de quien emana la providencia.

Pensamos, al igual que este último despacho prohijado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, que el momento procesal común que debe tenerse en cuenta para determinar cuál debe ser el juez competente para acumular en tratándose de una acumulación de índole heterogénea, es aquel en el cual "... ellos se encuentren para sentencia". Acumula, pues, el que primero tenga el proceso en estado de dictar sentencia.

Adviértase cómo ambos se encontraban en estado de dictar sentencia, y que el punto debatido era precisar cuál debía ser el momento procesal común en ambos procedimientos que determinara la susodicha competencia. Sin embargo, la problemática no gira en torno a si es posible —según los lineamientos de una dogmática procesal penal— acumular a un proceso seguido bajo los baremos de un procedimiento ordinario uno abreviado, cuando el primero se encuentre con la resolución de acusación debidamente ejecutoriada y, el segundo, a despacho para proferir sentencia. Creemos que procede —en este evento— la acumulación, toda vez que de no hacerlo, se desembocaría en una suma aritmética de penas a todas luces injusta para el procesado.

Acorde con lo anterior se darían las siguientes posibilidades: o acumular el ordinario al abreviado y pretermitir —ni más ni menos— toda la etapa de la causa, quedando los dos para sentencia; o, darle curso cabal al ordinario para que, con posterioridad, se encuentre con el abreviado en la etapa de la sentencia. Sin lugar

a dudas, y afirmando que es no solo procedente sino necesario acumular, nos inclinamos por la segunda solución; esto es, agotar todo el proceso seguido bajo los lineamientos del procedimiento ordinario para coincidir con el momento procesal en que se encuentra el abreviado, esto es, en la sentencia. No obstante que se desvirtuaría la naturaleza misma del referido procedimiento, se respetarían las garantías propias del ordinario. Hacer lo contrario, pretermitir la etapa del juicio en el ordinario y dar ese "salto procedimental" de la resolución de acusación debidamente ejecutoriada a la sentencia, no sería más que eso: Un "salto procedimental" que, de darse, nos llevaría a la negación y sacrificio de la teoría del proceso penal por el "rito" mismo, valga decir, el proceso por el procedimiento penal. Queda pues, en esta forma, abierta la discusión esperando que a la luz de una viva e inteligente polémica se adopten decisiones que tengan como única mira la concreción de una justicia que se compadezca cada vez más con la realidad social; como ha sucedido en el presente caso.

Para terminar, digamos que saludamos complacidos este tipo de decisiones judiciales que acercan la judicatura a la sociedad convirtiendo el proceso penal en la "máxima expresión de civilidad" y, sobre todo, al hombre sin el cual la sociedad y el proceso perderían todo sentido.

Esta revista se terminó de imprimir en los
Talleres de Nomos Impresores, el día 27
de julio de 1991.

LABORE ET CONSTANTIA

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen