

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

COORDINADOR

EDITORIAL

Hacia una criminología crítica en Colombia
Juan Guillermo Sepúlveda A.

26

DERECHO PENAL

La Constitución española de 1978 y su influencia en el derecho procesal penal.
Juan Luis Gómez Colomer.

El homicidio por motivo abyecto o fútil, precio o promesa remuneratoria
Orlando Gómez López.

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

¿Está en crisis la criminología crítica?
Dario Melossi.

Primer informe de la Comisión Asesora para la Reforma Integral de la Justicia Penal. (Parte segunda)

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Juzgamiento de civiles por la justicia penal militar en época de estado de sitio.
Alfonso Patiño Roselli.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. El raponazo en el nuevo Código Penal
Fernando Gómez Gómez.



CO/XIV
F/Z

2345

OCTUBRE

NOVIEMBRE

DICIEMBRE

AÑO VI • Octubre • Noviembre • Diciembre • 1984 N° 26

Licencia en trámite

Director
NODIÉR AGUDELO BETANCUR

Coordinador
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Consejo Consultivo
JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
JUAN GUILLERMO SEPULVEDA A.

Auxiliares
LINA ADARVE CALLE
JUAN OBERTO SOTOMAYOR A.

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1984

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

Hacia una criminología crítica en Colombia. Juan Guillermo Sepúlveda A.	447
--	-----

DERECHO PENAL

La Constitución española de 1978 y su influencia en el derecho procesal penal. Juan Luis Gómez Colomer	461
El homicidio por motivo abyecto o fútil, precio o promesa remuneratoria. Orlando Gómez López	475

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

¿Está en crisis la criminología crítica? Dario Melossi	511
Primer informe de la Comisión Asesora para la Reforma Integral de la Justicia Penal. (Parte segunda)	522

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Juzgamiento de civiles por la justicia penal militar en época de Estado de Sitio. Ponente: doctor Alfonso Patiño Roselli	541
Primer salvamento de voto	549
Segundo salvamento de voto	553
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. El raponazo en el nuevo Código Penal. Ponente: doctor Fernando Gómez Gómez	558

BIBLIOGRAFÍA

EMIRO SANDOVAL HUERTAS: Penología. Parte especial. Hernando León Londoño B.	563
--	-----

CARTAS A LA DIRECCIÓN	575
Índice de disposiciones (núms. 17 a 26)	581
Índice de materias (núms. 17 a 26)	585

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

© Editorial Temis S. A., 1984.
Calle 13, núm. 6-53, Bogotá.

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

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

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

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

EDITORIAL

HACIA UNA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN COLOMBIA

“Al aspirar a las gratificaciones que el sistema nos ofrece se hace imposible considerar una existencia diferente”. (MARCUSE)¹.

—I—

Nadie, por escéptico, indiferente o crítico destructivo que sea, puede negar que 1984 ha sido el año de la Revolución Criminológica en Colombia. Los hechos han sido contundentes y claros, y lo que para algunos fue una mera frase de “clisé”, hoy es simple y llanamente una realidad: “1984 Año de la Criminología en Colombia”.

Veamos cuáles han sido los hechos que verdaderamente constituyen y dan cuerpo a la anterior frase:

En mayo de 1984 la Universidad de Medellín, por intermedio del Centro de Criminología y en asocio con la Editorial Temis de Bogotá, organizó el I Seminario Nacional de Criminología, sobre “Sistema Penitenciario”.

Participaron en este importante curso diferentes entidades académicas y administrativas del país. La Universidad de Medellín hizo un análisis sobre “La cárcel y la marginalidad social en Europa y Norteamérica”; acerca de la “Evolución legislativa del sistema penitenciario en Colombia”, disertó la Dirección General de Prisiones; el estudio del “Régimen disciplinario en Colombia”, fue tratado por el Externado de Colombia; la Universidad Nacional, seccional de Bogotá, avocó “El enfoque psiquiátrico de nuestra realidad penitenciaria”; y para terminar, el Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia enfocó críticamente “El tratamiento del delincuente político en Colombia”. Para finalizar este I Seminario de Criminología, se celebró un Foro entre las veintitrés universidades asistentes, donde se fijaron los puntos de vista, críticos en su mayoría, sobre “La realidad y proyección del sistema penitenciario en Colombia”.

En este I Seminario Nacional de Criminología hubo posiciones encontradas y pensamientos compartidos, como aquel emitido en la alocución de apertura de dicha asamblea, pronunciada por el presidente de la Universidad de Medellín, doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, al decir: “He aquí, también, por qué la Criminología tiene que devenir crítica, social e institucional y, como tal, despertar y reconstruirse, como el Ave Fénix, de sus propias cenizas. Si la Criminología no

¹ Pensamiento de E. MARCUSE, citado por R. QUINNEY en la obra de TAYLOR, WALTON y YOUNG, *Criminología crítica*, México, 1977, pág. 240.

se asume a sí misma y al sistema punitivo de una manera radical, entonces es posible que los defectos de este sistema continúen produciéndose y reproduciéndose en círculos viciosos, ya que al malograrse la fase penitenciaria necesariamente reconocen el ciclo con tendencia a la agravación de sus males". Y agrega: "...ella (la criminología) es la única que puede tomar el problema por sus raíces y no meramente por sus ramas, a ella corresponde metódicamente imprimir los debidos cambios en el engranaje total y en cada una de las partes del sistema punitivo"².

Pasaron los meses y, vigente aún el ambiente crítico criminológico del acontecimiento de mayo, la Universidad de Medellín realizó en el mes de agosto tres seminarios de criminología los cuales, por su nivel científico e importancia crítica, han sido llamados acertadamente "Un desafío del conocimiento"³.

En primer término, el Grupo de Criminología Comparada de América Latina, con el auspicio del Centro Internacional de Criminología Comparada, de Montreal (Canadá) y bajo la coordinación del Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo (Venezuela), disertó sobre la "Delincuencia de Cuello Blanco, desde la óptica de la corrupción administrativa". Sobre este tema aportaron investigaciones realizadas en sus respectivos países: México, Canadá, Rep. Dominicana, Panamá, Venezuela, Costa Rica y Colombia, entre otros.

También, dentro de esta programación criminológica, se reunió el Grupo de Criminología Crítica de América Latina, para discutir sobre "La educación como mecanismo de control social en América Latina" pues, "muchos son los mecanismos de control social que el Estado utiliza para el logro de sus fines; en nuestra América son frecuentes: la ley penal, el estado de sitio, la religión, la prensa, la radio, la televisión; entre ellos hay uno que, sin serlo de suyo, puede y suele ser empleado como tal: la educación; la sutileza de los organismos que se manipulan para convertirla en instrumento de opresión y conformismo, la hace sobre modo peligrosa..."⁴.

Al concluir la exposición de las investigaciones que sobre este tema trajeron los países pertenecientes al Grupo de Criminología Crítica Latinoamericano, se le envió un mensaje al señor presidente de la República de Colombia, doctor Belisario Betancur Cuartas y al presidente de la Comisión de Paz, doctor John Agudelo Ríos, en los siguientes términos:

"Los asistentes al II ENCUENTRO DE CRIMINOLOGÍA CRÍTICA LATINOAMERICANA, reunidos en un país en donde el momento político se caracteriza por la necesidad imperiosa de llegar a una verdadera democracia en la defensa del Estado de Derecho, respetuoso de garantías individuales, consideramos oportuno pronunciarlos en pro de estas perspectivas políticas en que están empeñadas las fuerzas sociales.

² Revista Nuevo Foro Penal, N° 25, Bogotá, Editorial Temis, 1984.

³ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "Hacia un Derecho Penal de la Liberación", Título del discurso pronunciado en la inauguración de los Seminarios de Criminología, organizados por la Universidad de Medellín, en esta misma ciudad entre el 20 y el 25 de agosto de 1984; A. BARATTA y otros, *Criminología crítica* (I Seminario), U. de Medellín, Colombia, 1984, pág. VII.

⁴ ALFONSO REYES ECHANDÍA, magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Discurso de clausura de los Seminarios de Criminología en la ciudad de Medellín; A. BARATTA y otros, *Criminología crítica* (I Seminario), U. de Medellín, Colombia, 1984, pág. 229.

"Como estudiosos de la criminalidad consideramos que ella no es más que el reflejo de una situación socio-económica y política concreta, originada, entre otros factores, en la acrecentada y cotidiana dependencia del capital extranjero.

"La exacción que las multinacionales hacen de los recursos naturales de los países de América Latina, también los tiene postrados a un estado de dependencia política, convirtiéndolos en estados criminógenos al no poder desarrollar una estrategia política en beneficio de las necesidades vitales de la mayoría de estos países de la América Latina la dominación externa ha contado con la aquiescencia de sectores de las clases dominantes internas.

"Estas mayorías irremediamente son lanzadas a la lucha, ya por la subsistencia o por sus reivindicaciones sociales y políticas, recibiendo por este elemental derecho un trato de dominación, no por la vía política ni de convivencia, sino por la violencia oficial que origina a su vez respuestas de autodefensa, siendo un factor de agudización del conflicto social.

"Como criminólogos, no podemos desconocer los perniciosos efectos que la deuda externa ocasiona a los países de la América Latina, pues son la causa fundamental de los déficits, reduciendo entonces las capacidades económicas del Estado para satisfacer sus elementales deberes de asistencia social.

"Los diferentes factores económicos estructurales caracterizan fundamentalmente formas hegemónicas de dominación antidemocráticas que consolidan regímenes autoritarios, totalitarios, militares, gérmenes de corrupción burocrática y atentados a los derechos humanos.

"Es también un mandato para todo criminólogo el enjuiciamiento de la salida militarista y guerrerrista a la actual crisis Latinoamericana, esa es la razón de esta declaración para demostrarle a la opinión pública mundial nuestra solidaridad con los anhelos de paz y democracia del movimiento político colombiano donde convergen amplias mayorías populares, sin desconocer que ese proceso político no se podrá materializar si no hay reformas políticas, económicas y sociales profundas que satisfagan derechos inalienables.

"*Este pronunciamiento surge de la preocupación porque se inicie y desarrolle una política criminal alternativa que, rechazando la represión, busque un derecho penal menos desigual. Así entendemos la criminología de la liberación*"⁵.

En el tercero y último Seminario se analizó y discutió la relación existente entre el Derecho Penal y la Criminología tanto en Europa como en Latinoamérica. Para esta magna labor la Universidad de Medellín logró reunir en torno a la misma mesa a los profesores Alessandro Baratta, Massimo Pavarini, Louk Hulsman, Rosa del Olmo, Roberto Bergalli, Juan Bustos, Lolita Aniyar de Castro, Eugenio Raúl Zaffaroni, Emilio García Méndez, Argenis Riera y Emiro Sandoval Huertas, cosa jamás lograda en un certamen de esta naturaleza, razón por la cual se denominó "I Seminario de Criminología Crítica".

Al finalizar este, los once expositores elaboraron las siguientes conclusiones:

⁵ A. BARATTA y otros, *Criminología crítica*, (I Seminario), U. de Medellín, Colombia, 1984, págs. 231 y 232.

1. El objeto fundamental de la Criminología Crítica consiste en el análisis de los procesos de criminalización, esto es, cómo y por qué determinadas personas y sus conductas llegan a ser socialmente definidas como delinquentes.

2. El Derecho Penal, en cuanto a formalización e institucionalización del proceso de criminalización, no puede ofrecer una alternativa al conflicto social; todo lo contrario, tiende a encubrirlo. De allí que sea necesario buscar alternativas de solución extrapenal a los conflictos sociales existentes en toda colectividad.

3. La Criminología Crítica es la única perspectiva que puede conducir a una transformación del Derecho Penal, en cuanto pone en revisión las políticas generales del Estado que le sirven de sustento y aparecen encubiertas por el velo de juicios valorativos.

4. En el análisis de los procesos de criminalización debe tenerse en cuenta que estos últimos constituyen una forma del control social; por consiguiente los estudios de Criminología Crítica tienen que tomar en consideración las distintas condiciones materiales de cada ámbito geográfico cultural.

5. En el mismo orden de ideas, la denominada Criminología Crítica ha de asumir la función de una sociología del control penal.

6. El análisis de los sistemas penales en Latinoamérica muestra que, en la actualidad, aquellos realizan una tarea de selección clasista en beneficio de los sectores hegemónicos y en perjuicio de los sectores subalternos, tanto en la etapa de la creación como en la aplicación de las normas penales.

7. La Doctrina de la Seguridad Nacional representa un planteamiento específico de la dependencia política y económica de nuestros países y, al mismo tiempo, una sujeción a los planteamientos tradicionales de la represión y del control penal en nuestras naciones.

8. El desaparecimiento forzado de personas como política estatal, es la expresión máxima de la Doctrina de la Seguridad Nacional y representa, por una parte, un castigo al delincuente político dentro del control tradicional y, por otra, desde el punto de vista crítico, constituye un crimen contra la humanidad.

9. Por todo lo expuesto, resulta imperioso iniciar la elaboración e implementación de un control social alternativo que suponga, incluso, alternativas al sistema penal. En dicho sentido, las tareas inmediatas consisten en:

a) Propugnar la reducción del sistema penal en todas sus manifestaciones;
b) Mantener y reforzar las garantías individuales frente al poder estatal, en cuanto representa el límite mínimo exigible al Derecho Penal dentro del actual sistema de control;

c) Evitar que una minimización jurídica en relación con el control del conflicto social, como la utilización del Derecho Contravencional, produzca un aumento de la represión⁶.

A estos certámenes criminológicos se dieron cita trece países, dentro de los cuales se encontraban quince entidades oficiales y diez universidades. En relación

⁶ A. BARATTA y OTROS, *Criminología crítica*, (I Seminario), U. de Medellín, Colombia, 1984, págs. 219 y 220.

con el efectuado en Medellín, se contó con la asistencia de veinticinco universidades. Igualmente con la participación activa de 650 personas, tanto nacionales como extranjeras.

Para concluir, la Universidad de Medellín firmó una Carta de Intención Cultural con varias universidades e instituciones extranjeras, con miras a promover la enseñanza y la investigación del Derecho Penal, la Criminología, y todas aquellas ciencias sociales que son indispensables para la comprensión y el análisis macrosociológico de nuestra comunidad. Así mismo, el Grupo de Criminología Comparada de América Latina formuló el ofrecimiento para que la U. de Medellín (Centro de Criminología) coordinara en los próximos dos años las investigaciones que en el campo de la criminología se hacen en el ámbito latinoamericano⁷. Por último, se me reeligió como secretario del Grupo de Criminología Crítica Latinoamericana para el período 84-85.

—II—

Se desprende de lo anterior que Colombia, de repente y en forma intempestiva, adquiere un compromiso con el conocimiento criminológico, tanto con el área europea como en nuestro contexto latinoamericano. De este compromiso somos conscientes, desde los que en alguna medida nos hemos adentrado en el análisis de esta disciplina, hasta aquellos que adivinando la importancia de ella quieren iniciarse en el estudio problemático e interdisciplinario de la criminología. Respondiendo a este gran momento, en el ámbito nacional se pueden advertir los movimientos que han nacido en torno al análisis del control social en Colombia. Se ejemplariza lo anterior cuando vemos cómo en Cali, Barranquilla, Popayán, Bucaramanga, Pereira, Bogotá, etc., surgen grupos de estudio formados por estudiantes, políticos, economistas, obreros, sociólogos y hasta por abogados, cuyas miras no son solo las de responder al compromiso adquirido con nuestros países hermanos latinoamericanos, sino también las de descubrir paulatinamente nuestra realidad nacional en el campo legal, político y social en general.

Estoy convencido que Colombia vive un gran momento, el mismo que viviese el continente europeo cuando estudiosos de la criminología y el control social decidieron en 1968 crear la "National Deviance Conference"; en 1973, el "Grupo Europeo para el Estudio de la Desviación y el Control Social", y, finalmente, la constitución en 1975 del "Grupo de Bologna"; y en el ámbito latinoamericano, el nacimiento del "Grupo de Criminología Crítica Latinoamericano" en 1981.

El nacimiento de la criminología crítica en Colombia nos obliga a pensar muy seriamente acerca de cuál será el derrotero que se habrá de seguir en esta "ruptura criminológica". *Pienso que la primera etapa se ha dado con éxito: el despertar expectativas en torno a la criminología*, demostrarle al país la ausencia académica

⁷ La aceptación de este honroso ofrecimiento fue aplazada por las autoridades centrales de la Universidad con el fin de afianzar los mecanismos estructurales que tan alta responsabilidad requiere.

de esta y la pobreza de unas políticas criminales alternativas que sean producto de consulta de nuestras necesidades sociales; finalmente el papel trascendental que en el manejo del Estado cumple la criminología crítica. *Estamos hoy enfrentando la segunda etapa: el estudio de una criminología que esté a tono con nuestra realidad nacional.*

En este segundo aspecto, comparto lo expresado por RICHARD QUINNEY⁸ cuando afirma que no entendemos la razón de nuestra existencia porque tanto nuestro presente como nuestro pasado están invadidos de una conciencia mistificadora que a lo único que nos lleva es a la defensa y a la preservación del orden vigente. Y en Colombia ha sido nuestro pensamiento criminológico positivista el que hasta hoy nos ha dominado, el que ha impedido que tengamos un conocimiento claro de la naturaleza del Derecho, ignorancia esta que nos ha llevado a defender la única realidad que conocemos, opresiva e ideológica por cierto: la oficial.

Para lograr conocer la verdadera naturaleza del Derecho, debemos hacer lo que proponía el campesino del sureste antioqueño cuando, luego del fracaso y de la inoperancia de las soluciones de tipo legal que el gobierno nacional le ofreciese a la vida inhumana y vergonzante que llevan aquellos labriegos, gritó a la multitud —siendo tildado, como es “lógico” en nuestra sociedad, de loco—: “Hay que desmenujar la ley”; o, con otra terminología más teatral, hacer lo que dijo ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG al clausurar el I Coloquio de Derecho Penal y Política Criminal en Madrid, España: “...Levantar el telón del Derecho Penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido detrás de él”; o, como dice CARLOS MARX: “descubrir el carácter ideológico del Derecho”. En esta misión debemos darle a nuestro estudio un enfoque interdisciplinario que nos ubique en la problemática criminológica en el plano económico, político, social, siempre desde un contexto histórico. Lo anterior nos llevará a captar el fenómeno del delito, del delincuente, de la ley, en sus reales dimensiones, superando así el enfoque fragmentario y parcializado que la criminología tradicional ha tenido hasta hoy, desconociendo el estudio macrosociológico de la cuestión criminal.

En el proceso de búsqueda de la ideología como sinónimo de “falsa conciencia” en nuestro Derecho, debemos superar la “objetividad” del positivismo, la subjetividad del constructivismo social y la falta de trascendencia sobre la realidad de la fenomenología.

Para ello debemos tomar el pensamiento crítico¹⁰, cuando después de analizar lo que “existe” (ej.: la ley) busquemos la esencia de esa existencia (v. gr.: ¿por qué nace esa ley y no otra? ¿A quién favorece? ¿A quién perjudica?, etc.), en forma inmediata desarrollar en la práctica lo que en el pensamiento está conscientemente elaborado.

Ello nos demostrará que todos los principios sobre los cuales se ha basado la defensa social¹¹, que se han elaborado poco a poco, desde los primeros conoci-

⁸ Criminología crítica. *Control del crimen en la sociedad capitalista: Una filosofía crítica del orden legal*, México, 1977, pág. 229.

⁹ *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 15, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 780.

¹⁰ Criminología crítica. *Filosofía crítica*, México, 1977, pág. 238. R. QUINNEY.

¹¹ JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA ARROYAVE, “Ideología de la defensa social: Mitos del derecho penal”, *Revista Tribuna Penal*, núm. 1, Medellín, Ed. Lealón, 1984.

mientos criminológicos dentro del Iluminismo, y aprovechados por el positivismo criminológico, son una *falsa ideología*, y a este respecto vale la pena recordar las palabras del profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ, cuando nos dice: “A pesar, pues, que el espíritu positivista pretende deslindar ciencia de ideología, relegando esta a un estado inferior del pensamiento, señalando a la ciencia como el pilar del orden social y a la ideología como el desorden, justamente por ello mismo, el espíritu positivista no puede sino hacer ideología: La ideología de la naciente sociedad burguesa industrial”¹². Igualmente, nos demostraremos a nosotros mismos que tanto el objeto como el método “científico” de nuestros criminólogos tradicionales han sido heredados e impuestos por otras ciencias y aparatos de poder diferentes de la criminología, lo que nos lleva a poner en duda el carácter de ciencia de la criminología positivista.

A partir de ese momento debemos iniciar la superación del pensamiento criminológico positivista, comprendiendo que no vivimos en una sociedad producto del consenso, donde la ley nace en el seno de este y protege a todos los individuos y bienes que son de interés para la colectividad, sino que, por el contrario, la realidad nos demuestra que vivimos en una sociedad altamente diferenciada y conflictiva, con diversidad de grupos e intereses y donde la constante es la lucha por el poder. Es aquí cuando aparece la ley como instrumento de dominación en las manos de quienes detentan los medios de producción. Y dentro de esta dialéctica, podemos ver cómo el método científico caracterizado por la “objetividad” del positivismo criminológico, iba única y exclusivamente dirigido a la conservación del *statu quo*; y cuando su paradigma etiológico —caracterizado por una ecuación de ingeniería médico-legal— fracasa, aparece el estigmatizante concepto del “peligrosismo”. Frente a este panorama es cuando confirmamos que el objetivo fundamental del positivismo criminológico ha sido la protección “del orden social”; “orden” que, por cierto, es sinónimo de violencia y represión, y “social” que se asemeja a miseria y desigualdad. Así, cuando llegamos a llamar las cosas por su verdadero nombre, “desmenujándolas”, nos encontramos con que la *criminología en Colombia ha tenido un solo objetivo: la protección violenta de la desigualdad*.

Hasta aquí habríamos cumplido lo que el Manifiesto que dio vida al Grupo de Criminología Latinoamericana y que tiene como objeto “La construcción de una Teoría Crítica de Control Social en América Latina”, propone como primeras pautas de un trabajo conjunto: “...la erradicación de la ideología positivista o defensiva que han determinado el tratamiento criminológico de la criminalidad y la falsa concepción médica y resocializante de la ejecución penal; y, en definitiva, por la erradicación de toda ideología que tienda a convertir la cuestión criminal, en simple problema de orden público”¹³.

Una tercera etapa del estudio de la criminología en Colombia debe cumplirse al elegir, en forma autónoma e independiente, el objeto y el método de una teoría criminológica nacional.

¹² TERESA MIRALLES, *Métodos y técnicas de la criminología*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1982, pág. 60.

¹³ *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 22, Bogotá, Temis, 1984, pág. 139.

En la búsqueda del objeto pienso que debemos “cambiar de paradigmas”, y si antaño estos se dirigían a estudiar el individuo en reclusión, hoy se debe enfocar al análisis del *control social*¹⁴, teniendo en cuenta nuestra condición de países capitalistas dependientes, donde este (el control social) se ejerce bien bajo las formas más sutiles y legitimadoras, como la aplicación del aparato penal del Estado, que al crear y al aplicar las normas encubre la ideología de la clase dominante, o bien bajo las ominosas formas del hambre, la desocupación, la mortalidad infantil, la miseria, modalidades muy típicas de control social ejercidas por los países imperialistas sobre nuestro vilipendiado Tercer Mundo.

Dentro del estudio del control social aflora algo que debe ser objeto de análisis, como es el referido a la *cuestión criminal*, para poner al descubierto los procesos de criminalización tanto de conductas como de individuos, donde el fenómeno de la reacción social formal e informal son los presupuestos necesarios para hacer de la criminalidad un “bien negativo” (SACK).

Para el logro de dicho objetivo es menester e ineludible el estudio exhaustivo del control social y de la cuestión criminal en nuestra sociedad capitalista dependiente, que nos conducirá a desmitificar el poder ideológico de la ley penal y por ende a la comprensión crítica de nuestro sistema legal moderno. Repito: para llegar a estos, debemos elaborar un *método dialéctico*, porque, si bien es verdad que “la Criminología tiene que continuar mostrándonos a los penalistas el camino para que la criminalidad deje de ser un oscuro privilegio de los pobres y se patentice que es una falla de todas las sociedades y de todas las clases sociales...”¹⁵, no lo es menos que la dialéctica es el camino que nos muestra a los criminólogos la sociedad con un enfoque macrosociológico desde donde podemos estudiar los elementos, no en abstracto, sino en concreto, entendiendo que estos, a más de una existencia, tienen una esencia que es producto de una realidad en movimiento. Así las cosas, “metodológicamente la teoría y la práctica como verdadera *praxis*, se convierten en una forma de práctica política”¹⁶.

Descubrimos así el papel del criminólogo frente a la política criminal, quien no debe detenerse en la mera crítica de las políticas criminales del Estado cuando son sinónimo de políticas represivas, sino que debe tomar posición frente a estas, conjugando el conocimiento teórico con la práctica. Así, con el pensamiento y la acción, estamos penetrando en nuevos modos de vida, de imaginación y de posibilidades humanas¹⁷.

¹⁴ A. BARATTA y otros, *Criminología crítica* (I Seminario); EMIRO SANDOVAL HUERTAS (El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica), Universidad de Medellín, Colombia, 1984, pág. 131.

¹⁵ A. BARATTA y otros, *Criminología crítica* (I Seminario), Universidad de Medellín, Colombia, 1984, pág. 9.

¹⁶ TERESA MIRALLES, *Métodos y técnicas de la criminología*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1982, pág. 84.

¹⁷ Criminología crítica. RICHARD QUINNEY, *Control del crimen en la sociedad capitalista...*, México, 1977, pág. 254.

Sustentándonos en las reflexiones anteriores podemos iniciarnos en el reto que la profesora Rosa del Olmo nos advierte:

“Al criminólogo latinoamericano le corresponde decirle a su sociedad, el tipo de sociedad que es y por qué. Es un compromiso porque no es fácil desmitificar toda una serie de creencias que le han sido impuestas por los países hegemónicos”¹⁸.

Medellín, octubre de 1984

JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA A.

¹⁸ ROSA DEL OLMO, *Ruptura criminológica*, Caracas (Venezuela), 1979, pág. 216.

**SECCIÓN
DE
DERECHO PENAL**

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL*

Dr. JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER**

Sumario:

I. Agradecimiento preliminar.— II. La constitucionalización del proceso.— III. El desarrollo de los derechos fundamentales, de carácter procesal penal, reconocidos por la Constitución.— IV. La normativa procesal penal posterior a la Constitución y las reformas técnicas.— V. El Derecho Constitucional Procesal Penal.— VI. Conclusiones. Apéndice legislativo.

I. AGRADECIMIENTO PRELIMINAR

Con la venia.

Mis primeros palabras solo pueden ser de agradecimiento para los directores del *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de esa bella ciudad alemana de Friburgo, profesores doctores HANS-HEINRICH JESCHECK, por desgracia para todos liberado por fuerza de la ley de sus funciones docentes, y ALBIN ESER, actual director del mismo, así como para el *Referent für Spanien*

* Texto (con algunas leves modificaciones de redacción) de la conferencia pronunciada en el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, de Freiburg im Breisgau (República Federal de Alemania), el día 28 de agosto de 1984.

** El autor es *profesor titular* de derecho procesal en la Universidad de Valencia (España). Ha realizado estudios de derecho procesal en Alemania, gracias a diversas becas de investigador que le han concedido la organización alemana MAX PLANCK y la DAAD, en el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Friburgo de Brisgovia. Entre sus publicaciones es conocido su trabajo sobre "El Amparo de la Pobreza"; la traducción de la *Strafprozessordnung alemana* y de sus *Leyes complementarias*, próxima a aparecer; así mismo son sus artículos "La liquidez de la sentencia en el proceso laboral", "La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania" y "La paralización del procedimiento". Es colaborador habitual de la Revista "Justicia", dirigida por el prof. MONTERO AROCA, de quien es uno de sus más aventajados discípulos.

Fue ponente español sobre el tema "Acceso gratuito a la Justicia" en el *VII Congreso Internacional de Derecho Procesal*, celebrado en septiembre de 1983 en Würzburg (República Federal Alemana), y ha sido encargado por el *Consiglio Superiore della Magistratura Italiana* de redactar un informe sobre la situación jurídico-procesal del enfermo mental en el proceso penal español.

La relación del dr. GÓMEZ COLOMER con la Revista no es nueva, pues publicó ya en el núm. 14 su traducción del escrito del prof. dr. h.c. CLAUS ROXIN, de la Universidad de Munich, *Introducción a la ley procesal penal alemana*, y en un futuro seguirá colaborando con diversos artículos de derecho procesal penal. Nota de la coordinación.

und Lateinamerika, dr. KURT MADLENER, por haberme dispensado el honor de poder dirigirles, a ellos y al competente grupo de colaboradores del área de España y de Hispanoamérica de este prestigioso Instituto, así como a los compañeros becarios aquí presentes, unas modestas palabras acerca del importante influjo que nuestra última Constitución tiene sobre la normativa procesal, en concreto, por la naturaleza de este Centro de Investigación, sobre la normativa procesal penal española.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO

El fenómeno de la constitucionalización del proceso no ha sido, en absoluto, innovación de la Constitución de 1978. En efecto, ya desde 1812, fecha de nuestro primer texto legal supremo, conocido como Constitución de Cádiz, por lo que respecta a mi país, y por influencias indudablemente americanas y francesas, el legislador constitucional ha creído siempre necesario regular normas procesales penales en nuestras Cartas Magnas.

De un lado, se ha limitado normalmente a la constitucionalización de derechos fundamentales que la persona humana podía ver peligrar, a causa de las investigaciones criminales y del mismo proceso, sin haber sufrido todavía la condena firme; de otro, cuando la Constitución ha sido la expresión máxima de las normas democráticas de convivencia de nuestra sociedad, al mismo tiempo que procedía a aquella constitucionalización, ha impuesto una específica obligación de vigilancia de su cumplimiento a un tribunal especial, de grado máximo, sin perjuicio de encomendar igualmente esta gran labor a los tribunales ordinarios, que bajo diferentes denominaciones se convirtió en el garante de aquellos derechos fundamentales, a la par que cumplía otras funciones exigidas por la Ley Fundamental.

La Constitución de 1978 es el último fruto histórico en España de esa moderna tendencia, ciertamente vacilante en algunos momentos, y en otras etapas más recientes, por fortuna ya pasadas, claramente en contra.

Los preceptos procesales penales de nuestra Constitución permiten, no obstante, realizar una doble distinción, que se proyecta asimismo sobre dos campos de estudio distintos.

En primer lugar, hay que distinguir aquellas normas constitucionales que tutelan el derecho de libertad, eje sobre el que gira toda la normativa penal y, por ende, la procesal penal. En este conjunto de normas se contienen los derechos fundamentales de la persona humana, de carácter procesal penal, insistimos, proclamados por el legislador para lograr en definitiva una sentencia penal justa. Hoy no se puede admitir, como se ha dicho acertadamente, que se desarrolle un proceso y que se dicte la sentencia correspondiente, sin que hayan quedado asegurados y respetados previamente los derechos fundamentales de la persona humana. El primer campo de estudio sería, pues, el de los *derechos fundamentales procesales penales*.

En segundo lugar, nuestra Constitución vigente no se ha limitado solo a consagrar determinados derechos, sino que ha querido constitucionalizar normas procesales que, o bien ya existían en los textos legales ordinarios, pero que por su importan-

cia era necesario realzarlas, o bien no existían, pero que, como consecuencia del establecimiento de aquellas garantías, se hacía necesario tutelarlas. Podemos hablar, en el primer sentido, de constitucionalización estricta del proceso, es decir, del *derecho constitucional procesal*, del conjunto de normas constitucionales que establecen garantías formales de realización del mismo, como, por ejemplo, la norma que dispone la oralidad del proceso; y en el segundo, del *derecho procesal constitucional*, es decir, del conjunto de normas que regulan un proceso, el proceso constitucional, cuyo objeto permite la tutela por el Tribunal Constitucional de los derechos constitucionales previamente consagrados. Este segundo campo de estudio es, pues, más amplio, comprensivo de dos temas que a nuestro juicio son distintos, y que indiscutiblemente tienen un tratamiento y consecuencias completamente diversas.

Teniendo en cuenta esta distinción, se nos ha pedido que hablemos de la Constitución española de 1978 y su influencia en el derecho procesal penal. Ello implica que debemos dejar de lado, si hemos de cumplir acertadamente el encargo recibido, cosa que queremos hacer a toda costa, el derecho procesal constitucional, como queda dicho, el conjunto de normas procedimentales que regulan el proceso constitucional, o, como es el caso español, pues la Constitución encomienda al Tribunal Constitucional otras varias funciones, los procesos constitucionales.

Nuestras palabras deben versar, en consecuencia, sobre la normativa procesal penal aprobada después de la Constitución, o basada directamente en ella, que, de un lado, desarrolla en un plano o grado ordinario los derechos fundamentales de la persona humana reconocidos en la Constitución, y, de otro, eleva al máximo nivel determinados principios procesales penales, recogidos ya en la ley ordinaria o reconocidos por la jurisprudencia, sin olvidar mencionar siquiera sea de pasada aquellas reformas de carácter técnico que son consecuencia de otras más profundas, inspiradas también en la propia Constitución.

III. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, DE CARÁCTER PROCESAL PENAL, RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN

La reforma cuyo objeto es el desarrollo —en relación con la legislación ordinaria— de los derechos fundamentales constitucionales, ha sido, en los casi seis años de vigencia de la Constitución, la más numerosa y quizá la más importante también. Sin ánimo clasificatorio, aunque sí exhaustivo, debemos referirnos a las siguientes leyes:

1º) El capítulo IV del título I de la Constitución regula las garantías de las libertades y derechos fundamentales. Su art. 53.2 dispone en su primer inciso que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad...”.

Pues bien, el proceso correspondiente aún no ha sido señalado en forma específica. Sin embargo, un día antes de la sanción real de la Constitución, se aprobó por el Parlamento la *ley 62 de 1978, de 26 de diciembre (Boletín Oficial del Estado, de 3 de enero de 1979)*, reguladora de la protección jurisdiccional de los derechos

fundamentales de la persona. La importancia de esta ley, que entró en vigor después que la Constitución, y, lo que es más notable, que fue redactada teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales, estriba en que ha asumido provisionalmente, en tanto no se apruebe aquel proceso definitivo, la función de ser el medio legal para promover la tutela a que se refiere el inciso primero del art. 53.2, anteriormente leído.

La ley se refiere a la protección civil, administrativa y penal. Respecto a esta última, regula un proceso, desacostumbradamente rápido en mi país (de 45 a 60 días como máximo, generalmente cumplidos en la práctica), para el que son competentes los tribunales ordinarios penales, cuyo objeto, dos veces modificado posteriormente, por *real decreto legislativo 342 de 1979, de 20 de febrero (BOE del 27)*, y por la *ley orgánica 2 de 1979, de 3 de octubre (BOE del 5)*, es la tutela de las libertades fundamentales de expresión, reunión, asociación, libertad y secreto de la correspondencia, garantía de inviolabilidad del domicilio, etc., es decir, los reconocidos en los arts. 14 y 15 a 29 de la Constitución. Este proceso es requisito previo al posterior de amparo constitucional, lo que convierte a nuestro Tribunal Constitucional, en este caso, en un tribunal de instancia, efecto no deseable a nuestro juicio, que perjudica el desarrollo de sus funciones específicas.

2º) En desarrollo de otro precepto constitucional [el art. 55.2, el cual dispone que "una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas"], la *ley orgánica 11 de 1980, de 1º de diciembre (BOE del 2)*, ha establecido importantes preceptos procesales que afectan al sumario o primera fase, escrita, del proceso penal español por delitos graves, en este caso, por los denominados delitos de terrorismo, de los que conoce un órgano especial al que nos referiremos más adelante, la Audiencia Nacional.

En concreto, la ley orgánica permite la ampliación de la detención policial hasta 10 días, cuando el plazo para cualquier otro imputado es de 3 días como máximo (art. 17.2 de la Constitución), y el levantamiento de los derechos constitucionales de inviolabilidad de domicilio y de secreto postal.

La importancia de sus disposiciones reside no solo en arbitrar medidas cautelares diferentes de las existentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para imputados "normales", cuando el sospechoso lo es de haber cometido un delito de terrorismo, sino también en la propia constitucionalidad de la ley, puesto que la ordenación originaria de tales medidas no parte de un juez, sino del propio órgano gubernativo, de la propia policía, aunque luego deba aprobarla o negarla aquel. La Constitución, al atribuir el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (art. 117.3), está exigiendo en todo caso que la ordenación de una medida propia del ejercicio de esa potestad, cual es la cautelar, no se haga por persona diferente de un juez, que es precisamente lo permitido en esta ley orgánica.

Sobre el ejercicio del derecho de defensa en este proceso tendremos ocasión de volver en unos minutos. Bástenos ahora decir que hito clave de esta ley respecto a la investigación sumarial, es la medida de incomunicación, de prohibición de comunicaciones entre el imputado presunto terrorista y su abogado, procurador, u otras personas.

3º) Casi dos años anterior a la Constitución es la creación de un tribunal, ciertamente no ordinario, específico para conocer, dentro de su competencia penal, de determinados delitos, especialmente graves por sus efectos materiales o, incluso, territoriales, e instaurado con el fin, según se dice en la Exposición de Motivos de su norma fundacional, de permitir un mejor conocimiento procesal de determinados delitos muy graves, para cuya investigación y enjuiciamiento resulta inadecuada una administración de justicia organizada en juzgados y tribunales de competencia territorial limitada. Ese órgano antes mencionado, que tiene en consecuencia competencia en todo el territorio español, es la Audiencia Nacional, que sustituyó, no solo en el nombre, al tristemente famoso Tribunal de Orden Público de la anterior etapa política.

Sin embargo, su existencia ha sido cuestionada, tras la aprobación de la Constitución, por el sector más progresivo de nuestra doctrina, con válidos argumentos, por entender aquel que dicho tribunal viola el principio del juez legal, es decir, el principio del juez ordinario predeterminado por la ley, consagrado en los arts. 24.2 y 117.6 de la Constitución, fundamentalmente por la falta de adecuación existente entre el lugar de comisión del delito y el tribunal competente, base del sistema competencial penal, base, en suma, de la atribución ordinaria de la competencia al juez ordinario predeterminado por la ley. También, en nuestra opinión, la existencia de la Audiencia Nacional y de las correspondientes normas procesales no desarrolla, sino que viola, ese derecho fundamental del juez legal.

Sin creación, a su vez, de proceso alguno, pues se aplican normas procesales existentes con anterioridad, el *real decreto-ley 1 de 1977, de 4 de enero (BOE del 5)*, que establece normas procesales administrativas y penales, concentra en cuanto a estas últimas, fundamentalmente, el enjuiciamiento de sospechosos de haber cometido graves delitos de falsificación monetaria, contra la economía privada o nacional, tráfico ilícito de drogas, etc. Este real decreto-ley ha sido modificado posteriormente en dos ocasiones tras la aprobación de la Constitución, por la *ley orgánica 2 de 1981, de 4 de mayo (BOE del 5)*, y por la *ley orgánica 12 de 1983, de 16 de noviembre (BOE del 26)*, modificaciones que han afectado al orden material de la competencia para el conocimiento de determinados delitos, si bien su importancia, relación e influencia respecto a la Constitución no estriba solo ahí, sino también en el sucesivo acomodo que las leyes posteriores a la Constitución, incluso esta, que no lo derogó, han realizado respecto a las disposiciones contenidas en ese real decreto-ley mencionado.

Este atribuye, además, a dicho órgano, el conocimiento de las solicitudes de extradición pasiva, así como, entre otros, el conocimiento de los procedimientos penales iniciados en el extranjero, la ejecución de sentencias dictadas por tribunales

extranjeros o el cumplimiento de pena de prisión impuesta por tribunales extranjeros, con base en los tratados internacionales correspondientes en vigor.

4º) Competencia ahora también de la Audiencia Nacional es el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, cuyo último eslabón, en la prolija y confusa cadena legislativa que desde 1975 se viene produciendo, es el *real decreto-ley 3 de 1979, de 26 de enero (BOE del 1 de febrero)*, sobre protección de la seguridad ciudadana, cuyas disposiciones hay que complementar con la ley orgánica 11 de 1980, ya mencionada, que regula los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución.

Este real decreto-ley intenta ser, en palabras del legislador, la respuesta adecuada al fenómeno del terrorismo y a otras formas de delincuencia que alteran la seguridad ciudadana. "Con ello —sigue diciendo su Exposición de Motivos—, se evita la posible indefensión de la sociedad frente a la delincuencia hasta la adopción, en desarrollo de la Constitución, de los nuevos textos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". La ley complementa, pues, desde otro punto de vista, el desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, como queda dicho.

La normativa procesal es, sin embargo, algo confusa, debido a la existencia de otra legislación que tiene idéntico objeto. Sus disposiciones más relevantes afectan a la competencia, a la posibilidad de decretar incondicionalmente la prisión provisional sin necesidad de que concurren los presupuestos generales exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por último, a restricciones del derecho de impugnación de resoluciones judiciales.

5º) El derecho a la publicidad del proceso, consagrado en los arts. 24.2 y 120.2 de la Constitución, ha sido también desarrollado por la *ley 53 de 1978, de 4 de diciembre (BOE del 8)*, aprobada pocos días antes que la Constitución, pero con base sin duda en su texto definitivo.

Con anterioridad a dicha ley, el derecho a la publicidad referido a la fase sumarial del proceso penal español, que estaba y sigue estando excluido en todo caso respecto a terceros, se hallaba muy limitado para el imputado, puesto que, con escasas excepciones, no podía tomar conocimiento de las actuaciones sumariales hasta su finalización, con base en la máxima, claramente expresada en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del derecho del Estado a recuperar la ventaja inicial del delincuente, quien preparó y cometió en secreto su acción delictiva.

La ley 35 de 1978 ha convertido la excepción en norma general, y hoy el imputado tiene derecho a examinar y tomar conocimiento de las diligencias sumariales. No obstante ello, la posibilidad de secreto se mantiene restrictivamente.

6º) El derecho de libertad personal del art. 17.1 de la Constitución, concretamente en lo que afecta a sus límites por incoacción de proceso penal contra determinada persona, ha sido asimismo desarrollado en su aspecto ordinario, pues la Constitución, en su art. 17.4 *in fine*, así lo exigía, por lo menos respecto al tema de la duración máxima de la prisión provisional, y, en relación con él, de los presupuestos necesarios para acordarla, regulados en los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Solo que, por la especial conflictividad del tema, lo ha sido en más de una ocasión.

En efecto, la prisión provisional tenía, con anterioridad a la Constitución, una duración máxima legalmente determinada equivalente a la de la pena señalada para el delito que la motivaba. Esta injusta situación —piénsese que el imputado podía sufrir la prisión provisional indefinidamente hasta la sentencia, y ser absuelto en ella— fue modificada por la *ley 16 de 1980, de 22 de abril (BOE del 26)*, que fijó como límite de duración de la prisión provisional la mitad del tiempo que presuntamente podía corresponder al delito imputado, reforma que no podíamos considerar justa, ya que en definitiva significó disminuir a la mitad el problema, pero no terminar con él. De ahí que por *ley orgánica 7 de 1983, de 23 de abril (BOE del 26)*, se volvió a modificar tal situación, fijándose ahora unos límites que varían entre 6 y 30 meses, según la penalidad señalada para el delito imputado, excepcionalmente hasta la mitad de la pena si la sentencia condenatoria hubiese sido recurrida.

Esta regulación, más satisfactoria y ajustada a la Constitución, no ha dejado de ser polémica a pesar de ello, puesto que el gobierno ha enviado ya al Parlamento una nueva regulación, todavía no aprobada, en la que se rebaja de nuevo el límite mínimo a 3 meses, pero se amplía el máximo a 4 años o a la mitad de la pena impuesta si se recurriera la sentencia.

El tema de la duración de la prisión provisional ha ido unido siempre al problema que plantea uno de los presupuestos exigidos para su adopción: el de la gravedad de la pena que tiene señalada el delito imputado, cuestión asimismo discutida y reformada sucesivamente por la legislación anteriormente mencionada. En efecto, si antes de la Constitución la prisión se adoptaba, concurriendo además otros presupuestos, cuando el delito tenía señalada pena de prisión o presidio mayores, o pena superior, en 1980 se rebajó a prisión o presidio menores, o pena superior, y en 1983 se volvió de nuevo a la pena de prisión o presidio mayores, hoy solo de prisión, o pena superior, aunque se pueda imponer excepcionalmente cuando la pena esperada sea de prisión menor, si bien solo hasta que el inculcado afiance su libertad provisional.

La sociedad española —comprendido dentro de ella el cuarto poder, la prensa, radio y televisión—, que entendió mal la interpretación y aplicación por los jueces del art. 503-2ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha reclamado con inusitada fuerza su derogación, logrando enfrentar a las más altas instituciones del Estado que tienen un interés directo en el tema, vale decir, el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial. La redacción del todavía vigente texto legal no permite que el juez de instrucción ordene la prisión provisional, sino la libertad provisional, cuando la pena presumible sea la de prisión menor, pero siempre que el imputado preste fianza, y siempre, además, que los antecedentes del mismo lo favorezcan, es decir, cuando, como se ha venido interpretando en la práctica, no sea reincidente o de conducta peligrosa. Fue esa redacción legal y no la judicatura la que provocó la salida en forma de alud de presos preventivos de la cárcel, combinada con la disminución de la gravedad de las penas efectuada por la reforma del Código Penal en 1983, y la saturación existente entonces de los centros penitenciarios. El gobierno pretende ahora reformar este punto limitando el arbitrio judicial

a la hora de decidirse por la libertad provisional, con o sin fianza, o la prisión provisional, cuando el delito tenga señalada pena de prisión menor, o inferior.

7º) El derecho de defensa, consagrado en varios preceptos constitucionales (arts. 17,3, 24.1 y 24.2), ha sido objeto asimismo de un importante desarrollo legislativo, no siempre acorde con lo ordenado en la propia norma fundamental.

La Constitución garantiza en esos preceptos, en efecto, no solo el derecho a la defensa técnica, la llevada a cabo por un profesional del Derecho, un abogado defensor, desde el mismo momento en que se produce el primer acto de imputación, es decir, en la mayor parte de los casos, desde la detención policial, y por toda la duración del proceso, sino también el derecho de autodefensa ejercido por el propio imputado.

En su desarrollo se promulgó primero la *ley orgánica 53 de 1978, de 4 de diciembre (BOE del 8)*, sobre la que ya dijimos unas palabras, pues modificó también el secreto del sumario. Toca ahora resaltar la reforma realizada en los arts. 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reguladores del derecho de defensa ejercido como consecuencia de actos judiciales de imputación en el primer caso, y, en el segundo, como consecuencia de la detención policial.

Esta ley orgánica garantizó la asistencia letrada ya desde el primer acto de imputación, como ordena la Constitución, a diferencia de la regulación anterior, que convertía la defensa técnica en obligatoria solo desde la notificación del auto de procesamiento, en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo en fase de juicio oral, llegado el momento de calificar el imputado provisionalmente los hechos.

Sin embargo, la reforma resultó ser francamente exigua, porque se garantizó el derecho de presencia, en el interrogatorio policial, del defensor, pero no su derecho de intervención, es decir, quedó excluida la posibilidad de que el defensor técnico penal pudiera formular objeciones o preguntar durante la realización de dicho acto, con lo cual se convirtió en lo que la práctica denomina "convitado de piedra", aludiendo con ello gráficamente a la situación descrita con ingenio por TIRSO DE MOLINA en su comedia homónima.

La necesidad de ampliar ese derecho de presencia al de intervención, se puso de manifiesto de inmediato, razón por la que se aprobó la *ley orgánica 14 de 1983, de 12 de diciembre (BOE del 28)*, que no solamente realizó aquella ampliación, sino que además también desarrolló el contenido de la asistencia letrada al detenido, regulando certeramente a nuestro juicio toda la problemática, y superando con mucho a otros textos que se ocupan de esta materia, tanto internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como extranjeros, por ejemplo, la regulación contenida en los §§ 137 y siguientes de la *Strafprozessordnung* de la República Federal de Alemania.

El art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula ahora todas las posibilidades que desde el punto de vista del derecho de defensa se pueden estudiar, tanto si esta es ejercida por el defensor técnico, como si es el propio imputado quien se autodefende, lo cual presenta tan solo la dificultad, siempre ardua de resolver,

de la limitación que sufren estos derechos cuando la persona detenida está incomunicada, situación que es la normal cuando el imputado es sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo, según dispone expresamente el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, se consagran los derechos de información jurídica, de no declarar contra sí mismos, de guardar silencio, de obtener abogado defensor de oficio, de comunicación a familiares de la detención, de intérprete gratuito, de reconocimiento médico, etc., pudiendo realizar el defensor una amplia actividad en dicho acto, según detalla escrupulosamente la ley, limitándose en el caso mencionado el derecho de defensa, en cuanto a la comunicación y en cuanto a la libre elección del mismo.

8º) El último desarrollo hasta la fecha de un precepto constitucional de carácter procesal penal, se ha producido recientemente por la *ley orgánica 6 de 1984, de 24 de mayo (BOE del 26)*, reguladora del *habeas corpus*, derecho reconocido en el art. 17.4 de la Constitución.

El derecho de ser puesto en presencia del juez inmediatamente tras la detención, que no es totalmente original del derecho anglosajón, pues en la Edad Media ya se conoció en el Reino de Aragón el proceso de manifestación de personas, presenta varias posibilidades de aplicación, siendo precisamente la de menor eficacia la relativa al proceso penal.

En efecto, nuestro proceso penal es un proceso dividido en dos fases, la sumarial y la de juicio oral, cuyo conocimiento está atribuido legalmente a dos órganos jurisdiccionales distintos, aunque no siempre, pero en todo caso a un órgano jurisdiccional. Estando regulada por la ley, de un lado, la duración máxima de la detención, que la Constitución ha establecido en 72 horas como máximo, pero que la ley ordinaria limita a 24, y, de otro, siendo obligatorio que la policía ponga, inmediatamente termine sus investigaciones, cosa que debe hacer con la mayor diligencia, en cualquier caso con aquel límite temporal, al detenido a disposición judicial, la efectividad del derecho al *habeas corpus* en el proceso penal es mínima, aunque evidentemente siempre quedará abierta, no obstante, esta posibilidad, cuando la detención supere los límites temporales legales, o se haya realizado con manifiesta vulneración de la normativa vigente. Cosa distinta ocurriría si la fase de investigación previa al juicio oral no fuera de la competencia de ningún juez, como ocurre, por ejemplo, en la República Federal de Alemania.

Pero si se consideran las posibilidades de detención ilegal existentes, llevada a cabo por cualquier autoridad que no sea la judicial, o que no cumpla órdenes judiciales, la tutela del derecho constitucional de libertad, frente a la posible arbitrariedad de los agentes públicos, o incluso de los particulares, se ve plenamente garantizada al remediar la ley, eficaz y rápidamente, la detención ilegal o bajo condiciones ilegales, ampliando extraordinariamente la legitimación para la reclamación y regulando un procedimiento acelerado, cuyo fin es declarar la conformidad jurídica de la detención, pasando la persona detenida a disposición judicial, o, por contra, entrando en libertad inmediata.

IV. LA NORMATIVA PROCESAL PENAL POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN Y LAS REFORMAS TÉCNICAS

Independientemente de la legislación analizada, debemos recordar ahora cuatro modificaciones legales, de carácter directa o indirectamente procesal penal, que se han producido con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, pero que no tienen como fin directo desarrollar ninguna norma constitucional, sino que más bien son de carácter estrictamente ordinario o técnico, aunque, eso sí, encuentran su último basamento en la norma suprema.

1ª) Nuestras palabras iniciales en este punto van a referirse a la creación de un nuevo proceso penal ordinario, ordenada por la *ley orgánica 10 de 1980, de 11 de noviembre (BOE del 21)*, cuyo objeto es el enjuiciamiento de los delitos dolosos menos graves, y de los flagrantes.

Esta ley orgánica, que no hace sino añadir un proceso ordinario a los cuatro hasta entonces existentes, ha pretendido, sin lograrlo completamente en nuestra opinión, crear un procedimiento basado en el principio constitucional de la oralidad, para el conocimiento de los menos graves de los delitos dolosos, y de los cometidos flagrantemente, lo cual ha complicado a su vez la distribución ordinaria de la competencia material, cuya dificultad principal gira en torno al acta o escrito de acusación, que recuerda falsamente al procedimiento monitorio penal, con modificaciones sumariales importantes, y peligrosas, pues se aumentan desmesuradamente los poderes de la policía, confiriéndole carácter legal a lo que hasta ahora era práctica no muy acorde con la legislación, y, en todo caso, perniciosa.

La falta de medios técnicos de nuestra administración de justicia, el carácter no proporcionado respecto a ello de los plazos determinados en esta ley, y el enjuiciarse por medio de este proceso una buena parte de los delitos que vienen siendo cometidos hoy en España, han llevado al fracaso del mismo, cuya normativa no superará, con toda seguridad, la reforma procesal penal tantas veces anunciada, y cuya llegada todavía no empieza a entorsearse.

2ª) La *ley orgánica 2 de 1981, de 4 de mayo (BOE del 5)*, de reforma de determinados artículos del Código Penal y del Código de Justicia Militar, conocida bajo el nombre de Ley de Defensa de la Democracia, por haber sido aprobada como consecuencia del atentado sufrido por esta el día 23 de febrero de ese año, estableció en el art. 216 bis a), párrafo II del Código Penal, una medida cautelar de cierre del medio de difusión sospechoso de conspiración, proposición o provocación del delito de rebelión o del de terrorismo, ordenada en realidad por el Ministerio Fiscal, y no por el órgano jurisdiccional, pues aunque este debe acordarla en resolución judicial, no tiene otra alternativa ante la petición de aquel.

Estamos de nuevo ante una violación, sutilmente disimulada, del principio sentado en el art. 117.3 de la Constitución, puesto que, como sabemos, la ordenación de la medida cautelar debe corresponder en todo caso al juez. Pero, además, se viola también el art. 20.5 de la Ley Fundamental, porque en virtud de lo dispuesto en él, el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información,

solamente puede acordarse en virtud de resolución judicial. La reforma atribuye, además, el acuerdo final de cierre, mediando recurso, a la Audiencia Nacional.

Este precepto del Código Penal presenta, por otra parte, otros inconvenientes, como, por ejemplo, el haber ampliado desmesuradamente los bienes que pueden ser objeto del comiso.

3ª) La reforma urgente y parcial del Código Penal, realizada por la *ley orgánica 8 de 1983, de 25 de junio (BOE del 27)*, ha llevado a cabo también diversas reformas procesales, de contenido diverso, aunque no simplemente técnicas, de entre las que debemos resaltar la que regula los efectos procesales del perdón del ofendido, excluido ya totalmente en el delito de violación, limitado en los delitos de estupro, rapto y abusos deshonestos, y con problemas de interpretación respecto al delito de abandono de familia; la que regula la ejecución de las penas pecuniarias, pues ahora está previsto expresamente el procedimiento de apremio, infructuoso, como paso previo al arresto sustitutorio; la referente al tratamiento procesal de la causa de inimputabilidad de enajenación mental; la supresión de la ejecución de las penas de presidio y de interdicción civil (respecto a esta última, por la *ley 6 de 1984, de 31 de marzo, (BOE del 3 de abril)*, por haberse suprimido estas penas, etc.

4ª) Por último, es reforma de carácter técnico la realizada por la *ley 4 de 1984, de 9 de mayo (BOE del 13)*, en el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo fin es permitir la destrucción, dentro de la fase sumarial ya, de determinados instrumentos, armas y efectos relacionados con el delito, v. gr. drogas, que debían ser almacenadas antes hasta que la sentencia firme de condena ordenara su destrucción. Ahora basta con dejar una pequeña muestra de los mismos, acompañada de la necesaria constancia documental en autos.

V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL PENAL

Hemos visto hasta ahora, todo lo brevemente que nos ha sido posible, el desarrollo, en el orden de legislación ordinaria, de los preceptos constitucionales de naturaleza procesal penal que así lo exigían, así como hemos mencionado también las reformas de carácter técnico, consecuencia a su vez de la legislación inspirada directamente en la Constitución.

Para completar nuestra exposición tan solo nos falta referirnos a los derechos y principios, de carácter eminentemente procesal penal, consagrados por la Constitución, cuya aplicabilidad directa viene encomendada a todos los juzgados y tribunales, y cuya última vigilancia queda en manos del Tribunal Constitucional, el cual, en sus más de cuatro años de funcionamiento, ha tenido ocasión de pronunciarse numerosas veces sobre ellos, pudiendo afirmarse, a nuestro juicio, que se está entrando ya en la fase de aquilatación de su propia jurisprudencia, valiente y decidida hasta donde las circunstancias lo van permitiendo.

Esos derechos o principios procesales penales recogidos directamente en la Constitución son fácilmente enumerables, pero difícilmente clasificables, porque condi-

cionan el proceso desde todos los puntos de apreciación posibles. Dejando ahora de lado aquellos ya reflejados en esta exposición, por haber implicado un desarrollo legislativo posterior, aunque haremos una breve mención de algunos de ellos, por motivos de claridad expositiva, hay que referirse a los principios básicos constitucionales del derecho procesal penal, que coinciden plenamente con los del derecho procesal en cualquiera de sus ramas.

La Constitución, en este sentido, garantiza y tutela una serie de derechos y principios fundamentales que podemos agrupar, en un intento meramente provisional, adaptado a los fines de estas palabras que tengo el placer de dirigirles, del siguiente modo:

1º) En cuanto a los principios relativos a la jurisdicción, la Constitución reconoce los principios de unidad y exclusividad de esta (arts. 117.3, 4 y 5); de independencia judicial (art. 117.1); de juez legal (arts. 24.2 y 117.6); y de juez técnico (art. 117.2), aunque prevé el Tribunal de Jurados o Escabinos, cuestión no resuelta en la norma suprema, en su art. 125, posibilidad esta que por diversos motivos, fundamentalmente económicos y sociológicos, se ve todavía desgraciadamente lejana.

2º) Relativo al derecho de acción procesal, consagra la Constitución el libre acceso a los tribunales de justicia (art. 24.1), incluso para las personas con medios económicos limitados (art. 119), lo cual es especialmente importante en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, en el que queda legitimada la acción popular (art. 125, inciso primero, de la Constitución, y arts. 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La norma fundamental intenta garantizar todavía más la efectividad del derecho de acción, prohibiendo las dilaciones indebidas del proceso (art. 24.2).

3º) Los principios del proceso penal sobre los que debemos hacer hincapié son: el de igualdad (art. 14); el de contradicción, no mencionado expresamente por la Constitución, pero con claro apoyo en sus arts. 24.1 y 24.2; el de observancia de las garantías procesales debidas (art. 24.2); y el muy importante de la presunción de inocencia (art. 24.2), sobre el que el Tribunal Constitucional ha corregido la interpretación inexacta de ser aplicable solo ante la duda (*in dubio pro reo*), pues también lo es cuando no ha existido en el proceso una mínima actividad probatoria que fundamente la posible condena.

4º) Por último, la Constitución consagra también dos importantes principios relativos al procedimiento penal, el de oralidad (art. 120.2), y el de publicidad (art. 120.1 y 3).

VI. CONCLUSIONES

En conclusión, pues, estamos ante la Constitución española que hasta la fecha con más precisión y detalle ha regulado principios, instituciones o derechos propios del Derecho Procesal Penal, articulando además válidamente el modo de hacerlos efectivos. Su influencia, en consecuencia, puede decirse que es máxima, lo cual, evidentemente, no puede decirse que sea propio del Derecho Procesal Penal, ni siquiera del Derecho Procesal.

Su importancia condiciona de tal forma el estudio y práctica del proceso penal, que convierte al docente, investigador, magistrado y jurista práctico en general, en un constante analista de los problemas que plantea el tema de la constitucionalidad del proceso penal, cuyo abandono supondría indefectiblemente la esterilidad de su trabajo profesional.

Ciertamente, la Constitución no ha variado el sistema de enjuiciamiento criminal español, basado como es sabido en los principios del proceso penal acusatorio formal o mixto, de origen francés, pero le ha dotado de tales improntas que, de cumplirse en la práctica, extremo que hasta el momento así sucede generalmente, afianzará aquel sistema totalmente, eliminando interpretaciones que, en evidente perjuicio del imputado, se producían en su aplicación como consecuencia de lagunas legales o de falta de apoyo en un texto de más valor.

Los llamados a realizar las importantes reformas que se avecinan, ahora solamente anunciadas, nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Plantas de los Tribunales, nueva Ley del Jurado, etc., tienen en la Constitución española de 1978 suficientes materiales como para lograr el fin latente en aquella constitucionalización del proceso a que hacíamos referencia al principio, que a todos interesa: la correcta aplicación de la norma constitucional para lograr también la democratización del proceso penal.

Muchas gracias!

APÉNDICE LEGISLATIVO

Registramos como apéndice, para guía del lector, la legislación procesal penal de reforma, tras la aprobación de la Constitución española de 1978, cronológicamente ordenada, hasta agosto de 1984, citada a lo largo de esta conferencia:

1. *Real decreto-ley 1/1977, de 4 de enero (BOE del 5)*, creador de la Audiencia Nacional, modificado parcialmente por:
 - a) Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo (BOE del 5), y por
 - b) Ley Orgánica 12/1983, de 16 de noviembre (BOE del 26).
2. *Ley 53/1978, de 4 de diciembre (BOE del 8)*, modificadora de varios preceptos sumariales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
3. *Ley 62/1978, de 26 de diciembre (BOE del 3 de enero de 1979)*, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, modificada parcialmente por:
 - a) Real decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero (BOE del 27), y
 - b) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (BOE del 5).
4. *Real decreto-ley 3/1979, de 26 de enero (BOE del 1 de febrero)*, sobre protección de la seguridad ciudadana.
5. *Ley 16/1980, de 22 de abril (BOE del 26)*, modificadora de los arts. 503 a 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
6. *Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre (BOE del 21)*, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

7. Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre (BOE del 2), sobre los supuestos enumerados en el art. 55.2 de la Constitución.
8. Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo (BOE del 5), de reforma de determinados artículos del Código Penal y del Código de Justicia Militar (Ley de Defensa de la Democracia).
9. Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril (BOE del 26), de reforma de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
10. Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (BOE del 27), de reforma urgente y parcial del Código Penal.
11. Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre (BOE del 28), de asistencia letrada al detenido.
12. Ley 4/1984, de 9 de marzo (BOE del 13), modificadora del art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
13. Ley 6/1984, de 31 de marzo (BOE del 3 de abril), derogatoria, entre otras disposiciones, de la ejecución de la pena de interdicción civil.
14. Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (BOE del 26), reguladora del procedimiento de *habeas corpus*.

EL HOMICIDIO POR MOTIVO ABYECTO O FÚTIL, PRECIO O PROMESA REMUNERATORIA*

Dr. ORLANDO LÓPEZ GÓMEZ

"Lady Macbeth.—¡Nunca verá el sol de mañana! En tu rostro, esposo mío, leo como en un libro abierto lo que esta noche va a pasar. Disimula prudente: Oculte tu semblante lo que tu alma anida. Den tu lengua, tus manos y tus ojos la bienvenida al Rey Duncan: Debes esconder el áspid entre las flores. Yo me encargo de lo demás: El trono es nuestro"¹.

I. CRITERIOS MESURADORES DEDUCIDOS DE LA CAUSA

Como antes habíamos visto, CARRARA, siguiendo a PLATÓN y a CARMIGNANI, estableció cuatro criterios para fundamentar la agravación del homicidio: la intensidad del dolo, el vínculo de consanguinidad, la valoración de medios especiales, y el deducido de la *causa*, móvil o fin del hecho, cuando determina una mayor cantidad de daño mediato en virtud de que modifica la cantidad política del hecho punible. Entre los casos contemplados por la causa especificó el *homicidio con fin de lucro*, el homicidio por orden o *por cuenta de otro* —asesinato—, el homicidio *por sed de sangre* y el homicidio *por venganza transversal*².

PLATÓN había considerado que el homicidio podía agravarse por *su causa*, siendo "La primera y más grave la codicia", que es la que merece mayores suplicios; "La segunda causa es la *ambición*, que produce en el alma por ella dominada la envidia, pasión funesta en primer lugar al que la experimenta, y en seguida a los ciudadanos que más sobresalen en el Estado. La tercera causa de un gran número de homicidios la constituyen esos *temores cobardes e injustos*, que aparecen en el momento en que se cometen o se han cometido por algunas ciertas acciones, de que se quiere que nadie sea testigo, resultando de aquí que a falta de cualquier otro recurso, se deshacen por medio del asesinato de los que podrían revelarlos"³. Como se puede establecer de la lectura del numeral 4° del art. 324 que comentamos

* El presente trabajo forma parte de la obra *El homicidio* de próxima publicación. El autor es abogado en ejercicio y catedrático de la Universidad del Cauca, en Popayán, Departamento del Cauca, Colombia.

¹ WILLIAM SHAKESPEARE, *Macbeth*, Barcelona, Ed. Ramón Sopena, 1973, pág. 149.

² CARRARA, *Programa*, §§ 1185 a 1205. Siguen este criterio NUÑEZ, t. III, págs. 46 y ss.; LEVENE, págs. 181 y ss.

³ PLATÓN, *Las leyes*, ed. cit., pág. 195.

—por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil—, no es sino una adecuación moderna de la teoría de PLATÓN recogida por CARRARA, que atiende a la valuación de los resortes de la acción para graduar la pena.

II. EL DESVALOR DEL PROCESO MOTIVACIONAL

“Pero los actos tomados en sí mismos no son más que vanas imágenes; solo les da importancia moral la disposición de ánimo que impele a ejecutar los actos”⁴.

La conducta, como se ha dicho, es el conjunto de manifestaciones significativas por las cuales un ser vivo responde a un estímulo; y, en el hombre, es el conjunto de manifestaciones regidas por la voluntad consciente; de allí que sea una unidad de dos contrarios: *fenómenos objetivos* y *fenómenos síquicos* que rigen y orientan la actividad física. Así, la actividad objetiva no es una función aislada e independiente, sino el resultado de todo un complejo de fenómenos psicológicos que lo anteceden y explican. Antes de actuar, primero el hombre mueve el poder de su mente, la cual recibe del mundo interno y del mundo circundante estímulos que condicionan su comportamiento. Antes de que la conducta “sea en el mundo objetivo”, primero se ha sucedido todo un proceso interior que, obrando sobre el hombre como ser que tiene conocimiento, afecto y voluntad, lo impulsan a actuar en el mundo objetivo en un sentido. Es decir, que todo comportamiento consciente y voluntario está precedido siempre de un proceso de formación del comportamiento o *proceso motivacional*. En todos los campos, cualquier fenómeno está determinado, es decir que responde a una *causalidad*, pues de la nada no puede surgir algo; así también la conducta del hombre es un acontecimiento que responde a un *proceso causal*, que es el *proceso motivacional* del comportamiento, o sea el *por qué* y el *para qué* del acto. El motivo determinante es distinto de la voluntad del hecho y de la intención, y existe antes que ellas obren; así, primero el hombre vivencia el estímulo y la motivación, y luego se propone —con su voluntad— el objetivo o finalidad. El móvil se identifica así o con la causa o con el fin buscado con el hecho. El motivo determinante precede y orienta el acto, mueve la voluntad, y hace el hecho querido —esto es, intencional—; por ello, el motivo precede y orienta la voluntad como la intención. Una cosa es el resorte —móvil— del homicidio —lo mató para vengarse—, otra la voluntariedad de la acción —querer el disparo—, y otra la intención que tenía el sujeto con el hecho —matarlo—.

En un momento determinado aparece actuando sobre la psicología del hombre un estímulo o una serie de estímulos interrelacionados —v. gr. una necesidad, el ánimo de lucro, un estado afectivo desagradable—, pero no es la presencia de este estímulo o causa en acción recíproca la que por sí sola explica la acción. En

⁴ ARTHUR SCHOPENHAUER, “La Moral”, en *El amor, las mujeres y la muerte*, Madrid, Ed. E.D.A.F., 1970, pág. 136.

la formación o determinación de un comportamiento intervienen “tres series causales que no actúan independientemente; en realidad, lo que actúa es la resultante de su interacción.

“Una primera serie complementaria está dada por los factores hereditarios y congénitos. En los factores hereditarios se incluyen todos aquellos transmitidos por herencia, es decir, por los genes; en los factores congénitos se incluyen todos aquellos que provienen del curso de la vida intrauterina.

“Una segunda serie complementaria está constituida por las experiencias infantiles, que adquieren una importancia fundamental porque ocurren en una época de formación de la personalidad y, por lo tanto, son más decisivas.

“Una tercera serie complementaria está constituida por los factores desencadenantes o *actuales*. Estos últimos actúan sobre el resultado de la interacción entre la primera y segunda serie complementaria, es decir, sobre la *disposición*.

“La primera serie complementaria da, como resultado, lo que se denomina el componente constitucional. Tanto esta como la segunda serie complementaria se pueden incluir dentro de lo que LENIN ha llamado la causalidad histórica, mientras que la disposición y los factores desencadenantes constituyen la causalidad sistemática, porque hay que tener en cuenta que la disposición es también un factor actual, integrante del campo presente, al igual que los factores desencadenantes.

“Los efectos pueden reactivar, solamente sobre estas dos últimas series complementarias, es decir, modificando la disposición y/o los factores desencadenantes; no pueden modificar el pasado (la herencia y las experiencias infantiles), pero sí la gravitación de los mismos”⁵.

En un tipo de comportamiento —y también en el acto delictivo— puede existir un predominio relativo de una de las series complementarias, sin que por ello dejen de actuar las otras, existiendo simple predominio o bien de factores endógenos o de factores exógenos; los endógenos son el factor constitucional y el disposicional, mientras que el exógeno es la actuación de los estímulos actuales o del presente.

Si esto es así, claramente se ve que la ley penal, al considerar el móvil y finalidad del hecho típico cometido, como elemento para valorarlo y agravar la pena debido a su grado de desvalor, solo puede hacerlo formulando un juicio de mayor reproche y desaprobación sobre los factores actuales o sobre la serie causal actual; pero no se puede reprochar ni la herencia ni la disposición resultante de la vida infantil; así, por lo tanto, en el art. 324, num. 4º, se han desvalorado especialmente ciertos *impulsos* que determinan al hombre a actuar y que influyen sobre las fuerzas objetivas, así como también ciertos fines o propósitos establecidos por el individuo con su acto, que influyen sobre la fuerza moral objetiva del hecho. El obrar “por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro”, son motivaciones que trascienden a un fin buscado por el autor y que se toman en consideración para agravar la pena del homicidio; así quien obra por ánimo de lucro, busca enriquecerse. En cambio, el obrar por “motivo abyecto o fútil” no siempre presupone una motivación

⁵ JOSÉ BLEGER, *Psicología de la conducta*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1973, págs. 154 y ss. Así mismo, WOLF MIDDENDORFF, *Criminología de la juventud*, Barcelona, Ed. Ariel, 1963, pág. 93.

trascendente en una finalidad, pues el motivo solo puede ser un sentimiento; y aunque el Código vigente fundamenta el delito no en un reproche a la personalidad del autor sino a la decisión de la voluntad y con ello al acto, observamos que en el numeral 4º reprocha parte de la personalidad del autor del homicidio, pues, al considerar como agravante el obrar por "motivo abyecto o fútil", no puede menos que indirectamente apreciar la personalidad, ya que un motivo "abyecto" para el homicidio solo puede surgir allí donde haya una personalidad con un grado de evolución moral, cuyo estado espiritual le permita matar por la causa más insignificante o ruin; en tales casos existe un grado más intenso en el dolo y una mayor culpabilidad⁶.

Los actos voluntarios son aquellos sometidos al control de la voluntad y que tienen por objetivo alcanzar fines conscientes determinados; pero si bien la causa próxima de todo acto voluntario es una decisión tomada por el individuo, tal toma de decisión está condicionada por un proceso causal o motivacional que explica y da valor y contenido al hecho. Son las motivaciones las que diferencian hechos que objetivamente son iguales —la muerte es objetivamente igual en todos los casos— y que, por su especial valor, hacen que tales hechos sean aceptados o repudiados en mayor o menor grado por la sociedad. El móvil del hecho nos proporciona el verdadero valor y sentido con respecto al hecho y a su autor; en cambio la voluntad por sí misma nada dice; el móvil indica la moralidad del individuo, sus valores y, por ende, su capacidad de realizar hechos punibles que coloquen en inseguridad a los ciudadanos.

Tampoco la premeditación —intensidad del dolo— indica en definitiva algo sobre la moralidad del individuo ni sobre el grado de confianza que la sociedad pueda tener en él, pues la premeditación, siendo un rasgo del hombre, es también una característica de la personalidad psicológica, una forma de ser; en cambio, el análisis del móvil nos indica el grado de socialización del sujeto. Tanto para obrar por un móvil bajo como por uno noble, se puede premeditar; por ello la premeditación nada indica, pero sí la naturaleza intrínseca del móvil y de la personalidad que alberga el móvil. El móvil o motivación es parte de la fuerza síquica que impulsa el hecho, y que difiere de la voluntad o conación, pues es básicamente la dirección de los procesos mecánicos del cuerpo por la actividad mental intencionada⁷. Pero no siempre la motivación del acto es consciente, pues los motivos que impulsaron la actuación pueden ser inconscientes, referidos al desconocimiento que el individuo tiene de las motivaciones, por lo cual solo puede ser reprochado con mayor intensidad el motivo consciente y tratándose del 'motivo abyecto o fútil' debe tratarse de una causalidad psicológica consciente, esto es, conocida por el individuo y que esté bajo el control de su voluntad. Por esta razón, aunque el impulso del *instinto*, esto es, de las fuerzas o pulsiones básicas de carácter biológico, a las que se deben gran parte de los fenómenos síquicos y que son independientes del aprendizaje, sean fuerzas impensadas, no dejan por esto de estar sujetas al control de la voluntad

⁶ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESEA, *Derecho penal español*, Madrid, 1970, pág. 604.

⁷ WILLIAM MACDOUGALL, *Introducción a la Psicología*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1970, pág. 99.

consciente; por ello las conductas instintivas que afloran en motivaciones proclives, son también objeto de apreciación para la agravante del homicidio.

Al valorar el motivo de la acción, se está atendiendo a la razón de ser del acto, por ello el juicio sobre el móvil es el juicio sobre la esencia del valor del comportamiento. Desde ARISTÓTELES y KANT, se distinguen tres áreas subjetivas en el fenómeno de la conducta del hombre: área intelectual, área afectiva y área volitiva. Intellecto, afecto y voluntad, fuerza síquica que integra los fenómenos mentales y que interviene en todo comportamiento del hombre en mayor o menor grado. El móvil o motivación consciente se incrusta o incide en la esfera afectiva de la personalidad, para mover o no la voluntad a un hecho externo luego de que pasó por el juicio o razón. Con acierto dice SMIRNOV que "Se denomina *motivo* de la actividad aquello que, reflejándose en el cerebro del hombre, excita a actuar y dirige esta actuación a satisfacer una necesidad determinada"⁸, pues las necesidades del hombre subjetivamente se manifiestan como deseos o tendencias que influyen en las decisiones, motivando su actuar en función de una o varias necesidades, y así surge el *objetivo* o comportamiento requerido para satisfacer la necesidad. La necesidad se manifiesta en deseo o tendencia, motivando la decisión de un objetivo, objetivo o comportamiento que busca satisfacer la necesidad, por ello el estímulo o motivación le imprime a la conducta una dirección y por ende un valor social.

El motivo o móvil corresponde a una necesidad —orgánica, social o síquica— que se representa en forma de idea o imagen en la mente del hombre; y, en vista de él —en interacción con las series complementarias antes vistas—, el hombre se representa o propone un objetivo, y el objetivo lo impulsa a obrar. Por lo tanto, el significado de cada acción depende en gran parte del motivo o proceso motivacional, proceso motivacional al que el individuo y la sociedad le dan un valor no siempre coincidente el uno con el otro. Así, el móvil o motivo viene a ser la *fuerza moral* que impulsó el hecho, fuerza moral subjetiva y objetiva que, apreciada y sopesada con los valores morales y pautas de convivencia de la sociedad, produce o no un mayor grado de *daño político*. De este modo, la muerte ocasionada por motivos de honor pesa menos que la ocasionada por venganza, la muerte por piedad es menos repudiada que la muerte por precio o promesa remuneratoria. Es el aspecto motivacional el que permite diferenciar el valor de cada hecho, pues se enfrentan el valor dado al móvil por el individuo, con la escala de los valores morales imperantes en una sociedad determinada y en una época también determinada. Así, la causa moral del delito permite graduar la gravedad del delito, pues desde el punto de vista del valor de la vida no sería posible distinguir grados, ya que toda vida tiene igual valor.

Solo cuando el móvil ha sido consciente y aceptado por el hombre, tal proceso motivacional puede ser apreciado como un proceso adoptado por la voluntad consciente del hombre y así constituirse en causa culpable del acto. Ni los procesos

⁸ SMIRNOV y otros, *Psicología*, México, Ed. Grijalbo, S. A., 1978, pág. 346; EDMUNDO MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. II, Madrid, 1957, pág. 60. Trad. española.

motivacionales inconscientes, ni los que se imponen ciegame-nte dominando la voluntad por el ímpetu de su poder —compulsiones—, ni los que inciden como producto de una mente alterada, pueden ser justipreciados para agravar o atenuar —por mayor o menor cantidad política— el delito. Es así como el art. 324, num. 4º, supone motivos conscientes y voluntariamente aceptados que no escapen al control de la voluntad; de allí que el móvil debe ser abarcado por el dolo homicida:

“Bruto: ... Y si entonces ese amigo preguntase por qué Bruto se alzó contra César, esta es mi contestación: «No porque amaba a César menos, sino porque amaba más a Roma». ¿Preferirías que César viviera y morir todos esclavos, a que esté muerto César y vivir todos libres? Porque César me apreciaba, lo lloro; porque fue afortunado, lo celebro; como valiente, lo honro; pero por ambicioso, lo maté. Lágrimas hay para su afecto, gozo para su fortuna, honra para su valor y muerte para su ambición. ¿Quién hay aquí tan abyecto que quisiera ser esclavo? ¿Si hay alguno, que hable, pues a él he ofendido! ¿Quién hay aquí tan estúpido que no quisiera ser romano? ¿Si hay alguno, que hable, pues a él he ofendido! ¿Quién hay aquí tan vil que no ame a su patria?”⁹.

En el anterior párrafo de SHAKESPEARE fulgura con todo esplendor el poder del móvil en el homicidio, con tal fuerza, que en labios de Bruto su crimen parece casi sublime; el homicidio cometido por los conjurados del jardín de Bruto, casi en forma brutal y con saña celebrada y preparada, aparece como un acto de salvación pública y necesidad para la República, cuando el móvil que determinó la voluntad de los conspiradores hace que los ciudadanos soliciten ‘una estatua’ para Bruto. En cambio, la lucha motivacional contradictoria entre el impulso salvaje de la pasión amorosa por el hombre y el tierno amor por los hijos, que nos describe magistralmente EURÍPIDES en *Medea*, nos deja abismados ante el crimen que Medea comete sobre sus tiernos hijos, para vengarse así del padre que la abandona por otra mujer; y aunque el crimen nos deja perplejos, un remoto sentimiento de simpatía con la ‘bárbara mujer’, se vive en la sicología popular¹⁰. De otro punto, horrorizados y con náuseas nos deja el pavoroso crimen de Atreo, cometido sobre los tiernos hijos de su hermano Tiestes, que nos narra SÉNECA en su tragedia *Tiestes*, que, al decir del editor, tan redoblada “maldad anochece el sol y le hace retroceder de espanto”. Atreo es rey en Micenas, y su hermano Tiestes trata de quitarle el trono. Atreo, triunfante, finge una reconciliación con su hermano desterrado, recibiendo como rehenes a los infantes hijos de Tiestes. En horrorosa acción Atreo los degüella, adereza sus carnes en manjar y mezcla con vino la sangre de los niños, ofreciendo luego así a su hermano el banquete de reconciliación, para, durante el mismo, revelar al desgraciado Tiestes, con el gozo feroz de un demente, que ha devorado a sus propios hijos¹¹.

⁹ WILLIAM SHAKESPEARE, *Julio César*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, S. A., 1977, pág. 69. Véase a EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. v, Buenos Aires, 1941, pág. 353.

¹⁰ Véase el monólogo de Medea, o la lucha de impulsos y contraimpulsos hacia el crimen sobre sus propios hijos. EURÍPIDES, “Medea”, en *Tragedias*, Barcelona, Ed. Bruguera, 1974, pág. 66.

¹¹ SÉNECA, “Tiestes”, en *Tragedias*, México, Ed. Aguilar, 1977, pág. 362.

En *Fuente Ovejuna*, de LOPE DE VEGA, la muerte cruenta y bárbara del Comendador ejecutada atrocemente por los vecinos, suaviza su valor, por la ‘venganza justa’, transforma el motín en acción justa, y resistencia contra la arbitrariedad y la tiranía. El Comendador, suma y compendio de todos los vicios, arbitrario en sus acciones, despótico, humilla a los hombres, viola a las damas; tanta criminalidad, tanto despotismo, tantos abusos e injurias enardecen al pueblo de Fuente Ovejuna, a tal extremo, que deciden de común acuerdo matar al Comendador.

“Juan Rojo: ¿Qué es lo que quieres tú que el pueblo intente?

Regidor: Morir, o dar muerte a los tiranos, pues somos muchos, ellos poca gente.

“...Esteban: El rey solo es señor después del cielo, y no bárbaros hombres inhumanos.

“Si Dios ayuda nuestro justo celo,

“¿Qué nos ha de costar?”.

El móvil en este crimen colectivo es, a los ojos de los amotinados, tan justificable, que de “hazaña” de honor es calificado por Laurencia, quien invita a todos a concurrir “a matar a Fernán Gómez”.

“Cuando se alteran los pueblos agraviados, y resuelven, nunca sin sangre o sin venganza vuelven”¹².

El proceso motivacional —estímulo, instinto, estado afectivo, sentimiento, pasión, etc.¹³— es valorado por el legislador, atendiendo a las pautas de cultura imperantes en la sociedad, en un país concreto y en la época del juzgamiento. Lo que haya de considerarse como motivo “abyecto o fútil” es algo que no puede definir la ley, sino que es un juicio de valor que el juez debe actualizar, interpretando objetivamente los valores sociales del medio social, para aplicarlos al caso concreto. Aquí el juez cumple una función “complementadora del tipo”, pues es él quien, como persona que tiene sus propios valores morales, interpretando los juicios objetivos del grupo social, pesa el valor del acto homicida en su motivación, frente a los juicios morales de la sociedad. El concepto de lo “abyecto o fútil”, encuentra en muchos casos un juicio objetivo generalizado que no se presta a dificultades, como es el caso de matar por precio o promesa remuneratoria, o por sed de sangre, o por venganza transversal; pero no ocurre lo mismo frente a otros procesos motivacionales, que solo deducen su justo valor del contexto de circunstancias exógenas al mismo móvil; así, el móvil de la venganza no siempre es abyecto, y todo depende de la índole del motivo que haya tenido el homicida para obrar; es, pues, un marco circunstancial de tiempo, modo, ocasión y causas más profundas, lo que servirá al juez para establecer el significado del móvil. Fuera de ello, debe atenderse a particulares situaciones regionales, ambientales o temporales que pueden hacer cobrar a un hecho una particular significación.

¹² LOPE DE VEGA, *Fuente Ovejuna*, Medellín (Colombia), Ed. Bedout, 1971, pág. 92.

¹³ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Uteha, 1960, pág. 323.

III. LA NATURALEZA DE LA CIRCUNSTANCIA

“No hay más que tres resortes fundamentales de las acciones humanas, y todos los motivos posibles solo se relacionan con estos tres resortes. En primer término, el egoísmo, que quiere su propio bien y no tiene límites; después, la perversidad, que quiere el mal ajeno y llega hasta la crueldad; y últimamente, la conmiseración, que quiere el bien del prójimo y llega hasta la generosidad, la grandeza del alma”¹⁴.

A) *Carácter subjetivo*

Se trata de una circunstancia subjetiva y personal¹⁵, por cuanto se refiere a una situación anímica o psicológica especial, que impulsa la acción homicida. Lo que se ha desvalorado para calificar el delito como agravado, no es solo, en particular, el obrar por precio o promesa remuneratoria, o ánimo de lucro, sino, en general, el obrar por motivo “abyecto o fútil”, siendo el ánimo de lucro solo un caso más del concepto general de motivo “abyecto o fútil”. Es decir que, lo que distingue este numeral, es el *carácter de abyecto o fútil* del móvil; no se trata, en nuestra forma de apreciar el numeral, de dos casos aislados —uno, el obrar por precio o ánimo de lucro, y, otro, el obrar por motivo abyecto o fútil—, sino de un grupo de situaciones especiales que pueden ser catalogadas como abyectas en su motivación. Se trata de un homicidio cometido por móviles especiales, por lo cual lo que se desvaloriza son los resortes de la acción, y no el hecho de que se obtenga o no el fin que se propone el autor; es decir que basta para agravar la pena la existencia del motivo abyecto o fútil o del simple ánimo de lucro, sin que sea condición que el sujeto obtenga el provecho patrimonial o el lucro deseado.

La referencia al “ánimo de lucro”, no es más que la enunciación de un caso más de “motivo abyecto”, de lo cual se infiere que la muerte por precio o promesa remuneratoria o ánimo de lucro, pueda calificarse como abyecta. Todo el numeral 4° bien podría resumirse en un solo caso o una sola fórmula que comprendiera todos los casos posibles: el obrar por motivo o finalidad abyecta o fútil. Incluso podría quedar aquí comprendido —de no existir numeral específico— el homicidio cometido para consumir u ocultar otro delito, pues nada más abyecto que el matar para consumir otro hecho punible, por lo que deducimos que el numeral 2° sobra en el texto de la legislación, en estricto sentido, y que los casos allí contemplados bien hubieran podido quedar comprendidos en el numeral 4°; aunque no puede desconocerse que la enumeración más precisa da mayor seguridad y limita el arbitrio judicial, y quizá esa sea, la única ventaja que origina la existencia de los numerales.

Teniendo carácter subjetivo la agravante, basta entonces la sola presencia del móvil o finalidad en la acción criminal para que opere la circunstancia, y en ello

¹⁴ ARTHUR SCHOPENHAUER, “La Moral”, en *El amor, las mujeres y la muerte*, Madrid, Ed. EDAF, 1970, pág. 131.

¹⁵ FRANCESCO ANTOLISEI, ob. cit., pág. 322; SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 8; GIUSEPPE BETTIOL, *Derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 446.

difiere del numeral 2°: en que en este caso se necesita que el hecho que se quiere cometer u ocultar sea “un hecho punible”; en cambio, en el numeral 4° basta el obrar por un motivo abyecto, sin que sea condición que la finalidad propuesta sea un hecho típico. No puede en este caso hablarse de concurso de delitos, pues lo que agrava la sanción aquí es la existencia de un especial motivo calificable de abyecto, sin que sea necesario que sea también típico. Y es suficiente con que el motivo exista en la mente del individuo, *no es condición* que haya *efectivamente promesa remuneratoria*; en consecuencia, es homicidio agravado el hecho de quien mata esperando que otro le compense, así no haya mediado la más mínima oferta de retribución por parte del tercero. Si la circunstancia se colma con el solo hecho de que el homicida actúe con ese móvil, menos puede ser, en consecuencia, requisito el que haya existido pago, dádiva o lucro, aunque la presencia de tales retribuciones, como es apenas natural, no puede hacer desaparecer la circunstancia. Obra con “ánimo de lucro” tanto el que mata porque recibió precio o promesa remuneratoria, como el que mata esperando que por tal acción se le remunere o se le ofrezca algún beneficio. El legislador ha tomado en cuenta, no la circunstancia de que el sujeto reciba beneficio o precio por su crimen, sino que ha sopesado la fuerza moral que impulsó al hecho, el resorte de la acción; pues solo el contenido intrínseco del hecho en su motivación nos puede dar el verdadero valor del comportamiento. Estas razones nos impiden estar de acuerdo con CARRARA, quien sostiene que, en este caso, debe existir un convenio positivo, no bastando que el precio sea vagamente conjeturado por el homicida¹⁶.

B) *El motivo debe ser abyecto*

A primera vista, parecería que el numeral 4° contiene dos partes o motivos de agravación: la primera, la existencia como móvil del precio, del ánimo de lucro; y la segunda, la concurrencia en el acto de un “motivo abyecto o fútil. Con este planteamiento bastaría el ánimo de lucro, el deseo de obtener recompensa, para que cualquier homicidio se agravara, sin que fuera necesario que pudiera calificarse de cometido por motivo abyecto, es decir, que el ánimo de lucro sería por sí solo abyecto. Mas, encontramos, después de un análisis detenido, que la razón fundamental para instituir el motivo de agravación, es la valoración de los *motivos abyectos y depravados*, de los cuales el ánimo de lucro, la promesa remuneratoria, el mandato, son simples enunciados. Y este fue el pensamiento de la Comisión redactora del anteproyecto oficial de Código de 1974: “Doctor SALGADO: En esta parte se ha seguido la redacción del Código Penal Tipo, por cuanto los motivos que en el numeral se han relacionado como precio, promesa remuneratoria, codicia, odio racial o religioso son motivos abyectos o fútiles; esa última parte se refiere a aquellos motivos que teniendo esas calidades no quedaron incluidos en la enumeración anterior; es una expresión generalizadora; si este numeral dijera el que actúe por motivo

¹⁶ CARRARA, *Programa*, § 1195; NÚÑEZ, ob. cit., t. III, pág. 49; SOLER, t. III, pág. 193.

abyecto o fútil, quedaría incluido lo del precio y promesa remuneratoria, etc., pero se ha hecho esta enumeración no taxativa sino sencillamente enunciativa, para decir que esos son especies de motivos abyectos o fútiles, pero que cualquiera otro motivo abyecto o fútil que haya movido la conducta del homicida también la agrava por cuanto lo que va a traer una mayor penalidad es la motivación¹⁷.

Lo anterior nos lleva a plantearnos varios interrogantes: ¿La agravante opera tanto para el que dio, prometió el precio, o solo para el que obró y mató por ese motivo? ¿Todo homicidio cometido con el deseo de una retribución o lucro es agravado? A ellos contestamos: quien ofreció la dádiva, dio la promesa o entregó el precio, bien puede obrar por motivos muy diferentes de los del que mata en vista del precio, por lo cual podemos decir que no ha matado —como autor intelectual— por precio, sino utilizando el precio como un mecanismo homicida, y por consiguiente la circunstancia a él aplicable sería, en principio, si es el caso, el colocar, mediante sicario, en indefensión a la víctima. Pero si enfocamos el problema desde la unidad que representa el fenómeno, tendremos que concluir que la circunstancia es aplicable tanto al que ofreció, o dio el precio como al que aceptó el precio para el homicidio, pues se trata de un solo fenómeno con dos protagonistas, uno que impulsa y crea el móvil, estimulándolo y por ende siendo su gestor, y otro que obra por ese móvil, siendo por ello el receptor. Si bien el que dio el precio no mata por ese móvil, sabe que el autor material lo hará impulsado por él, haciéndolo suyo de esta manera, pues quiere matar a la víctima por ese mecanismo¹⁸, aunque dentro del mínimo y del máximo del homicidio agravado, pueda diferir la sanción. Y, en cuanto al segundo aspecto, creemos que no todo homicidio cometido con ánimo de lucro es de por sí ya agravado; repárese en el caso de una persona que recibió una grave e injustificada afrenta por parte de otro, y que estando incapacitado para vengarse del injuriante en estado de ira, paga a un homicida; sabido es que la existencia de una ofensa grave e injustificada de parte de la víctima, le suministra al hecho una motivación especial, que atenúa la sanción —art. 60 del C. P.—, y este proceso motivacional no cambia cuando el ofendido pagó a un homicida para vengarse de quien lo agravó en materia grave, y tampoco podemos decir que el motivo es abyecto o fútil: Demos el caso del inválido que presenció la violación de su propia madre por parte de un malvado y paga para que se le mate; creemos que por el hecho de pagar a un sujeto —y cometer así el homicidio por mano ajena— no se pierde el proceso motivacional, que justifica la ira y atenúa el crimen. El hecho tendría que calificarse como un homicidio en estado de ira e intenso dolor y atenuar la sanción aplicando el art. 60 del C. P.

¹⁷ Anteproyecto, ed. cit., pág. 618. Acta 74.

¹⁸ Así mismo LEVENE, *El delito de homicidio*, ed. cit., pág. 194; NÚÑEZ, t. III, pág. 50; SOLER, t. III; RIVAROLA, t. II, núm. 452.

IV. QUÉ SE ENTIENDE POR MOTIVO ABYECTO O FÚTIL

Abyecto significa 'bajo', 'vil', que por su especial contenido de desvalor frente a normas de cultura sociales, suscita natural repugnancia entre las gentes, por cuanto lesiona no solo la sensibilidad y sentimientos personales, sino porque conmueve la conciencia pública. El término "motivo abyecto" utilizado por el Código Penal no solo comprende el fenómeno motivacional, sino algo aún más complejo, como lo es el campo de los *sentimientos y pasiones*, o sean las vivencias afectivas más estables y complejas en comparación con el móvil y con la emoción. Mientras que las emociones son vivencias afectivas primarias, circunstanciales, pasajeras, muchas impensadas, los sentimientos son reflexivos, acompañados de un mejor despliegue mental y volitivo, y por eso dicen más de la personalidad del hombre. Por ello un sentimiento lleva en sí una 'carga moral', pues son estados afectivos razonantes que envuelven sentido y valor. "Los motivos abyectos, según MANZINI, son aquellos que determinan horror, repugnancia o repulsión profunda en todas las personas de moralidad media, y el motivo fútil, no es un sinónimo de frivolidad sino la idea de un estímulo tan leve y desproporcionado que para gran parte de los delincuentes no habría sido suficiente para cometer el delito". PÉREZ CORDERO trae entre los ejemplos de motivos innobles, el de quien mata a otro para librarse de su declaración en un juicio, el de aquel que mata a otro porque le sorprendió un amor ilícito, o el de la mujer que se pone de acuerdo con su amante para matar a su esposo¹⁹.

Abyecto es lo contrario y opuesto radicalmente a noble y altruista, y por ello implica determinarse a obrar por razones que causan repudio general; resortes anímicos bajo cuyos impulsos solo pueden matar los seres más apartados de las normas de convivencia social, puesto que el ánimo que impele a ejecutar el homicidio, por su especial perversidad revela una personalidad depravada y egoísta, que no tiene el menor respeto por la vida de sus semejantes y que ha ejecutado su acto decidiéndose conscientemente por un motivo o causa que envilece al sujeto y lo muestra como capaz de cometer los más abominables hechos por las razones más mezquinas y bajas. Por tal razón, para que pueda hablarse de móvil, causa o motivo abyecto, el sujeto debe ser consciente y obrar voluntariamente, y no se puede afirmar la conducta abyecta en el inimputable o en el que obró bajo una alteración de su razón o juicio, que le impidió tener plena conciencia de su acción. Como ejemplos de motivo abyecto se dan el "homicidio por sed de sangre", el "homicidio por ánimo de lucro o precio", el "homicidio por venganza transversal", "por odio racial o religioso", "para satisfacer deseos eróticos o sexuales", el "homicidio para cometer otro crimen", etc.

El motivo *abyecto* —como lo han dicho ANTOLISEI y RANIERI— es aquel que expresa una particular depravación y bajeza de ánimo y que suscita repugnancia en toda persona de moralidad media, sin que sea necesario que el móvil sea abyecto y al mismo tiempo fútil, aunque lo puede ser; la particular inmoralidad del móvil, su perversidad y depravación, son incompatibles con la atenuante de la provocación

¹⁹ Anteproyecto de Código Penal, ed. cit., pág. 619, acta 74.

(C. P., art. 60), lo mismo que con el delito culposo y el trastorno mental transitorio²⁰.

El motivo *fútil*, en cambio, es aquel que reviste escasa importancia y por el cual no se decidiría a matar ni aun el más insensible delincuente. Se trata de una muerte causada sin mediar una razón de peso, por lo cual merece mayor sanción y reproche el que mata por razones triviales que el que mata por una razón poderosa que avasalló su voluntad, pues las gentes de bien pueden temer más y sentirse inseguras ante quien se decide al homicidio por las razones más triviales que frente a quien mató impulsado por una razón muy importante, frente a la cual la alarma social es menor. Motivo fútil no implica ausencia de móvil, sino cometer el crimen por una razón insignificante, de escasa importancia, desproporcionada frente a la magnitud de un homicidio, todo lo cual deja entrever en el sujeto una *facilidad* para consumar el hecho, situación que es la que alarma a la sociedad, pues no es común que tal tipo de motivación incline la voluntad hacia el delito. Estos casos revelan, por lo general, la existencia de una *personalidad perversa depravada*, carente de valores éticos, que puede obrar con brutal perversidad, casi siempre de tipo sicopático, que en siquiatria se denomina *personalidad sicopática* o locura moral; empero tales sujetos, a pesar de su déficit moral, de su 'idiocia moral', son impuntables²¹, por cuanto comprenden la criminalidad de sus actos y pueden dirigir su comportamiento, pues conocen sus defectos. "Lo que diferencia al sicópata no es un trastorno cualquiera de su intelecto, el cual, a veces, puede ser incluso muy elevado, sino las alteraciones patológicas de sus sentimientos y su conducta. Esto produce una desarmonía de toda la actividad del sicópata, quien, por conocer sus defectos, los sufre difícilmente. Se halla en conflicto constante con cuantos le rodean y a todos los predispone en contra suya"²². Entre las varias formas de sicopatía, están: la paranoica, la instintiva, la ciclotímica, la perversa —alterada—, la hiperemotiva, la esquizotímica, y la personalidad mitomaniaca, entre otras²³.

Los sicópatas se caracterizan en sus rasgos generales, por sus reacciones emotivas exageradas, escasez de mecanismos inhibitorios, tendencia a la irritabilidad, son fríos e insensibles, incapaces de hacer experiencia, crueles y despiadados, y obedecen a una fácil y exagerada expansión de la acción del estímulo. En su forma *paranoica*, son desconfiados, recelosos, egoístas, sexualmente fríos, con tendencia a los pleitos, rencorosos, de gran fuerza de voluntad, con deseos de distinción y mando, en los cuales cualquier objeción provoca explosiones afectivas. La forma *perversa*, se caracteriza por un predominio de los instintos con tendencia a la depravación, lo que no emana de influencias hereditarias, sino de la educación e influencia del medio,

puediendo la educación ahogar el predominio de las tendencias instintivas; quienes se hallan bajo su pernicioso influjo son embusteros, amorales, no conocen la compasión, indiferentes a los sentimientos del prójimo, duros y *cruelles*; carecen de sentimientos sociales superiores y por ello fácilmente pueden obrar por las razones más insignificantes y depravadas; no conocen los sentimientos de vergüenza, pues tienen acentuado déficit de bondad, por lo cual son malvados antisociales y se distinguen por su tendencia al daño y a los actos de crueldad. Según anota BETTA, esta forma perversa se encuentra casi siempre asociada a la oligofrenia, y en estos casos los individuos se hallan incapacitados para discernir entre el bien y el mal, de manera que se convierten en verdaderos inadaptados sociales, con actitudes de hostilidad, agresión a la sociedad, y con fuerte inclinación al latrocinio y a todas las formas de violencia²⁴.

En tales condiciones, serían casi siempre inimputables y, por ende, al no tener capacidad de discernir entre el bien y el mal, no surte efecto la agravante y en este caso, incluso, llegarían a la irresponsabilidad. Pero cuando se trata de una personalidad perversa, dotada de una capacidad intelectual normal, su inteligencia le permite una comprensión perfecta de las leyes sociales, de lo que son las buenas costumbres y la moral; sabe que sus actos son censurables y punibles, por lo que trata de ocultarlos; la ética, las buenas costumbres, el honor y cuanto pueda significar sentimientos nobles y elevados no hallan cabida en su alma, no existiendo ni compasión ni bondad en su corazón. En este estado, los sujetos son responsables de sus actos²⁵, salvo en la forma hiperemotiva explosiva, en que suelen ser considerados irresponsables.

Otros cuadros, como el de la personalidad *paranoica*, se caracterizan por el exagerado egoísmo, fruto de la sobrevaloración personal y de la susceptibilidad; a su vez, la personalidad *hiperemotiva* tiene como característica fundamental su gran *sensibilidad frente a los estímulos*, que le producen o la llevan a una reacción emocional intensa y brutal; las reacciones, por estas razones, son desproporcionadas en relación con la intensidad de la causa que desencadena la emoción, muy a menudo de una apreciación insignificante²⁶; en ella las emociones surgen con mayor facilidad, pues tienen menores frenos inhibitorios debido al déficit de bondad y sentimientos sociales, todo debido a una particular fragilidad constitucional que le impide reaccionar adecuadamente ante los estímulos determinantes de violentos estados emocionales, por un sistema nervioso muy excitable. El explosivo se enfurece siempre por el motivo más insignificante, o, incluso, comienza a golpear sin consideración alguna, en reacción calificada como "reacción en corto circuito"²⁷, lo que suele aumentarse después de la ingestión de alcohol, aun en pequeñas cantidades, siendo

²⁰ FRANCESCO ANTILOSEI, *Manual*, pág. 323; RANIERI, *Manual*, t. II, pág. 7; BETTIOL, ob. cit., pág. 450; UGO PIOLETTI, *Manuale di diritto penale*, Napoli, Ed. Jovene, 1969, pág. 209.

²¹, ²², ²³ ENRICO FERRI, *El homicida*, Madrid, Ed. Reus, 1930, pág. 114; véase a JUAN C. BETTA, *Manual de Psiquiatría*, Buenos Aires, Ed. Albatros, 1972, págs. 243 y ss.; I. F. SLUCHEVSKI, *Psiquiatría*, traducción del ruso por Florencio Villa Landa, México, Ed. Grijalbo, 1963, págs. 343 y ss.; BENIGNO DI TULLIO, *Principios de criminología clínica y siquiatria forense*, Madrid, Ed. Aguilar, 1966, págs. 184 y ss.; K. SCHNEIDER, *Las personalidades sicopáticas*, Madrid, Edic. Morata, S. A., 1971, págs. 29 y ss.

²⁴ BETTA, ob. cit., pág. 251.

²⁵ SLUCHEVSKI, ob. cit., pág. 352.

²⁶ BETTA, ob. cit., pág. 252.

²⁷ KURT SCHNEIDER, ob. cit., pág. 164.

por lo general responsables de sus actos, más no cuando exista asociado un defecto intelectual²⁸.

De este modo, el carácter de fútil de un móvil lo es para el núcleo social que valora el proceso y no para el sujeto que fácilmente se ve arrastrado a un crimen por un móvil de esa naturaleza. El móvil fútil no necesariamente se compagina con el impulso brutal o perverso, por lo cual lo fútil es lo general, y el impulso de especial perversidad lo particular: se puede matar por motivo fútil de escasa o ninguna importancia, sin que este sea un impulso de especial perversidad o brutalidad.

“Buscando un remedio contra el frío, hizo fusilar al joven oficial que propuso el asesinato del general Teófilo Vargas...”²⁹.

Pueden citarse como casos de motivo fútil: matar por no ser correspondido en el amor, para eliminar al competidor o rival, por celos profesionales, por ensayar el arma, porque no aceptó un trago que se le ofrecía, porque no colocó la música que pedía el homicida, porque ‘lo miró mal’, porque era ‘de tal partido político’, para sentir placer con el dolor ajeno, por envidia de la prosperidad del otro.

El motivo fútil, por ser un antecedente psicológico para la formación de la voluntad, desproporcionado con la gravedad del hecho frente a la causa que lo determinó, es incompatible con el estado de necesidad, con el caso fortuito y la fuerza mayor, con el estado de trastorno mental transitorio —pues el móvil fútil revela una voluntad normal y libre que se determinó en los propios impulsos del individuo— y con el estado de ira o intenso dolor ocasionado por ofensa grave e injusta.

En verdad, el motivo abyecto o fútil nos indica una personalidad que amenaza fácilmente los fundamentos de la convivencia social. El criterio de la peligrosidad desapareció como elemento del delito y fundamento de la culpabilidad, en el sentido de que el hombre era responsable por lo que ‘es’ y no por lo que hizo, como lo que quería FERRI³⁰, criterio este referido al autor y no a la peligrosidad del acto para la sociedad. FERRI distinguía perfectamente entre peligrosidad social —antes del delito y como posibilidad de ejecutar hechos punibles— y peligrosidad criminal —por el delito—. “Una cosa es considerar el *hecho peligroso*, y otra muy distinta considerar al *hombre peligroso*”³¹, fundando la pena en la peligrosidad del hombre manifestada al cometer el delito. Según FERRI, la capacidad para delinquir, el género de vida, los escándalos, amenazas, etc., solo evidencian una peligrosidad eventual; mientras que el haber cometido un delito supone una peligrosidad efectiva, siendo para él esta última la que posee una función jurídica. Pues bien, nuestro Código no contempla como criterio, ni para el delito ni para graduar la pena, la “peligrosidad efectiva o concreta, o peligrosidad criminal”, como la llamó FERRI; pensó sí, como criterio para *graduar* el monto de la sanción, en la *gravedad*

²⁸ SCHNEIDER, ob. cit., pág. 173.

²⁹ GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, *Cien años de soledad*, Bogotá, Ed. La Oveja Negra, 1979, pág. 143.

³⁰ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 268.

³¹ *Ibidem*, pág. 268.

del hecho para la vida en sociedad. Se trata de una valuación del acto y su proceso motivacional y no del autor mismo. La valuación del por qué el hombre se decidió a matar, ofrece uno de los aspectos más importantes sobre el contenido moral y social del hecho y del autor; así, mayor alarma social, inseguridad, desconfianza en el Estado de Derecho se vive cuando las gentes se enteran de que un sujeto mató a otro por los motivos más bajos y abominables, pues sí la víctima no había colocado por sí un precedente explicativo del hecho, todos pueden sentirse inseguros frente a un criminal que elimina la vida fácilmente por motivo fútil o abyecto.

Todo homicidio —a no ser el de un demente— tiene una causa o motivo, por insignificante que él sea, y, como dijo ROMAGNOSI, “Cuando alguno, para probar la eficacia de su escopeta, o solo por simple pasatiempo, da muerte al primero que pasa, se dice que cometió un homicidio sin causa. Interrogad vuestra conciencia íntima. ¿Qué os responde? Que aquí no echéis de ver motivo de venganza, de celos, de robo, de defensa, etc. Con todo eso, existió el motivo de probar la escopeta, o de tomarse un pasatiempo...”³², es decir, se cometió sin alguna de aquellas causas por las que suelen ocurrir los homicidios, como concluye el autor. Por ello el motivo fútil se confunde con el móvil desacostumbrado, el cual en la mayoría de las veces no hace actuar a los demás.

V. EL ARBITRIO JUDICIAL Y LA CONCIENCIA SOCIAL

Motivo abyecto o fútil, es solo un proceso motivacional —motivo o finalidad— especialmente valorado con criterios políticos y morales. Pero como la ley no ha definido lo que se entiende por motivo abyecto o fútil, le corresponde al juez entrar en cada caso a calificar el motivo que haya tenido el criminal para consumir el hecho. Cabe ahora el interrogante: ¿y cuáles son los criterios a los que debe el juez atender para establecer el carácter de abyecto del móvil? El Código, aunque no define lo que debe entenderse por móvil fútil o abyecto, ofrece unos ejemplos cuando califica el homicidio cometido por “ánimo de lucro”, sin que con ello se aclare mucho el problema. Como se trata de una circunstancia agravante, que tiene el poder de aumentar la pena en gran proporción, y ella debe estar probada plenamente para que pueda imputársele al criminal, es apenas obvio, que el juez debe guiarse por criterios objetivos y no por su simple criterio subjetivo. La abyección de un móvil debe establecerse en un proceso de contradicción entre dos extremos: por un lado el motivo noble, explicable, justo, humano, altruista; de otro y frente a esta clase de motivación, sus negaciones, o sea lo infame, injustificable, inhumano, bajo, mezquino y humillante. Desde luego que este procedimiento equivale a primera vista a aumentar el problema a dos interrogantes, pues implica el de saber previamente qué es lo noble, lo altruista. Pero contrariamente a lo que podría pensarse, este método ofrece mayor garantía para el juzgamiento, pues evita el solo criterio subjetivo del juez, al tener el juzgador que atender no solo a una calificación unilate-

³² GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Génesis del derecho penal*, trad. de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1956, pág. 507.

ral —calidad de innoble o fútil—, sino que, además, para tal valuación debe establecer un proceso comparativo de los valores sociales —y no personales— de lo noble, humano y racionalmente explicable.

En todo núcleo social existen objetivamente valores más o menos generalizados, que, emergidos de la vida histórica de un pueblo son tomados como lo conveniente, loable o racional, juicios de valor que evolucionan y cambian, como cambia la vida social. Así, por ejemplo, es noble la ayuda al inválido, loable la lucha por la libertad, como fue explicable en una época el batirse en duelo por causas de honor, o la muerte del cónyuge adúltero. Estas estructuras morales sustentan la psicología social, gobiernan los comportamientos y se manifiestan como *formas de conciencia social*, las cuales abarcan todas las formas de reflejo de la realidad social y espiritual de un pueblo. Así, son formas de conciencia social, las opiniones políticas y jurídicas, la religión y la moral, las concepciones filosóficas, los hábitos, las tradiciones peculiares de una nación o de un pueblo, fenómenos estos que existen independientemente de las apreciaciones del juez. Si el juez fuera a calificar un móvil exclusivamente con el rasero de sus propias valoraciones, caeríamos en la peligrosa situación de que un hecho que objetivamente es altruista o noble, para el juez sería innoble y contrario a todo espíritu humano.

Pero como el hombre no vive en condiciones materiales uniformes dentro de la sociedad, sino que vive, crece, se forma en condiciones materiales, sociales, culturales distintas, por ello, aun dentro de una misma sociedad, diferentes serán sus juicios de valor, sus creencias morales, políticas y espirituales y por ende sus juicios de valor que impulsarán más tarde su comportamiento. Cada individuo pertenece a una clase social, la cual, por estar enmarcada en un contexto material y cultural distinto, le determina una diferente concepción de los valores. Ello significa que *no puede haber un criterio único ni uniforme* sobre lo que es abyecto o fútil, sin que por ello aconsejemos caer en el subjetivismo. En ningún país existe una moral uniforme, ni una concepción política homogénea, y menos puede pensarse siquiera de la filosofía. Es evidente que existen en un grupo diversas clases sociales que viven, crecen, se estructuran en condiciones materiales de vida diferentes, y por ello distintos son sus intereses y aspiraciones, sin que sea imposible concebir que lo que para una clase social es inmoral, no lo sea para otra. Lo que es moral para un grupo religioso, es bajo, abyecto o inmoral para otro; si abominable y abyecto se muestra un designio para un grupo social que vive unas condiciones, un reto audaz y patriótico es para otros; con explicable razón arengaba Bolívar, en el Manifiesto de Cartagena de 1812, en sus palabras finales: “*Id veloces a vengar al muerto, a dar vida al moribundo, soltura al oprimido y libertad a todos*”³³.

Lo que para un campesino representa un algo valioso, no tiene por qué tener el mismo significado para un intelectual, pues es la cultura la que suministra un grado de valor determinado a un hecho, situación, reacción o motivo. Así, una palabra puede representar un móvil suficiente por su poder injurioso para las gentes de una región o clase, y no poseerlo para los individuos de otro grupo o región. El

juez, entonces, debe examinar, para justipreciar el significado del móvil, las circunstancias del hecho, las costumbres particulares del núcleo social al cual pertenece el individuo, así como también los valores más generalizados en la sociedad. De ello se deduce una verdad, que parecería contrastar con el texto del Código, pero que teniendo presente que la legislación penal no define el concepto de lo abyecto, no ofrece dificultades en ser aceptada: lo que califica al homicidio *no es el motivo*, en sí mismo, sino *las circunstancias* en que el móvil surgió. El móvil político de por sí no implica nobleza ni abyección, todo depende de las circunstancias morales, sociales en que tal motivo impulse un homicidio; la muerte por celos nada nos explica de la moralidad del autor del hecho, como tampoco la muerte por venganza, pues todo depende de las circunstancias que han determinado el designio de vengarse; la venganza, en abstracto, no es un motivo abyecto, pues incluso el justo motivo de venganza atenúa la sanción, según el art. 60 del C. P.; “Las ideas del bien y del mal han cambiado tanto de pueblo a pueblo y de generación a generación, que no pocas veces hasta se contradicen abiertamente”³⁴. Siendo las circunstancias en que el móvil surgió, las que le dan al móvil su verdadero valor, aquí el juez tiene un papel verdaderamente “creador”, por cuanto actualiza y da contenido a la norma en el tiempo y en el espacio, con las pautas de valor de la sociedad y de las normas morales y de cultura, todo en el escenario complejo de su propia conciencia.

En el núcleo social perviven diversos tipos de moral —aunque es cierto que también hay un conjunto de valores comunes a las diversas clases sociales, pero nunca existe una sola moral—; ello hace que, en el plano de las valoraciones, un mismo móvil pueda ser calificado como abyecto o social, o como abyecto para todas las clases sociales, cuando hay coincidencia de juicios.

VI. LOS CASOS COMPRENDIDOS EN ESTE NUMERAL

En razón de la causa, se consideran como más graves: el homicidio por precio o ánimo de lucro; el homicidio por venganza transversal, por motivo fútil o abyecto; la muerte por placer, por codicia, por odio racial, religioso o político; la muerte para excitar o satisfacer deseos eróticos sexuales; la muerte por motivos baladíes o fútiles, tales como: no haber sido saludado, no aceptar una invitación, no vitorear a su equipo, etc. En este párrafo debería quedar comprendido el homicidio *crimínis causa*, o sea el homicidio para consumir u ocultar, preparar o cometer otro delito, pero nuestra legislación ha establecido un numeral independiente para tal caso —num. 2° del art. 324 del C. P.—. En general, el homicidio se agrava por la causa cuando es de tal naturaleza que excita una mayor repugnancia social y moral porque el hecho produce una situación de alarma social, puesto que el ciudadano, ante un homicida que obra por móviles tan innobles, bajos o fútiles, se siente en peligro de ser víctima de un atentado. En seguida nos ocuparemos de las principales y más importantes situaciones.

³³ SIMÓN BOLÍVAR, en *Escritos políticos*, Bogotá, Ed. El Áncora, pág. 13.

³⁴ FEDERICO ENGELS, *Anti-Dühring*, Buenos Aires, Ed. Cartago, 1973, pág. 78.

VII. POR ÁNIMO DE LUCRO

En esta hipótesis, lo que mueve al hombre a matar es el deseo o aspiración de obtener con su hecho algún provecho o beneficio, generalmente patrimonial u otra ventaja, figura esta que se ha denominado clásicamente como "latrocinio"³⁵; para los efectos de la agravante en este caso basta que la acción homicida esté impulsada por el deseo de lucro o ventaja, sin que sea necesario que el homicida logre su objetivo. Aquí se ha tomado en cuenta para erigir la circunstancia el desvalor del móvil, es decir, el simple ánimo subjetivo en el autor, por lo cual, a diferencia de la hipótesis del homicidio por precio o promesa remuneratoria, no es necesaria la existencia de otro sujeto que ofrezca lucro o ventaja, siendo suficiente que el sujeto obre movido por tal designio.

Tampoco es condición que el lucro en sí buscado sea un hecho típico, un hurto o cualquier otro hecho punible, pues la ley ha tomado como un caso de motivo abyecto el que el hombre se decida a una acción tan grave como un homicidio movido por un fin tan egoísta y mezquino como el buscar lucro con la muerte de otro ser; quien así obra, demuestra una total carencia de respeto por las normas más elementales de la convivencia social y ataca por ello a la sociedad en sus cimientos morales, pues coloca el deseo de lucro por encima de la vida, es decir, la vida como medio para su ilícito provecho. El lucro pretendido puede ser en dinero o en especie, grande o pequeño, presente o futuro, y por recibir, o para evitar un desembolso, como cuando se mata para no pagar una deuda.

En nuestra legislación, el homicidio cometido para ejecutar un hurto, aunque por su naturaleza debería incluirse en este numeral, por cuanto se mata para obtener un provecho patrimonial, debe juzgarse al tenor del num. 2º del art. 324, que reglamenta especialmente el homicidio cometido para ejecutar otro delito.

Uno de los motivos más bajos e innobles que puede albergar un hombre para segar la vida de otro, es la *codicia*, o el deseo de *lucro*; aquella no radica solamente en el deseo de obtener dinero o bienes con el hecho, sino en el deseo de sacar provecho desmedido —por ello la codicia es una de las características del homicidio con ánimo de lucro, que en su forma general se define como "un apetito desordenado de riquezas"—; en cambio, el ánimo de lucro está determinado a una acción, y no es necesariamente una forma generalizada de actuar del individuo. Para la aplicación del numeral citado es suficiente la presencia del ánimo de lucro, sin que sea necesario que también se obre con codicia, pero, desde luego, la codicia es una forma aún más grave de abyección, pues al codicioso no le basta el deseo de lucro, sino que busca la ganancia desmedida, siendo, así, una inclinación de la personalidad del autor³⁶.

El ánimo de lucro es una motivación unilateral en el individuo, que impulsa su voluntad hacia el beneficio como meta, por lo cual no implica, como en el caso del mandato, la acción de otra persona; así, obra con ánimo de lucro quien mata

para no pagar una deuda, por apuesta³⁷, pero el ánimo de lucro debe ser apreciable en dinero, aunque lo que busque el sujeto no sea dinero en efectivo; por ello si el sujeto busca un provecho sexual, o cualquiera otro, debe considerarse como motivo abyecto o fútil. Otros ejemplos de ánimo de lucro los encontramos en el que mata para heredar; para eliminar un competidor; para obtener un cargo; obtener un legado o una posesión; hacerse a la tenencia de un bien; para cobrar el seguro del difunto; para desposarse con la viuda acaudalada; para economizar dinero en gastos en un ancianato o en un orfanato; deshacerse de una obligación alimentaria; etc.; en cambio, el homicidio que recibe el nombre clásico de "asesinato", resulta de la muerte causada por medio de un asesino asalariado o sicario, que recibe orden para matar y lo hace merced a un precio que recibe³⁸; se considera específicamente como una muerte "por precio o promesa remuneratoria", que rebasan el simple ánimo de lucro. Entre los crímenes cometidos por ánimo de lucro, horrorizan los de MARCEL PETIOT, cometidos entre 1942 y 1944, quien, haciéndose pasar por miembro de la resistencia francesa, durante la segunda guerra mundial, ofrecía ayuda a sus víctimas para que huyesen del país y facilitarles pasaporte, sugiriéndoles que llevasen sus más valiosas pertenencias; cuando los recibía, les inyectaba sustancias tóxicas con el pretexto de que los vacunaba contra enfermedades infecciosas, y así les daba muerte para despojarlos.

Es desde luego motivo abyecto el ánimo de despojar a la víctima, mas, si se inicia el hurto, estaremos en el caso de aplicar el num. 2º y no el 4º; por ello el término *latrocinio* utilizado por CARMIGNANI no es aplicable estrictamente al num. 4º en todos los casos, pues en nuestro Código, como se advirtió antes, lo que agrava el hecho punible es la presencia de un especial elemento anímico, no siendo condición el que se inicie la consecución del lucro, y menos que este se obtenga.

De todo lo anterior se establece que se trata de un homicidio que sirve de *medio* para obtener el lucro o provecho patrimonial, por lo cual la muerte debe ser voluntaria y encaminada a la obtención del lucro; siendo así, quien golpea sin ánimo homicida para robar, pero resulta ocasionando la muerte, no responde por homicidio agravado sino por homicidio preterintencional agravado, pues la muerte no fue prevista como medio para el lucro. El latrocinio existe cuando la muerte se ha preordenado hacia la obtención del lucro o hacia el hurto. Ahora bien, el lucro pretendido por el homicida puede ser para sí o para un tercero, como cuando se mata para favorecer económicamente a un pariente, pues la causa del homicidio sigue siendo igualmente despreciable.

En este caso nos encontramos nuevamente ante la figura del delito medio —homicidio— y de un fin —el lucro—; empero, cuando se mata para asegurar un lucro obtenido, ocultarlo, evitar su descubrimiento o asegurar su producto, la norma sigue siendo aplicable siempre y cuando no se trate de un homicidio cometido para ocultar, asegurar un hurto u otro delito contra la propiedad, por cuanto en tal

³⁵ CARMIGNANI, ob. cit., pág. 376; CARRARA, t. III, § 1186, pág. 232.

³⁶ NÚÑEZ, t. III, pág. 65; GÓMEZ MÉNDEZ, ob. cit., pág. 121.

³⁷ NÚÑEZ, t. III, pág. 65; LEVENE, pág. 200.

³⁸ FEUERBACH denomina "assassinium" al homicidio cometido por recompensa económica o precio, en su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Gültigen peinlichen Rechts*, Ed. Giessen, 1840, pág. 325.

hipótesis debe aplicarse de preferencia el numeral 2°. CARRARA sostiene que si el ladrón dio muerte para asegurar el fruto del robo, es reo de latrocinio; si dio muerte por haber sido amenazado, o por temor acerca de su propia persona, es reo de robo con homicidio³⁹; así como que no hay homicidio agravado si el sujeto resuelve hurtar solo después de haber matado a la víctima; pero si el sujeto hurta a la víctima que mató, estaremos ante un concurso de delitos: el homicidio agravado y el hurto, no siendo aceptable, como se dejó expuesto al estudiar el num. 2°, la tesis del delito complejo, así como cuando el hurto queda simplemente en grado de tentativa, pues el latrocinio, como lo dice CARRARA, agrava el delito por el fin. Por lo tanto basta el solo fin de lucro, aun cuando no se haya ni tentado el hurto, siendo elemento fundamental del juicio de mayor reprochabilidad la “insuficiente relación entre motivo y acto” que hace temer más a las gentes por su propia seguridad.

Creemos que el problema surge, en todo el contenido de esta causa de agravación, cuando se considera ciertamente que, en la comisión de un homicidio, interviene un solo móvil, sino que en la decisión de un hecho, como lo anota BLEGER⁴⁰ y lo corrobora HANS VON HENTIG⁴¹, participan en interacción recíproca varios móviles como series complementarias que no actúan independientemente —factores hereditarios y congénitos, experiencias infantiles y factores desencadenantes o actuales—⁴², sino unos sobre otros: “No raras veces los motivos se desarrollan unos tras otros, en cadena, y un motivo todavía comprensible puede, como una bola de billar, rebotar sobre un móvil secundario bajo y despreciable, comunicándole su fuerza motriz. Todos los seres humanos se temen entre sí, y una mujer puede angustiarse ante un marido colérico y brutal, que la maltrata incluso durante el embarazo y propina al hijo tal puntapié que le produce una hernia. La mujer de la que hablamos había retirado, a espaldas de su marido, en un gran apuro, 50 marcos de la caja de ahorro. El bruto de su marido le exigió categóricamente que repusiera la cantidad, dándole un plazo hasta el 27 de mayo. Por miedo a nuevos maltratos, la mujer asesinó el 28 de mayo a una niña pequeña que había cobrado las cantidades semanales. El último motivo es el lucro: apenas puede llamarse ‘codicia’ en el sentido del § 211 del StGB. Pero antes de él existen otras series motivadoras menos bajas”⁴³.

Conocimos el caso de un joven que, abandonado por su familia, repudiado por sus allegados, se encontraba en situación de desespero; acosado por la penuria resolvió dar muerte a un anciano de una vereda que tenía fama de tacaño y adinerado, y así procurarse algún dinero. Se establece en este caso un doble proceso motivacional concatenado: uno, la situación de angustia y desespero que trae temor, y el móvil del lucro, pero el segundo empujado por el primero.

Es así como el juez en su apreciación debe tener en cuenta no solo el último factor sino todo el proceso desencadenante, para establecer en un análisis general

³⁹ CARRARA, *Programa*, § 1189.

⁴⁰ BLEGER, pág. 154.

⁴¹ HANS VON HENTIG, *El asesinato*, vol. II, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1980, pág. 64.

⁴² BLEGER, pág. 155.

⁴³ HENTIG, pág. 64.

si frente a las circunstancias el motivo o móvil final puede considerarse especialmente reprochable, y por ende abyecto o bajo. Es también importante reparar que muchos crímenes que aparecen en principio cometidos por lucro, no lo son en realidad, sino que, como artificio para despistar a los investigadores, el homicida, que ha matado a su víctima por móviles bien diferentes, simula el robo para señalar “otro autor”; nótese, en la vida real, la afinidad extraña de que da cuenta VON HENTIG en la obra citada, entre el homicidio sádico y el hurto de prendas o bienes de la víctima, despojos con los cuales el sádico homicida busca no realmente un lucro sino el equivalente, el recuerdo o la representación de su satisfacción sexual; a este efecto basta recordar a criminales tristemente famosos como Kürten, Henri D. Landré, Haarmann, Petiot, Franz Schneider y otros.

Caso aparte es el llamado *delincuente social*, que encarna un sentimiento de protesta y agitación social, una de cuyas manifestaciones en circunstancias extremas es el hurto violento, incluso con homicidio, con el fin de tomar alimentos, drogas, dinero u otros bienes, mas no con el ánimo de buscar personal lucro, sino con fines políticos y sociales, tratando de mitigar un poco el desamparo y las necesidades de importantes núcleos de población; este tipo de hechos están impulsados por móviles políticos, de ayuda y conmiseración por la suerte de determinados estratos sociales, por lo cual es un hecho radicalmente diferente del homicidio por lucro personal que denota egoísmo, perversión, mezquindad. Esas razones impiden tratar estos hechos como un homicidio agravado, pues no existe motivo abyecto, ni ánimo de lucro personal, sino ánimo de ayuda y justicia social. Desde las leyendas de Robin Hood en Inglaterra, hasta los grupos alzados en armas que pretenden cambios políticos y sociales, se repiten a diario estos hechos, que son tomados por la conciencia social con cierta simpatía, sobre todo en las clases sociales menos favorecidas, cuando sus autores obran sin actos de ferocidad o barbarie, debiendo recibir entonces el tratamiento de un verdadero delito político⁴⁴.

VIII. EL HOMICIDIO POR PRECIO O PROMESA REMUNERATORIA

“Los asesinos, é los otros omes desesperados, que matan los omes por algo que les den, deben morir por ende”. La Ley de Partidas⁴⁵.

Uno de los motivos considerados como más despreciables y contrarios a los valores sociales y morales, es el decidirse a matar con la esperanza de obtener con la muerte una recompensa o precio ofrecido por otro; quien así obra revela una facilidad pasmosa para el crimen, que crea incertidumbre e inseguridad entre los ciudadanos, pues no bastaría el hecho de saberse sin enemigos personales, ni el de guardarse de los enemigos conocidos para escapar al peligro, ya que mediante

⁴⁴ En Colombia han sido frecuentes este tipo de hechos, tales como hurto de alimentos, vestidos, dinero a fin de distribuirlo entre gentes de bajos recursos, con fines políticos.

⁴⁵ Ley 3ª, título 27, partida 7ª.

la utilización de *asesinos mercenarios* las posibilidades de defensa del ciudadano disminuyen notablemente ante el desconocimiento del homicida o de sus intenciones.

Nuestro Código Penal no contempla en forma expresa como agravante el *homicidio por mandato* o por orden y cuenta ajena, sino el homicidio por *precio* o *promesa remuneratoria*, una de cuyas modalidades es el mandato remunerado. No todo mandato significa un precio o promesa de remuneración, pues se puede matar por afecto al mandante, por solidaridad; pero el mandato, cuando para cuyo cumplimiento media precio o promesa de retribución, queda comprendido en este numeral, no así en los casos generales de homicidio por mandato, pues en dichos eventos se precisa analizar los motivos que determinaron el cumplimiento de la orden.

Tradicionalmente se ha denominado "asesinato" al homicidio cometido por mandato o por recompensa⁴⁶, es decir, el homicidio querido por una persona que lo hace ejecutar materialmente de otro que obra con dolo, de tal suerte que ambos obran con conocimiento y voluntad de ejecutar el crimen; al uno lo mueve un interés individual, al otro —el instrumento— el haber recibido precio o promesa de retribución. Solo en una sociedad que ha hecho del dinero el valor sumo de la vida, y en la cual las condiciones sociales propician la avidez de lucro, puede producirse el hombre que mata por la vil retribución; un hombre de tal nivel moral denota solo una sociedad desintegrada y sin valores, una sociedad en la cual realmente el hombre no ocupa el sitio de preminencia que le corresponde en la escala de objetivos, y en la que representa un valor apreciable en producción material. El asesino profesional emerge como un producto fermentado en el fango de la descomposición social, frío, sin sentimientos humanos.

Esta modalidad requiere en su especie del "precio", que exista otra persona que haya dado el precio para que otro consumé la muerte, de suerte tal que la causa que impulsa al sujeto a matar es el pago; y cuando se habla de precio, se entiende una retribución de tipo patrimonial, no necesariamente en dinero, pero siempre y cuando lo ofrecido puede apreciarse en dinero⁴⁷, pues de lo contrario se trataría de otra clase de motivación, sea la vil o abyecta; si existe orden de matar, pero no precio, no existe agravante; pero puede considerarse homicidio agravado si hay esperanza de lucro, aunque no haya orden de matar. No es necesario que el precio sea al final efectivo, siendo suficiente que haya promesa remuneratoria.

Se requiere la existencia de un mandante y de un mandatario o cumplidor de la orden, debiendo obrar en coautoría y con pleno dolo recíproco; tal mecanismo o modo de matar supone que alguien induce, instiga y determina a otro a matar a la víctima, estando esta más indefensa ante el sicario, del cual nada podía temer. Al motivo propio del mandante, se suma el motivo del ejecutor del mandato, cual es la retribución del precio; pero el mandante es el que "crea" o determina en

⁴⁶ CARMIGNANI, 379; CARRARA, *Programa*, § 1192; MANZINI, *Tratado*, t. VIII, pág. 6; RODOLFO RIVAROLA, *Exposición y crítica del Código Penal*, t. II, Buenos Aires, Ed. Lajuane, 1890, pág. 38.

⁴⁷ SOLER, t. III, pág. 35; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II, pág. 500; GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Derecho penal mexicano*, pág. 79; CÓRDOBA RODA, t. I; CARRARA, *Programa*, § 1195; LEVENE, pág. 166; BARRIENTOS RESTREPO, ob. cit., pág. 96; PACHECO OSORIO, t. III, pág. 318; GUTIERREZ ANZOLA, ob. cit., pág. 92.

el otro la voluntad homicida mediante el precio, siendo por consiguiente el verdadero impulsor del crimen por precio, razón por la cual la agravante se refiere tanto al que da el precio como al que lo recibe para matar⁴⁸. A pesar de ello, se ha pensado que el ejecutor debe ser sancionado más gravemente, por cuanto quiere el delito y lo ejecuta, en tanto que el mandante apenas lo quiere; pero, realmente, el mandante, con su oferta o el precio, ha sido causa de la determinación de la voluntad homicida en otro. Igual grado de cobardía demuestra, pues, quien corrompe a otro mediante el precio para matar a un ser humano, que quien sucumbe a la oferta o al precio y por tan despreciables impulsos, sin tener motivos personales, causa la muerte de otro; el art. 25 del C. P., no deja lugar a dudas sobre la comunicabilidad de la agravante conocida por ambos.

No todo homicidio por mandato puede ser juzgado con el rigor del numeral 4° del art. 324 del C. P., pues no todo mandato implica un precio o promesa remuneratoria; tal es el caso de la orden de superior jerárquico militar, la orden cumplida por temor reverencial. Pero aunque no exista precio o promesa remuneratoria, todo homicidio cometido por orden, cuando media motivo abyecto o fútil para cumplir la orden, es enjuiciable según la circunstancia de agravación, cuando no puede considerarse que el homicidio por mandato sitúa en condiciones de indefensión a la víctima.

Para varios autores, entre ellos CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, la agravante del precio debe circunscribirse solo al autor directo del delito, pues solo quien recibe la remuneración obra "por precio o promesa remuneratoria"; en cambio, quien lo da, comete el homicidio "por medio de", lo cual no sería equivalente de "obrar por". "En segundo lugar, el número 2 del artículo 10 prevé la agravación para quien *comete* el delito mediante precio; y de las dos personas intervinientes, solo comete el delito el autor material o directo"⁴⁹, locución que no es asimilable a *inducir* por precio, según CÓRDOBA RODA; a esto se agrega la consideración de que siendo la oferta de precio o promesa remuneratoria el medio utilizado para instigar a otro, esta es la instigación que se le cobra al autor, por lo cual no podría cobrarse tal conducta como homicidio y también como agravante; no se vería razón para castigar más a quien se sirve del dinero para instigar a una persona al homicidio, del que se vale de su autoridad para dar la orden sin pagar. Pero, en nuestro criterio, aunque sea cierto que no reviste mayor gravedad, determinar por precio o consejo a otro, al instigador se le agrava también

⁴⁸ CUELLO CALÓN, t. II, *Parte especial*, pág. 500; BERNAL PINZÓN, pág. 212; ALIMENA, pág. 183; PACHECO OSORIO, t. III, pág. 319; SOLER, t. III, pág. 35; NÚÑEZ, t. III, pág. 50; LEVENE, pág. 194; RIVAROLA, t. III, pág. 39; GONZÁLEZ DE LA VEGA, pág. 79; JIMÉNEZ HUERTA, pág. 118; *En contra*: IRURETA GOYENA, quien sigue a CARMIGNANI y BECCARIA, considera que se aplica solo al sicario (ob. cit., pág. 229); GUTIERREZ ANZOLA, págs. 92 y ss.; BARRIENTOS RESTREPO, pág. 96; PÉREZ, t. V, pág. 322; también conceptúan que la circunstancia de agravación se aplica tanto al que ofrece como al que recibe el precio: GÓMEZ MÉNDEZ, pág. 119; RAMÓN ACEVEDO BLANCO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 113; FEDERICO PUIG PEÑA, *Derecho penal*, parte especial, t. III, Barcelona, Edit. Nauta, S. A., 1959, pág. 405.

⁴⁹ JUAN CÓRDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, Ed. Ariel, 1972, pág. 562.

la pena, por ser la causa psicológica de la determinación del homicidio agravado que se comete; el instigador lo es al hecho realizado y de las condiciones subjetivas u objetivas que él conocía. Él instigó al autor material a matar por precio, y por ello instigó a un hecho más grave; si se censura con mayor rigor al que obra motivado por el precio, no puede olvidarse que esa venal pasión y codicia solo surgió merced a la oferta o conducta de otro que está dispuesto a darlo y que así mueve la voluntad del otro. Se trata de dos extremos de un mismo y único fenómeno. Como estamos frente a un caso de coautoría, en el homicidio por precio y mandato deben darse todos los requisitos para que pueda hablarse de una coautoría dolosa, así:

a. *Un dolo conjunto.*—El mandante debe obrar con la finalidad de determinar la voluntad, crear el dolo en otro para la consumación del homicidio, y en este sentido debió crear el dolo en el mandante; se requiere por ello —en esta modalidad— un acuerdo de voluntades, un verdadero convenio⁵⁰, no bastando la simple esperanza de retribución, caso que en nuestro Código sí puede enmarcarse en el homicidio con ánimo de lucro —estudiado antes—, que no requiere acuerdo de voluntades. Debe obrar una decisión común al hecho, por lo cual cada uno responde según la amplitud de su dolo, a no ser que obre con dolo eventual.

Si no hay voluntad recíproca, sino que el hecho es impuesto por violencia, error o engaño, no puede hablarse de mandato, sino de autoría mediata, caso en el cual el único autor es el determinador. En el mandato se requiere en ambos conocimientos de que se ejecutará el delito y voluntad de consumación. El dolo del instigador apunta a ejecutar el homicidio por medio de otro.

b. *El hecho —homicidio— debe quedar al menos en grado de tentativa.* No existe instigación tentada, pero sí instigación en un hecho que resta tentado; el simple convenio para un delito no es punible —el concierto para delinquir del art. 186, requiere el propósito de consumir varios delitos—; debieron comenzarse los actos de ejecución⁵¹ para que pueda hablarse de un delito concreto, y al menos quedar como un delito tentado.

La promesa remuneratoria implica la oferta de un lucro para cometer el hecho, así esa remuneración sea en dinero o en especie, directa o indirecta, grande o pequeña, cumplida o incumplida, pero que importe algún beneficio para el homicida; se requiere, por lo mismo, que otro haya ofrecido la remuneración y que, con fundamento en ese deseo de lucro, el individuo obre; si la retribución no es apreciable en un beneficio patrimonial, nos encontramos ante un móvil abyecto, como sucede en la retribución sexual. Empero, no por ello desaparece la circunstancia, pues la esencia de la situación radica en el móvil que decide al hecho y no en la realidad del precio y, cometido el homicidio, el que prometió el precio es responsable como *instigador* del homicidio y como autor material el otro; todo homicidio por “precio o promesa remuneratoria” supone dos autores: uno el instigador y otro el instigado,

lo que no ocurre en caso de que el autor obre con ánimo de lucro, pudiendo ser el mismo sujeto que individualmente considerado planea el homicidio exclusivamente por el afán de lucro o codicia⁵², finalidad que puede ser unilateral.

El precio significa el valor monetario de algo, promesa remuneratoria, una satisfacción o dádiva por el hecho que se ejecuta, siendo así la promesa remuneratoria una manifestación volitiva de satisfacer en el futuro una retribución⁵³; como el motivo de agravación radica en el especial desvalor del acto y de los resortes de la acción, no es aplicable la solución de homicidio agravado cuando el precio se da después de cometido el hecho y sin que se hubiese ofrecido antes; así, por ejemplo, si alguien felicita y gratifica a quien mató a otro, debido a que esa muerte le beneficia, la agravación no es aplicable al que recibe la dádiva, por cuanto aquí la remuneración no tuvo fuerza causal motivadora del hecho.

Todo homicidio por precio o promesa remuneratoria, se enmarca en una instigación, pues supone dolo conjunto, pero no toda forma de instigación al homicidio es por este solo hecho un homicidio agravado; así no lo es un homicidio que se instigó por motivos políticos, ni el cometido en estado de ira o intenso dolor. Siendo la instigación una forma de participación en el delito, el instigador responde por el delito ejecutado —en grado de consumación o tentativa—, y como ya se ha dicho anteriormente, el instigador que dio el precio o hizo la promesa remuneratoria, responde, igualmente, por homicidio agravado, ya que fue él quien movió la voluntad de otro a un hecho más grave con pleno conocimiento y voluntad y por ello debe ser castigado de la misma forma.

Castigar más levemente al que dio el precio sería tanto como estimular esta modalidad de delito, pues quien paga un precio al sicario no corre ningún riesgo e incluso rara vez es descubierto; en cambio, quien mata con su propia mano, corre el riesgo de ser descubierto; por tal razón penar menos al que paga el precio equivale a estimular esta forma vil de matar. Por ello, no consideramos acertado el pensamiento de BECCARIA cuando sostiene que la diversidad de las penas dificulta el concierto y que por consiguiente hay que castigar con pena agravada solo al sicario; tan mezquinamente obra quien hace cometer a otro un crimen por precio, como quien recibe el precio y ejecuta el crimen, y tan temible se muestra el que mata sobreseguro sirviéndose de un sicario al cual corrompe, y aparentando ante la sociedad ser un ciudadano honesto, como temible es quien mata por precio.

Una vez pagado el precio o hecha la promesa remuneratoria, y si el delito se comete, ambos responden por homicidio consumado y agravado; pero si el sicario no logró consumir el hecho, pero dio principio a la ejecución mediante actos idóneos —C. P., art. 22—, serán punibles de tentativa de homicidio con agravante. Si dado el precio o formulada la promesa el mandante *desiste*, para que su desistimiento tenga efecto, debe ser oportuno y eficaz; para el desistimiento no basta la idea o designio unilateral de no cometer ya el hecho, el mandante debe realizar una

⁵⁰ CARMIGNANI, pág. 381; CARRARA, § 1195; SOLER, t. III, pág. 36; IRURETA, *El delito de homicidio*, pág. 225; BERNAL PINZÓN, pág. 206; EUSEBIO GÓMEZ, t. II, pág. 60.

⁵¹ LEVENE, pág. 196; IRURETA, pág. 226.

⁵² *Anteproyecto*, pág. 614, acta 74.

⁵³ JUAN CÓRDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, Ed. Ariel, 1972, pág. 557.

conducta eficaz, que evite los efectos del mandato inicial. Por ello no basta la simple comunicación de desistir que contrarreste la orden de matar, aunque sí una contra-orden en forma oportuna al sicario, pues si este continúa por su propia voluntad, suya es la responsabilidad. Si el desistimiento no es comunicado oportuna y eficazmente al sicario, la responsabilidad subsiste⁵⁴ por homicidio agravado. Si el desistimiento es decidido antes de que se haya iniciado la ejecución del hecho, no hay delito alguno; pero si ya se ha golpeado a la víctima y en ese instante se desiste, se responde de lesiones personales agravadas, pues el desistimiento ha sido oportuno respecto de la muerte. Si el mandante ordena matar, pero el sicario decide solo lesionar, el mandante y el sicario son punibles por lesiones; pero si quien desiste unilateralmente es el sicario y no el mandante, sin haber dado principio a la ejecución del hecho, no existe delito alguno.

Si el mandante ordena lesionar y el sicario decide matar a la víctima, el mandante responderá de homicidio preterintencional cuando la muerte era un resultado previsible para el mandante, habida cuenta de la forma en que se debía lesionar a la víctima o si conocía la especial peligrosidad del sicario; si la muerte fue un hecho no previsible y no previsto, el mandante solo responde de lesiones personales; en cambio el sicario lo será de homicidio⁵⁵, a menos que se pruebe dolo eventual en el mandante. Así mismo, si el pacto criminal se celebró para infligir a la víctima solo lesiones personales y el mandatario actuó con dolo de inferirlas, pero se ocasionó la muerte previsible de la víctima, ambos son punibles como responsables de asesinato preterintencional⁵⁶, solución recogida claramente en el art. 325 del C. P.

En caso de error en el golpe o en la identidad de la víctima por parte del sicario, a consecuencia del cual resulta muerto un tercero distinto de la persona a la que se pretendía matar, habrá, según dejamos dicho en uno de los capítulos iniciales, un concurso de delitos si se trata de error en el golpe y si la vida de la persona contra la cual se dirigía la acción corrió peligro; en cambio, en el caso de error en la identidad de la persona, solo será enjuiciable por un solo delito, pero el error no desvirtúa el motivo de agravación⁵⁷.

Para condenar al sicario por homicidio agravado no es estrictamente necesario que también se condene al instigador, pues este bien pudo ser una persona que no se pudo identificar, o que había fallecido poco después, con tal que aparezca nítidamente prueba que indique que el homicida mató por precio o promesa remuneratoria, como serían documentos, cartas, grabaciones que contengan la oferta; pero desvirtuada la oferta o el precio, no puede condenarse al autor por homicidio agravado por precio, a menos que se demuestre que obró unilateralmente con ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil. Bien es cierto que no podemos condenar por homicidio al mandante cuando no se ha establecido la responsabilidad del man-

⁵⁴ IRURETA, ob. cit., pág. 231; LEVENE, pág. 195; BERNAL PINZÓN, pág. 207.

⁵⁵ IRURETA, ibídem, pág. 233; BERNAL PINZÓN, pág. 208.

⁵⁶ PACHECO OSORIO, t. III, pág. 321.

⁵⁷ JIMÉNEZ HUERTA, pág. 119; LEVENE, pág. 197; NÚÑEZ, pág. 51; ALIMENA, pág. 186; PACHECO OSORIO, t. III, pág. 322.

datario, pues es necesario establecer que un sujeto dio muerte a otro por mandato, es decir, que “este dio muerte en ejecución del mandato recibido; y esto será siempre imposible de afirmar cuando no se conoce quien fue el homicida...⁵⁸.”

Agregaremos que no es necesario que el mandante haya sido quien abortó la idea de pagar al sicario, pues bien puede suceder que sea el sicario quien diga a otro: si me das tal suma de dinero mato a tu enemigo; como también hay homicidio agravado cuando la idea surge del mandante, pero el precio debe ser dado o prometido al autor del hecho, no al cómplice. Si el instigador paga al cómplice para que colabore, tal situación no es asimilable por analogía al caso contemplado en el Código de determinar la voluntad del homicida mediante precio; quien da el dinero al instigador, suma con la cual este instiga al sicario, solo es cómplice de homicidio agravado, lo mismo quien presta el dinero con conocimiento de los propósitos del instigador⁵⁹; si entre varios coautores uno solo recibe precio o promesa de remuneración, o uno solo obra con ánimo de lucro, solo a este es aplicable el motivo de agravación. Para efectos de la comunicabilidad de circunstancias, se trata de una circunstancia subjetiva y personal por cuanto se refiere a los resortes psicológicos de la acción, siéndole aplicables para el caso de coparticipación las soluciones del art. 25 del C. P.

El homicidio por precio es generalmente un medio alevoso⁶⁰, mas en nuestro Código se requiere que por tal medio se coloque a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, siendo aplicable el numeral 7° del art. 324, situación que es frecuente por cuanto el sujeto pasivo se encuentra desprevenido respecto de una persona que no conoce y de la que no espera agresiones, sin que sea necesario que el autor material mate alevosamente, pero es claro que la aplicación del homicidio por precio o mandato excluye la aplicación simultánea y por la misma razón del homicidio en estado de indefensión, pues de otra forma la misma situación se estaría cargando doblemente, una como circunstancia del numeral 4° y otra respecto del numeral 7°.

El comportamiento tanto del mandante como del mandatario merecen especial repudio de la sociedad, que los hace responsables de homicidio agravado, siendo el crimen surgido de un mismo proceso motivacional, en el cual el mandante actúa como fuerza desencadenante y el sicario como fuerza ejecutora; el uno incita y el otro ejecuta, y quien instiga a otro para que mate por precio, instiga a un homicidio agravado; por tal razón no puede escindir-se la responsabilidad del uno respecto de la del otro, sino que ambos responden del mismo delito agravado, pues su grado de culpabilidad se aumenta, aunque igual responsabilidad por homicidio agravado no implica igual y exacta cantidad de pena. Entre los límites del homicidio agravado —16 a 30 años— la dosificación de la pena puede variar atendiendo a las personales circunstancias genéricas de los arts. 60 a 67 del C. P., teniendo en cuenta que la aplicación del numeral 4° del art. 324 desplaza y excluye la aplicación de los

⁵⁸ CARRARA, *Programa*, § 1197, nota 3; NÚÑEZ, t. III, pág. 50.

⁵⁹ CÓRDOBA RODA, pág. 563.

⁶⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de derecho penal*, t. I, Madrid, 1958, pág. 334.

numerales 1º, 3º y 7º, del art. 66 del C. P., pues tienen el mismo contenido objetivo y subjetivo por tanto son incompatibles respecto de un mismo homicidio.

IX. EL HOMICIDIO POR PRECIO O PROMESA Y EL ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR

Como puede darse el caso de que una persona ofendida injustamente, ya por imposibilidad física o por temor contrate los servicios de un *mercenario* para que mate a su ofensor, se plantea el interrogante de si son aplicables a la vez la atenuante de la ira e intenso dolor y el motivo de agravación del numeral 4º del precio o promesa remuneratoria, o si son excluyentes; en caso afirmativo, si el art. 60 excluye la aplicación del numeral 4º del art. 324, o al contrario.

Sobre el tema, CARRARA había expresado que “no es imposible concebir que la orden de dar muerte sea proferida en un ímpetu de cólera y ejecutada instantáneamente, sin premeditación de ninguna parte. Supongamos que en una discusión, alguien es insultado por un hombre superior a él en fuerzas, y volviéndose a uno de los espectadores le dice: «Te doy cien pesos si lo matas», y este inmediatamente saca el puñal y le da muerte”⁶¹, prácticamente aceptando la compatibilidad y conjunta aplicación de la agravante del precio y de la atenuante de la ofensa grave e injusta que desata la ira, es decir que existiría lo que ha dado en llamarse el “asesinato atenuado” esto es, un homicidio que es a la vez agravado y atenuado.

Como la circunstancia atenuante del art. 60 del C. P. —obrar en estado de ira por comportamiento grave e injusto— requiere una especial motivación en el sujeto, al decidirse al hecho punible en estado de exaltación emocional despertado por la ofensa grave e injustificada de que fue víctima, y al exigir el art. 60 como fundamento plausible para atenuar la pena la existencia de un justo motivo para la ira o el dolor, por cuanto debe existir un comportamiento grave e *injustificado*, quien reacciona contra el ofensor lo hace en ‘justo estado de ira’, y por ende tal situación subjetiva-jurídica es incompatible y excluye al motivo innoble y fútil; siendo el precio o la promesa remuneratoria un caso más de motivo abyecto o fútil, cuando el mandante da el precio motivado por una ofensa grave o injustificada, la gravedad del motivo que se le dio y lo injustificado del comportamiento de la víctima hacen que la circunstancia de atenuación del art. 60 desplace y excluya la aplicación de la agravante del precio. Si el agraviado mata con su propia mano, por haber sido grave e injustamente ofendido, habrá cometido homicidio atenuado; pero si mata por mano de otro al cual instiga con precio, no por ello desaparece la especial motivación que tuvo para matar, ni tampoco desaparece la injusticia de la provocación ni el estado de ira que determina una disminución de la imputabilidad⁶².

⁶¹ CARRARA, *Programa*, § 1194, seguido por IRURETA GOYENA, ob. cit., pág. 227; MONTENEGRO, t. I, pág. 132; PACHECO OSORIO, t. III, pág. 322; sostuvimos lo mismo en *El delito emocional*, pág. 291; hoy rectificamos esa afirmación.

⁶² En este sentido CÓRDOBA RODA, ob. cit., t. I, pág. 564; GUTIÉRREZ ANZOLA, pág. 98.

Quien obra en estado de ira por ofensa grave e injusta, está determinado con y por motivo razonable, ante el cual la voluntad del hombre normal puede sucumbir, y al dar el precio lo está haciendo no por maldad moral, insensibilidad o bajeza de espíritu, sino impulsado por la fuerza avasalladora de la emoción que fulmina la razón; la ofensa inferida por la víctima viene a ser causa racional de la determinación al delito y causa fundamental de la determinación del medio.

No es igual, en cambio, la situación del sicario, pues este se ha determinado por precio o ánimo de lucro, no en estado de ira, ni ha recibido ofensa grave que impulse una emoción cegadora que sojuzgue su voluntad, él obra serenamente, movido por la codicia y por lo tanto con un dolo más intenso, a diferencia del instigador que en este caso se determina a la instigación con un dolo disminuido en su intensidad; por tal razón, el sicario se hace responsable de homicidio agravado. “Mal podría en estos casos invocarse la atenuante de la ira que no se sintió, pues quien recibe promesa para ‘gotear sangre’ no revela sino un alto grado de degradación moral que lo hace temible para la sociedad”: El sicario se ha determinado por lucro, codicia y la promesa remuneratoria; el instigador se determinó a instigar en estado de ira, y si tal situación anímica especial sirve para atenuar el delito y hacerlo menos grave en especial consideración a la *causa* del hecho, no puede luego agravarse además el delito en consideración a la *causa*; el homicidio en estado de ira es un delito intrínsecamente menos grave que el homicidio doloso simple por cuanto el autor ha tenido una razón que explica ante la sociedad el por qué se determinó al ilícito; el *modus operandi* del ofendido no puede hacer más grave lo que ya tiene un valor inmanente al hecho mismo en su proceso motivacional y de valoración social.

La existencia de un estado de ira o intenso dolor determinado por ofensa grave e injustificada es una razón poderosa, de peso y fuerza social que impulsa al hecho, el homicida ha tenido cierto atisbo de justicia para obrar y justo motivo de ira o dolor; por lo tanto, tal estado es incompatible y excluye al motivo fútil, o de escasa importancia, o al motivo abyecto, que implica mezquindad, labilidad de espíritu, proclividad hacia el crimen y perversión de sentimientos. Si motivo abyecto es el que suscita repugnancia entre las personas de bien, no ocurre tal reacción en contra de quien ha obrado a impulsos de un agravio injustificado y de cierta magnitud, pues las gentes comprenden que una razón poderosa impulsó vehementemente la voluntad de un hombre que de no haber mediado tal situación nada puede temerse de él.

Finalmente, anotemos que el solo pacto de matar por precio no constituye delito y menos tentativa punible, pues se requiere que el hecho tenga un principio de ejecución para que pueda imputarse al menos como delito tentado —C. P., art. 22—; la sola propuesta aceptada de cometer un homicidio no es punible; la figura del concierto para delinquir tipificado en el art. 186 del C. P., cuando el concierto es para cometer *varios* hechos punibles, y en el caso de ser un solo homicidio, falta el requisito de la pluralidad propuesta de hechos punibles, propia del concierto que supone cierto sentido de sociedad para el crimen.

X. HOMICIDIO POR VENGANZA TRANSVERSAL

“Medea.—Mi sola paz será ver todo el mundo hundido en la ruina: pues yo me voy, váyase todo, Conhorte es, en la propia perdición, verlo todo perdido”⁶³.

Se denomina así al homicidio cometido para vengarse de un enemigo dándole muerte a otra persona que le es querida, para ocasionarle aflicción moral; o el cometido sobre una persona de la cual el criminal recibe beneficios materiales, para ocasionarle daños o perjuicios pecuniarios, según definición de CARRARA⁶⁴. En este caso el autor del crimen obra por resentimiento, odio, deseo de venganza en contra de una persona, y para dañarla y perjudicarla moral o materialmente, no vacila en perpetrar un homicidio que sabe le ocasionará grave padecimiento, aflicción o daño; se trata de un homicidio *que es tomado como medio* para lograr el proclive fin de la venganza; quien así obra, quien destruye una vida humana con la finalidad de causar daño a otro, demuestra la mayor perversidad, pues sacrifica a un ser inocente contra el que nada tiene y el que nada puede temer del homicida, para conseguir sus turbios propósitos de venganza; por ello se ha denominado a esta modalidad como *inoxio pro noxio* —la muerte del inocente en vez de la del culpable—.

Se aprecia, entonces, que el proceso motivacional de este hecho es bajo y desprezible, el matador, ha movido su voluntad al impulso de oscuros, bajos, mezquinos, egoístas y abyectos designios; por tal razón, se lo ubica como un caso más de homicidio cometido por motivo abyecto y con suma crueldad: el inocente, o sea la víctima, se encuentra en clara situación de impotencia ante un agresor al cual no ha dado motivo racional para su abominable acción, en tanto que el victimario procede por odio contra su enemigo, descargando el golpe sobre el inocente en forma deliberada. Por ello se requiere que el homicida obre con claro propósito de matar al tercero, no siendo equiparable al caso en que, por error, al disparar contra el enemigo, se hace impacto sobre el pariente de la pretendida víctima o sobre un tercero, caso este que se resuelve como un error en el golpe; en cambio, el caso que comentamos supone la voluntad de dar muerte a otro —generalmente pariente, allegado, etc.— y dirigir la acción sobre la persona a la cual se quiere matar, para así causar aflicción o daño al enemigo.

Es el caso descrito en términos geniales por EURÍPIDES en *Medea*, quien, para vengarse de su esposo Jasón, que la había abandonado por otra mujer, en cruel venganza da muerte a sus propios hijos:

“¡Oh, abominable mujer, la más odiosa a los dioses y a mí y a todo el linaje humano. Tú, que te atreviste a arrojar la espada contra tus hijos, después de haberlos dado a luz y que me has perdido quitándome los hijos, a pesar de haber realizado todo esto, todavía contemplas el sol y la tierra cuando te has atrevido a cometer la acción más impía.

⁶³ LUCIO SÉNECA en su tragedia *Medea*, México, Ed. Aguilar, 1977, pág. 163.

⁶⁴ CARRARA, *Programa*, § 1204; URURETA GOYENA, pág. 212; ALIMENA, pág. 171.

“¡Ojalá que perezcas... No hay mujer griega que se hubiera atrevido a ello, y antes que con ellas juzgue digno casarme contigo, parentesco odioso y funesto para mí, leona, no mujer, que tiene una naturaleza más salvaje que la tirrénica Escila...”, exclama Jasón ante tan depravado crimen⁶⁵.

La sicología de este homicidio al arrastrar a otros en su propio mal y dolor, y dar desfogue a resentimientos ominosos desatando violencias contra seres ajenos a los hechos, nos muestra así al criminal que busca aliviar con ese crimen espantables resentimientos que hierven en el alma del sujeto. Con tal acción el sujeto busca hacer daño a su enemigo, pretende que el homicidio sobre el ser querido, le cause profunda aflicción en la cual el homicida encuentra goce; por ello este caso no guarda similitud con el que suele ocurrir en la vida cotidiana, en que la acción que iba dirigida al contrincante en una riña, hace blanco en la persona que con ánimo de separarlos intervino en el hecho; aunque la acción se suele dirigir casi siempre en ímpetu de *injusta ira* contra el amigable mediador, con ello no se busca causar dolor al otro contrincante, sino que se trata de una especie de ‘castigo’ que se propina impulsivamente al inesperado amigable componedor. Este caso no es una venganza transversal, pero es un homicidio agravado por tratarse de una muerte ocasionada por motivos fútiles.

Nuestro Código, afortunadamente, no trae como circunstancia agravante el homicidio cometido por “sed de sangre” —estipulado entre otros códigos en el italiano—, figura esta que ha suscitado grandes problemas de interpretación sobre lo que debe entenderse por “sed de sangre”; mientras que unos aluden a una brutal maldad, otros hablan de odio a la humanidad⁶⁶, o de la comisión por un estímulo inhumano⁶⁷; lo cierto es que nuestro Código, evitando tan engorrosos problemas, no ha contemplado expresamente la agravante del homicidio por sed de sangre, ni por ‘impulso de perversidad brutal’, sino que sus redactores prefirieron la fórmula más sencilla del homicidio “por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por motivo *abyecto o fútil*”, quedando enmarcado en este último caso todo homicidio cuyo proceso motivacional pueda calificarse de abyecto, bajo, mezquino o insignificante.

En el homicidio por venganza transversal existe motivo en contra de una persona, pero se descarga deliberadamente el golpe en otra contra la cual, personalmente, no existían razones distintas de la de hacerle mal anímica o materialmente al tercero; de allí que la depravación moral del autor de la muerte sea mayúscula y merezca todo el repudio de la sociedad.

XI. HOMICIDIO POR ODIO RELIGIOSO, RACIAL, POLÍTICO, SOCIAL, ETC.

Dentro del grupo considerable de homicidios agravados por su causa, se cuenta el cometido por odio racial, es decir, por el simple desprecio y aversión a un

⁶⁵ EURÍPIDES, “Medea”, en *Tragedias*, Barcelona, Ed. Bruguera, 1974, pág. 76.

⁶⁶ CARRARA, *Programa*, § 1198; MENDOZA TROCONIS, ob. cit., pág. 380; ALIMENA, pág. 167.

⁶⁷ NUÑEZ, t. III, pág. 60.

individuo por el solo hecho de pertenecer a un grupo étnico; tal móvil se considera como abyecto o bajo, lo mismo que cuando se mata por odio o fanatismo religioso —la ley 74 de 1968, que aprobó en Colombia la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole...”, y al matar por móviles como el odio racial, religioso o político, no solo se está privando de la vida a un ser humano, sino que se está desconociendo uno de los derechos fundamentales del hombre en sociedad; por ello, tal comportamiento ataca no solo al individuo en particular, sino al hombre mismo como especie, en cuanto se ofende a las razones elementales de la vida en común.

Pero cuando hablamos de odio político no nos referimos al delincuente político, el cual no obra por móviles abyectos o fútiles, pues si comete un delito lo hace con miras a lograr objetivos de superación social, o para combatir un estado de injusticia social. Nos referimos al odio político fruto del egoísmo, del fanatismo ante el contradictor, al odio de aquel cuya torpeza moral y su mezquindad de valores no le permiten aceptar la existencia de criterios opuestos al suyo; es el crimen —aún existente en nuestro país— en que se mata a otra persona por el solo hecho de ser contrario en filiación política, para eliminar un dirigente político que estorba o por fanatismo⁶⁸.

El crimen por odio racial difiere del genocidio, situación que analizamos antes, y el cual, según la ley 28 de 1959, consiste en la matanza o en las lesiones graves a la integridad física o mental, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a los miembros de un grupo, nación, étnico, racial o religioso, como tal (art. 2º). Tales homicidios desde luego constituyen hechos graves, ya que la finalidad perseguida por el genocida es la más baja y despreciable. Quede en claro que, según la ley 28 de 1959, el genocidio y los actos delictivos tales como asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública al genocidio, la tentativa y la complicidad en el genocidio, no podrán ser considerados delitos políticos —arts. 3 y 7 de la citada ley—.

También como motivo abyecto debe considerarse el homicidio cometido para satisfacer los deseos erótico-sexuales del victimario o de otro, y también el ‘homicidio por despecho’ esto es, el que suele cometerse cuando alguien que pretende a otro amorosamente le da muerte por el solo hecho de no haber sido correspondido; asimismo queda comprendido en esta clase de crímenes el homicidio cometido por no haber alcanzado un delito que se quería cometer; ejemplo, el asaltante que mata a su víctima porque no llevaba dinero consigo, el delincuente que mata porque no logró el acto carnal.

⁶⁸ JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS, *Curso de derecho penal venezolano*, Caracas, Ed. Empresa El Cojo, 1961, pág. 380.

El homicidio por egoísmo y envidia de clase social, también es calificado de crimen por motivo abyecto, cuando lo que mueve al sujeto es el sentimiento de envidia y resentimiento contra personas de determinada posición social a la cual no puede pertenecer; pero distinto es el caso del enfrentamiento en revoluciones y revueltas en que chocan las clases sociales, pues precisamente la lucha y el enfrentamiento de clases por motivos de cambio social, es elemento intrínseco del delito político. Podemos enumerar como casos de homicidio por motivo abyecto, entre otros, los perpetrados por superstición, brujería —caso Charles Manson—, por odios profesionales, para heredar, para quedar soltero y casarse nuevamente, por resentimiento social, para satisfacer una depravación sexual.

**SECCIÓN
DE
CRIMINOLOGÍA
Y POLÍTICA CRIMINAL**

¿ESTÁ EN CRISIS LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA?

Prof. DARÍO MELOSSI¹

Lo que hoy quiero hacer es una breve reflexión sobre lo que se ha llamado "la crisis de la criminología crítica".

La de *Criminología Crítica* es solo una de las acepciones que se utilizan para designar a la criminología actual, que se ha llamado también, por ejemplo, *Nueva*, *Radical* o *Marxista*. Mi selección del término "crítica" no significa ninguna predilección especial, sino más bien una elección estadística, ya que es *la que más se utiliza*.

Para entrar a discutir el problema de la crisis en la criminología crítica, lo que me propongo hacer es una breve revisión de la historia y no discutir si existe o no la crisis, porque estoy convencido de que si hay tal crisis ella viene de su historia, de los orígenes de lo que se ha llamado "criminología crítica".

¿Por qué se habla de crisis de la criminología crítica? Hay varias razones, unas superficiales y otras más interesantes y serias. Lo que podríamos llamar fenómenos superficiales, en los que algunos han creído ver crisis serían, por una parte, los ataques —a veces muy malintencionados— contra esta criminología, y también algunas dificultades que hemos evidenciado en algunos países en términos de obstáculos encontrados por las personas que trabajan en este campo, especialmente en su vida académica, en su actividad investigativa; las revistas que han tenido problemas para salir con regularidad, etc.

Pero más interesantes y serios han sido los obstáculos que a veces ha tenido que enfrentar la teoría misma, y a ello es a lo que me quiero referir aquí. Los otros dos fenómenos no se refieren a crisis, porque a veces los ataques pueden interpretarse como señal de buena salud. Hay una serie de personas preocupadas ante el aumento de estudios e investigación en esta línea y piensan que quizá al atacarlos —como ha sucedido recientemente en los Estados Unidos— se va a detener esta búsqueda; y el segundo tipo de problemas, que podríamos llamar dificultades

¹ Profesor de la Universidad de Bolonia, miembro del Grupo de la Nueva Escuela de Bolonia. Gestor e impulsor, junto con BARATTA, PAVARINI y otros de la Revista "Dei Delitti e delle Pene". Es conocido en el ámbito de la criminología latinoamericana por diversas publicaciones sobre diversos tópicos criminológicos, destacándose su obra *Cárcel y fábrica*, publicada con M. PAVARINI y traducida al español. El trabajo que hoy publicamos corresponde al texto de una conferencia que el autor dictara en el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela, el 1° de octubre de 1982, y ha sido traducido del inglés, especialmente para la Revista, por la profesora ROSA DEL OLMO, *Nota de la Coordinación*.

burocráticas, no son específicos del campo de la criminología sino compartidos por toda investigación progresista, especialmente en las ciencias sociales, en una situación en que en los países desarrollados se está evidenciando simultáneamente una grave crisis fiscal, particularmente en los países anglosajones, así como un decisivo giro a la derecha y lo que esto significa en términos de política académica y de investigación.

Si las raíces de este movimiento intelectual pueden encontrarse en la sociología norteamericana, su lugar de nacimiento se encuentra en el Reino Unido y su alcance es esencialmente internacional.

Básicamente hay dos matrices, o dos tipos de contribución, que se han unido para crear en su origen el trabajo en esta dirección de criminología crítica. Una de ellas es de *tipo intelectual* y la otra más bien de índole sociopolítica. En otras palabras, para el desarrollo de la criminología crítica así como para otros fenómenos intelectuales, encontramos el desarrollo de ciertos hechos y movimientos sociales, primero en los Estados Unidos y luego en Europa, y estos movimientos, al menos para la criminología, han buscado para su expresión la línea crítica. Esta ha sido la introducción al “universo del discurso” de algunos factores sociales. Esencialmente estoy pensando en la *revolución cultural que se desarrolló a mediados de los años 60 en el mundo occidental*, primero en los Estados Unidos y luego en Europa y en el resto del mundo. Una revolución cultural que ha afectado especialmente el estilo de vida de más de una generación y que se mezcló con diversas formas de conflictos específicos a varios países. Es decir, aunque la temática de la revolución cultural y del cambio en el estilo de vida atañe particularmente a los jóvenes de la clase media, especialmente en las universidades, este cambio social que se desarrolló en varios países se unió a varios problemas específicos de la situación histórica de esos países. Por ejemplo, típico de los Estados Unidos era la relación entre el movimiento de las universidades y la lucha de las minorías étnicas, como las de los negros por sus derechos civiles, las luchas en los *ghettos* de las ciudades americanas, etc. En Europa, por ejemplo en Gran Bretaña o Italia, la lucha estaba más vinculada con las clases trabajadoras, que podrían llamarse más tradicionales, y particularmente con las fábricas. Este movimiento por primera vez en la historia se estaba difundiendo en varios países simultáneamente, como si “el ciclo político de negocios” como se ha llamado, estuviese desarrollándose al mismo tiempo en varios países.

Nuestra disciplina en particular —esa rama de la sociología— tiene la característica de redefinir el concepto de normalidad y como consecuencia cuestionar el concepto de desviación; a su vez tiene como meta cuestionar al menos la visión no problemática que solía tener el estructural-funcionalismo sobre los conceptos de desviación y control social.

La primera racionalización intelectual de este cambio fue elaborada dentro de la sociología de la desviación norteamericana, específicamente en esa sociología de la desviación desarrollada en los Estados Unidos en los años sesenta, que ha sido definida como teoría de la reacción social o del etiquetamiento. Esta nueva sociología de la desviación quería volver el mundo al revés, aunque en realidad

no era nueva, como dice WILLIAM CHAMBLISS en la introducción de su libro sobre delito organizado. Lo que pasó a mediados de los sesenta fue que los sociólogos y los criminólogos comenzaron a interesarse por “la ley en acción”; como lo señala pintorescamente CHAMBLISS, comenzaron a mirar dentro de las ventanillas de las patrullas policiales y a través de las rejas de las prisiones y los escritorios de los tribunales para descubrir lo que es en realidad esta ley en acción. Si era nuevo en la criminología no lo era en la sociología del derecho, ya que el refrán “la ley en acción” fue central para el desarrollo del realismo legal en los Estados Unidos y para movimientos similares en Europa; no es raro, pues, que sea CHAMBLISS quien lo señale, ya que en su obra seguía los pasos de JEROME HALL y de otros realistas legales.

Ese alejarse del delito y de los delincuentes y acercarse al funcionamiento de las agencias de control social, como la policía y los tribunales, fue definido en Inglaterra por STANLEY COHEN como el “enfoque escéptico” de la sociología de la desviación, enfoque que caracterizó a una organización que se creó en Inglaterra en 1968 con el nombre de “Conferencia de la Desviación Nacional”, característica que, según COHEN, fue el principal punto de apoyo de esta organización entre 1968 y 1973 más o menos. Dentro de esa organización se dio un fenómeno bastante curioso y extraño: las dos contribuciones desarrolladas en los Estados Unidos, la intelectual y la política, que habían sido en ese país bastante independientes debido a su estructura política y académica, se unieron en la experiencia inglesa. Como nos cuenta STANLEY COHEN en un par de artículos donde reconstruye la primera historia de la sociología de la desviación en la Gran Bretaña, uno llamado “Criminología y Sociología de la Desviación en la Gran Bretaña” y el otro “Introducción al libro *Images of Deviance*” editado por el mismo COHEN, se unieron las ideas desarrolladas en los años 60 y las posiciones políticas inspiradas por lo que sucedía en esa época en el campo político, pero concretamente en los Estados Unidos, las cuales podrían describirse como posiciones entre libertarias y anarquistas. De la mezcla del libertarismo y la sociología de la desviación surgió la tendencia que ya en 1968 el sociólogo ALVIN GOULDNER describió como “simpatía por el pobre diablo”; quizá utilizando la expresión de FRANZ FANON, podríamos decir “simpatía por los condenados de la tierra”. GOULDNER fue muy crítico de esta posición en su artículo, lo cual veremos más adelante. Pero, de todas formas, la crítica de GOULDNER iba a ser el prototipo de la crítica marxista hacia esta tendencia a construir la sociología de la desviación, y esencialmente la posición de GOULDNER se reafirma en las críticas a la teoría del etiquetamiento hecho por TAYLOR, WALTON y YOUNG o por algunos alemanes como un famoso artículo publicado en 1972 por WERKENTIN, HOFFERBERT y BAURMANN llamado *Criminology as Police Science or “How Old is the New Criminology?”*.

También el mismo tipo de crítica ha sido repetido por algunos italianos como BARATTA, PITCH y PAVARINI. Pero lo importante es que desde las raíces de la sociología de la desviación o de la criminología crítica observamos una especie de incomodidad frente a la relación entre la nueva criminología o criminología crítica y el marxismo, lo cual se convertirá en un problema ya que la tendencia

dentro de la criminología crítica, al menos la tendencia programática, sería la de moverse hacia la sociología marxista de la desviación. Esta dificultad puede verse también como la de unir, por una parte, el análisis microsociológico de la teoría del etiquetamiento, representado por un libro muy clásico de HOWARD BECKER, *Los extraños*, un estudio de cómo se aplican las etiquetas en la vida cotidiana, lo que los sociólogos llaman "interacción cara a cara"; y por otra parte, un análisis macrosociológico, típico del marxismo, de enfocar la atención en la relación entre la estructura social y la ideología, y cómo de algún modo la estructura social produce la ideología, una ideología que podría verse como el conjunto de esas etiquetas en un ámbito societal más amplio.

El problema sociológico más amplio, pero típico de la criminología, era la relación dialéctica —si es que es dialéctica— entre la estructura social y la elaboración de la competencia lingüística de los miembros, dentro de la sociedad, o dentro de los grupos sociales donde aprenden y practican esa competencia (volveremos sobre este problema, que quizá sea el obstáculo principal para el desarrollo exitoso de la criminología crítica). Pero es el mismo tipo de hecho que vemos una y otra vez, y si hay algunas razones internas de la crisis en la criminología crítica, esta puede ser una buena candidata como causa teórica de esa crisis.

Este pareciera ser el punto central programático en el libro más famoso y logrado de la criminología crítica, *La Nueva Criminología*, de TAYLOR, WALTON, y YOUNG, publicado en Inglaterra en 1973, el cual probablemente es la exposición más coherente de la criminología nueva o crítica —aunque en su comienzo—, y, al mismo tiempo, la obra que contribuyó más a difundir las disposiciones en el mundo. Ciertamente en los Estados Unidos se multiplicó por su popularidad y fue traducido a varios idiomas, y quizá sea el libro más conocido sobre esta materia.

Por otra parte, si uno relea este libro, es muy interesante observar cómo muchas de las promesas que el libro quiere cumplir no se cumplen en efecto. En primer lugar no es, obviamente, una Nueva Criminología, más correcto es el subtítulo: "Para una teoría social de la desviación". En esencia, lo que el libro hace y lo hace muy bien, es conectar el desarrollo de las ideas y teorías criminológicas a la investigación sociológica subyacente en la que se basaron las diferentes corrientes y escuelas criminológicas.

La operación que TAYLOR, WALTON y YOUNG hicieron con el libro fue la de cambiar el objeto de la criminología por el de la sociología de la desviación y confrontar todos los problemas y teorías como, por ejemplo, las llamadas "grandes teorías" de MARX, DURKHEIM y WEBER, típico de la tradición de la sociología. Por otra parte, el libro pretende ser una crítica de la teoría criminológica, que se desarrolla históricamente. Esa crítica puede hacerse esencialmente de dos maneras. Por una parte, de acuerdo con el formato de la sociología del conocimiento, es decir, conectando esencialmente el desarrollo de las ideas en la criminología con la realidad social subyacente y los intereses de grupos o clases sociales que de algún modo tienen que ver con el desarrollo de esas ideas. Eso no fue lo que hicieron los autores. Dan la impresión de haber seguido la segunda manera, es decir, el esfuerzo por criticar las teorías existentes desde el punto de vista de una posición nueva alternativa

y crítica. El libro, esencialmente, es la reconstrucción de varias posiciones y una crítica de estas hecha desde el punto de vista de la posición siguiente. En otras palabras, por ejemplo, la Escuela de Chicago es criticada por el estructural-funcionalismo, este es criticado por los teóricos de la reacción social, etc. La documentación ofrecida al lector es preciosa en términos de la historia de las ideas, pero nos quedamos al final con el problema de esta posición nueva o alternativa para criticar la última posición en orden cronológico, y este es exactamente el problema de la relación de la teoría de TAYLOR, WALTON y YOUNG con la teoría del etiquetamiento, la teoría de la relación, la última de las teorías que discuten. Al manejar la teoría del etiquetamiento se refieren al artículo de A. GOULDNER "Los sociólogos como partisanos: la sociología en el Estado Social" y las críticas que plantean frente a la posición de la teoría del etiquetamiento son de diverso tipo. La primera, la simpatía por el pobre diablo, la identificación con el condenado de la tierra. Esencialmente, la idea que GOULDNER tiene de que la forma de enfrentar al lumpen de parte de los teóricos del etiquetamiento no es muy diferente a la forma que los "correccionistas" y la posición filantrópica de la clase media tenían en los Estados Unidos a comienzos de siglo (siguiendo a GOULDNER). En otras palabras, lo que era el interés de la clase media por las clases bajas marginales y peligrosas, que se desarrolló en términos de reformismo y correccionalismo representado en una actitud que se llamaba filantrópica, es en esencia el mismo en los años sesenta pero cambiando el énfasis de la intervención por el de no-intervención, de la ideología de "civilizarlos" por el de una ideología de "dejarlos escoger su estilo de vida". No debemos intervenir en lo que hacen. Un discurso particularmente convincente para los delitos sin víctima, pero mucho menos para los delitos con víctima. Si esta era la primera crítica, se conectaba con una acusación de abstención política. En otras palabras, el derecho a no ser etiquetados pedido por los teóricos sociales liberales de clase media (según GOULDNER) en nombre del lumpen, o las clases bajas, podía producir solo una actitud pasiva en la política, sin comprender ninguna movilización de los teóricos sociales, ni en la teoría ni en la práctica, del lado de las clases bajas o marginales. Finalmente, había una acusación de un casi determinismo a idealismo relacionados entre sí. Según GOULDNER (y TAYLOR WALTON y YOUNG que lo reproducen), en la descripción que hacen los teóricos del etiquetamiento sobre cómo uno se vuelve desviado, su desviación se determina solo por la aplicación de la etiqueta y no por ninguna circunstancia práctica, lo cual se ve como una forma de idealismo, y al mismo tiempo el etiquetamiento se ve como algo incapaz y sin alternativa que conduce a TAYLOR, WALTON y YOUNG a afirmar que los teóricos del etiquetamiento están reproduciendo un casi-determinismo.

La crítica final es el problema general también para los estudios de la criminología crítica, de la *identificación de los agentes sociales y estructurales del poder de definir, de etiquetar*. En mi opinión en este último punto es en el que GOULDNER, TAYLOR, WALTON y YOUNG, tienen razón y el que constituye un problema real. Estoy menos convencido de las otras críticas, al menos en términos del posible desarrollo que una teoría de reacción social distinta pudiera producir. Esto es cierto

de la crítica de la posición idealista o casi-determinada. Aunque en algunas de las obras de los teóricos del etiquetamiento hay un énfasis en el proceso del etiquetamiento que lo hace a uno olvidar el contexto, esto es esencialmente la matriz de las ideas de la teoría del etiquetamiento. Esto es igual a la acusación de casi-determinismo si es cierto que cuando uno ha establecido que puede haber interacción dentro de ese contexto práctico, entonces la persona que es etiquetada se convierte en uno de los dos polos de la interacción y no solo un receptor pasivo de algo que se le otorga. Por otra parte, el problema de la simpatía por el pobre diablo y el problema de la abstención política limitan la teoría del etiquetamiento aunque en realidad sean reales. Pueden conducir a un punto de trabajo común entre estas tendencias y a un análisis más estructural de la sociedad. Aquí es donde la crítica de TAYLOR, WALTON y YOUNG apunta donde debe. En otras palabras, preguntando quién puede ejercer el poder de definir, de etiquetar, con qué metas, cómo se ejerce en realidad ese poder, cuál es la relación con el análisis macrosociológico estructural de la sociedad.

Por otra parte, estos que son problemas para la teoría del etiquetamiento, también lo son para la nueva criminología y para la criminología crítica en general.

En el segundo libro, editado por los mismos tres autores con el título *Criminología crítica*, publicado en Inglaterra en 1975 y con versión española editada en México por Siglo XXI, se repite la misma posición pero con mayor énfasis. Por un lado, la crítica del enfoque escéptico y la crítica de lo que ahora se llama "romanticismo del delito", que es una especie de desarrollo radical de la simpatía por las clases desposeídas.

Lo que sucedió en Inglaterra en esos años con una fuerte politización en las universidades y también en la sociología y en la criminología, fue que la posición abstencionista partidaria de la simpatía por las clases desposeídas se había convertido en una especie de romanticismo hacia la violación de la ley, de estar al margen de la ley, como una forma romántica de revuelta contra la autoridad, el capitalismo y algunas de las corrientes del socialismo.

La crítica, particularmente la de JOCK YOUNG en su ensayo "La criminología de la clase trabajadora", incluido en el libro *Criminología crítica* ya mencionado, es muy fuerte y convincente. Y se relaciona con un planteamiento programático donde la solución al desarrollo de la criminología crítica la ve el autor tomando el camino del materialismo. Un buen indicador de lo que quiere decir con esto es su posición de favorecer una forma distinta de utilizar la metodología estadística. En otras palabras, de lo que habla esencialmente es de la economía política.

Vale la pena abrir un paréntesis aquí y notar cómo la acusación de que la criminología crítica ha sido producto de esta posición romántica hacia el delito ha sido repetida una y otra vez en una serie de libros y artículos que se oponen a esta posición, sin prestarle ninguna atención al hecho de que tal posición ha sido siempre bastante marginal al movimiento de la criminología y claramente negado y denunciado por algunos de los más importantes representantes de la criminología crítica.

Uno de los ejemplos más evidentes, es un libro recientemente editado en los Estados Unidos por JAMES A. INCIARDI llamado *Radical Criminology*, donde una de las críticas que aún se repiten en 1981, es que la criminología crítica no es más que el romanticismo del delito, su celebración, etc., lo cual no es cierto si uno lee sus obras fundamentales.

El último libro de TAYLOR, WALTON y YOUNG también fue muy importante porque representó la internacionalización de este movimiento intelectual. Hay, por ejemplo, contribuciones del norteamericano TONY PLATT así como de los SCHWENDINGER. Estos con la reproducción de un artículo publicado en los Estados Unidos en 1970 y TONY PLATT con el informe que presentó en la Conferencia de la fundación en 1973 en Florencia, Italia del Grupo Europeo para el Estudio de la Desviación y el Control Social, que se ha convertido en una de las formas más importantes para cambiar e intercambiar ideas entre los criminólogos críticos europeos. También resulta interesante que el artículo de TAYLOR, WALTON y YOUNG, publicado en el mismo libro, haya sido a su vez traducido al italiano y publicado en el primer número de la Revista *La Questione Criminale* en 1975. Es entre 1973 y 1975 cuando el Movimiento, que se había limitado a la sociología anglosajona, se convierte en un fenómeno más internacional.

Quiero añadir a continuación algunos comentarios sobre el desarrollo en los Estados Unidos y algunas observaciones finales. Tanto TONY PLATT como los SCHWENDINGER, ya mencionados, se encontraban trabajando en la Escuela de Criminología de la Universidad de California en Berkeley y sostenían una dura lucha para mantener la Escuela abierta, la cual fracasó en 1975 porque las autoridades de la Universidad de California consideraban que la Escuela era un lugar muy incómodo para la homogeneidad de la política académica y por la relación que había establecido la Escuela con las luchas comunitarias y sociales que se estaban desarrollando en el Estado de California en ese entonces. Por lo tanto las autoridades decidieron cerrar la Escuela, la cual había tenido una historia muy tranquila entre 1950 y 1965 cuando había sido un instrumento de reclutamiento burocrático, pero que se volvió cada vez más, de 1965 a 1975, un foco de teoría radical. Algo curioso pasó aquí. La sociología británica de la desviación estaba en deuda con la sociología norteamericana de la desviación, por una parte, y por la otra con los hechos políticos de esos años. Los criminólogos de la Escuela de Berkeley tenían un gran desprecio por la sociología de la desviación desarrollada en los Estados Unidos en los años 60, no solo porque esta no era particularmente marxista sino porque se había desarrollado de una manera demasiado teórica y separada de la urgencia que, en ese momento, personas como TONY PLATT y los SCHWENDINGER consideraban fundamental, como era la conexión con los movimientos radicales, la idea de participar en el conflicto político del momento. En este sentido no podían aceptar la posición escéptica, eran muy críticos de la solución legal positivista al problema del objeto de la criminología. Es decir, los criminólogos debían estudiar lo que define la ley como delito. Así que tuvieron que recurrir a lo que en mi opinión es esencialmente una ley natural. El delito era esa actividad que estaba en contra de los derechos humanos y así la pobreza, el racismo, el sexismo, el imperialismo eran delitos.

De acuerdo con esta primera etapa de la Escuela de Criminología de Berkeley, y muy concretamente TONY PLATT, PAUL TAKAGI, los SCHWENDINGER y otros organizaron cursos sobre estos temas. La noción tradicional del delito aún se estudiaba, pero mucho más la pobreza, el sexismo, el imperialismo, etc., porque ellos pensaban que eran delitos mucho más graves que los otros hechos que generalmente se consideran como delito en el Código Penal siguiendo la posición que estaba tomando la criminología radical.

Esta redefinición del delito tenía que basarse en una posición del delito natural, como señalé anteriormente, aun cuando los SCHWENDINGER argumentan que no lo es. Pero yo creo que es la definición más cercana que se pueda encontrar para esa posición, que también en esa época estaba muy difundida. Piénsese por ejemplo en la popularidad que en los años 60 tenían los trabajos de la Escuela de Frankfurt, como el de HERBERT MARCUSE y su *El hombre unidimensional*, y la idea de reivindicar una humanidad negada por el desarrollo del capitalismo y la situación de alienación en que se consideraba que vivía el hombre dentro del capitalismo. Una posición basada en gran parte en las obras del joven MARX.

Si esta posición del derecho natural fue muy efectiva a corto plazo, desde el punto de vista de la propaganda y de la movilización intelectual en favor de las luchas de la época, por ejemplo de los negros, fue sin embargo muy débil a largo plazo. Por una parte, no es necesario decir que el imperialismo, el racismo, el sexismo son "delitos", para poder luchar contra ellos. Por otra parte —y una circunstancia más práctica—, la tendencia a enfocar el delito del imperialismo no significaba negar la realidad del delito en su significado tradicional. Y es muy interesante la probabilidad de que el cambio del grupo de Berkeley —que había empezado a publicar la Revista *Crime and Social Justice* después de cerrada la Escuela— se originase como resultado de un artículo de TONY PLATT publicado en 1978, llamado "Delito callejero", sobre los delitos menores que ocurren en la calle. En ese trabajo se demuestra que las principales víctimas son miembros de las clases desposeídas o, al menos, personas que viven en los barrios más pobres, donde se cometen la mayoría de estos delitos. Por lo tanto, no era un problema que pudiera ser ignorado por los criminólogos que se querían colocar del lado de la clase trabajadora. Si lo hacían, se perdía contacto con la situación material y real de estas clases. En este periodo se observa el comienzo de un cambio definitivo en las ideas expuestas en *Crime and Social Justice*, hacia lo que podríamos llamar un enfoque materialista de la cuestión del delito, materialismo en el que a veces se fue incluso demasiado lejos, olvidando la lección de la teoría del etiquetamiento de estar atento a la importancia de las imágenes sociales y de la construcción simbólica de la realidad, que a veces va hacia la reproposición de relaciones demasiado simples no mediatizadas entre la esfera económica y la legal criminológica.

A veces esta posición da la impresión de una urgencia por soluciones políticas, sin tener la paciencia de posponerlas hasta que se formulen análisis más completos y profundos del problema del delito y su castigo desde el punto de vista crítico.

En estos años, al mismo tiempo el panorama internacional de la criminología crítica se estaba desarrollando rápidamente. Un instrumento muy importante fue

El Grupo Europeo para el Estudio de la Desviación y el Control Social, que tuvo reuniones anuales después de la primera en 1973 en Florencia y que se convirtió en un importante lugar de encuentro entre Europa y Norte y Sur América. En ese momento varias tendencias de la criminología crítica existían en los países escandinavos, Alemania, Italia, España, Canadá, América Latina, especialmente Venezuela, y es cada vez más difícil hablar de esta realidad como una sola tendencia.

Debo añadir, como una contribución especial, la versión italiana y alemana de la criminología crítica y su interés específico en lo que se podría llamar la crítica del derecho que se desarrollaba en esos países en los años setenta en las facultades de derecho, y que se unió a la tradición más sociológica de importación anglosajona. Desde esta perspectiva se puede recordar la obra de ALESSANDRO BARATTA y su utilización de los resultados de la criminología tradicional y crítica para analizar los antecedentes criminológicos implícitos en la teoría del derecho, en el desarrollo penal, es decir, esencialmente la teoría clásica del derecho penal, lo que lo lleva en sus obras recientes al mismo problema que encontramos una y otra vez en este recuento histórico. Es decir, al problema de la relación entre el poder de las definiciones o el poder del etiquetamiento y el poder social.

Si se está pensando en una crisis letal de la criminología crítica, como lo sugieren o lo esperan algunos de los críticos, yo lo excluyo; no se puede hablar de crisis. Pero si por crisis entendemos al plantearnos la pregunta que tiene sentido solo para las personas que trabajan dentro de esta perspectiva o que están interesados en ella —es decir, a dónde vamos—, entonces en este sentido sí hay crisis, como un esfuerzo por dejar la adolescencia y convertirse en adulto. Y creo que el principal obstáculo para alcanzarlo es el problema que generalmente solo señala la investigación y no la aborda, de la relación entre la producción de la ideología conectada con cierta estructura social y la producción de la ideología que señala la teoría del etiquetamiento que se origina en el micro-nivel de la interacción. Este es en mi opinión un problema central y abordarlo será una prueba de madurez para la criminología crítica. Por otra parte, esto solo se puede hacer en el terreno esencial de la investigación empírica. Lamentablemente lo que sucede es que el financiamiento para la investigación crítica es mucho más difícil que para otro tipo de investigación. Es un círculo vicioso, pero eso no quiere decir que es posible construir una teoría especialmente criminológica o sociológica sin enfrentar el problema de la investigación empírica del tipo que sea —cualitativa o cuantitativa. Algunos trabajos importantes se han realizado en esta línea, por ejemplo, la obra de STUART HALL y otros en Birmingham, *Policing the Crisis*. Particularmente interesante porque creo que es una de las pocas obras de investigación empírica donde la ideología relativa a la estructura social y la ideología referente al poder de etiquetar se han unido. Quizá tengamos ya demasiados manifiestos y planteamientos programáticos de la criminología crítica, así como reconstrucción histórica del desarrollo de la criminología o del desarrollo de la criminología crítica. Esto era necesario durante un período para alcanzar la conciencia de sí mismo de esta posición, pero ya es hora de ir más allá.

BIBLIOGRAFÍA

ad a):

- COHEN, STANLEY 1974 *Criminology and the sociology of deviance in Britain*, in Paul Rock and Mary McIntosh, eds. 1974, págs. 1-40. (ed.) *Images of deviance*. Harmondsworth: Penguin.
- 1971
- HALL, STUART and CHAS CRITCHER, TONY JEFFERSON, JOHN CLARKE and BRIAN ROBERTS 1978 *Policing the Crisis*. London: Macmillan.
- NDC/CSE 1979 *Capitalism and the rule of Law*. London: Hutchinson.
- ROCK, PAUL and MARY MCINTOSH 1974 (eds.) *Deviance and Social Control*. London: Tavistock.
- TAYLOR, IAN 1981 *Law and Order: Arguments for Socialism*. London: Macmillan.
- TAYLOR, IAN and PAUL WALTON and JOCK YOUNG 1975 (eds.) *Critical Criminology*. London: Routledge & Kegan Paul.
- 1975 "Critical criminology in Britain: review and prospects". in Ian Taylor, Paul Walton, Jock Young, eds., 1975, págs. 6-62.
- 1973 *The New Criminology*. London: Routledge & Kegan Paul.
- YOUNG, JOCK 1979 "Left idealism, reformism and beyond: from new criminology to Marxism", in NDC/CSE, 1979, págs. 11-28.
- 1975 "Working-class criminology", in Ian Taylor, Paul Walton, Jock Young, eds., 1975, págs. 63-94.

ad b):

- BECKER, HOWARD S. 1974 "Labelling theory reconsidered", in Paul Rock and Mary McIntosh, eds., 1974, págs. 41-66.
- 1973 *Outsiders* (revised edition). New York: Free Press.
- BLOCK, ALAN A. and WILLIAM J. CHAMBLISS 1981 *Organizing Crime*. New York: Elsevier.
- CHAMBLISS, WILLIAM J. 1964 "A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy". *Social problems*. 12:67-77.
- GOULDNER, ALVIN W. 1968 "The sociologist as partisan: sociology and the welfare state". *The American Sociologist*. 3:103-116.
- GREENBERG, DAVID 1981 (d.) *Crime and Capitalism*. Palo Alto, Ca.: Mayfield.
- HALL, JEROME 1952 *Theft, Law and Society*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- INCIARDI, JAMES A. 1980 *Radical Criminology*. Beverly Hills: Sage.
- PLATT, TONY 1982 "Crime and Punishment in the United States: Immediate and Long-Term Reforms from a Marxist Perspective". Intervención presentada al Congreso Mundial de Sociología, México, 1982.
- 1975 "Prespects for a radical criminology in the USA", in Ian Taylor, Paul Walton, Jock Young, eds., 1975, págs. 95-112.

- PLATT TONY, and PAUL TAKAGI (eds.) 1981 *Crime and Social Justice*. Totowa (NJ): Barnes and Noble Books.
- 1980 *Punishment and Penal Discipline*. Berkeley: Crime and Social Justice Associates.
- QUINNEY, RICHARD 1980 *Class, State, and Crime* (second edition). New York: Longman
- SCHWENDINGER, HERMAN and JULIA 1975 "Defenders of order or guardians of human rights?", in Ian Taylor, Paul Walton, Jock Young, eds., 1975, págs. 113-146 (originariamente en *Issues in Criminology*, 1970).
- STEINERT, HEINZ 1978 "Can Socialism Be Advanced by Radical Rhetoric and Sloppy Data? Some Remarks on Richard Quinney's Latest Output", in *Contemporary Crises*. 2:303-313.
- TAKAGI, PAUL 1982 "Delinquency in School and Society: The Quest for a Theory and Method". *Crime and Social Justice*. 17:37-49.

Y toda la colección de la revista "Crime and Social Justice", 1974-1982.

ad. c):

- BARATTA, ALESSANDRO 1982 *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Bologna: Il mulino.
- 1981 "Risposta a Marinucci" (mio titolo: il saggio e' in corso di pubblicazione su *La questione criminale* VII: 3).
- BIANCHI, HERMAN and MARIO SIMONDI and IAN TAYLOR 1975 (eds.) *Deviance in Europe*. London: Wiley.
- MARINUCCI, GIORGIO 1981 "L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia". *La Questione Criminale*. VII:297-318.
- PAVARINI, MASSIMO 1980 *Introduzione a...La criminologia*. Firenze: Le Monnier.
- PITCH, TAMAR 1975 *La devianza*. Firenze. La Nuova Italia.
- WERKENTIN F., HOFFERBERT M., BAURMANN M. 1972 "Kriminologie als Polizeiwissenschaft oder: Wie alt ist die neue Kriminologie?" *Kritische Justiz*. págs. 221 y ss.

Y toda la colección de la Revista *La Cuestión Criminal*.

PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA JUSTICIA PENAL*

(PARTE SEGUNDA)

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

SUPUESTOS POLÍTICOS: La política criminal resulta del conjunto de recomendaciones que los investigadores hacen al legislador con el fin de prevenir y reprimir la criminalidad. Con tal objetivo plantéanse aquí medidas alternativas a las tradicionales.

Basta mirar la realidad nacional para concluir la necesidad de modificaciones de fondo, y no meramente formales, pues las medidas tradicionales solas enseñan su inocuidad y fracaso. La historia del país indica que la instrumentación utilizada ningún producto radical ha producido. Así ocurre con la penalización, la criminalización y, en últimas, con la congestión punitiva represiva.

I. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA PENAL

En un estudio realizado por el Instituto SER de Investigaciones en el año de 1980, se hacía el siguiente análisis de la justicia penal colombiana: según el censo realizado por la Procuraduría General de la Nación, el 31 de diciembre de 1976 había en los despachos judiciales penales un total de 1.215.600 asuntos y 1.841 jueces en lo criminal (143 Superiores, 560 de Instrucción, 275 del Circuito, 400 Municipales, 37 Promiscuos del Circuito, 407 Promiscuos Municipales y 19 Territoriales). Dividido el número de asuntos por el de despachos judiciales, da para cada uno de estos un promedio de 660 negocios. De la misma manera se ha establecido que durante el año 1976 salieron definitivamente un total de 82.068 negocios por sobreseimiento definitivo, cesación de procedimientos, archivo y sentencia, de donde se desprende que cada despacho evacuó en el año un promedio de 45 asuntos. Si se compara el número de negocios que cada juez tiene en promedio (660), con el número de evacuados en promedio (45), se tiene una idea de la magnitud del problema de la congestión de la justicia. Si se quisiera evacuar la totalidad de los negocios pendientes se requeriría un total de 15 años siempre que durante ese

período no entrara un solo negocio nuevo a los distintos despachos judiciales del país. Según las estadísticas del DANE, durante 1976 entraron a los distintos juzgados penales un total de 278.551 asuntos. En ese mismo año salieron (sobreseimiento definitivo, cesación de procedimiento, archivo y sentencia) 82.068 negocios con la consecuencia, como retención, de 196.483, suma equivalente al 70.54%. También se ha estimado que el incremento de negocios sería de 200.000 anuales si se considera que no hay ningún aumento en el número de delitos que se cometen por año.

No obstante esta cruda realidad, la política adoptada en muchos años por el Estado ha sido equívoca, pues se ha acudido a mecanismos como el de la emergencia judicial (ley 22 de 1980 y decretos 5288 y 3529 del mismo año), que a pesar del aumento de funcionarios auxiliares (jueces adjuntos) y de la creación de instrumentos procesales por su aplicación excepcional (excarcelación por el paso del tiempo, cesación de procedimiento por falta de pruebas y suspensión de ejecución punitiva mediante implantación de períodos de prueba), no ha satisfecho las pretensiones, pues un año después de su aplicación el Instituto SER demostró que la “emergencia” no había disminuído la congestión sino que, al contrario, se había incrementado en más de cien mil procesos, y a un elevado costo, pues la “reforma” supuso una erogación aproximada de \$ 600.000.000.00.

Esto pone de relieve que los problemas de la justicia penal son estructurales, y que aunque el gobierno considera necesario que se hagan modificaciones a la legislación procesal para hacerla más expedita, ellas por sí solas son inútiles si no van acompañadas de un replanteamiento a fondo de la política criminal y de la reorganización administrativa de la justicia.

II. NECESIDAD DE UNA POLÍTICA CRIMINAL AJUSTADA LAS NUEVAS EXIGENCIAS DE LA SOCIEDAD

1. LA PREVENCIÓN DEL DELITO

El derecho penal se ha desenvuelto en nuestro país, en todos sus niveles (policial, administrativo y judicial), dentro de una filosofía represiva que solo encuentra en la pena la respuesta del Estado a las conductas antijurídicas de los asociados. Se dice que muchas de las acciones contrarias al orden jurídico hunden sus raíces en una problemática social de desempleo, concentración de riqueza, envilecimiento del poder adquisitivo del salario, pero nada se hace para dar a estos comportamientos el tratamiento que les corresponde. A este propósito es inadmisibles que existiendo por creación legal una Comisión nacional para la prevención de la delincuencia (decretos 1331, 1617 de 1972, 1939 de 1974 y 60 de 1977), el gobierno no le haya dado la continuidad y operatividad necesarias e imprescindibles.

A manera de ejemplo, vale la pena analizar una de las conductas que según las estadísticas criminales del país ocupa más de la mitad de los recursos de la justicia: los delitos contra el patrimonio económico privado. Según la revista “Criminalidad” de la Policía Nacional, más del 57% de los delitos que conoce la justicia

* La parte primera fue publicada en el número 24 de nuestra Revista.

corresponden a este tipo de infracciones. De ellas la tercera parte está constituida por hurtos de mínima cuantía, pues su conocimiento corresponde a los jueces municipales. En los casos en que las investigaciones llegaron a sentencia condenatoria, el 97% de estas fue de prisión o arresto inferior a dos años y solo el 26% de los condenados eran reincidentes. Implica lo anterior que el 74% de estas personas tenía derecho a la condena condicional. No se justifica entonces congestionar la justicia con procesos por hechos que la misma ley considera de tan poca gravedad, al punto de prever para ellos suspensión de la privación de libertad. Todo con la agravante de que a muchas de tales personas se les priva de su libertad precautelativamente durante largo período de tiempo. Y semejantes a estas conductas hay muchas otras como el consumo de estupefacientes, violación de habitación ajena, etc., que son más expresión de una problemática social que de conductas real e intrínsecamente delictivas. Nada se opondría, en el orden de ideas expuesto y que será analizado a espacio más adelante, a la despenalización de unas de ellas y a la descriminalización de otras, lo que llevaría a reducir el volumen total de negocios en más del 30% y a disminuir la labor penitenciaria. En algunos casos sería importante entregar la persona (consumo de drogas, lesiones patrimoniales leves cometidas por menores y no reincidentes), para efectos de tratamiento resocializante, a un grupo de funcionarios con formación profesional adecuada como psicólogos, educadores, trabajadores sociales y sociólogos que den al tratamiento una orientación diversa a la tradicional que, como se dijo, es mera y lamentablemente represiva, retributiva.

2. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS PROPUESTAS

En nuestro país se ha venido produciendo el proceso curioso de que las reformas constitucionales no implican un cambio político, la sustitución de unos valores por otros, sino la adición de nuevos valores. La Constitución de 1886 consagró la defensa de los derechos individuales. En ella se decía que las autoridades de la República estaban instituidas para garantizar la vida, honra y bienes de los asociados (art. 19). En la reforma de 1936 se agregó a estos postulados la obligación de tomar todas las medidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Lo mismo ocurre en su art. 30, en cuyo inciso 1° se dice que “se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título” y en el segundo se dice que “la propiedad es una función social que implica obligaciones”. Este mismo fenómeno se ha proyectado a la legislación penal, en la que en cada reforma van apareciendo tipificados como delitos nuevos comportamientos. Con ello se produce la aparición de nuevos capítulos en el Código Penal y se va asignando a los jueces la defensa de nuevos valores, de tal manera que el número de delitos va aumentando día a día, haciéndose más grave la congestión, y por consiguiente, más inoperante la justicia. Y la justicia está paralizada, entre otras razones, porque el juez tiene que darle el mismo trámite a la denuncia por calumnia que a la puesta por “asesinato”; y a la formulada por daño en bien ajeno, que a la puesta por secuestro, etc. Si el Estado no opta por otra política,

cualquier reforma será estéril, tal como lo demuestra la historia de nuestra criminalidad y justicia penal.

Las medidas alternativas que se proponen y que se analizan someramente en sus ventajas y en sus desventajas, son las siguientes:

2.1. *Descriminalizar.* Implica extraer del catálogo de hechos punibles conductas que no deben tener tal categoría porque se dan con frecuencia, aceptadas socialmente, carentes de víctima concreta, surgen por excepción, afectan a un grupo reducido de personas, son difíciles de definir legalmente o de demostrar dentro de una investigación normal y, por último, porque pretenden proteger intereses individuales en vez de los sociales.

Una correcta —e indispensable— política criminal debería evitar la criminalización, fenómeno que no ocurre entre nosotros, ni siquiera hoy cuando aún estrenamos Código Penal. Y es menester recabar en este punto que la legislación penal vigente no se guió por concepciones como la planteada. En efecto, en el estatuto de 1980 no hubo descriminalización, entre otras, por las siguientes razones: Porque de sus antecedentes (proyectos 1974/6/8) y de los debates de los comisionados no se desprende el análisis de investigaciones orientadas a tal finalidad, como tampoco reflexiones sobre el punto; porque si bien desaparecieron algunos tipos penales (duelo, piratería, homosexualismo, etc.) fueron más los creados (v. gr. enriquecimiento ilícito, fraude procesal, fraude a resolución judicial, reingreso ilegal al país, tortura, delitos contra los recursos naturales, hurto entre conductos, de uso, ejercicio arbitrario de las propias razones, etc.). El hecho de que el nuevo Código Penal, respecto del derogado, tenga menos tipos básicos, no indica descriminalización sino una mejor técnica legislativa, pues acudió a los tipos abiertos o amplios, es decir, aquellos que en una descripción recogen las varias conductas anteriormente expuestas en forma separada. Así ocurre por ejemplo con el chantaje, que perdió autonomía, pero queda incluido dentro de la extorsión; con el estelionato, que permanece incurso en la estafa, etc.; porque como emana de la simple lectura del Código y de sus antecedentes, la tendencia fue criminalizar.

Mientras tanto la descriminalización ofrece innumerables ventajas, como las siguientes: la deflación penal, que evita en la ciudadanía el imperio del egocentrismo y del sentido común individual. En medio de tanta legislación punitiva llega un momento en que el ciudadano raso opta por hacer lo que le parece mejor. La maraña punitiva, decía alguien, es un factor criminógeno que conduce a la anomia, pues el hombre confía solamente en su propio juicio; disminuye el costo del delito en los campos de pesquisa, aplicación y ejecución de la ley; estabiliza la operatividad judicial y administrativa, pues la sobrecarga supera su capacidad. El número de procesos y de reclusos debe, como máximo, llegar al límite racional de la actividad del juez y del penitenciarista; acomoda la legislación a la realidad nacional, porque, por ejemplo, las conductas aceptadas socialmente deben serlo jurídicamente; y evita la estigmatización de muchas personas.

A título de guía, sin que todavía exista suficiente respaldo empírico en Colombia, podría pensarse en la descriminalización de estas conductas, entre otras: incesto,

bigamia, matrimonios ilegales, consumo de estupefacientes (el porte de la dosis personal, más exactamente), inasistencia alimentaria, estupro, daño en bien ajeno, fraude mediante cheque, etc.

2.2. *Despenalizar.* Es abolir, disminuir o modificar las penas, particularmente las privativas de libertad. Se hace necesario, porque no hay resocialización; el arbitrio judicial no llega a los límites máximos (demostrado está, dentro del porcentaje que puede recorrer el juez al dosificar la pena, el promedio solo alcanza el 5.8%); la cárcel (la “subcultura carcelaria”) es un foco de criminalidad; la ejecución de las penas no solo es inconducente sino a veces hasta inhumana, el presupuesto para las cárceles es exíguo, al paso que no hay inversión sino gasto.

La despenalización tampoco fue atendida por los comisionados que redactaron el nuevo Código Penal. Basta tener en cuenta que, en general, las penas fueron aumentadas en sus mínimos o en sus máximos como sucedió, v. gr. con rebelión, sedición, peculado, concusión, cohecho, falsa denuncia, encubrimiento, incendio, instigación, falsificación de sellos, injuria, calumnia, “asesinato”, aborto no consentido, abandono de personas, abuso de confianza, extorsión, etc.; porque los mismos gestores del Código Penal consideraron —aun cuando la referencia la hacen expresamente a delitos políticos— que se hacía necesario un “módico” incremento punitivo, y lo dejan ver en la gran mayoría del articulado; porque al paso que la doctrina nacional ya recomendaba despenalizar algunos comportamientos, el legislador los mantuvo y hasta elevó las penas: concusión, cohecho, prevaricato, algunas formas de peculado, injuria, calumnia, fraude mediante cheque, etc.; porque a pesar de que los comisionados de 1978 recurrieron al derecho penal administrativo, el legislador de 1980 no lo hizo.

Entretanto, este mecanismo alternativo ofrece ventajas como estas: disminuye el costo administrativo del delito; evita las consecuencias casi siempre nocivas de la prisión; permite que en los casos en que sea necesaria la pena, se facilite el tratamiento penitenciario; y previene el estigma carcelario. Cabría despenalizar: obviamente, en todos los casos de descriminalización; en los delitos leves como patrimoniales de poca cuantía y en las lesiones de poca incapacidad; en los delitos sancionados con penas mínimas y en aquellos que debiendo ser descriminalizados no opere este mecanismo por cualquier razón. Aconsejable sería en estos eventos el recurso a la pena pecuniaria, desde luego, atendiendo la situación económica de víctima y victimario.

2.3. *Desprisonalizar.* Es evitar el encarcelamiento o disminuirlo, fundamentalmente para prevenir el mal carcelario, tratar de resocializar efectivamente y disminuir costos. En el nuevo Código Penal, tampoco se pensó en este tema, pues disminuyó los casos de arresto (antes había 68, ahora 42) con lo que aumentó las posibilidades de captura sin previa citación y redujo las probabilidades de libertad provisional; no modificó lo relacionado con condena y libertad condicionales, pues a pesar de ampliar su ámbito (2 a 3 años para la primera) aumentó mínimos; acabó con el perdón judicial, menguó los casos de exclusión y extinción de la punibilidad y elevó las penas. Sería importante entonces, en sentido contrario: incrementar

las sanciones no privativas de libertad (en la actualidad el 72% son privativas de libertad) o por lo menos aumentar el número de punibles castigados con arresto, en vez de mantener la prisión; ampliar el alcance de los subrogados penales; implantar el perdón judicial; excluir la pena en todo caso de delito contra el patrimonio (tal vez excepto en los casos de hurto calificado y en extorsión) una vez reparado el daño, al igual que en todo delito de lesiones personales; exigir querrela y, por ende, permitir el desistimiento para todos los casos de lesiones personales, delitos patrimoniales con la salvedad hecha, delitos contra la familia, autonomía personal (excepto tortura y los casos relacionados con aeronaves), inviolabilidad de habitación ajena, sitio de trabajo, violación de secretos y comunicaciones, y delitos contra el sentimiento religioso; ampliar el radio de acción de la oblación cambiando algunas penas privativas, como ya se dijo, por la única de multa; y disminuir los términos de prescripción de la acción y ojalá acudir a una prescripción extraordinaria que de raíz permita descongestionar los despachos judiciales en el área penal en elevado porcentaje.

2.4. *Desjudicialización.* Consecuencia inmediata del uso de los anteriores instrumentos es la reducción del alcance de la rama jurisdiccional en materia penal. En efecto, la descriminalización reduce competencia; la despenalización entrega el conocimiento a otras autoridades, por ejemplo, administrativas o policiales o, al menos, no coloca siempre al funcionario en la responsabilidad de privar de la libertad; y la desprisonalización le permite concluir un proceso atípicamente y con mayor celeridad. A más de estas ventajas de la desjudicialización se logra una de mayor trascendencia, cual es colocar al juez en su justo lugar y proteger a la ciudadanía de decisiones rápidas, insustanciales y muchas veces inconsultas.

REFORMA PROCESAL

La Comisión, después de haber estudiado varios documentos que se anexan, consideró pertinente proponer de manera general algunas modificaciones estructurales sustanciales y formales al procedimiento penal vigente, con el fin de descongestionar los despachos judiciales en procura de dar celeridad a la administración de justicia, sin menoscabo de las garantías constitucionales y de los derechos humanos reconocidos en diferentes tratados ratificados por Colombia.

Si bien es cierto que el derecho procesal constituye un conjunto de normas de estricto cumplimiento para agotar cada una de las etapas que conforman el proceso penal, ellas deben responder a las orientaciones modernas y a las necesidades técnicas y deben estar orientadas dentro de los marcos constitucionales de obligatorio cumplimiento, sin que ello signifique en modo alguno, que el estatuto procedimental deba contener fórmulas intrascendentes que en la mayoría de los casos tan solo sirven de instrumentos dilatorios y obstaculizadores del pronto y debido proceso, y en ciertos casos conforman aspectos que dificultan la defensa de la persona legalmente vinculada, como acontece, por ejemplo, con la obligación del sindicato contra

el cual existe auto de detención, de presentarse personalmente para poder designar al profesional del derecho que le deba asistir técnicamente. Otro tanto ocurre con el segundo emplazamiento y declaratoria de reo ausente para notificar el actual auto de proceder, fórmula procesal que impide que el abogado que viene actuando en la instrucción, continúe sistemáticamente ejerciendo el derecho de defensa de quien por cualquier circunstancia no se ha presentado físicamente al proceso.

En este orden de ideas, proponemos las siguientes modificaciones o recomendaciones para la administración de la justicia penal, las que deben entenderse vistas y analizadas dentro de una nueva y tecnificada concepción de la administración operacional de la justicia, según se desprende de otros documentos que hacen parte del resultado de los estudios preliminares de la Comisión:

a) Es cierto que la justicia debe aplicarse de manera idéntica para todos los ciudadanos sin distinciones de raza, política, religión, posición social o económica. Pero ello no significa, como se ha entendido en Colombia, que el procedimiento para la investigación de todos los hechos punibles deba someterse a una idéntica ritualidad.

Es indispensable, por obvias razones, establecer diferentes procedimientos, de conformidad con la naturaleza de los hechos y con facilidad del aporte de las pruebas al proceso. No es igual, por ejemplo, la investigación de delitos contra el orden económico-social, cuya complejidad exige, requiere, la participación de ciertas instituciones y personas conocedoras de los intrincados problemas de esa índole (Superintendencias Bancaria y de Sociedades, Contraloría General de la República, etc.), que la simple investigación de unas lesiones personales confesadas. Por esta razón se hace imperante el establecimiento de un procedimiento ordinario y de uno o varios especiales informados por el principio de oralidad, para investigar y juzgar conductas en las que al sindicado se le haya sorprendido en flagrancia o haya confesado.

Así mismo, conscientes de que los inimputables, al menos en el estado actual, no pueden sustraerse del ámbito jurisdiccional, es indispensable consagrar procedimiento especial para estas personas, si se tiene en cuenta que el Código Penal no permite la imposición de medidas de seguridad a quien padece un trastorno mental transitorio sin secuelas y hasta el momento no existe uniformidad para saber en qué momento procesal debe reconocerse esa situación, ni tampoco la forma como deba precluir el proceso correspondiente.

b) Constituye necesidad imperiosa al lado de los procedimientos varios referidos, estudiar la posibilidad de exigir la iniciativa privada para enervar la acción penal. En otros términos, es necesario modificar el concepto rígido en extremo que se tiene sobre el principio de oficiosidad, para así poder crear la exigencia para varios comportamientos ilícitos de la querrela como condición previa de procesabilidad. (Delito de estupro, lesiones personales con mínimas secuelas, hurtos de mínima cuantía, en los que predomina el interés privado sobre el social). Mediante esta forma se obtiene una considerable reducción de la congestión de trabajo que padecen los funcionarios que administran justicia.

c) Constituye preocupación permanente la regulación adecuada del restablecimiento del derecho y no puede continuarse con el errado criterio de que solo se

logra cumplir con la función jurisdiccional penal, concretando en sentencias condenatorias la pretensión meramente punitiva del Estado. Resulta más eficaz y conveniente para la sociedad, el restablecimiento del derecho y en consecuencia aparece más lógico el que se resarzan los perjuicios ocasionados con el delito antes que privar de la libertad a quien lesionó o puso en peligro un bien jurídico penalmente protegido.

Deben ampliarse, mediante este y otros mecanismos, las formas de terminación del proceso. También podrían utilizarse estos factores (pagos, conciliaciones, indemnizaciones previas), como causales de improcedibilidad.

d) Lo ideal es que solo se adelante proceso penal contra personas que físicamente han comparecido al proceso propiamente tal, pero puede resultar extrema la tesis y por tal motivo solo proponemos que el proceso penal se inicie siempre y cuando exista determinación o identificación del sujeto activo de la infracción, para poderlo vincular legalmente y, así, poder tomar decisiones de fondo que permitan la terminación de la actividad jurisdiccional. En este orden de ideas, debe conservarse el concepto de "indagación preliminar" (aunque jurisdiccionalizada) para aportar preferencialmente pruebas con relación a la tipificación de la conducta y a la identidad o singularización del infractor o infractores.

Las denuncias en averiguación no pueden constituir por sí mismas material para iniciar proceso, ya que la práctica nos enseña que iniciado el proceso en esas condiciones, no existe forma diferente a la prescripción para terminarlos y constituyen dichas diligencias una innecesaria carga para el efectivo trabajo de quienes adelantan procesos con sindicado identificado y detenido o privado de la libertad.

e) La indagación preliminar debe ser modificada sustancialmente en el sentido de darle, como se anotó, un contenido jurisdiccional, pues con ello se logra el establecimiento de un mejor control sobre la prueba y se evita la repetición de diligencias, tal como lo permite el actual art. 306 del Código de Procedimiento Penal. Para la efectividad de esta reforma, absolutamente indispensable, es la creación de las unidades permanentes de investigación, bajo el control y dirección del juez permanente.

f) Como el concepto de acción penal (art. 10 del actual Código de Procedimiento Penal) está fundamentado en los principios que orientan un sistema esencialmente inquisitivo, que implica la concentración de funciones en el juez, como que es el mismo funcionario quien formula los cargos a través del auto de proceder y es quien profiere la sentencia pertinente, es necesario delimitar la etapa de investigación con la etapa de juzgamiento, para que sean diversos funcionarios quienes actúen en cada una de ellas y, en consecuencia, también se impone el cambio del concepto de *acción*.

Con lo anterior se asegura la imparcialidad del funcionario que profiere el fallo definitivo, ya que hasta antes de este pronunciamiento no tiene hipotecado su criterio.

Lo anterior implica, sin lugar a dudas, la necesidad de una integral reforma al sistema de calificación y especialmente la eliminación del denominado auto de proceder. (Idea que se planteó desde hace muchos años en el Coloquio de Derecho

Procesal realizado en la Universidad Externado de Colombia por varios juristas, especialmente el doctor GAITÁN MAHECHA).

Proponemos, con los mismos argumentos, que el funcionario que realice la evaluación de la etapa instructora debe ser diferente del fallador.

El sobreseimiento denominado temporal también se torna innecesario con las reformas que se proponen. Por lo menos, su tratamiento en la forma que existe actualmente debe sufrir radical transformación, para evitar que las personas sindicadas tengan por prolongado tiempo su situación procesal *sub judice*, hasta la prescripción de la acción penal.

Los mecanismos procesales de cesación de procedimiento, como complemento de lo dicho, deben extenderse a los casos de demostración clara de causales de exclusión de antijuridicidad o de culpabilidad.

La solicitud de cesación de procedimiento tiene que dejar de ser un instrumento de paralización o entorpecimiento de los procesos.

g) Las decisiones jurisdiccionales deben tener controles a través de los recursos o el grado jurisdiccional de consulta, pero estos institutos requieren modificaciones para que se tornen técnicos, eficaces, no dilatorios. Inconveniente es el que todas las determinaciones judiciales, aun aquellas intrascendentes para las garantías de los sujetos procesales, puedan ser recurridas o consultadas. No puede seguir reinando la irresponsabilidad y el deportivismo en la interposición de los recursos y, en consecuencia, este capítulo merece profundas modificaciones, sin que se olviden, claro está, los principios de la doble instancia y el debido proceso.

El sistema de notificaciones también es digno de variaciones. Así, la notificación por conducta concluyente debe existir en materia procesal penal. Por otro lado no se explica la notificación por estados o por edictos, sino en aquellos casos en los que no exista notificación personal. No tienen razón de ser las notificaciones de providencias de segundo grado en contra de las cuales es improcedente cualquier recurso. Podría pensarse en la posibilidad de renuncia de determinados términos cuyo agotamiento pleno es innecesario.

h) Las recusaciones y los impedimentos como formas de lograr la imparcialidad de los funcionarios deben conservarse, pero es necesario introducir modificaciones en el trámite para separar del conocimiento de un proceso a determinado funcionario, porque en ciertas ocasiones el conformar en últimas, por ejemplo, una Sala que haya de decidir, implica el transcurso de meses e incluso años, tiempo en el cual el proceso sufre una inexplicable e injustificable paralización.

No menos necesaria es la reforma del sistema de conjueces, especialmente en la Corte Suprema de Justicia, en donde se han dado casos en los que problemas de control jurisdiccional y de trascendentales asuntos criminales, un abogado litigante resuelve la controversia que se presenta por empate entre los jueces naturales.

i) Se abusa en el actual sistema procesal de las denominadas nulidades constitucionales. Se confunden las meras irregularidades con el quebranto de garantías consignadas en la Carta Magna. Por ello no deja de ser imperiosa la regulación de este importante aspecto del estatuto procesal. Los sistemas modernos tienden a una regulación legal taxativa de las nulidades.

La inexistencia de diligencias y de pruebas constituye onerosa e irreparable carga para el proceso. Por ejemplo, es exagerado el considerar inexistente una actuación por la simple falta de una fecha, si en verdad existen medios probatorios claros para establecer sin duda este vacío o si la informalidad no interesa para los fines del proceso o no quebranta ciertas garantías del debido proceso, como sería la de la posibilidad de interponer un recurso.

En el Código que no entró en vigencia por declaratoria de inconstitucionalidad del acto legislativo número 1 de 1979, se consagraron fórmulas bajo el nombre de "prórrogas de competencia", mediante las cuales no era posible la declaratoria de nulidad por incompetencia cuando el hecho básico que servía de fundamento para la acusación no sufría modificación y solo se alteraban las circunstancias de la ejecución del comportamiento, caso en el cual el proceso no se debe retrotraer, sino que se debe enviar al juez que en últimas resulte competente para el juzgamiento. Esta importante iniciativa no dudamos en recomendarla como sana y lógica.

j) El cambio de radicación, aun por motivos de orden público, es una medida jurisdiccional que implica cambio de competencia territorial. En consecuencia, proponemos que la determinación definitiva la tomen los funcionarios de la rama jurisdiccional y se limite la actuación del ejecutivo a la designación concreta del lugar en donde debe quedar en definitiva el proceso, en ciertos casos especiales.

El fenómeno de la conexidad también merece modificación. Por principios de economía procesal no es suficiente la denominada conexidad sustancial por el vínculo existente entre los varios hechos punibles, sino que es indispensable fortificar la institución mediante la acogida a la llamada conexidad procesal cuando existe, por ejemplo, comunidad en el medio probatorio.

Cuando una persona tiene fuero y ha realizado el hecho delictuoso con la colaboración de alguien que carece de la condición personal que marca el cambio de la competencia para el juzgamiento, debe conservarse la unidad procesal y la autoridad a quien le esté atribuido el conocimiento por el fuero, debe resolver la situación jurídica de los demás coparticipes para evitar duplicidad de procesos y en ocasiones fallos contradictorios, sin que esto implique una regla general, pues su aplicación sería imposible, por ejemplo, en los eventos en que el Senado es revestido por mandato de la Constitución de facultades jurisdiccionales para el juzgamiento de altos funcionarios.

k) Las medidas que afectan la libertad de los ciudadanos sindicados, como también aquellas que tocan los bienes con fines indemnizatorios, deben ser modificadas para obtener, de una parte, seriedad en la captura y en general en la privación de la libertad y, por la otra, fortificar la garantía de una indemnización de daños y perjuicios.

Proponemos, pues, que se generalice la citación para indagatoria, que se exija una breve motivación a las órdenes de captura y se amplíen las causales de libertad provisional. Esto no implica el abrir el camino a la impunidad, pues deberán crearse instituciones que impliquen un control sobre las personas para obtener los positivos resultados que se persiguen en el proceso penal. La privación de la libertad como consecuencia del auto de preventiva detención debe reducirse, mediante la implanta-

ción de otras formas de restricción a la libertad, como serían la detención domiciliaria en el lugar de trabajo y la prohibición de abandonar el sitio de domicilio.

También debe hacerse una mejor regulación del derecho denominado *habeas corpus*, el cual debe garantizarse mediante la ampliación para casos actualmente no regulados, como son los de vencimiento de términos para privación de libertad por la aplicación del art. 28 de la Constitución Nacional y de las normas sobre extradición.

l) La función del ministerio público debe convertirse en una realidad que implique el que deje de ser meramente conceptualizadora. La visita de cárceles, el control de las personas que gozan de beneficios de libertad provisional o de subrogados penales, el control de términos, la garantía del cumplimiento de los derechos humanos, bien podrían constituir funciones primordiales para esta institución.

Debe conservarse la posibilidad del ejercicio de la parte civil, pero buscando fórmulas de limitación que impidan actuaciones dilatorias y que den a su actividad el logro de resultados indemnizatorios.

A pesar de las objeciones que se han hecho, creemos conveniente la vinculación al proceso penal de las personas que sin haber participado en la ejecución del hecho delictuoso, deben responder por los perjuicios ocasionados por mandato legal o por relaciones contractuales.

ll) Proponemos que la recepción de las pruebas no tenga limitaciones en exagerados formalismos. El sistema de valoración de la prueba debe estar orientado principalmente por las corrientes modernas de apreciación racional y no de la tarifa legal que en muchos casos se aplica en Colombia. El contenido del concepto de documento como medio probatorio no puede seguir respondiendo a lo meramente escrito, sino que debe actualizarse a las manifestaciones de voluntad contenidas en medios técnicos y mecánicos como se hace en el Código de P. C. y como trató de hacerse en el Código de las penas. No debe limitarse el concepto de confesión a la mera aceptación sin cualificaciones del hecho, sino que debe extenderse a los casos en que se proponen causales excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad.

Deben eliminarse trabas creadas por inútiles formalismos para la realización de las inspecciones judiciales y algunas otras diligencias.

Las diligencias denominadas de reconstrucción y de confrontación entre personas (careos) no pueden seguir constituyendo medios de repetición integral de versiones y actos ya consolidados en el proceso.

Sin quebrantar los principios de contradicción, autenticidad, legalidad, etc., de la prueba, es necesario buscar fórmulas para la obtención de pruebas producidas en el exterior, ya que el sistema actual es completamente obsoleto.

m) En el juicio debe imperar el sistema de la oralidad.

En cuanto al sistema de jurados de conciencia, se hace imperiosa una regulación que modernice las fórmulas existentes. Deben crearse estímulos para las personas designadas como jurados.

Deben crearse mecanismos para que el debate en audiencia sea realmente técnico y no se convierta en interminables referencias a cuestiones ajenas a la causa.

n) En cuanto al sistema de ejecución de penas, se impone un cambio fundamental en la legislación colombiana. Convendría crear un Tribunal de Ejecución de Penas con participación del juzgador que las impuso, o por lo menos, el funcionario debe estar asesorado por personal capacitado para estudiar no solamente el grado de rehabilitación del condenado, sino todos los fenómenos que tienen que ver directa o indirectamente con la ejecución de las sanciones.

ñ) Muy poco es lo que de manera correcta regula el Código de Procedimiento Penal en relación con la ejecución de las sentencias dictadas en el extranjero. Debe establecerse una regulación ágil y eficiente.

o) Son muchos otros aspectos los que deben modificarse y la Comisión se ha referido a los fundamentales; pero ya en desarrollo más concreto haremos mención específica de los cambios que en el exagerado formalismo que caracteriza nuestra legislación, deben introducirse. Por ejemplo, en el sistema de indagatorias, si bien es cierto que consideramos que esta debe verificarse sin apremio y sin juramento, ello debe hacer referencia a los hechos directamente investigados, pero los generales de ley y las respuestas concernientes a los bienes de propiedad del sindicado, deben recibirse bajo la gravedad del juramento.

Finalmente, observamos que el derecho procesal ha olvidado *instituciones* que pueden prestar gran ayuda a la justicia, especialmente mediante las llamadas acciones populares tales como Asociaciones de Consumidores, Defensores del Medio Ambiente, organismos a los que prestan especial atención legislaciones como la francesa, canadiense, alemana y aun la española.

RESOLUCIÓN NÚM. 1683 DEL 1º DE AGOSTO DE 1984,
POR MEDIO DE LA CUAL SE CREAN COMISIONES
ASESORAS PARA LA REFORMA
A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El Ministro de Justicia
en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

Que dentro de las funciones asignadas al Ministerio de Justicia se encuentra la de proyectar las reformas necesarias para una mejor administración de justicia, directamente o con el concurso de funcionarios de la rama ejecutiva y jurisdiccional, del ministerio público o de expertos particulares;

Que al Ministerio de Justicia le corresponde igualmente adelantar, directamente o en colaboración con entidades públicas o privadas, investigaciones socio-jurídicas o criminológicas para determinar la eficacia de la legislación vigente o propiciar su reforma, lo mismo que preparar para su adopción por los organismos competentes, las medidas de tratamiento y rehabilitación de la población carcelaria y penitenciaria;

Que en el Ministerio de Justicia han venido funcionando diversas comisiones que es necesario reorganizar a fin de lograr un trabajo coordinado de las mismas.

RESUELVE:

Art. 1º.—Créanse las siguientes comisiones asesoras para la reforma de la administración de justicia, encargadas de preparar y sugerir las modificaciones que deban introducirse a la legislación y las medidas que deban adoptarse para una mejor administración de justicia en el país.

Comisión de Reforma al Régimen Penal, encargada de estudiar lo relativo a posibles reformas al procedimiento penal, al régimen de instrucción criminal, policía judicial y medicina legal, lo mismo que los demás asuntos que la Comisión considere necesarios en relación con el tema.

INTEGRANTES:

Doctor MIGUEL SÁNCHEZ MÉNDEZ, Coordinador.
Doctor LUIS CARLOS PÉREZ

Doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA
Doctor JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA
Doctor JAIME BERNAL CUÉLLAR
Doctor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
Doctor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ
Doctor JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO
Doctor ALFONSO REYES ECHANDÍA
El Jefe de la Oficina de Investigaciones Socio-Jurídicas y de Prevención del Delito.

Comisión de Reforma al Régimen Penitenciario, encargada del análisis de los proyectos existentes sobre la materia y de los que considere necesario proponer.

INTEGRANTES:

El Director General de Prisiones, Coordinador
El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio
El Jefe de la División de Inspección de la Dirección General de Prisiones
El Jefe de la División de Personal del Ministerio
Doctor RICARDO MEDINA MOYANO
Doctor FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

Comisión sobre Carrera y Escuela Judiciales, encargada del estudio de los proyectos existentes sobre la materia y de los que considere necesario proponer.

INTEGRANTES:

El Viceministro de Justicia, Coordinador
Un Delegado del Departamento Administrativo del Servicio Civil (DASC)
Un Delegado de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP)
Un Delegado del Instituto Colombiano de Fomento para la Educación Superior (ICFES)
Un Delegado de la Procuraduría General de la Nación
Un Delegado de la Asociación Nacional de Empleados Judiciales (ASONAL)

Comisión sobre Informática Jurídica, encargada del estudio y puesta en marcha de los proyectos existentes y de los que considere necesario proponer en materia de aplicación de la informática a la administración de justicia.

INTEGRANTES:

Doctor ABELARDO RIVERA LLANO, Coordinador
El Jefe de la Oficina de Planeación del Ministerio

El Asesor del Despacho del Ministro
Doctora LUCÍA TARAZONA DE NIÑO
Un Delegado del Instituto Ser de Investigaciones

Comisión sobre Reformas Civiles y Comerciales, encargada de preparar y sugerir las modificaciones introducirse al régimen de derecho civil y comercial, salvo lo relacionado con el proyecto de nuevo Código Civil y la legislación de menores y de familia, para lo cual continuarán ejerciendo sus funciones las comisiones creadas por el decreto núm. 1319 de 1981 y la resolución núm. 115 de 1984.

INTEGRANTES:

El superintendente de Notariado y Registro, Coordinador
Doctor JORGE CARDOSO ISAZA
Doctor FERNANDO HINESTROZA FORERO
Doctor JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO
Doctor HÉCTOR ROMERO DÍAZ

Comisión de Reformas al Régimen de la Abogacía, encargada del estudio de los proyectos sobre colegiatura obligatoria, defensoria de oficio, reformas al pénsum de las facultades de derecho y al Estatuto del Ejercicio de la Abogacía.

INTEGRANTES:

El Jefe de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional, Coordinador
Doctor HERNANDO MORALES MOLINA
Doctor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA
Doctor JAIRO PARRA QUIJANO
Doctor GERMÁN NAVAS TALERO
El Asistente del Ministro de Justicia
Un Delegado del Instituto Colombiano de Fomento para la Educación Superior (ICFES).
Un Delegado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional
El Presidente de la Corporación Colegio Nacional de Abogados "Conalbos"

Art. 2°.—La coordinación general de las comisiones para la Reforma de la Administración de Justicia, creadas mediante esta resolución, estará a cargo del Secretario General del Ministerio de Justicia.

Art. 3°.—Cada Comisión establecerá su forma de trabajo, así como la periodicidad de sus reuniones y podrá crear sub-comisiones para el cumplimiento de sus objetivos.

Art. 4°.—El Ministerio de Justicia suministrará a las comisiones los servicios de Secretaría, sitio de reunión, grabación, biblioteca, documentación, archivo y publicaciones que se requieran para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

Art. 5°.—La Oficina de Planeación del Ministerio será la dependencia operativa de la Comisión sobre Informática Jurídica, para lo cual actuará bajo la orientación del Coordinador de la Comisión.

Art. 6°.—Los miembros de las comisiones que no sean funcionarios públicos, devengarán honorarios por valor de \$ 4.000.00 por cada reunión a que asistan, los cuales serán cubiertos con cargo a Honorarios, capítulo 1, artículo 1314 del presupuesto del Ministerio de Justicia.

Art. 7°.—La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición. Comuníquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. E., 1° de agosto de 1984.

**SECCIÓN
DE
JURISPRUDENCIA**

Corte Suprema de Justicia

JUZGAMIENTO DE CIVILES POR LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN ÉPOCA DE ESTADO DE SITIO¹

La Corte declara la constitucionalidad del decreto 1042 de 1984 y reitera la tradición jurisprudencial, de conformidad con la cual los decretos de Estado de sitio que atribuyen a la justicia penal militar competencia para conocer de procesos penales contra civiles no pugnan con la Carta fundamental. En esta materia deben tenerse en cuenta no solo los criterios jurídicos sino también los políticos, dada la trascendencia de este tipo de decisiones. El art. 61 de la C.N. cuando habla de "tiempo de paz", prescribe que en estado de excepción es posible la atribución de competencias a los jueces castrenses para juzgar a civiles no vinculados con las fuerzas militares; los arts. 27-2 y 170 no pugnan con lo preceptuado en dicha norma en cuanto esta habla de "tiempo de paz".

Mag. ponente: Dr. ALFONSO PATIÑO ROSELLI

Acta número 29, de julio 3 de 1984

En cumplimiento de lo ordenado por el párrafo del art. 121 de la Constitución Política, con fecha 3 de mayo del año en curso la Presidencia de la República hizo llegar a la Corte Suprema de Justicia, para su revisión, copia fiel del decreto 1042 del 2 de mayo próximo pasado.

El texto completo del decreto en referencia es como sigue:

"DECRETO 1042 DE 1984
(mayo 2)

"Por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento en materia de narcotráfico

"*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 1038 del 1º de mayo de 1984

¹ Sistemáticamente y de manera mayoritaria, la H. Corte venía declarando exequibles los decretos expedidos por el ejecutivo en uso de las atribuciones del art. 121 de la Carta, por medio de los cuales se otorga competencia a los tribunales castrenses para juzgar a los civiles en épocas de anormalidad; una opinión minoritaria, sustentada por dos o tres magistrados venía salvando su voto, pues consideraba que tal adscripción de competencias era y es inconstitucional. La situación ha variado sin embargo: en la decisión que hoy presentamos, la alta corporación se ha dividido en dos bloques de doce magistrados cada uno, debiendo recurrir a un conjuer, quien, aduciendo como tesis fundamental la *defensa social*, ha inclinado la balanza en pro de la exequibilidad.

Se trata, a no dudarlo, de una controversia de importantes alcances, que nos ha de llevar en un futuro a que la tesis de la inexecutable se imponga, no solo por la contundencia y la claridad de la tesis en disidencia, sino por la necesidad del afianzamiento del Estado de derecho. (Nota de la Coordinación).

”DECRETA:

”Art. 1º.—El conocimiento de los delitos a que se refieren los arts. 37, 38 inciso 1º, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50 y 51 del decreto 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), corresponde a la Justicia Penal Militar, la cual los juzgará por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales consagrados en el libro cuarto, título sexto, capítulo segundo del Código de Justicia Penal Militar (artículos 566 y ss.).

”Art. 2º.—La competencia y el procedimiento establecidos en el artículo anterior, se extenderán a los delitos conexos con las infracciones señaladas en él.

”Art. 3º.—La captura y detención preventiva se regirán por las normas pertinentes del Código de Justicia Penal Militar. Ninguno de los delitos enumerados en el artículo 1º, tendrá derecho a excarcelación.

”Art. 4º.—La competencia y el procedimiento establecidos en este decreto, regirán para los hechos respecto de los cuales no se haya iniciado investigación.

”Respecto de los procesos ya iniciados, continuarán conociendo las autoridades establecidas por disposiciones anteriores y con los procedimientos en ellos indicados. (C. de P. P., decr. 1188/74 y decr. 760/84).

”Art. 5º.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

”Cúmplase y comuníquese.

”Dado en Bogotá, a 2 de mayo de 1984”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del decreto 432 de 1969, el decreto 1042 de 1984 fue fijado en lista, en la Secretaría de la Corte, por el término de 3 días, para efecto de la intervención ciudadana. Dicho término venció en silencio.

Enviado el decreto al Procurador General de la Nación, este lo ha devuelto a la Corte donde se recibió el 23 de los corrientes.

CONCEPTO DEL PROCURADOR:

El jefe del ministerio público hace, en primer lugar, una revisión histórica de las normas constitucionales relativas al juzgamiento de civiles por jueces distintos de los que en esa condición les corresponden, es decir, por “comisiones especiales” o por “tribuna-

nales extraordinarios”, lo cual se relaciona con la posibilidad de ser juzgados por la justicia penal militar. Muestra así el Procurador que la prohibición de que ello ocurra procede de la “efímera constitución de la República de Colombia, expedida en 1830”, y aparece reiterada sucesivamente en la Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832; en la Constitución Política de la Nueva Granada de 1853; y en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia en 1863.

Así mismo, el Procurador cita textos constitucionales de algunos países, en los que se disponen prohibiciones similares, como estos:

Ley Fundamental para la República Federal Alemana

”Artículo 96...

”2. La Federación podrá crear tribunales disciplinarios con carácter de tribunales federales para las Fuerzas Armadas. Dichos tribunales solo podrán ejercer jurisdicción en el caso de defensa, así como únicamente sobre individuos pertenecientes a las Fuerzas Armadas...”

”Artículo 101...

”1. Serán ilícitos cualesquiera tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.

Constitución de la República Democrática Alemana

”Artículo 101.

”1. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.

”2. Quedan prohibidos los tribunales de excepción”.

Constitución Política de México

”Artículo 13.

”Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales...; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrá extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército”.

De manera concreta sobre el mismo caso considerado a la luz de los preceptos constitucionales pertinentes, manifiesta el Procurador que “... también se ha evidenciado que de conformidad con los artículos 2º, 55, 61 y 170 de la Constitución Política,

la justicia castrense solo puede conocer de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Militares mas no de los delitos que cometan los civiles, toda vez que aún bajo el estado de sitio, por expreso mandato constitucional, es incompatible el ejercicio simultáneo de la función militar con el de la autoridad judicial, y por ende, su desconocimiento conlleva (sic) violación directa y ostensible de la Constitución, como lo hizo el gobierno al dictar el decreto legislativo 1042 de 1984, al adscribirle competencia a la justicia penal militar para que conozca de los delitos a que se refiere su artículo 1º”.

En consecuencia, el jefe del ministerio público solicita a la Corte que declare inexecutable el decreto legislativo núm. 1042 de 1984.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Primera.—Según lo prescribe el párrafo del art. 121 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia debe decidir en definitiva acerca de la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno en uso de las facultades que le otorga dicho artículo constitucional. Tales son la causa y el objeto de la presente providencia.

Segunda.—Como el decreto legislativo núm. 1042 de 1984, que se revisa, fue expedido, además, “en desarrollo del decreto 1038 de 1984”, es procedente reproducir el texto de este para verificar su indispensable conexidad:

“DECRETO NÚM. 1038 DE 1984
(mayo 1º)

”Por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República.

”El presidente de la república de Colombia,

”en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, oído el concepto previo y favorable del Consejo de Estado, y

”CONSIDERANDO:

“Que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados que han atentado contra el Régimen Constitucional, mediante lamentables hechos de perturbación del orden público y suscitando ostensible alarma en los habitantes;

”Que para conjurar la grave situación especialmente en los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca, el gobierno declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de dichos departamentos por medio del decreto 615 de 14 de marzo anterior;

”Que el gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales los medios que le atribuye la legislación ordinaria, sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad;

”Que con posterioridad a la expedición del decreto 615 de 1984, han tenido lugar asaltos a poblaciones por obra de grupos armados, entre ellos los ocurridos sobre Acevedo en el departamento del Huila, Corinto en el departamento del Cauca, Sucre y Jordán Bajo en el departamento de Santander, Giraldo en el departamento de Antioquia y Miraflores en la Comisaría del Guaviare;

”Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;

”Que recientemente ocurrieron actos terroristas en las ciudades de Medellín, Cali y Bogotá, causantes de la destrucción de numerosos vehículos de transporte colectivo;

”Que al anochecer del día de ayer fue asesinado el señor Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla;

”Que en general, hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas han ocasionado sensibles bajas del

personal de las Fuerzas Militares y de la Policía, lo mismo que víctimas en la población civil;

”Que se hace necesario, ante la gravedad de la situación, adoptar las medidas de excepción contempladas en el artículo 121 de la Constitución Política;

”DECRETA:

”Artículo 1º.—Declárase turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

”Artículo 2º.—Este decreto rige desde la fecha de su expedición.

”Publíquese y cúmplase”.

Tercera.—Por el aspecto formal, el decreto 1042 que se examina fue expedido, como lo exige la Carta, con la firma del presidente de la República y de todos los ministros. Por eso tiene carácter obligatorio.

Cuarta.—La quinta consideración del decreto 1038 de 1984, que se deja transcrito, afirma: “Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional”. Este hecho, aducido como motivo de medidas legislativas excepcionales, no solo merece credibilidad, sino que constituye fenómeno de público y general conocimiento, lo cual lo coloca más allá de cualquiera exigencia de una específica comprobación.

De otra parte, el decreto 1042 que se analiza, versa sobre los delitos a que se refieren los arts. 37, 38, inciso 1º, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50 y 51 del decreto 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), y sobre los delitos con ellos conexos, cuyo conocimiento asigna a la justicia penal militar para que los juzgue por el procedimiento de los consejos de guerra verbales. Igualmente dispone la aplicación del Cód-

igo de Justicia Penal Militar en cuanto a captura y detención preventiva de quienes realicen tales ilícitos; sobre derecho de excarcelación; y sobre competencia y procedimiento con respecto a procesos ya iniciados en el momento de la vigencia del decreto.

Siendo una misma la materia propia del decreto 1042 de 1984 y la del citado quinto considerando del decreto 1038 del mismo año, que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República, clara es la relación de conexidad entre aquel y este. Efectivamente, en uno y en otro el gobierno se refiere a la directa incidencia del narcotráfico sobre las causas de perturbación del orden público y del normal funcionamiento de las instituciones, lo que ha llevado a expedir las normas jurídicamente excepcionales cuya constitucionalidad la Corte debe juzgar.

Quinta.—La constitucionalidad de decretos de estado de sitio que atribuyen a consejos de guerra verbales el conocimiento y sanción de delitos cometidos por personas no integrantes de las fuerzas militares de la República, o aplican a dichas personas otras disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, ha sido constantemente sostenida por la Corte Suprema.

Revisten al respecto especial significación las siguientes sentencias:

a) la de 14 de mayo de 1970 (magistrado ponente: Doctor HERNÁN TORO AGUDELO, “G. J.”, núm. 2338-Bis, pág. 158), en la cual se afirmó:

“En efecto, si bien es evidente que los poderes del artículo 121 permiten, bajo determinadas reglas y limitaciones, restringir o afectar el ejercicio de ciertos derechos o garantías individuales y sociales, es no menos claro que en ningún caso puede el gobierno alterar la estructura constitucional del Estado, que comprende no solo la existencia, intangible en su origen y organización, de las distintas ramas del poder público, y el mantenimiento de sus propias competencias, salvo por este aspecto algunas ex-

cepciones expresas, como las de los artículos 33, 43 y 61 de la Carta, sino también la división territorial y la organización administrativa y jurisdiccional que, acorde con ella, ha trazado el constituyente”.

b) La de 13 de agosto de 1970 (magistrado ponente: Doctor LUIS SARMIENTO BUITRAGO, “G. J.”, núm. 2338-Bis, pág. 314), en la que se expresó:

”c) El artículo 170 de la Carta crea las Cortes Marciales y los Tribunales Militares para el fuero penal militar como parte integrante de la rama del poder público encargada de administrar justicia; el artículo 58, por su parte, incluye dentro de la rama jurisdiccional los demás tribunales y juzgados que establezca la ley; dentro de estos están los Consejos de Guerra Verbales, creados por el decreto 250 de 1958 y la ley 141 de 1961. Finalmente el artículo 61 de la Carta permite, en estado de sitio, ampliar la jurisdicción penal militar al conocimiento de los delitos comunes cuando tienen conexidad con la turbación del orden o con las causas que han originado la anormalidad.

”Siendo los Tribunales Militares también creación de la Carta como los jueces ordinarios, el simple tránsito de competencia de estos a aquellos para el juzgamiento de ciertos delitos comunes en tiempo de estado de sitio con los procedimientos de la justicia castrense, no implica la creación de tribunales ad-hoc, ni el sometimiento de los sindicatos a normas procesales formalmente nuevas en el tiempo, pues están consagradas en ley preexistente.

”La Justicia Militar amplía su competencia para juzgar los delitos comunes por autorización de la misma Carta”.

c) La de 30 de octubre de 1978 (magistrado ponente: Doctor LUIS CARLOS SÁCHICA, “G. J.”, núm. 2397, pág. 237), en la cual se dijo:

“Precisamente, el decreto 1923 no ha hecho en este aspecto sino aplicar la excepción del artículo 61 que autoriza para tiempos anormales la acumulación y, por tanto, el traslado transitorio de competencias y expresamente las de naturaleza jurisdiccional, en órganos distintos a los que las ejercen ordinariamente, lo cual legitima la adscrip-

ción a la justicia penal militar, y a las autoridades militares y de policía que aquel decreto determina, el conocimiento y sanción de ciertos delitos y contravenciones.

”El decreto en estudio no crea organismos ad hoc, ni cambia el origen ni la composición de los existentes. Simplemente, faculta a ciertas autoridades el ejercicio simultáneo de las atribuciones que ordinariamente les compete, con las que les son adscritas transitoriamente, según la autorización constitucional del artículo 61”.

d) La de 23 de mayo de 1980 (magistrados ponentes: Doctores OSCAR SALAZAR CHAVES, MARIO LATORRE RUEDA y RICARDO MEDINA MOYANO —quienes hubieron de formular salvamentos de voto parciales—, “G. J.”, núm. 2403, pág. 130), en la que se manifestó:

“Se considera que el funcionamiento de los Consejos de Guerra Verbales se encuentra estrechamente vinculado a la eliminación de las causas primarias y sobrevinientes de la turbación del orden público; que es necesario agilizar el procedimiento, garantizando el derecho de defensa, y, en fin, se llega a la conclusión de que el requisito establecido en el artículo 574 del Código de Justicia Penal Militar, tal como se encuentra consagrado, no propicia una pronta administración de justicia, por lo cual se suspende transitoriamente la norma y se reemplaza por otra que busca mayor celeridad en la tramitación.

”El decreto legislativo número 2131 de 1976 que declaró turbado el orden público enumera, como fundamento de tal decisión, ‘frecuentes asesinatos, secuestros, colocación de explosivos e incendios, característicos de prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos que desvertebran el régimen republicano vigente, hechos que atentan contra derechos ciudadanos reconocidos por la Constitución y por las leyes y que son esenciales para el funcionamiento y preservación del orden democrático, propio del Estado de Derecho’.

”Subsisten algunas de esas causas que, a juicio del gobierno, ‘son de suma gravedad y de conocimiento general, determinantes de una perturbación mayor del orden público’.

La validez constitucional del decreto está determinada por la relación entre la materia de que trata y su eficacia para combatir la turbación del orden. Lo dispuesto por el ejecutivo, guarda relación con la paz pública para restablecerla, toda vez que la demora en la decisión de los procesos de que conocen los Consejos de Guerra Verbales crea zozobra, mantiene la intranquilidad ciudadana y deja sin definir situaciones individuales cuya permanencia y persistencia propician el estado de malestar colectivo.

Un examen objetivo del acto que se estudia y de los problemas de orden público que afectan al país, agravados por situaciones que no existían en la época de la declaratoria del estado de sitio y los cuales son de dominio público, llevan a la conclusión de conexidad entre la eficacia de la medida adoptada y el restablecimiento del orden público perturbado.

La materia sobre la cual versa el decreto 536 de 1980 guarda relación con dos supuestos: las razones expuestas por el gobierno en el decreto 2131 que declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional y los hechos que han continuado causando la anormalidad.

Bajo estos aspectos se puede afirmar que las medidas adoptadas se ajustan a las facultades del gobierno durante el estado de sitio, y que son, de un lado, las legales ordinarias, y de otro las que la Carta autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público, y las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones.

En sentencia de 24 de julio de 1961 (magistrado ponente: Doctor JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ, "G. J.", núms. 2242, 2243 y 2244, pág. 13), la Corte formuló apreciaciones que podrían entenderse como contrarias a los conceptos antes transcritos. Con respecto a ella se debe tener en cuenta, sin embargo, que el decreto de estado de sitio a que se refirió, el número 12 de 1959, asignó a los jueces de instrucción criminal —entonces funcionarios de la rama ejecutiva— el conocimiento y sanción de numerosos delitos. El pronunciamiento versó sobre esa

atribución de competencia a jueces de instrucción, frente a las circunstancias existentes en 1959.

Ningún fallo de la Corte Suprema ha declarado inexecutable decreto alguno de estado de sitio conforme al cual se apliquen a civiles normas del Código de Justicia Penal Militar.

Sexta.—En vistas fiscales de 1984 el Procurador General ha señalado a la atención de la Corte, en forma insistente, el aspecto político que al lado del jurídico es inherente a los fallos de esta corporación.

En la correspondiente al proceso número 1128 (acusación por Gustavo Adolfo Niño Rojas y Antonio Rodríguez Peralta a algunos artículos de la ley 2ª de 1984), por ejemplo, manifestó:

"Repara también este despacho que la interpretación constitucional es, como sostiene el profesor Restrepo Piedrahita, 'disciplina cuya delicada misión tiene que cumplirse en la conflictiva frontera estratégica que separa y une al mismo tiempo los territorios de lo político y lo jurídico'; que, con razón, los grandes teóricos del derecho público contemporáneo designan al juez constitucional con el significativo nombre de 'juez-estadista'".

En su concepto sobre el decreto 1042 de 1984 el jefe del ministerio público no estimó del caso recordar a la Corte el referido parecer del Doctor Carlos Restrepo Piedrahita. La revisión constitucional de ese decreto conlleva (sic) ineludiblemente, sin embargo, en mayor medida de la que ordinariamente poseen los asuntos de constitucionalidad sobre los cuales ha de pronunciarse la corporación, un aspecto político, y político en la más alta acepción.

Las mafias de narcotraficantes han colocado a la nación entera en circunstancias cuya condición excepcionalmente decisiva para el presente y el futuro de Colombia no cabría exagerar. Ninguna hipérbole sería necesaria para describir un estado de cosas que el asesinato del doctor Rodrigo Lara Bonilla, cuando desempeñaba el cargo de Ministro de Justicia, dejó plasmado con insuperable y simple elocuencia.

Olvidando la "frontera estratégica que separa y une al mismo tiempo los territorios de lo político y lo jurídico", y como si no se hallare en marcha, ante riesgos y calamidades excepcionales, una campaña de la cual dependerá en buena escala el porvenir de Colombia —incluido desde luego, el de sus instituciones constitucionales y quizá la propia supervivencia en nuestro suelo del Estado de derecho—, el vocero de la sociedad le propone a la Corte que, haciendo uso de su derecho a la versatilidad, abandone el concepto que ella siempre ha sostenido, favorable a la eventual ampliación de la competencia de la justicia penal militar en etapas de estado de sitio.

En apoyo de su propuesta el Procurador no aduce ninguna razón que la Corte no hubiera ya desechado. El texto de los arts. 2º, 55, 61, 121 y 170 de la Constitución no ha sufrido súbdita modificación a consecuencia de que el régimen de excepción previsto en la Carta haya tenido que ser implantado en todo el país el último primero de mayo, ante la evidente necesidad de defender una nación asediada por las muy poderosas fuerzas del crimen organizado.

Antecedente de ese parecer del Procurador es el que rindió en el proceso núm. 1173 (154-E), conforme al cual se opuso a la inclusión de los delitos de narcotráfico entre los que según el decreto 1204 de 1984 conocerían los jueces de instrucción. Dicho concepto fue desestimado por esta corporación, que por sentencia número 34, de 10 de mayo último, declaró constitucional el mencionado decreto.

La Corte no acoge, desde luego, los planteamientos ni la solicitud del vocero de la sociedad en este proceso. Las razones por las cuales esta corporación, según lo ya expuesto, ha venido declarando acorde con la Constitución, el traslado a la justicia penal militar de delitos imputados a civiles, revisten frente al decreto 1042 de 1984 mayor fuerza que ante los que en el pretérito fueron materia de tal declaración, porque los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, dada la emergencia sin antecedentes en que han situado a Colombia y la particularísima amenaza que representan hacen más imperativo que en

el pasado acudir a las medidas de excepción que los arts. 61 y 121 de la Carta autorizan. Tales medidas de excepción en ningún caso demeritan la tarea que cumple la rama jurisdiccional.

Séptima.—La corporación ratifica su rechazo de interpretaciones del art. 61 de la Carta conforme a las cuales la justicia penal militar es aplicable únicamente a quienes forman parte de las fuerzas militares. Tales interpretaciones omiten del citado artículo un fragmento esencial: "en tiempo de paz".

Sostenedores de tales interpretaciones aducen como argumento una opinión de lingüistas del Instituto Caro y Cuervo sobre el art. 61, emitida el 4 de junio de 1979 y que ya había sido conocida por la Corte, parecer que concluye con el siguiente resumen:

"En síntesis, si nos atenemos a la letra de la disposición constitucional, y a su formulación gramatical, tendremos que concluir que en ellos se prohíbe a cualquier persona o corporación ejercer, en tiempo de paz, de una parte la autoridad civil y la de la judicial, y de otra, la autoridad civil y la militar".

Sin hacer hincapié en el sobrecogimiento que ni Caro —reconocido artífice principal de la Constitución de Colombia— ni el insignificante Cuervo podrían evitar, de saberse patrocinadores de análisis gramaticales de los que se pretende derivar aliento para restringir las normas de la Constitución destinadas a defender el orden público y el orden jurídico, es necesario anotar que el mencionado parecer en nada afecta la tesis de la Corte, puesto que no prescinde de la frase "en tiempo de paz". Carece de fundamento la pretensión de deducir de la transcrita opinión del Instituto incompatibilidad entre el ejercicio de la autoridad judicial y de la autoridad militar durante el estado de sitio, tema al cual dicha opinión no se refiere ni directa ni indirectamente, ya que se limita a señalar la existente, en tiempo de paz, entre el ejercicio de la autoridad civil y la judicial y la civil y la militar.

Octava.—Ratifica también la Corte su entendimiento de que las normas de los arts. 27-2 y 170 de la Constitución —conforme a los cuales los jefes militares podrán imponer penas *in continenti* para contener una

insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo, y las cortes marciales o tribunales militares conocerán de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio— son mandatos que en nada pugnan con la excepción que para *tiempo de no paz* se deriva del art. 61 de la Constitución. Las atribuciones dadas por tales normas a los jefes militares y a las cortes marciales o tribunales militares no excluyen —como lo ha estimado siempre la Corte— la asignación de otras competencias a la justicia penal militar cuando ello sea aconsejable para el restablecimiento del orden público. La afirmación en contrario es del todo infundada y arbitraria y desconoce la naturaleza exceptiva del régimen en estado de sitio consagrado por el art. 121.

Del mandato que el art. 170 da a las cortes marciales o tribunales militares solo puede inferirse que otras autoridades judiciales son incompetentes para conocer de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Sostener que excluye el conocimiento de otros delitos por la justicia penal militar durante el estado de sitio es formular una deducción para la cual no ofrece base alguna y suponer que en Colombia rigen el art. 13 de la Constitución de México —aducido en la vista fiscal—, según el cual “*los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenecen al ejército*” y el art. 96, de similar contenido, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

Una vez más, de otra parte, llama la atención esta corporación al texto del art. 58 de la Carta y el hecho de que los tribunales militares, de creación legal, se encuentran entre los órganos señalados por la Constitución para administrar justicia.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional y oído el Procurador General de la Nación,

RESUELVE:

Declarar constitucional el decreto legislativo número 1042 de 1984, “Por el cual se

dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento en materia de narcotráfico”.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

ACLARACIÓN DE VOTO
del magistrado FERNANDO URIBE RESTREPO

No comparto la afirmación contenida en la sentencia de la H. Corte de 30 de octubre de 1978 (magistrado ponente: LUIS CARLOS SÁCHICA, “G. J.”, núm. 2397, pág. 237), que la sentencia cita en su apoyo, en el sentido de que el art. 61 de la Carta autoriza acumular la autoridad judicial y la militar en tiempos de anormalidad.

Es esta una interferencia insostenible lógicamente, pues pretende deducir una autorización *a contrario sensu*, para tiempo de no paz, de la prohibición para época de normalidad, cuando es lo cierto que en el texto del citado art. 61 no se establece relación alguna entre los términos “judicial” y “militar”, en ningún caso y para ningún tiempo. El argumento *a contrario* se funda entonces en una supuesta relación que no existe. Así lo ha demostrado el acertado análisis, en este punto, del estudio minoritario.

Como también considero infundada la inferencia que pretende deducirse del texto del art. 170 de la Constitución, con el cual se pretende limitar la competencia de los tribunales militares en estado de sitio. Ninguno de los artículos citados (61 y 170) permite o prohíbe la discutida acumulación, que se apoya en cambio con toda firmeza en el art. 58 de la Carta en cuanto dispone que son los tribunales que establezca la ley (o el decreto extraordinario) los encargados de administrar justicia, en concordancia con los arts. 26 y 55 del mismo ordenamiento supremo.

En cuanto al criterio de defensa social, que sin duda es muy importante en cuanto a la conexidad de la norma que se revisa con la turbación del orden público, considero sin embargo que no puede ser definitivo ni concluyente para decidir la constitucionalidad de la disposición que se estudia. Como sí lo son en cambio, a mi entender, los argumentos jurídicos antes bosquejados.

En estos términos aclaro mi voto.

PRIMER SALVAMENTO DE VOTO

LA JUSTICIA PENAL MILITAR NO PUEDE JUZGAR A LOS CIVILES
AUN EN POCAS DE ESTADO DE SITIO.

EL DECRETO 1042 DE 1984 ES INEXEQUIBLE.

Solo los jueces naturales son tribunal competente para juzgar a los civiles en época de no paz y a los militares que realicen delitos no vinculados con el servicio activo y con ocasión del mismo. El ejercicio simultáneo de la autoridad militar y la autoridad judicial en ningún caso ha sido previsto en la Carta ni para tiempo de paz ni para tiempo de no paz, salvo los eventos del art. 27-2 de la C. N. para imponer penas *in continenti* para contener insubordinación o motín militar y para conocer de delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Mags. doctores: CARLOS MEDELLÍN
JUAN HERNÁNDEZ SÁENZ
LUIS E. ALDANA ROZO
DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA
RICARDO MEDINA MOYANO
ÁLVARO LUNA GÓMEZ
ALFONSO REYES ECHANDÍA
NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA

Las siguientes son las razones por las cuales expresamos nuestra discrepancia del presente fallo:

1ª) Los “jueces naturales” a que se refieren, con esas palabras, las constituciones colombianas de 1830, 1832 y 1853, cuyos respectivos artículos cita el Procurador, y los “jueces legales” de que hablan normas también aludidas por él de las constituciones alemanas, unos y otros identifican la figura de la autoridad jurisdiccional que tiene indiscutible vocación de la Constitución y de la ley para juzgar los actos de las personas según la naturaleza de ellos y la índole de estas. Esos jueces son los que en nuestro Estatuto Superior vigente constituyen el “tri-

bunal competente” mentado en el art. 26, que estatuye el debido proceso; los que aparecen también en el 61 cuando se habla de incompatibilidad entre el ejercicio simultáneo, en tiempo de paz, de autoridad política y autoridad judicial, de autoridad militar y autoridad política; y los que figuran, así mismo en el art. 170, donde, por excepción a lo general, se convierte en jueces naturales o legales de los militares en servicio activo, para ciertos casos, a las Cortes Marciales o Tribunales Militares.

El art. 61 de nuestro Código Superior precisamente está determinando que en tiempo de paz los jueces no pueden ser sino administradores de justicia, la autoridad civil so-

lo será autoridad política o civil, y la autoridad militar solo ejercerá funciones castrenses. Pero en tiempo de guerra exterior o interior, es decir, en términos más amplios, en tiempos de perturbación por causa de conflictos internos o externos, esto es, en tiempo de no paz, siguiendo el mismo pensamiento expresado por el constituyente en el art. 61 de la Carta, las prohibiciones desaparecen, para hacer posible que haya simultáneamente autoridad civil o política confundida con autoridad judicial; o autoridad militar confundida con autoridad política o civil, mediante la inversión de los términos de las prohibiciones originalmente consignadas en la Constitución. Ello puede ocurrir como efecto de la no paz, en contraposición a la paz. Lo que en esta la Carta hace negativo, en aquella se vuelve positivo, dentro de una operación lógica elemental. Pero lo imposible en paz o en no paz es lo que el Estatuto Fundamental no permite en momento alguno, ello es que la autoridad militar sea al mismo tiempo autoridad judicial. La autoridad militar puede llegar a ser autoridad judicial únicamente en dos casos indicados de manera exclusiva y concreta por la Constitución: 1) para imponer penas *in contumacia* a fin de contener insubordinación o motín militar (art. 27-2); 2) para conocer de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art. 170).

Precisamente cuando, como en este caso, se llega a asignar a autoridades militares funciones judiciales distintas de las que la Constitución prevé y autoriza, de manera muy concreta y exclusiva en el art. 170, se produce inevitablemente lesión de este, cuya extensión se halla limitada por sus propios términos estrictos. Decreto ni ley algunos, en tiempo de paz o en tiempo de no paz, pueden hacer más o menos extenso el significado de esta norma, dada su estirpe constitucional.

Estas excepciones a la regla general de que la administración de justicia es siempre de los jueces, por ser tales y, además, permanentes, han sido determinadas por la Carta con detalle. No todos los delitos cometi-

dos por militares son de la competencia de la justicia castrense, sino apenas los que ocurren por quienes se hallen en servicio activo, y con ocasión del mismo servicio. Hasta ese punto ha sido cuidadoso el constituyente en el establecimiento de la excepción. Mal podría pensarse que, de ser cierto que los civiles se hallen sujetos a la justicia penal militar en tiempo de no paz, ello pueda ocurrir sin límites ni excepciones, sino de manera general y absoluta. Como no fue eso lo que el constituyente pensó ni quiso decir al redactar el art. 61, por ello en él no aparece limitación alguna en la imaginaria regla de que los jueces militares puedan conocer de los delitos cometidos por civiles en época de no paz.

2ª) La tesis que se deja expresada, tiene un antecedente de excepcional valor en la sentencia del 24 de julio de 1961, citada por el Procurador, donde, con ponencia del H. magistrado JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ, se dijo:

“5. No autoriza, pues, en modo alguno al gobierno en el artículo 61 de la Constitución para suplantarse en cualquier grado la actividad jurisdiccional de la República con solo declarar turbado el orden público y el estado de asedio parcial o total. Es necesario además, que objetivamente los jueces no puedan cumplir su función privativa de administrar justicia.

“Si así no sucede, si en concreto los jueces no están en circunstancias impositivas de sus atribuciones, resulta evidente el desvío de poder cuando se confiere a las autoridades políticas la función de administrar justicia, constitucionalmente propias de los jueces, mientras la perturbación en los hechos no sea de tal naturaleza grave que estén en incapacidad actual de ejercerla.

“Por consiguiente, la tarea de restaurar el orden público en tales eventualidades supone la remoción de los obstáculos, de ningún modo y en ningún tiempo la creación de obstáculos que cercenen o arrebaten sus atribuciones emanadas directamente de la Constitución Nacional”.

3ª) “Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de

paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar”. (Const. Nal., art. 61).

Consultados los eminentes tratadistas RAFAEL TORRES QUINTERO y LUIS FLÓREZ, especialistas del Instituto Caro y Cuervo, sobre la correcta interpretación de esta norma por su aspecto gramatical y de sintaxis, dieron el siguiente concepto:

“Se trata de una oración simple de sujeto y predicado que puede descomponerse así:

”Sujeto: «ninguna persona o corporación»

”Predicado: «podrá ejercer», etc... hasta el final.

”Este predicado, cuyo núcleo es el sintagma verbal «podrá ejercer», tiene a su vez dos complementos adverbiales: a) *simultáneamente*, y b) *en tiempo de paz*. Tiene además un complemento directo, que es «la autoridad política o civil y la judicial o la militar».

”El complemento directo, analizado sintácticamente, presenta: 1) un núcleo sustantivo, «la autoridad» (una vez expreso y dos veces tácito), y 2) un modificador complejo de dicho núcleo, constituido por: a) una primera coordinación, «(autoridad) civil o política», b) una segunda coordinación, «(autoridad) judicial o (autoridad) militar», y c) una tercera coordinación (esta copulativa) que, por medio de la conjunción *y*, enlaza a las dos anteriores, «la autoridad política o civil y la (autoridad) judicial o la (autoridad) militar».

”Ahora bien: si relacionamos el análisis puramente formal con el de orden semántico para tratar de hallar el sentido o la intención de toda la oración, tendremos que fijar particularmente la atención sobre este complemento directo, pues en él reside fundamentalmente lo que es objeto del precepto.

”Es necesario antes tener en cuenta que en español existen tres principales tipos de coordinación disyuntiva, o sea aquella en que el nexo coordinante es la conjunción *o*. Tales son:

”1ª. *Contradictoria o dilemática*,

”Los miembros enlazados por la conjunción *o* se excluyen mutuamente. Si se realiza uno, no se puede realizar el otro. Es el dilema de la lógica.

”2ª. *Alternativa*.

”Cada uno de los miembros de la disyunción expresa una posibilidad que no invalida necesariamente la otra.

”3ª) *Explicativa*

”El segundo miembro explica de algún modo el contenido del primero. Hay equivalencia entre ambos aunque estrictamente no lleguen a ser sinónimos.

”Evidentemente, la primera coordinación (a), en la que se enlazan los miembros político y civil por medio de la conjunción *o* es una coordinación de la tercera clase, ya que el término civil, sin ser exactamente sinónimo de política, explica a este o lo aclara. Según el Diccionario de la Academia Española y según el uso común, civil «dícese de las disposiciones que emanan de las potestades laicas»; y *política* en una de sus acepciones, hace referencia a las cosas del gobierno y negocios del Estado. De suerte que «autoridad política o civil» vienen a ser una misma autoridad, la que ejerce las funciones de mando en cuanto hace cumplir las leyes y decretos del gobierno.

”En cambio, la segunda coordinación (b), en que se enlazan mediante la conjunción *o*, la (autoridad) judicial y la (autoridad) militar, es del primer tipo arriba mencionado, pues judicial significa «perteneciente a la administración de justicia» y militar quiere decir, según el mismo Diccionario, «relativo a la milicia o a la guerra por contraposición a civil». Deberá entenderse, pues, que las funciones de la autoridad judicial son de orden distinto a las funciones de la autoridad militar.

”Entendidas así las coordinaciones 1ª y 2ª (*a* y *b*), queda por interpretar la coordinación copulativa realizada por el nexo y que encadena entre sí a (*a*) y (*b*).

”En las copulativas se unen, elementos de la misma categoría que se afirman o se niegan pero que hay que tomarlos como partes de un todo. En este caso los elementos análogos enlazados son: de una parte, los adjetivos *civil* y *política*, y de otra los adjetivos *judicial* y *militar*, todos referidos al núcleo sustantivo *autoridad*. Como hemos visto, *civil* y *política* son prácticamente sinónimos en ese caso, o sea, que determinan un tipo de autoridad: en cambio, *judicial* y *militar* son antagonicos, es decir, determinan dos

autoridades distintas; la (autoridad) judicial y la (autoridad) militar. Si relacionamos ahora el sentido parcial del complemento directo con el sentido general de la oración, tendremos que en ella el autor quiso decir que no se pueden ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, de una parte la autoridad civil y la judicial, y de otra, la autoridad civil y militar.

En síntesis, si nos atenemos a la letra de la disposición constitucional, y a su formulación gramatical, tendremos que concluir que en ellas se prohíbe a cualquier persona o corporación ejercer, en tiempo de paz, las funciones de la autoridad civil simultáneamente con las de la autoridad judicial y las funciones de la autoridad civil simultáneamente con las de la autoridad militar.

A esto se puede agregar que al desaparecer esa prohibición con motivo de la no paz, se tendrá que en tiempo de esta es permitido que persona o corporación ejerzan la autoridad civil y la judicial, de un aparte, y de la otra la autoridad civil y la militar. Advier-

tense de esa manera que el ejercicio simultáneo de la autoridad militar y la autoridad judicial en ningún caso ha sido previsto en la Carta ni para tiempo de paz ni para tiempo de no paz, salvo las excepciones ya anotadas. Sencillamente ello nunca puede ocurrir, como tampoco la norma que así lo ha establecido es susceptible de suspensión bajo estado de sitio debido a su jerarquía constitucional.

Siendo así que el decreto 1042 de 1984, en su totalidad, ha sometido los delitos a que se refieren los artículos en él citados del Estatuto Nacional de Estupefacientes, y sus conexos, a la competencia de la autoridad militar y a los procedimientos del Código de Justicia Penal Militar, en ello encontramos lesión de los arts. 2º (“los poderes públicos se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”), 55 (“El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas...”), 61 y 170 del Estatuto Constitucional, razón por la cual creemos que se ha debido declarar su inexecutable.

SEGUNDO SALVAMENTO DE VOTO

Política, jurídica y doctrinalmente, la jurisdicción penal solo corresponde a los jueces constitucionales o jueces propios. Este axioma debe reafirmarse, pues sigue siendo el elemento ineludible del afianzamiento institucional de la libertad humana, del servicio público y deber social de la justicia, del derecho al debido juez y al debido proceso, o sea, del derecho a la Constitución.

Mags. doctores: MANUEL GAONA CRUZ,
FABIO CALDERÓN BOTERO,
GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ,
JORGE SALCEDO SEGURA

Discrepamos del fallo de la referencia y de las argumentaciones escritas del ilustre conuez que dirimió el empate en la Corte, por considerar que el decreto legislativo 1042 de 1984, mediante el cual se otorgó jurisdicción de juzgamiento punible por delitos cometidos por civiles a la justicia penal militar, es inconstitucional y ha debido ser declarado inexecutable, según las razones que siguen:

Primera.—*La razón institucional u orgánica*

1) Por mandato expreso de los arts. 2 y 55 de la Constitución, “los poderes públicos... se ejercerán en los términos” que ella “establece” y “los jueces tienen funciones separadas...” respecto de las que desempeñan las ramas legislativa y ejecutiva.

2) Los militares forman parte de la fuerza armada (Const. Nal., art. 168), y esta concurre orgánicamente a la rama ejecutiva y no a la judicial bajo la égida del Presidente de la República, el cual, como suprema autoridad administrativa, puede “disponer de la fuerza pública y conferir grados militares...” (Const. Nal., art. 120-6) y “dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de guerra como jefe de los ejércitos de la República” (ibidem art. 120-8). De esto no se deduce siquiera para el Presidente la facultad de ejercer válidamente en ningún tiempo funciones de juzgamiento por delitos ni sobre militares ni sobre civiles.

3) En cambio, por expreso mandato cons-

titucional, los integrantes de la rama jurisdiccional administran justicia (Const. Nal., arts. 26, 55 y 58), se denominan jueces o magistrados y son autónomos en sus funciones y autárquicos en su origen y organización con respecto al ejecutivo y a la fuerza pública (ibidem arts. 147, 148, 156, 157, 158, 160 y 162).

Segunda.—*La razón funcional*

Según el rigor y la expresión nitida de la Carta Fundamental, los civiles no pueden ser juzgados válidamente en materia punible, que acarrea privación de la libertad, sino bajo la jurisdicción exclusiva de los jueces. Entendida la Constitución como es, sus arts. 26 y 58 significan que el “juez” o “tribunal competente” (art. 26) no es simplemente la autoridad que la ley discrecionalmente “establezca” (art. 58), ni cualquiera que por ley reciba funciones de juzgamiento punible, sino únicamente el “juez constitucional” o “juez natural”, como natural e inalienable sigue siendo gracias a la Constitución el derecho a ser juzgado penológicamente solo por él.

Así delimitada por la propia Carta la facultad del legislador, tanto ordinario como excepcional, para que este según los mentados preceptos superiores “establezca” solo los “tribunales y juzgados” “competentes” para administrar justicia penal, y no otros que no lo sean, nadie puede lógicamente hacerle decir a tales artículos con el énfasis

y la claridad contrarios que aquí se demuestran, que el "juez" es "simplemente" el que diga la ley. No. El "juez" es únicamente el que ordena la Constitución que debe decir la ley, pues de lo contrario esta sustituiría a aquella y entonces sobraría la Constitución, su razón de ser y por ende sus arts. 2, 26, 55 y 58.

Tercera.—*La razón jurisdiccional*

1) Partiendo de la evidencia para continuar en ella, no puede válidamente el gobierno, con miras a restablecer el orden público, alterar el orden institucional trazado en la Carta, pues con esto de suyo se generarían consecuencias contrarias a aquella finalidad. *Al legislador excepcional le está prohibido, por no estarle permitido, extender o ampliar jurisdicción de juzgamiento punible de civiles a los militares*, quienes, según la razón de ser de la propia Carta, no la tienen ni deben poder tenerla.

En consecuencia, tanto el gobierno al expedir el decreto legislativo 1042 de 1984, como la Corte al haberlo ungido de validez por mayoría, han confundido la facultad que en la Constitución se otorga al legislador ordinario, o aun al excepcional, en el art. 58 superior, de extender, variar o distribuir la competencia de juzgamiento punible bajo la égida del juez propio o juez constitucional, con la atribución inconstitucional que entregó a los jueces y tribunales militares para juzgar por delitos a civiles, mediante la cual se extendió o amplió la jurisdicción, y no solo la competencia ni el mero procedimiento dentro de aquella, en evidente desobediencia al mandato de los arts. 2, 26, 55 y 58 de la Constitución.

2) Solamente en dos casos, por expresa excepción frente a dichos preceptos, autoriza el Constituyente a los militares para desempeñar funciones de juzgamiento punible. El uno es supletivo, el otro ordinario, pero ambos circunstanciales. Además, ninguno es extensivo a los civiles. *Pues los dos se refieren exclusivamente al juzgamiento de militares por militares*: el uno, cuando por razones de insubordinación o amotinamiento militar, hallándose frente al enemigo, y para mantener el orden, los militares pueden poner penas *in contumacia* (Const.

Nal., art. 27), y el otro, cuando los militares juzgan militares que en servicio activo y por razón del mismo cometen delitos (*ibidem* art. 170). No hay más.

Como se ve, el Constituyente es el único que puede establecer excepciones al art. 58 de la Carta que le impide al legislador la ampliación de la jurisdicción punible a autoridad no judicial, y para establecerlas en relación con la autoridad militar tuvo que consignarlo en forma expresa e inequívoca en los arts. 27-2 y 170 de la Carta. Si estas disposiciones no existieran, de seguro tampoco podrían los militares en esos señalados casos asumir jurisdicción judicial punible.

Cuarta.—*La razón "deliberante"*

1) Recuérdese además que según el mandato perentorio del art. 168 de la Constitución, *"la fuerza armada no es deliberante"*, es decir, que sus integrantes, dada la estructura propia de la organización militar, atendidas las finalidades específicas que suponen la elevada misión entregada a ellos por la Carta de defender por las armas la independencia nacional, las instituciones patrias y la integridad territorial, y habida consideración de la respetuosa y además respetable disciplina jerarquizada que exige subordinación del inferior al superior, por todo eso, mientras se encuentren en servicio activo, no son los indicados para desempeñar la tarea de juzgar civiles, cuyo presupuesto institucional y funcional es diferente puesto que supone una organización judicial autónoma y autárquica en la que el juez tenga una aptitud deliberante.

Nótese que según el propio Diccionario de la Academia de la Lengua, "juzgar es deliberar, quien tiene autonomía para ello, acerca de la culpabilidad de alguno, o de la razón que le asiste en cualquier asunto y sentenciar lo procedente".

Así como los jueces no pueden ser competentes o aptos para asumir idóneamente las funciones de defensa reconocidas a las fuerzas armadas, el Constituyente considera igualmente incompatible para los militares la función de juzgar civiles. Obviamente, ni más faltaba sostener el exabrupto, no porque los insignes y valiosos integrantes de la fuerza pública no lo puedan hacer. No:

la limitación para militares y jueces no es humana sino institucional. Sino porque en virtud de la incompatibilidad de las tareas asignadas a unos y otros, la Carta no les permite a los militares hacerlo mientras se hallen en servicio activo.

2) Así, entonces, fuera de las dos expresas y limitadísimas excepciones constitucionales citadas (arts. 27-2 y 170), que en vez de ampliar para los militares la jurisdicción judicial punible sobre civiles, ratifican el mandato de los arts. 2, 26, 55 y 58 en favor de los jueces, no hay otra, y no siendo de aquellas las consignadas en el decreto legislativo 1042, este es inconstitucional.

Quinta.—*La razón excluyente y lógica*

1) Pero hay algo más, que convierte en axioma la evidencia y que impide interpretar que pueda volverse general en tiempo de no paz lo que es excepcional para todo tiempo: es el mandato armónico que envuelven los arts. 61 y 121 de la Constitución, con los cuales se cierran las puertas al legislador excepcional de estado de sitio con el propósito de evitar que aun en tiempo de no paz se rompa el hermetismo constitucional a los derechos del debido juez y del debido proceso en materia penal.

De conformidad con el art. 61, ni en tiempo de paz ni en tiempo de no paz puede ejercerse simultáneamente la autoridad judicial y la militar, sino apenas en tiempo de no paz la autoridad militar junto con la civil o política, o aun la judicial concurrente con la civil. Armonizado este con el inciso primero del art. 121, tiénese que durante el estado de sitio "el gobierno (solo) tendrá, además de las facultades legales (es decir, además de las que ordinariamente tiene el legislador), las que la Constitución *autoriza* para tiempos de guerra o de perturbación del orden público (y no las no autorizadas expresamente por ella) y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes (que hoy es el multilateral derecho internacional general o derecho ecuménico de los derechos humanos) rigen para la guerra entre naciones".

No cabe, pues, dentro de la lógica ni en la Constitución, afirmar que la prohibición del art. 61 de la Carta de ejercer coetáneamente

en tiempo de paz la autoridad política o civil junto con la judicial, o la autoridad política o civil junto con la militar, permita inferir que en tiempo de no paz sí se puede desempeñar simultáneamente la judicial y la militar.

No cabe dentro de la lógica porque esta es una conclusión contraria a los principios lógicos de identidad y de no contradicción, según los cuales los sujetos y predicados deben ser los mismos en la afirmación y en la negación, y no correlaciones que al ser negadas (autoridad política respecto de autoridad militar, o autoridad política respecto de autoridad judicial) resultan distintas al ser afirmadas (autoridad judicial respecto de autoridad militar), y que fue lo afirmado en la sentencia de mayoría, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo un mismo concepto (principio de identidad), y dos cosas distintas a una tercera no pueden ser iguales entre sí (principio negado de no contradicción).

Tampoco cabe la conclusión del fallo en la Constitución, porque el inciso transcrito del art. 121 solo permite al gobierno en estado de sitio ejercer las atribuciones "*autorizadas*" y no las que no lo estén expresamente, y no puede entenderse como autorizado bajo un régimen jurídico de excepción lo que es distinto a lo prohibido.

2) Lo anterior es tan elemental, como contundente.

De no, habría que concluir en el absurdo de que lo dispuesto en el art. 43 de la Carta, en el que con similitud a lo ordenado en el 61 se ordena que "en tiempo de paz" solo el Congreso, las asambleas o los concejos pueden imponer contribuciones, daría lugar a que en tiempo de no paz, por no estar prohibido, también podrían los militares "imponer contribuciones". No creemos que este sea el futuro de la jurisprudencia.

Sexta.—*"La razón última" o "la razón de Estado"*

1) Ante la irresistible y axiomática fundamentación precedente a la luz de la Constitución, tuvo que acudir, tanto en el fallo como en el escrito, el honorable conjuer a otras argumentaciones. Ante ellas manifestamos nuestro respeto e inclinación como ciudadanos, mas no nuestro acuerdo como magistrados en sede de control de constitucionalidad.

Dadas nuestras razones hubo de afirmarse por parte del ilustre conjuer, doctor Gonzalo Vargas Rubiano, en el voto escrito de desempate, que "es necesario desbordar los cuadros de la pura estimativa jurídica para situarnos en el plano de la realidad social", y colocarles "los cien ojos de Argos" a "los jueces estadistas" (expresión esta que también trae en cita el fallo), lo cual igual quedó valiendo como atribución no solo para los honorables magistrados que fallaron la constitucionalidad del decreto 1042 de 1984, sino para los "jueces militares" que con la sentencia también en "jueces estadistas" se tornaron.

Sin embargo, aun en este campo se hacen las precisiones.

2) La doctrina absolutista empírica del siglo XVIII, puesta en práctica por RICHELIEU, de "la idea de la razón de Estado", conforme a la cual este es fin y no medio del querer social, y que diera en poco tiempo lugar a que más tarde el monarca Luis XIV expresara: "L'Etat c'est moi", fue precisamente la abolida por la del constitucionalismo, que generó constituciones bajo principios nuevos y distintos que como la nuestra corresponde a la Corte guardar. Mucho después, en los albores del presente siglo, aquella doctrina fue reivindicada con la teoría de KARL SCHMITT sobre el *decisionismo*, según la cual "el soberano es político y es únicamente el que decide en periodos de crisis qué es lo mejor para salvar a su sociedad", que dio lugar e inspiración a los desbordamientos de la "mera estimativa jurídica" del Estado de derecho, sustituido por el Estado totalitario de Alemania y de Italia en los contornos de la segunda guerra mundial, y que concluyó con el ideario siguiente dirigido al gobernado: "tú no eres nada, el Estado lo es todo"...

3) Argumentos meramente apreciativos o de conveniencia también se han aducido: que la rama jurisdiccional se halla "en estado de completa indefensión", que "sus integrantes se encuentran inermes ante las amenazas y agresiones contra ellos y sus hogares", que "su misión a veces es un verdadero tormento", que en tales condiciones se justifica "dar a la sociedad cierta sensación de sosiego", que "la justicia civil es lenta

en su andar" y la militar es célere, que por lo tanto aquella es ineficaz y esta eficiente e idónea. Todo esto puede interpretarse como contraído al siguiente aforismo: los jueces civiles contribuyen con su lentitud, indefensión e ineficiencia al desasosiego social y son factor perturbador o por lo menos obstaculizador del orden público.

Las consecuencias de las precedentes estimaciones son de incalculable trascendencia.

Pero para los meros efectos de este salvamento de voto, la respuesta a ellas, unas sostenidas en el fallo y otras en el voto escrito de desempate, es una pregunta: ¿Acaso entonces el orden institucional prescrito en la Carta, o sea la propia Constitución, es causal de desasosiego y de alteración del orden público y debe desbordarse para adecuar el control constitucional a una circunstancialmente pretendida realidad social? Si la respuesta fuere afirmativa, sobraría la Constitución y la rama judicial instituida por ella no solo para proteger a los habitantes en sus derechos (art. 16), sino para que sus funcionarios también reciban protección y apoyo presupuestal y técnico para poder ejercer su "deber social" (art. 16) de "administrar justicia" como "servicio público de cargo de la Nación", (art. 58), y sobrarían entonces también tanto el juez como el control de constitucionalidad, y por ende no solo este salvamento sino el fallo.

Obviamente a eso no se quiso llegar. Pero el riesgo es que aunque no se hayan querido ciertos resultados, estos se lleguen a producir más allá de la voluntad del que sin buscarlos los favoreció. Es insustituible por lo tanto la regla de oro del control constitucional: la intemporalidad de su verdad como razón y fuente de su misión institucional e histórica. Cuántas brechas han quedado abiertas sin que se pueda luego contener el desbordante caudal que ocasiona el control flexible.

4) Déjase en claro además que en la Sala Plena se demostró a quienes sostenían lo contrario, que según rigurosa investigación científica de campo, el rendimiento judicial de los jueces ordinarios fue ostensiblemente superior, en más de cuatro a uno, al de la

justicia penal militar respecto de delitos cometidos por civiles, con lo cual quedó sin piso la argumentación subjetiva de la lentitud e ineficacia de la rama jurisdiccional, frente a la justicia penal militar.

No sobra mencionar la cuota de sacrificios aportada con abnegación por tantos funcionarios honestos y eficaces que mantienen el buen nombre de la justicia y que en esta tarea han desafiado y superado desamparos, hostilidades y faltas inexplicables de colaboración, la cual por mandato de la Carta debe existir. Reflexiónese sobre esto: para que haya justicia, para que esta se administre pronta y cumplidamente, el remedio no está en suprimirla o sustraerla de la gestión del juez constitucional, sino en apoyarla, protegerla y perfeccionarla. Además, afirmar que mientras la justicia no esté protegida debidamente es mejor mantener al país en estado de sitio para poder otorgarla a la fuerza pública, da lugar al corolario contraevidente de sostener la necesidad indefinida de estados de excepción.

5) Naturalmente, al juez constitucional le está ordenado entender la Constitución como un todo, esto es, no solo como una normación jurídica declarativa, sino también como una ideología o doctrina configurada y cimentada en sólidas garantías, una de ellas la de la penología judicial por la libertad, como razón de ser del Estado de derecho que sigue siendo el reflejo de la razón y del querer mismo de la sociedad, siendo, este sí y no el buscado por el insigne conjuer, "el sentido social del control constitucional". Y entendida además la Consti-

tución, claro está, como política, esto es, como la Constitución misma de la sociedad política, la cual se da cuerpo según su estructura, su sentir y su querer por medio de unas instituciones de poder conforme a una doctrina que se plasma normativamente para su limitado ejercicio.

No se olvide entonces que el juez de constitucionalidad, por más juez estadista que se pretenda, no deja de ser juez y debe guardar y no reformar la Constitución, ni justificar lo que contra ella se disponga, pues esta le ordena ante todo ser lo primero y no lo segundo y para eso lo instituye. De no quererlo, o de querer otra cosa, el Constituyente lo suprimiría.

Séptima.—*La conclusión*

Sin tanto merodeo, entonces, por donde se la mire a nuestra Constitución, y por más que a ella se le quiera hacer decir lo contrario de lo que ella es: política, jurídica y doctrinariamente, el hecho es que, *la jurisdicción penal solo corresponde a los "jueces constitucionales" o "jueces propios"*.

Este axioma, que frente al sentido común y semántico podría resultar tautológico, pues solo repite lo que la Constitución, sin embargo, dadas las afirmaciones que en contrario se han hecho y las determinaciones que se han tomado con fuerza de verdad juzgada o legal, debe aquí reafirmarse por seguir siendo el elemento ineludible de afianzamiento institucional de la libertad humana, del servicio público y deber social de la justicia, del derecho al debido juez y al debido proceso, o sea, del derecho a la Constitución.

Tribunal Superior de Medellín

EL RAPONAZO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Cuando la intención del agente sea desplegar la fuerza de manera directa, solo sobre la cosa, y de manera indirecta sobre la persona, se tratará de un hurto simple-agravado (arts. 349, 351, ord. 10) y no de un hurto calificado-agravado (arts. 350-351, ord. 10). En tales condiciones, el arrebatación consagrado como circunstancia agravante de punibilidad, no constituye violencia *per se*, pues, de un lado, sería injusto hacer recaer sobre el procesado una pena que no tiene razón de ser; y del otro, supondría acudir a la concepción de la "violencia ficta" que consagraba el Código Penal anterior y que hoy no tiene cabida.

Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ

Medellín, junio veintinueve de mil novecientos ochenta y cuatro

VISTOS:

En virtud del recurso de apelación interpuesto oportunamente por el señor defensor (fls. 125 vto.) y debidamente concedido por el señor Juez Sexto Penal del Circuito de esta ciudad, conoce esta corporación de la sentencia condenatoria proferida por dicho funcionario y mediante la cual le fijó al inculcado R. M. P., por el delito de *hurto calificado* por el cual le había llamado a responder en juicio criminal, en providencia que se ejecutorió en la primera instancia, la pena principal de veintiocho (28) meses de prisión, la obligación concreta de pagar los perjuicios causados con el delito y la accesoria de la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la sentencia principal. Concluido el trámite en esta instancia y dentro de él escuchado el parecer del señor agente del ministerio público, la Sala entra a resolver, advertida la ausencia de motivos que afecten de nulidad lo actuado.

Sobre los hechos, el ya citado despacho se pronunció en adecuada síntesis de la siguiente manera: "Por la carrera 72, entre calles 25 y 26, de esta ciudad, se desplazaba tranquilamente doña B. A. Z., en las primeras horas de la noche del diez y siete de marzo del año que discurre (era el de 1983),

cuando de improviso se vio despojada con violencia del bolso que consigo llevaba, por un individuo que pasó a su vera en un vehículo Renault 4, rojo, de placas NN y que luego se acreditó era R. M. P., conteniendo (sic) la suma de treinta mil pesos en efectivo, dos camisetas, documentos de identificación y otros objetos de uso personal".

Nada hay que discutir sobre la materialidad de la infracción aquí cumplida, ya que las constancias al respecto son en exceso generosas en su bondad probatoria. Así, pues, la denuncia (fl. 1) objetiva, concreta y sin ánimo torcido porque hasta entonces nada se sabía sobre la identidad del autor; las declaraciones sobre la preexistencia y propiedad del dinero y otros objetos de que da cuenta la denunciante (fls. 10 y 20), pero muy especialmente la admisión que de los hechos hizo posteriormente el acusado (fls. 21 vlt. y ss.), dejan sin réplica atendible el atentado contra el patrimonio. Por manera que la primera exigencia del art. 215 del C. de P. P. se encuentra plenamente satisfecha dentro del plenario para proferir fallo condenatorio.

Otro tanto cabe decir sobre la autoría y la responsabilidad, pues aquella se estableció con el oportuno hallazgo del vehículo que sirvió para la incursión criminal (fls.

13); con la clarificadora atestación de la señora I. P. de M. (fls. 20), y, como antes se dijo, primordialmente con la propia versión del acusado (fls. 21 vlt. y ss.).

De ahí fluye la responsabilidad con nitidez, porque ciertamente en actuaciones de esta índole, en tanto no se acredite la inimputabilidad —que bien lejos quedó (fls. 58 y ss.)— ni aparezca una causal de justificación —lo que evidentemente también está ausente—, el reproche de la conducta culpable es corolario ineludible.

Pero es que, en realidad, lo que se impugna no es ninguno de estos aspectos sino el grado de responsabilidad frente a la significación jurídica de la conducta. Y aunque el señor defensor no sustentó el recurso, bien entendido se tiene por las anteriores intervenciones, que sus planteamientos sobre aquella, divergen en buena parte de los exhibidos por el señor fallador de primera instancia.

Se concreta, pues, el ataque de él a sostener que no se trata de un *hurto calificado* agravado (arts. 350 y 351, num. 10) sino de un hurto simple agravado (arts. 349 y 351, num. 10).

Se ocupa el distinguido letrado en la diligencia de audiencia pública (fls. 105 y ss.) y muy particularmente en el alegato que agregó (fls. 108 fte. y ss.) —así como lo ha hecho ya en conocida publicación*— de la historia de la figura que ahora se conoce como *raponazo*, de la doctrina que en otras legislaciones y en la colombiana ha surgido sobre tal conducta y, en fin, en las conclusiones que considera pertinentes al abrigo de la lógica y señala como operantes, por lo mismo.

Los puntos de vista expuestos por el defensor son enteramente válidos para el caso que la Sala analiza en estos momentos. Sin duda, con la explicación del inculcado y con la acusación de la ofendida se advierte que fue un sorpresivo arrebatación, en donde más cuenta la habilidad que la fuerza para franquear una resistencia. Es que esta no existió, porque aunque la cosa hurtada estaba bajo tutela de la ofendida, cumplía sobre

ella la simple función portadora sin que mediara protección o seguridad que hubieran que vencer mediante la violencia. Tal como se deduce de la afirmación de la agraviada: "...el conductor pasó despacio y me arrebató de la mano derecha un bolso de cuero de color café..." (fls. 1 fte.). Nada agrega sobre haberla tumbado o arastrado para vencer la resistencia, etc., y, en consecuencia, solo se adivina la acción sorpresiva para sustraerla del cuidado de la portadora; en ocurrencias como esta, realmente solo se burla la cautela del portador, como acontece cuando se burla la vigilancia de la dueña de la casa para sustraer cualquier objeto.

Cosa bien distinta es cuando el arrebatación va acompañado de violencia contra la persona o contra el medio protector, como el reventar la manilla que da seguridad al reloj que se porta, como el tumbar la víctima para asegurar dicho arrebatación, en donde la violencia se convierte en vehículo para el desarrollo de aquel.

Por lo mismo, la Sala aprecia exagerada la afirmación de *a quo*, al expresar: "Pero, es que si nos atenemos a la letra, también al espíritu de la norma, debemos advertir que indistintamente habla el legislador de violencia sobre las personas o las cosas. Y es innegable que fueron anormales, violentos, los medios empleados para la desposesión del bolso. Estima por consiguiente esta entidad que no cabe la distinción entre fuerza y violencia, o mejor, que esta se refiere tanto a las personas como a las cosas y que el raponazo siempre constituirá hurto calificado".

El tomar la cosa de la víctima desprevenida, es igual a tomarla de la que está "en condiciones de inferioridad o indefensión o aprovechándose de tales condiciones" y es tan evidente que eso no constituye violencia, que el legislador sabiamente consagró estas —la indefensión o la inferioridad— como causales diferentes para la calificación del hurto, porque ciertamente no puede ser violencia el tomar lo que el lisiado lleva o tiene en su poder.

* Alude la h. corporación al artículo "La problemática del raponazo en el nuevo Código Penal", de la cosecha del Dr. NÓDIER AGUDELO B., en *Nuevo Foro Penal*, núm. 22, Bogotá, Ed. Temis, 1983, págs. 701 y ss.

Resulta necesario advertir que estas situaciones que la legislación anterior señalaba como especies de "violencia ficta", no tienen en el Código Penal actual, ni dentro de la disciplina del derecho en general —más en el penal—, cabida en virtud de que las ficciones están de regreso exactamente porque son lo que son.

Ese fenómeno de las ficciones fue lo que llevó al distraído entendimiento de una tesis doctrinaria y jurisprudencial —aceptada por muchos y sostenida por mucho tiempo— que ciertamente era injusta y que fue borrada de tajo por el nuevo estatuto de las penas, consistente en lo siguiente: El "escalamiento" que, conforme a la lógica no puede ser violencia, fue entendido como tal en el desarrollo del art. 404 del C. P. anterior y ahí el primer error. Luego —sin ser violencia—, se le daba el alcance de tipificante para convertir el atentado en *robo*, cuando expresamente la norma decía que "La pena de robo será de... en los siguientes casos: ...3° Si si cometiera ...con escalamiento...", lo que hacía entender que tenía que presuponerse la figura del delito para poderse agravar, y ahí otro error. Después, esa violencia — que no era ninguna violencia— le daba el alcance de calificante además, para concluir que no solo había robo por ese escalamiento, sino que el mismo fenómeno era robo

agravado, lo que constituía otro grave error.

A situación similar se llegaría, si después de consagrar el legislador como circunstancia agravante de punibilidad el "arrebata-miento", se insistiera en decir y sostener que, además, es violencia *per se*, para injustamente llevar al procesado a una pena que no tiene por qué soportar.

Por lo dicho y acogiendo las inquietudes del señor defensor como el concepto del señor Fiscal Séptimo de la corporación, la sentencia será confirmada; pero su dosificación será con fundamento en el art. 349 del C. P. y con la agravante del numeral 10 del art. 351 del mismo estatuto.

.....
Entonces, sin más consideración y en mérito de lo expuesto, oído el parecer del señor agente del ministerio público y en buena parte de acuerdo con él, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia condenatoria de procedencia y fecha indicados en la parte motiva, con la siguiente *reforma*: el inculcado R. M. P., en lugar de veintiocho meses, purgará *diecisiete (17) meses de prisión*; la accesoria sometida a la duración de la principal se rebajará en la misma proporción. En lo demás rige el fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

“*Los cactus también florecen*”*

(Lema-reacción contra el estigma, utilizado por el movimiento restaurador de los Derechos Humanos en la cárcel de Bellavista, Medellín).

SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *Penología*
Parte especial, Bogotá, Universidad
Externado de Colombia, 1984, 344
págs.

Esta obra del profesor SANDOVAL HUERTAS, constituye uno de los trabajos jurídico-criminológicos de mayor rigidez científica, profundo e incisivo análisis político, de los que hasta la fecha autor colombiano haya escrito. Infortunadamente, la limitación de espacio propia de la naturaleza de la recensión, no permite darles cobertura a los múltiples temas que son tratados y a las implicaciones que su análisis entraña para una lucha frontal contra las instituciones (leyes, judicatura, cárceles, etc.), encauzada a subvertir su carácter autoritario, clasista y violento, derivado del modo capitalista de producción que tiene vigencia en la vida nacional. Ante esta limitación, solo me queda invitar a quienes por cualquier motivo se interesen por dicha problemática (políticos, legisladores, jueces, catedráticos, abogados, organizaciones populares, estudiantes, etc.), a una lectura crítica y reflexiva de la obra, en la seguridad de que encontrarán valiosos elementos que contribuyan a desentrañar la esencia de las instituciones de control social.

Luego de esta advertencia-invitación, damos inicio a la reseña del libro. La parte *Especial* de esta *Penología*, está armonizada con una *General* que en fecha reciente publicara el autor¹. El libro está integrado por

tres capítulos: *sanciones penales contra la vida, sanciones penales contra la libertad individual y sanciones penales contra el patrimonio económico*, cuyos contenidos pasamos a esbozar:

En el capítulo 1, dedicado a la *pena de muerte*, se hace un estudio político de esta institución, en el que hay que destacar como directriz del mismo, el hecho de que son los intereses de los sectores sociales dominantes los que históricamente han determinado su evolución. Consecuentemente con esto, se afirma, que es la *Iglesia católica* cuando logra consolidarse como oficial en el “mundo occidental”, la primera en instaurarla como pena en el ámbito religioso, desplazándose luego a la esfera jurídico-penal a raíz del proceso de laicización del poder político; igualmente, esto mismo explica que la *aristocracia* europea no haya tenido inconveniente en proscribir la pena de muerte para algunos delitos comunes, pues la conservó para aquellos que tenían verdaderamente eficacia para comprometer su poder y su estabilidad como clase dominante. Y con el ascenso de la burguesía al poder político —que institucionaliza como sistema de control social la pena privativa de la libertad—, se entroniza la farsa de su “humanización” al instaurar formas rápidas para su ejecución (guillotina, silla eléctrica, etc.) y la circunscribe a un número reducido de delitos, que en todo caso garantizan la permanencia de la pena capital como forma

* Es un simil: *cactus-hombre cicatrizado, tatuado, socialmente marginado*. Son hermanos: El cactus, todo el mundo lo sabe, es planta dialéctica: tesis de lo estéril e inhóspite; vigor por acumulación de contradicciones y florescencia de maravillosa belleza que, por todo ello, parece antinatural. Ocurre lo mismo con el presidiario: tesis del estigma, acumulación personal de todas las contradicciones del sistema y fuerza que por su potencialidad liberadora está llamada a las grandes demoliciones históricas. Se dice de ellos: “nacieron para fatigar la tierra”; ellos responden: “somos los fatigados de la tierra”.

EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología*. Parte general, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.

extrema de control contra cualquier atentado que procure usurpar su poder.

En torno a la *panorámica actual* de la pena de muerte en el contexto mundial, concluye el autor acertadamente que es ficticia y aparente la difundida idea de su abolición; y compartimos con él su interpretación en el sentido de que el significativo número de países de la "órbita occidental" que la conservan para la criminalidad política, o que su abolición solo procede en "tiempo de paz", constituye una manifestación más del obstinado celo de las burguesías nacionales y de los intereses imperialistas, por perpetuar su hegemonía política y económica y un síntoma de la crisis que atraviesa el capitalismo en la fase actual de su desarrollo.

Al abordar el estudio de las tendencias actuales, es obligatorio considerar la *pena de muerte* ejecutada por organismos oficiales o clandestinos directa y estrechamente relacionados con estos, al margen del procedimiento previsto por la ley para su imposición o contraviniendo las disposiciones constitucionales que la rechazan rotundamente. En esto nos oponemos al planteamiento de Sandoval Huertas, quien no obstante reconocer la importancia de este hecho, se margina de tratarlo al hablar sobre la situación actual de la pena de muerte en el ámbito mundial, por no tener el carácter *jurídico* de tal, sino *simple y llanamente el de homicidio* (pág. 26).

Nuestra discrepancia con este planteamiento está motivada, en primer lugar, por la sentida necesidad de dar cubrimiento a estos fenómenos de violencia institucional e interpretar su significación en el contexto socioeconómico en que se suceden, con mi-

ras a una lucha por su extinción; y en segundo lugar, porque el contraste entre la ley que prohíbe la pena de muerte —o la práctica judicial abolicionista—, con hechos de esta naturaleza, permiten entender mejor el carácter *ideológico* de la norma penal, mistificante y encubridora de una monstruosa realidad.

Conforme a estos lineamientos, consideramos más conveniente acoger la designación de *pena* para las políticas oficiales de desaparición, arrasamiento y genocidio, como lo hace el profesor argentino EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, porque a pesar de no corresponder con exactitud a los criterios de la "ortodoxia teórico-jurídica", también es cierto que esta poco o nada se compadece con la realidad social y porque es preciso sumar a esto su condición de políticas sistemáticas e institucionalizadas². En sentido similar se pronuncia la criminóloga venezolana ROSA DEL OLMO, quien al referirse al tema de la "detención-desaparición", afirma que internacionalmente esta práctica es considerada como *crimen contra la humanidad*, situación que cambia con la perspectiva que de la misma tienen los gobiernos de los países en donde se practica, ya que para estos "*la detención-desaparición es un castigo... dirigido a impedir la alteración del orden interno, no solo a nivel de cada país sino continental, siguiendo los lineamientos de la Doctrina de la Seguridad Nacional que justifica cualquier medio para cumplir su objetivo...*"³.

De la condición de *pena* de la violencia institucional aquí esbozada, hay claros e indignantes ejemplos en América Latina⁴.

² EMILIO GARCÍA MÉNDEZ. Epílogo a la versión castellana de la obra *Penas y estructura social*, de GEORGE RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 267 y ss. Cfr. también: ROBERTO BERGALLI, "Diez últimos años de la Criminología argentina: la Epistemología del Terror", *Nuevo Foro Penal*, núm. 18, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 183 y ss.

³ ROSA DEL OLMO "La detención-desaparición en América Latina: ¿Crimen o castigo?". *Criminología Crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, principalmente págs. 56 y ss. Del mismo autor: *Los Chiguines de Somoza*, Caracas, Edit. Ateneo, 1980.

⁴ Uno de ellos, tal vez el más representativo, lo constituye hoy la república hermana de El Salvador, en donde los intereses imperialistas norteamericanos han impuesto directamente un *modelo de desarrollo*, que lo que pretende no es resolver los problemas fundamentales en el orden social, económico y político de la gran mayoría del pueblo salvadoreño, sino la perpetuación de la hegemonía norteamericana en el área y de la oligarquía local, que ha hecho

En cuanto a la *pena de muerte en Colombia*, la obra contiene un importante análisis histórico-político de la normatividad constitucional referida a ella, que abarca desde la legislación española —que no tuvo solución de continuidad al producirse la gesta libertadora— y las primeras leyes nacionales, hasta los proyectos más recientes que han procurado su reimplantación para el ámbito colombiano. En este estudio se tiene siempre presente la incidencia que sobre la ley tiene la correlación de fuerzas al interior de la lucha de clases —única perspectiva que garantiza la aprehensión del contenido y significación real del fenómeno—, porque el derecho —y con mayor razón el derecho penal—, no es más que la superestructura represiva ideada para la defensa de una determinada estructura socio-económica, que es la que condiciona y justifica su existencia⁵.

Entre las diferentes reflexiones consignadas por el autor, que retomamos estas directrices, hay que destacar su afirmación en el sentido de que la proscripción de la pena capital para la *delincuencia común*, obedece más a factores propios de la coyuntura socio-política que a razones "subjetivistas e idealistas" —como el reconocimiento de la capacidad del individuo para rehabilitarse—, mencionándose entre los primeros, la consolidación de formas de control social me-

nos crueles pero igualmente eficaces, como la sanción privativa de la libertad y la necesidad de preservar la reserva industrial de mano de obra no calificada y las masas de consumidores —rubros en los que tienen porción significativa los infractores comunes de la ley penal—, vitales a los intereses de los sectores comercial e industrial de la burguesía, cuando adquieren poder suficiente para hacer prevalecer sus exigencias sobre la fracción terrateniente, para quienes no cuenta mucho el ejército industrial de reserva y si tienen interés en un control social manifiestamente intimidativo para garantizar la supervivencia de la explotación agropecuaria de tipo latifundista, propia de la sociedad colombiana.

También se asevera que desde mediados del siglo XIX hasta mediados del presente, la abolición legal de la pena capital para la *criminalidad política*, ha sido posible no por razones "humanistas", sino porque durante toda esta época la criminalidad política ha tenido por contenido el enfrentamiento por el poder político entre los diferentes sectores de la burguesía (terratinentes, comerciantes e industriales), en procura de darle hegemonía cada uno a sus intereses, sin llegar a representar ello un peligro de desplazamiento de la burguesía en el manejo del Estado y de la economía. Esta situación, con algunos altibajos, sobrevive hasta la con-

indispensable la *criminalidad estatal* como condición para la ejecución del tal modelo, hasta llegar a concebir como "función estatal" o "actos administrativos normales requeridos para la buena marcha de los servicios", las prácticas genocidas ejecutadas por el ejército salvadoreño (con financiación y asesoría norteamericanas) y organismos paramilitares. El gobierno norteamericano del presidente Reagan, desvirtuando las auténticas reivindicaciones del pueblo salvadoreño que demanda una radical transformación de las estructuras opresoras, enmarca el conflicto dentro de la confrontación Este-Oeste, y justifica y apoya sobre estas bases las políticas genocidas, que ya han cercenado la vida a cincuenta mil salvadoreños, haciendo caso omiso de los pactos internacionales que reconocen la autonomía de los pueblos para señalar su rumbo histórico y el luchar para lograrlo. Cfr. ATILIO RAMÍREZ, "Modelo de desarrollo y criminalidad en El Salvador: Elecciones y genocidio", *Modelos de Desarrollo y Criminalidad*, IV Seminario Internacional de Criminología Comparada del Caribe (San Andrés), Cali, Impresora Feriva, 1984, págs. 129 y ss.; FERNANDO FLÓREZ PINEL "El estado de seguridad nacional en El Salvador, un fenómeno de crisis hegemónica", *Centroamérica en Crisis*, México, Centro de Estudios Internacionales, 1980; MARIO MENÉNDEZ, *El Salvador. Guerra civil o revolución*, Medellín, Edit. La Oveja Negra, sin fecha.

⁵ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Derecho Penal y Control Social", en *Tribuna Penal*, núm. 2. Medellín, Edit. Lealón, 1984, págs. 38 y ss.; ALESSANDRO BARATTA, "Criminología crítica y política criminal alternativa", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979; MASSIMO PAVARINI, *Control y dominación*, México, Edit. Siglo XXI, 1983, págs. 138 y ss.; FERNANDO ROJAS H. *El Estado en los ochenta: ¿Un régimen policivo?*, Bogotá, Cinep, núms. 82-83.

formación del llamado "Frente Nacional", pacto entre los diversos sectores de la burguesía en el que concilian sus antagonismos y divergencias, luego de la mal llamada "época de la violencia".

Correlativamente a esto, señala el autor, sobreviene un profundo desengaño de los sectores populares por la esencia antidemocrática del pacto —exclusividad en la conducción del Estado a los partidos burgueses tradicionales—, un proceso de militarización de la vida nacional en todos los niveles, el exterminio de formas autónomas de organización campesina y la toma de conciencia por amplias capas populares en torno a la posibilidad de que "las estructuras socio-económicas puedan y deban ser objeto de radicales transformaciones", con el ejemplo que suministra la revolución cubana. Todo esto conduce a que la *criminalidad política* deje de ser un mero altercado entre las diferentes fracciones de la burguesía y pase a convertirse en conductas expresa y directamente encaminadas a desplazar a la burguesía del control político y económico del país, y por ende, de contenido no inocuo para los sectores dominantes.

A partir de este momento, no obstante ser propicia la correlación de fuerzas al interior de la lucha de clases, a la reimplantación constitucional de la pena capital para la criminalidad política, no significa para Sandoval Huertas que hubiese dejado de depender de esta, sino que "simple y dramáticamente, otras instituciones —oficiales al-

gunas y clandestinas las demás (pero de todas formas afectando fundamentalmente los sectores populares, agregamos nosotros)— han venido a suplir con creces ese instrumento de defensa de los intereses burgueses... y han estado cumpliendo, con mayor eficacia y celeridad, las funciones de eliminación —definitiva o temporal— y de retribución, que son las que busca la sanción del derecho penal burgués en relación con la delincuencia política", entre las que se destacan: Las *desapariciones de personas, las torturas*, el "MAS" ("Muerte a secuestradores"), el prolongado mantenimiento del estado de sitio y la entrega a la jurisdicción penal militar de la competencia para conocer delitos políticos de particulares (pág. 106)⁶.

Nosotros compartimos plenamente este análisis del profesor Sandoval Huertas, porque corresponde con lo que ya anotamos; y él nos permite concluir que la normatividad constitucional prohibitiva de la pena de muerte en Colombia, no es más que una norma simbólica encauzada a encubrir la magnitud del genocidio producto de la violencia institucional (u oficial) y estructural⁷, que acompaña la estructura socio-económica del modo de producción capitalista existente en nuestro país.

En nuestro criterio, hoy, con el nuevo esquema de acumulación que se configura en Colombia y con el nivel de autonomía, organización y conciencia que han alcanza-

do los sectores populares⁸, se han desbordado las posibilidades de integración consensual de las clases dominadas, y el capital, renuente a la justicia social, ha acrecentado su faz violenta, dando predominio a esta como estrategia de dominación, y ha acudido a expedientes jurídicos que le dan "legitimidad" o que facilitan su encubrimiento⁹, al asesinato selectivo de líderes populares y en última instancia al genocidio de núcleos poblacionales, según sea la posibilidad de integración o desmovilización de los mismos mediante otras tácticas de terror y violencia¹⁰.

La obra, por el predominio que da al estudio normativo, omite considerar que al conflicto social que acontece con el crecimiento de la pauperización de la clase obre-

ra y marginalidad del lumpen-proletariado —como consecuencia inevitable del desarrollo capitalista colombiano—, y al que estos responden posiblemente con la "criminalidad" común —que sirve para hacerlos "chivos expiatorios" del problema de la inseguridad—, institucionalmente, por no tener interés en atender su reclamo de justicia social, se instauran los *Escuadrones de la Muerte*, que aprovechan la selección que de sus víctimas ya han hecho otras instancias del control social mediante la denominación de "expresidiario", "delincuente", en cabeza de hombres pertenecientes a las clases bajas, y que intimidan con el terror y la crueldad a toda clase social inmersa en el conflicto¹¹.

⁶ Cfr. FERNANDO ROJAS H., cit., *supra*, num. 6, págs. 7 y ss. PEDRO SANTANA, *Desarrollo regional y paros cívicos en Colombia*, Cinep, nums. 107-108. JULIO SILVA COLMENARES, *Tras la máscara del subdesarrollo: Dependencia y monopolios*, Bogotá, Carlos valencia Editores, 1983.

⁹ El estado de sitio, según Amnistía Internacional, "se ha prestado para la promulgación de algunos decretos que tienden a ser utilizados como instrumentos legales que propician la violación de Derechos Humanos", entre los que se destacan el decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) y el no menos famoso decreto 0070 de 1978. Cfr. *Amnistía Internacional*. Informe de la comisión que visitó Colombia entre el 15 y 31 de enero de 1980 (Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, 1981). Con referencia al decreto 0070/78, su aplicación ratificó lo que había sido previsto al expedirse, en el sentido de que el órgano ejecutivo del poder público, mediante este decreto-ley "solapadamente nos sitúa ante verdaderas consagraciones de la pena capital". Cfr. nota de presentación al artículo "En torno a la pena de muerte"; CARLOS MUÑOZ POPE, y J. MARIA RODRÍGUEZ DEVEVA, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 8. Y resulta muy preocupante para este momento, lo que asevera el profesor DARÍO ARCILA ARENAS, quien, con sólidos argumentos y poniendo de manifiesto la situación socio-política del país, concluye que con la inclusión de las nuevas causales de justificación en el Código Penal colombiano (decr. 100/80), se "Amplía bajo una más técnica y sutil redacción el alcance del decreto 070 de 1978": Cfr. "Las nuevas causales de justificación del hecho y los derechos civiles y garantías sociales", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 17, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 19 y ss.

¹⁰ Cfr. *Libro negro de la represión*, Bogotá, Fundación para la Investigación y la Cultura, 1980; ALFREDO MOLANO y ATILIO REYES, *Los bombardeos en El Pato*, Bogotá, Cinep, núm. 89, 1980; JUAN FREYDE y OTOS, *Indígenas y represión en Colombia, análisis-denuncia*, Bogotá, Cinep, núm. 79; ROBERTO QUINTERO MARINO, "Hacia la paz de las fosas comunes"; GILMA LÓPEZ CÁRDENAS y DANIEL ACOSTA MUÑOZ, "Violencia capitalista en el Magdalena Medio", en *La realidad del "Si se puede"*. *Demagogia y violencia*, Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Bogotá, 1984, caps. I y VI, respectivamente; GLORIA ZAMORA, *En el Magdalena Medio. Los moradores de la represión*, Bogotá, Cinep, 1983; HERNANDO HURTADO ÁLVAREZ y OTOS, *Balance de la situación de derechos humanos durante los dos años del gobierno del presidente Belisario Betancur*, Informe de la Comisión I en el IV Foro de los Derechos Humanos, Bogotá, Agosto 24-26 de 1984; FRANCISCO LEAL BUITRAGO, *Estado y política en Colombia*, Bogotá, Edit. Siglo XXI y CEREC, 1984, págs. 22 y ss.

¹¹ Cfr. "Foro sobre los Escuadrones de la Muerte en Medellín", en *Tribuna Penal*, núm. 1, cit., págs. 115 y ss.; J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por el lumpen-proletariado", *idem.*, págs. 55 y ss.; DARÍO ARCILA ARENAS, "Las nuevas causales...", cit. *supra*, núm. 9, págs. 53-54, núm. 61. Legislativamente en Colombia, con respecto a

⁶ A partir de esta época el delito político también es objeto de una *redefinición* conforme a los dictados de la doctrina de la seguridad nacional —en la que se criminaliza cualquier manifestación de oposición al proyecto económico-social instaurado por los sectores dominantes— y a un aumento significativo de la penalidad. Cfr. ALVARO MAZO BEDOYA, "Criminalización para la represión. Estatuto de Seguridad (decr. 1923/78)", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, Cali, 1981; JAIME CAMACHO FLÓRES, "La pena privativa de libertad en los códigos penales de 1936 y 1980", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.

⁷ Cfr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por lumpen-proletariado", en *Tribuna Penal*, núm. 1, Medellín, Edit. Lealón, 1983; TULLIO BAYER, *Carta abierta a un analfabeto político*, Medellín, Edic. Hombre Nuevo, 1977; SALOMÓN KALMANOVITZ, "Desarrollo capitalista en el campo colombiano", en *Colombia, Hoy*, 7ª ed., Bogotá, Edit. Siglo XXI, 1981. Sobre la violencia estructural en el capitalismo periférico, cfr. EDUARDO GALEANO, *Las venas abiertas de América Latina*, 30ª ed., Bogotá, Edit. Siglo XXI, 1981; SUSAN GEORGE, *Cómo muere la otra mitad del mundo. Las verdaderas razones del hambre*, México, Edit. Siglo XXI, 1980; JOSEPH COLLINS, y FRANCIS MOORE LAPPE, *Comer es primero, más allá del mito de la escasez*, México, Edit. Siglo XXI, 1982; VICENTE NAVARRO, *Salud e imperialismo*, México, Edit. Siglo XXI, 1982.

Por último, el autor se pronuncia radicalmente en contra de la utilización de la pena de muerte en Colombia, respecto tanto a la criminalidad política como a la común, porque ello solo sería una inadmisibles defensas de los privilegios de los sectores dominantes (págs. 107 y ss.). Esta posición la compartimos plenamente. Pero lo que no podemos aceptar tan fácilmente, es la justificación que él da de la pena capital cuando existen condiciones socioeconómicas más dignas de ser defendidas que la presente y para los hechos constitutivos de delitos contrarrevolucionarios; y ello porque en nuestra convicción las sociedades que apuntan a la conformación de un orden socioeconómico justo, que procuran superar el trabajo alienado y la explotación del hombre por el hombre y promueven relaciones sociales regidas por un auténtico espíritu solidario, son las únicas en donde la *función resocializadora de la pena* adquiere sentido, eficacia y legitimidad, no así la sanción capital. Y este planteamiento también olvida el proceso de deformación moral, social e ideológico que el sistema capitalista induce en hombres pertenecientes a las clases bajas, convirtiéndolos en autómatas para enfrentarlos contra su mismo pueblo, a fin de garantizar su existencia, y que una vez superado, lo razonable y justo es darle la oportunidad de integrarse al proceso revolucionario instaurado para su clase¹².

El capítulo II, dedicado a las *sanciones penales contra la libertad individual*, tiene mucha importancia, porque las penas privativas de la libertad conforme al Código Penal colombiano constituyen hoy la principal forma de reacción social contra los hechos normativamente considerados delictivos (98.4% de las conductas contenidas en el

Código, tienen establecidas sanciones privativas de la libertad).

Este capítulo se estructura todo alrededor del discurso de la *resocialización*, que es la *función declarada* más importante que la ley prescribe para la pena privativa de la libertad (C. P., art. 12) —que comparte un sector mayoritario de la jurisprudencia y doctrina nacional—, al que el profesor Sandoval Huertas formula un radical cuestionamiento político con apoyo en los desarrollos científicos más actualizados sobre el tema. Esta parte se subdivide en varios acápites:

El primero de ellos hace referencia a la *individualización de la sanción* y a sus diferentes manifestaciones: *Legal, judicial y penitenciaria*. De las tentativas conciliatorias de las contradicciones entre las formas de individualización judicial y penitenciaria, el autor destaca más actualizados sistemas: la clasificación penitenciaria, la sanción indeterminada y los sistemas mixtos de decisión. Los controvierte a todos ellos, pero con referencia al último, exalta la importancia que pueden tener en el ámbito colombiano los *jueces de ejecución o vigilancia de las penas* (sistema mixto), cuyo sentido es establecer un control jurisdiccional a los tradicionales abusos administrativos en la ejecución de la pena, garantizando un mínimo respeto al principio de judicialización en la ejecución de las penas, reivindicándolo siempre y cuando lo que motive sea el control efectivo y no su utilización para aparentar que la ejecución penal se efectúa con todas las garantías; en este último sentido es en el que debe interpretarse el art. 672 del C. de P. P., que otorga el carácter de jueces de vigilancia de la ejecución de las sanciones a los tribunales y jueces de la República, función que nunca ha tenido un desarrollo

práctico. Claro está, advierte el autor, que la existencia real de esta institución solo garantizará un control a la arbitrariedad administrativa y nunca que con ella la ejecución penitenciaria adquiera virtualidad resocializadora.

En el segundo se analiza el *tratamiento penitenciario*, concepto que es definido como “El conjunto de medidas y actitudes tomadas respecto de un sentenciado privado de libertad, con el propósito de obtener su rehabilitación social o resocialización”. Como se observa, aquí el “tratamiento penitenciario” tiene como finalidad declarada la *resocialización o readaptación social del condenado*, cometido que cuestiona el autor, no solo por el presupuesto que le sirve de base, sino por el significado mismo de dicha pretensión y su naturaleza.

El *presupuesto* de la readaptación social del condenado no es otro que la indemostrada y dudosa “suposición de que algo no marcha bien en ellos” (pág. 146); o en palabras de VICENTE ACCATTATIS: “Esto significa, entre otras cosas, que la sociedad de ningún modo es responsable del delito... la sociedad no es en modo alguno ‘causa’ del delito, ella se ‘defiende’ del delito y después toma medidas para redimir al reo... mediante este tipo de operación, no solo las causas sociales del delito (marginación, instigaciones culturales de la sociedad de consumo, desocupación, etc.) son todas puestas entre paréntesis y anuladas (para jugar, cuando más, el papel de ‘atenuantes’; cuando no juegan el concreto de agravantes), pero la sociedad se descarga de toda responsabilidad...” (cit. pág. 254, num. 527). El *significado* de la pretensión resocializante tiene en el fondo una ostensible paradoja: “a la prisión, que apareja un modo anormal de vida, incluso en las mejores hipótesis, se le pide que actúe eficientemente como formadora de hombres libres” (pág. 146, num. 305); y en cuanto a su *naturaleza*, se critica porque entraña serias intromisiones en la persona del infractor penal y porque lo que pretende realmente es la conformación de un sujeto autómatas, obediente de la ley, la autoridad y respetuoso del *statu quo* (pág. 147).

El tratamiento penitenciario, que no es un fenómeno homogéneo ni monolítico, está integrado por diferentes elementos: *El tra-*

bajo penitenciario, la educación, el gobierno interno de la institución, el personal, la observación y clasificación, las relaciones con el exterior y la asistencia penitenciaria.

El *trabajo penitenciario* es el elemento al que oficialmente se le reconoce mayor idoneidad para “resocializar” al condenado (art. 175 del decr. 1817 de 1964). Esta premisa, que es predominante en la doctrina y jurisprudencia nacionales, parte, según Sandoval Huertas, de un presupuesto sofisticado: A la situación de “delincuente ocioso”, para producir un “hombre resocializado” debe enfrentarse la de “recluso trabajador”, deducción falaz porque muchos de los infractores detenidos, antes de ser privados de la libertad, tenían transitoria o habitualmente ocupaciones lícitas aunque generalmente no calificadas; además, en nuestro sentir, también está nutrida de un contenido clasista, porque lleva implícita la afirmación de que la criminalidad es propia de las clases dominadas, reticentes a la disciplina del trabajo o marginadas del proceso productivo, en contraste con la delincuencia de los “poderosos” o de “cuello blanco” (delitos financieros, quiebra fraudulenta, contaminación, fraude fiscal, infracciones a las normas de control de cambios, delitos contra el orden económico-social, persecución sindical, corrupción administrativa, *dumping* de drogas o alimentos, etc.) que se ejecutan generalmente en el curso de una ocupación empresarial o profesional, y para la cual no es nada razonable reivindicar su “resocialización” por medio del trabajo carcelario.

Lo falaz de su premisa, las condiciones sociales y jurídicas del trabajo penitenciario, su imposibilidad de coordinarse con la economía “libre” y la innegable realidad de su funcionalidad para el enriquecimiento privado, obligan a decir a Sandoval Huertas, que este “ni contribuye, ni puede hacerlo, a la supuesta función de rehabilitación social” (págs. 172-173).

No obstante estas consideraciones, hay conciencia de los aspectos positivos anexos al trabajo penitenciario: confrontación de los nocivos efectos que el ocio produce en quien se encuentra privado de su libertad y la reducción de la pena impuesta (ley 32 de 1971 y su decr. reglamentario 2119 de 1977). Igualmente, compartimos su llamado

los delitos propios de las clases sociales subalternas —principalmente los que atentan contra el patrimonio económico—, se han incrementado las penas, se han recortado los derechos y garantías para la defensa y establecido procedimientos breves y sumarios para el juzgamiento. Cfr. JAIME CAMACHO FLORES, “La pena privativa...”, cit. *supra*, núm. 6, pág. 98; GERMAN SILVA G., y E. M. HERNANDEZ, “Los dilemas de la justicia penal”, en *La realidad del “Si se puede”*..., cit. núm. 10, págs. 67 y ss.; “Enjuiciamiento crítico a la ley 2ª de 1984”, en *Tribuna Penal*, núm. 2, Medellín, Edit. Lealón, 1984, págs. 151 y ss.

¹² Cfr. ROSA DEL OLMO, *Los Chiguines de Somoza*, Caracas, Edit. Ateneo, 1980; FRANCESCO MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Madrid, Universidad Complutense, 1979, pág. 93.

a la lucha para hacer efectiva una normatividad que le reconozca al trabajo penitenciario todas las prerrogativas que según las leyes laborales se derivan de cualquier relación contractual, para que no sea como la ominosa actualidad colombiana, en donde las normas que prescriben para este algunos derechos laborales (arts. 279-280 del decr. 1817/64), terminan cumpliendo la función de cobertura ideológica de la situación real que los niega. Esto es perentorio, porque la dinámica propia del modo de producción capitalista ha motivado la renuncia de la administración penitenciaria a organizar el trabajo carcelario para hacer entrega de este al afán lucrativo de los propietarios de los medios de producción; en otras palabras, el interés de la empresa privada es el que ha prevalecido y determinado la organización del trabajo en la cárcel, más que la supuesta contribución a la resocialización que se le atribuye (cfr. págs. 170 y 171, principalmente, nums. 363 y 364).

Desde esta perspectiva crítica, se da cubrimiento en el estudio del "tratamiento penitenciario", a todos sus demás elementos, que son abordados teniendo presente la más reciente y acertada doctrina científica sobre el tema, para luego ser confrontada con la normatividad y práctica existentes en Colombia; todo ello permite al autor concluir que con las penas privativas de la libertad en nuestro país, "no se satisface ni se puede satisfacer el propósito oficialmente enunciado de «readaptar socialmente» a quienes han sido calificados de infractores de la ley penal" (pág. 194).

El *tercero* está dedicado a la regulación jurídica de la ejecución de las sanciones contra la libertad individual en Colombia, en el que se hace un meritorio trabajo de reconstrucción de las normas fundamentales que desde el decreto de 1828 hasta el hoy vigente decreto 1817 de 1964, han regulado esta materia. En él se hace un estudio acabado sobre instituciones como la rebaja de pena (ley 32 de 1971) y las liberaciones anticipadas: la libertad condicional (C. P., art. 72) y la franquicia preparatoria (arts. 330—331 decr. 1817/64, reglamentado por el decr. 2933 de 1977).

Importa relevar de este acápite, que el examen sistemático de las leyes que reglamentan la ejecución de las penas privativas de libertad, acredita su ineficacia e insuficiencia como control al "avasallante poder estatal"; de esta situación surge la perentoria necesidad de someter la ejecución penal a un régimen jurídico, garantizando que la acción administrativa en este campo se ajuste a prescripciones legales y judiciales, para procurar a través de esta vía, el respeto a los derechos de los condenados; y de no hacerse así, advierte el autor, y subsistiese el imperante arbitrio administrativo, sin el sometimiento de la ejecución punitiva a la legalidad liberal, "de nada habrán servido los avances del derecho penal liberal, sustantivo y procesal, puesto que su última expresión y culminación máxima —la pena—, continúa estando librada a determinaciones personalísimas, autoritarias y caprichosas en forma análoga a como sucedía bajo los sistemas políticos feudales o monárquicos..." (pág. 203)^{12 bis}. ¡He aquí una importante

directriz político-criminal para la reforma que se proyecta en Colombia!

El *cuarto* acápite se refiere a la *institución penitenciaria*, cuya naturaleza, en el ámbito colombiano —aunque no exclusivo de este— no es otra que *totalitaria, violenta y clasista*, rasgos que se derivan de la estructura socio-económica existente en nuestro país, y, por ende, la hacen "total y absolutamente incompatible con cualquier pretensión de resocialización" (pág. 221).

La *violencia clasista* que es propia de la naturaleza de la prisión, no es exclusiva ni originaria de ella, sino que le viene dada por las instancias de control social que la preceden: esta, señala el autor, "se limita a recibir y a someter a su violencia los individuos que la ley, la policía, el sistema judicial le entrega tras haberlos escogido cuidadosamente a través de los procesos de creación y aplicación de las disposiciones penales" (pág. 220); y su carácter *autoritario* también se deriva de la estructura social propia del modo de producción capitalista, porque como dice ACCATTATIS, citado por el autor, "no es que las instituciones 'escojan' ser autoritarias en vez de democráticas: la elección está implícita en la estructura social.. lo que sucede en la cárcel no es distinto de lo que sucede en general en la sociedad..." (pág. 244, num. 504)¹³.

Con el *quinto*, dedicado a las *funciones no declaradas de la privación de la libertad*, culmina el trabajo desmitificador del carácter resocializador que se atribuye a la pena privativa de la libertad —iniciado en los anteriores apartes—, porque incuestionablemente la esencia y naturaleza de las funciones no declaradas contradicen palmariamente con su vigencia el cometido de dicha pena. El acreditar también que con la privación

de la libertad se buscan objetivos muy diferentes de los que oficialmente se declaran, permite entender por qué, no obstante que con ella no se puede acceder a su función resocializadora, no ha sido abandonada ni sustituida por otras que podrían cubrir mejor dicho propósito y antes bien, ha sido intensificada su aplicación.

Los aspectos fundamentales de esta sección ya habían sido divulgados por el autor¹⁴; por ser ya conocidos, hoy nos circunscribimos a relacionar la clasificación metodológica que este hace de las mismas:

1. *Nivel económico* (se originan y desarrollan en el plano estructural): Función de reproducción de la criminalidad; coadyuvancia al control del mercado "libre" de trabajo y reforzamiento de la protección a la propiedad privada.

2. *Nivel sico-social* (plano superestructural): Función vindicativa y cobertura ideológica.

3. *Nivel político* (plano superestructural): Mantenimiento del *statu quo*; control sobre las clases sociales dominadas y control de opositores políticos.

A la criminología colombiana le compete precisar las *funciones no-declaradas* que en la actualidad tienen vigencia en el ámbito nacional¹⁵ y el orden de prioridades que cada una de ellas tiene dentro de la ejecución penal. Ello nos permitirá conocer y evaluar en mejor forma la naturaleza del control social formal; para desmitificar todo el discurso burgués "legitimador" que se ha fraguado a su alrededor y clarificar los derroteros de una práctica política capaz de inocularlo.

Por ahora nos limitamos a decir que nuestra judicatura, consciente de la pérdida de crédito y legitimación del concepto "reso-

^{12 bis} En escrito posterior, SANDOVAL HUERTAS, al hacer referencia a la regulación disciplinaria para la cárcel colombiana, encuentra que esta se halla regida por el *principio de desigualdad teórica y real* en detrimento de los privados de libertad: Toda conducta puede ser sancionada; las garantías procesales han desaparecido; todas las sanciones son posibles. Tal situación no le es motivo de extrañeza —lo que no obsta para que se luche por su modificación—, porque ella "refleja nitidamente las contradicciones propias de las relaciones sociales y de producción originadas por el sistema económico vigente", y por ende, desde este punto de vista "constituyen la *región más transparente del poder estatal y del derecho burgués*". Si el poder estatal y el discurso penal burgués, tienen razón de ser en el mantenimiento y reproducción de las estructuras capitalistas de producción, no es posible esperar algo *sustancialmente* diferente de ellos, hacerlo sería desconocer lo que constituye su fundamento y su función: el control permanente de los sectores sociales subordinados y marginados que surgen de este modo de producción. Cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "La región más oscura y transparente del poder estatal: a propósito de la regulación disciplinaria para las cárceles colombianas", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 295 y ss. Del mismo autor: "El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica", en *Criminología Crítica. I Seminario*, cit., págs. 131 y ss.

¹³ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "El sistema penal...", cit. núm. 12, págs. 135 y ss., principalmente su bibliografía.

¹⁴ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "Las funciones no-declaradas de la privación de libertad, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, Cali, 1981, págs. 41 a 72.

¹⁵ Una conclusión similar a la que llega GARCÍA MÉNDEZ para la Argentina, es procedente para Colombia, por la semejanza que hay entre las estadísticas que él relaciona para su país —población económicamente activa, índices de desempleo y población reclusa— con las nuestras, que permite predecir que la función no-declarada de silo de la pena privativa de la libertad, no tiene vigencia en Colombia. Cfr. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, epílogo a la edición castellana del libro *Pena y estructura social*, cit., núm. 2, págs. 265-266.

cialización”, y concedora de nuestras cárceles —en donde la tortura física y moral contra los reclusos hacen de ellas instituciones criminales lesivas de los derechos humanos¹⁶—, no podrá seguir siendo conivente con la *farsa, la mentira e infamia* del carácter “resocializador” de la institución penitenciaria; *no podrá seguir diciendo que la necesidad del procesado o condenado de recibir “tratamiento penitenciario” para su “resocialización”, lo margina del derecho a la excarcelación contenido en el numeral 3° del artículo 44 de la ley 2° de 1984 o a la condena de ejecución condicional, conforme a los dictados del artículo 68 del Código Penal.*

¿Y qué van a hacer nuestros jueces cuando tomen conciencia de que el *estigma* de “expresidiario” limita tan seriamente sus posibilidades para integrarse a las relaciones “normales” con la colectividad, que es muy posible que lo conduzcan indefectiblemente a reiterar los hechos delictivos? ¿Van a utili-

zar la reincidencia o las “dos o más sindicaciones” para inhibir el reconocimiento de derechos procesales (cfr. arts. 43-3° y 45-4° de la ley 2° de 1984), no obstante ser estas atribuibles al proceso social de etiquetamiento, más que a la “personalidad proclive al delito” del sujeto infractor?

Con satisfacción observamos que se están gestando los primeros intentos conducentes a que la judicatura colombiana comience a conocer y a reivindicar, como de su competencia, el crimen de lesa humanidad que se está ejecutando en nuestras cárceles y manicomios, y a partir de allí se instaure una práctica judicial liberadora que rescate en parte los derechos humanos del encarcelado¹⁷. Esto naturalmente exige desmitificar el carácter “neutral”, “apolítico”, que la ideología burguesa ha pretendido para la función jurisdiccional a través de la ficción del juez como “*Bouche de la loi*”, que circunscribe su trabajo a una simple subsunción del hecho en la norma, mediante una interpretación “científica” (gra-

matical, lógica, teleológica, etc.) que permita la fiel aplicación de la ley¹⁸.

La última sección de este capítulo está dedicada a las *proposiciones alternativas*, medidas que con factibilidad cercana, se hallan orientadas a atenuar la problemática generada por el uso de la privación de libertad. Su propugnación e implementación no es óbice, señala el autor, para perder de vista o renunciar a la meta final, que en la nueva criminología no es otra que la *demolición de los muros de la cárcel* (abolición de la prisión), realidad a la que solo se puede acceder mediante radicales transformaciones de la estructura socioeconómica capitalista, porque esta es la que necesita la cárcel como baluarte de su existencia.

Por último, el capítulo III se refiere a las *sanciones penales contra el patrimonio económico*, privilegiando el análisis de la *multa*, de la cual se da su concepto, se establecen sus funciones, se señalan los sistemas existentes para su tasación y cancelación (días-multa, igualdad global, multa escalonada, pago a plazos, pago mediante trabajo, conversión en arresto) y se determina la regulación jurídica existente en Colombia sobre la misma.

No obstante que los países con alto grado de desarrollo hacen un amplio uso de la multa como sanción penal, en los países de la periferia capitalista —entre ellos Colombia—, esta ha tenido escasísima utilización, por la preponderancia que se ha dado a la privación de la libertad, gracias a su contribución con la función no-declarada de mantenimiento y reproducción del modo capitalista de producción; esto explica también que se haya reservado como sanción para la delincuencia de la burguesía (“cuello blanco”), estableciéndose un tratamiento di-

ferencial con la convencional sancionada con penas privativas de la libertad, por la diversa significación que para este modo de producción tienen las dos modalidades (pág. 329).

Es de destacar que el autor demanda un mayor empleo de la multa dentro del ámbito penal, por ser un “mal menor” frente a la privación de libertad que trae aparejadas más gravosas consecuencias para el condenado y la colectividad en general, siempre y cuando se establezcan adecuados sistemas de tasación y cancelación, para inhibir la práctica de imposición de penas privativas de libertad sustitutorias de la multa, si no se facilita la satisfacción de esta. Las objeciones que a esta propuesta se le formulan (mimetización del control coactivo de los sectores populares, reforzamiento de la función de cobertura ideológica y evidencia del sistema penal como “mercado de infracciones”), no son producto de su uso ampliado, sino que constituyen “inevitables consecuencias del modo de producción capitalista”, y solo con la superación inevitable de este se pondrá fin a tales situaciones (pág. 332).

Dejamos de esta manera concluida la re-
censión de una importantísima obra, que hemos tenido interés en abordar por la necesidad que encontramos de difundir, reivindicar y afianzar las ideas en ella contenidas, con la esperanza de hacerlas llegar al conocimiento, entre muchos otros, de los que más las requieren: legisladores, jueces, administradores de la ejecución penal, catedráticos, criminólogos, etc., con méritos suficientes para hacernos decir —apropiándonos de la frase de un compañero que sabe por qué lo dice—, que parece que en el cerebro “*en vez de neuronas tienen ladrillos*”; quienes convencidos de su valioso aporte a la “jus-

¹⁶ Cfr. JULIA y HERMAN SCHWENDINGER, “¿Defensores del orden o custodios de los Derechos Humanos?”, en *Criminología Crítica*. IAN TAYLOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG, México, Edit. Siglo XXI, 1977, págs. 178 y ss.

¹⁷ Un concepto de la Fiscalía Décima del Tribunal Superior de Medellín, luego de registrar “la epidemia de jueces ciegos” que cometen un “prevaricato contra el hombre” al sancionar con la internación en el “anexo psiquiátrico” de la Picota a los condenados inimputables, con el fin de darles el “tratamiento científico que corresponda” (C. P., art. 94), no obstante estar acreditada su condición de asquerosa cloaca, lesiva de todos los derechos del internado —en donde la muerte por *hambre* no es de extrañarse—, porque la existencia o no de los “establecimientos psiquiátricos o clínicas adecuadas” de que habla la ley, no es problema de su incumbencia, les recuerda y enseña que “También los tribunales eclesiásticos de la Inquisición tan solo firmaban el anatema por herejía. Y nada más. Después sería el verdugo quien prendería la hoguera... Pero históricamente, ¿quién ha olvidado la orden firmada por los encasillados personajes de manos regordetas y anillos besuqueados y reverenciales? El pliego de responsabilidad se les ha formulado con lógica inexorable: sin ellos, sin sus sentencias, no se habría encendido el fuego destructor.

”Antes, cuando estábamos engañados y creíamos que los enfermos mentales recibirían, más o menos, algún tratamiento médico e ignorábamos el crimen de lesa humanidad, era admisible el argumento simplista de la separación de responsabilidades... Ahora no: es nuestro deber denunciar la situación; aglitzar todos los medios legales a nuestro alcance para rescatar a todas las personas que allí se encuentran... y, como imperativo inmediato: debemos destruir funcionalmente el cubil de la ignominia, negándonos a ser sus proveedores, por sentencias judiciales, de nuevas víctimas...”

”Sí, a sabiendas de lo que está sucediendo, somos coniventes y nuestra acción continúa institucionalizando el magno holocausto, entonces, así prosiga este manto de silencios proclives ¿quién podrá acallar su propia censura? Como palabras de fuego —anillos quemantes— tres palabras se unirán como *inri* de nuestras frentes: «Somos asesinos morales...”. Cfr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, “Súplica por los locos”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 549 y ss.

¹⁸ Cfr. NICOLÁS LÓPEZ CALERA, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y MODESTO SAAVEDRA LÓPEZ, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978. PIETRO BARCELLONA, DIETER HART y ULRICH MÜCKENBERGER, *La formación del jurista*, Madrid, Edit. Civitas, S. A., 1977. PIETRO BARCELLONA y OTRO, *El Estado y los juristas*, Barcelona, Edit. Fontanella, 1976. ROBERTO BERGALLI, “La estructura judicial en América Latina”, en *Pena y Estructura Social*, cit., núm. 2, págs. XXI y ss.; IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, “La ley penal y la justicia”, en *Tribuna Penal*, núm. 1, cit., págs. 21 y ss.

ticia” no han hecho más que incorporar dolorosas páginas a la “Historia Universal de la Infamia”. Para los “prevaricadores contra el hombre” he escrito motivando la lectura, porque el pueblo conoce de tiempo

atrás —antes que la criminología crítica— el carácter criminal de las instituciones de control social, pues para él es para quien secularmente ha existido y contra las que hasta ahora ha luchado solo.

HERNANDO LEÓN LONDOÑO B.

SECCIÓN DE CARTAS A LA DIRECCIÓN

Doctores
NÓDIER AGUDELO BETANCUR
FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director y Coordinador "Nuevo Foro Penal"¹
Medellín

Reciban un cordial saludo y ferviente deseo porque la empresa que se han propuesto se prolongue indefinidamente tanto en el tiempo como en el espacio, para bien de las disciplinas jurídicas, del derecho penal, del Estado de Derecho y sobre todo para quienes estas líneas escribimos, presos en la cárcel nacional de Bellavista.

Con inmensa satisfacción hemos leído los enjundiosos artículos publicados en la Revista que ustedes dirigen, los cuales han contribuido, en muy buena parte, a la formación de verdaderos profesionales de la rama del Derecho, a la actualización de nuestros jueces, faltando solo la transmutación de la mentalidad de muchos de ellos, para que definitivamente entiendan que el peligrosismo contenido en anterior Código Penal de 1935, fue desechado, fue abolido, lo mismo que la reincidencia, y que el vigente de 1980 no contempla ninguna de dichas características, ni mucho menos la "personalidad" como fundamento dosimétrico de la fijación de la pena.

Es verdaderamente lamentable, por no decir vergonzoso, cómo la mayoría de nuestros jueces niegan la totalidad de los subrogados penales a sindicados y condenados "dizque" porque en épocas ya remotas tuvieron una sindicación o una condena por delito intencional. Jamás dentro del proceso se hace una evaluación con aproximación científica de las causas de la delincuencia, sino que por la mera responsabilidad objetiva, detienen, investigan (a medias) y condenan.

Sería importantísimo que ustedes, que han venido enrumbando por tan serios caminos el derecho penal, pregonando en todas las direcciones y por todos los puntos cardinales la "teoría del error", la inimputabilidad, los principios rectores del Código Penal de 1980, la importancia de la medicina legal, etc., iniciaran una campaña de actualización de nuestros jueces penales, a todos los niveles, para despojarlos de una vez por todas de ese criterio moralista que poseen y que debe marchar muy separadamente del derecho.

¹ La presente misiva ha sido enviada a la Dirección de la Revista por cerca de doscientos reclusos de la Cárcel Nacional de Bellavista quienes la suscriben. Como consideramos de interés para la judicatura, para las autoridades administrativas del orden Nacional y Departamental, así como para el órgano legislativo los planteamientos en ella contenidos, la difundimos esperanzados en que las respetuosas solicitudes aquí formuladas sean acatadas. (Nota del Coordinador).

Que esa campaña se haga en asocio de las Facultades de Derecho de nuestras distintas Universidades, de Colegios y Asociaciones de Abogados, etc. en donde se programen foros, seminarios, cursos obligatorios para ellos.

Consecuentes con lo anterior, solicitamos, asimismo, la valiosa colaboración de ustedes para lograr del Congreso Nacional, presidente de la República, de parlamentarios, etc., la inclusión dentro del proyecto de ley de indulto a los "alzados en armas", un artículo que consagre una *rebaja de penas* para todos los delitos comunes, ya que la ley 2ª de 1984, así como el decreto 815 de este mismo año, fueron elaborados para los banqueros, para los delincuentes de cuello blanco, pero jamás para los desposeídos de bienes de fortuna, para aquellos que hurtaron \$ 20.00 o \$ 30.00 para comprar un pan para su familia o para un techo de su tugurio. Para estos es inaplicable la ley 2ª de 1984, ya que siempre habrá una válvula de escape para que la "omnipotente sabiduría" del señor juez niegue su libertad.

No entendemos en verdad, como a los parias, a los desposeídos de bienes de fortuna se les niega todos los subrogados. Son delincuentes para el funcionario por el solo hecho de no tener o de no contar con recursos económicos. Por eso mismo se les encierra en una cárcel para que no produzcan absolutamente nada, para que su familia se vea abocada a toda clase de sufrimientos. Para que pierda todo el contacto con su familia y para que esta al no contar con su ayuda siga el camino de la delincuencia, porque, desgraciadamente, no tiene otra alternativa. ¿Y por qué? Muy sencillo. Porque el Estado no brinda empleo, no tiene capacidad para ello y en esa forma el mismo Estado está patrocinando el delito. Porque nuestras cárceles son la incubadora del crimen. No son los llamados dizque "centros de rehabilitación" sino las escuelas del delito. Una persona que ingrese a pagar una condena saldrá en peores circunstancias de las que poseía al ingresar; y de ello no tienen la culpa porque el "bendito juez" manifiesta que "requiere de tratamiento penitenciario".

Y eso del tan mal llamado "tratamiento penitenciario" es como para Ripley. Porque el señor juez ni siquiera con un asomo de científicidad así lo manifiesta. Nos preguntamos nosotros, y creemos estar acompañados de verdaderos doctos en la materia, qué criterio, con qué base científica puede una persona que ocupa un cargo de juez de la República, lanzar semejante mentira en sentencia que producirá consecuencias inverosímiles para el sujeto activo de la misma. Cómo es eso señores, nos preguntamos nosotros. Si los señores jueces no conocen tan siquiera las cárceles a donde será llevada su víctima de turno. Si no entran allí muchas veces por miedo y otras porque a conciencia saben que son esos sitios nauseabundos, donde la miseria y el hambre pululan, donde la ruina y la desesperación son el común denominador. Si los señores jueces no cumplen siquiera con las visitas de rigor que ordena nuestro Código de Procedimiento Penal, mas sin embargo, en fallo de sabihondez e infalibilidad, manifiestan: no se concede el subrogado solicitado porque requiere de tratamiento penitenciario.

Así es señores. En letra grande y todo eso. Están seguros de que el tratado con tantos o cuantos años de encierro que se le formulen, saldrá ya dispuesto a la resocialización. Saldrá reeducado. ¡Pero que equivocación tan grande señores!

¡Qué felonía! ¡Qué vergüenza! ¡Y hacen gala de esa cómica versación jurídica! Cuando ellos departen en una mesa con sus amistades, dicen ufanos: "Yo soy el juez que más detenidos tiene a cargo" ... "es que yo sí la aplico toda" ... "yo no les como carreta a esos hp...", "tenemos que acabar con tanto...", ... "es que yo sí soy templado, no perdono media", etc.

Esa es desgraciadamente, nuestra administración de justicia. Esas fórmulas de tratamiento, esas dosis, tan solo existen en la mente precoz y fantasmagórica de nuestros funcionarios contagiados del "carcelerismo", del "peligrosismo" del Código Penal de 1936 ya sin vigencia. Jamás se averigua la causa de la infracción. El art. 5º del Código Penal se lo pasan por la borda. Muchos de ellos no conocen su significación. Por ello, por todo ello, doctores Agudelo Betancur y Velásquez Velásquez, veríamos con sumo agrado una campaña preparatoria para jueces, para que tengan un cabal concepto de lo que significa "libertad", para que no prejuzguen, para que sea aplicada una correcta administración de justicia, para que el principio de igualdad ante la ley se tenga muy presente y para que estén al tanto de las modernas teorías y escuelas del derecho penal, pues muchos de ellos, si no la mayoría, se quedaron con lo poco que aprendieron en la Facultad de Derecho hace ya 20 ó más años y otros que llegaron a esas posiciones por intrigas de sus amistades.

Confiamos pues, en su altruismo, en el puesto de vanguardia que ocupan y que lo tienen ganado, para sacar adelante nuestro propósito.

Medellín, septiembre 21 de 1984.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

<i>Código Carcelario</i>		<i>Código de Procedimiento Penal</i>	
Art.	Pág.	Art.	Pág.
56	296, 305, 306	113	50
146	299	114	50
150	299	117	406
193	306	134	269, 270
200	306	163	54, 60, 80, 110
206	305	169	110
243	296	179	110
289	300	182	108
291	296, 297	193	109
295	296, 297, 305	196	108, 109, 110, 270
296	297	210	107, 108, 109
312	306	215	80, 298, 558
366	64	216	298
383	64	233	298
		236	59
		243	56
		288	56
		289	58, 73
		301	75
		306	376, 529
		324	91
		354	110
		372	75
		381	57, 75
		382	50, 54
		400	73
		411	281
		417	74
		426	57, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 83, 92, 102, 199, 260, 261, 262, 264
		427	58, 74
		428	73
		429	74
		430	59, 74
		431	74
		432	75
		433	59, 74
		434	75, 76
		435	75
		437	76, 92, 199, 260, 261, 262, 264
		439	59, 73, 74, 75
		440	199, 259, 260, 261, 262, 264
		441	73
		444	281
		445	281
		451	59-60, 169, 180
 <i>Código Civil</i> 			
9	200		
27	340		
1237	339		
 <i>Código de Justicia Penal Militar</i> 			
187	198		
200	198		
210	198		
234	198		
253	198		
273	198		
292	198		
294	198		
521	388		
560	542		
566	379, 382		
574	545		
590	382		
 <i>Código de Procedimiento Penal</i> 			
9	269, 270		
10	376, 529		
12	91		
37	65, 99		
38	49, 89, 99, 406, 416		
55	65		
108	63, 85		

Código de Procedimiento Penal

Art.	Pág.
453	60-61, 76, 78, 87, 93, 124, 180, 268
454	268
455	89
457	89
458	85
459	58, 61, 84
460	62, 73, 84, 89, 268
462	65
464	62, 85
465	85
466	89
467	58, 61, 72, 78, 82, 85, 86, 271, 272
468	271, 272
469	89, 271, 272
470	89, 271, 272
481	105, 106
483	106, 107
484	108, 109
486	109
491	80, 262
565	267, 268
570	271
572	64
672	568
696	181
742	73
748	73

Código Penal de 1936

23	189-190, 198, 265
115	96
232	122
233	122
372	411-412
404	560

Código Penal

2	408, 409, 414, 425
5	194, 197, 201, 203, 206, 425
9	303
10	193, 195, 203
12	167, 174, 177, 427, 568
18	408, 425
19	408
22	499, 503
24	3
25	497, 501
29	59, 71, 75, 267, 434, 435
30	51, 61, 82, 115, 197, 434
31	203, 280, 427, 428
35	425
37	85

Código Penal

Art.	Pág.
39	425
40	59, 75, 193, 194, 195, 196, 197, 203, 204
	205, 261, 262, 263, 265-267, 433
60	197, 484, 486, 491, 501, 502
61	115, 177, 194, 197, 201, 203, 206
63	386
66	502
67	501
68	79, 124, 178, 179, 572
72	80, 178, 570
80	3, 96
87	3
94	281, 427, 428, 572
95	281
96	427, 428
110	3, 56-57
111	57, 71
112	57, 71
113	57, 71
114	57, 71
115	57, 71
116	57, 71
119	57, 71
120	57, 71
125	57, 71, 72
126	57, 71, 72
129	72
131	51, 71, 72
132	72
133	57, 71, 83
137	98
139	61
140	57, 71
141	57, 71
142	57, 71, 72
148	57, 71
152	409
153	409
158	409
174	72
177	57, 71
178	57, 71, 72
180	198
183	409
186	57, 71, 498, 503
187	57, 71
189	72
191	72
199	198
201	375, 381
202	375, 382
206	72
207	57, 71
208	57, 71

Código Penal

Art.	Pág.
209	57, 71
210	57, 71
218	57, 71
219	57, 71
220	57, 71, 388
221	118, 120, 123
222	388
223	57, 71
226	388
227	388
229	57, 71, 72, 188, 191, 412
230	57, 71, 72
232	57, 71, 72
235	191
240	57, 71
241	57, 71, 72
247	72
249	57, 71
250	57, 71
251	57, 71, 121
254	57, 71
259	57, 71
268	58, 71
269	58, 71, 72
272	58, 71, 199, 203, 260
279	58, 71
281	58, 71
282	58, 71
283	72
289	3
291	72
292	378
298	58, 71
300	58, 71
303	58, 71
304	58, 71
305	58, 71
306	71, 72
308	58, 71
309	58, 71, 372
310	58, 71, 72
311	58, 71
312	58, 71
313	260, 261
323	58, 71, 428
324	58, 71, 428, 475, 476, 480, 482, 491, 492, 497
	501, 502
325	500
329	85, 198, 267
332	389, 412
333	58, 71
334	58, 71, 428
335	58, 71
336	58, 71
338	58, 71
339	58, 71

Código Penal

Art.	Pág.
340	85, 198
341	428
349	58, 73, 558, 559, 560
350	58, 71, 558, 559
351	58, 71, 558, 559, 560
353	91
355	58, 71, 115
356	58, 71, 115
357	58, 73
358	58, 73
365	91
368	91
372	58, 73, 82
374	51, 61, 82, 101, 102
375	297

Constitución Nacional

Art.	Pág.
2	394, 396, 398, 405, 542, 547, 552, 553, 554
16	394, 403, 414, 556
19	370, 524
23	296, 297, 302, 396, 398, 400, 422
24	73, 75, 395, 398, 399
26	116, 122, 296, 299, 394, 395, 396, 398, 399
	405, 416, 422, 425, 548, 549, 553, 554
27	399, 541, 547, 549, 550, 554
28	378, 396, 398, 532
30	370, 524
33	545
38	306
42	306
43	545, 555
55	1, 394, 396, 397, 398, 402, 405, 414, 416
	422, 542, 547, 548, 552, 553, 554
58	394, 395, 398, 399, 402, 405, 414, 415, 416
	545, 548, 553, 554, 556
61	398, 399, 402, 405, 414, 541, 542, 545, 547
	548, 549, 550, 551, 552, 555
76	399
97	399, 400
102	399, 400
119	395, 399, 400
120	314, 371, 553
121	371, 373, 541, 543, 544, 547, 548, 555
135	314
141	398
142	400
143	404
147	553
148	553
151	398, 400
152	398, 405
154	398
156	398, 400, 553

Constitución Nacional

Art.	Pág.
157	398, 400, 402, 405, 415, 553
158	398, 400, 402, 405, 553
160	398, 400, 405, 553
161	398
162	400, 405, 553
163	398
164	394, 395, 398, 399, 405
168	400, 553, 554
170	398, 399, 541, 542, 545, 547, 548, 549, 550, 552, 554
187	404
214	396, 406
215	298
257	416

Decretos

Nº Año	Pág.
23 1957	410
250 1958	545
12 1959	401, 546
485 1960	302
528 1964	410, 413
1358 1964	401, 410, 413, 415
1698 1964	402, 415
1699 1964	414
1817 1964	569, 570
432 1969	542
955 1970	198, 402
1260 1970	118, 120, 122
1355 1970	56, 73, 74, 75, 94, 95, 372, 374, 378, 379, 381
409 1971	411
520 1971	198
522 1971	49, 51, 53, 90, 91, 93, 94, 95, 104-105, 106, 112, 388, 394, 406, 409, 413, 426
1331 1972	369, 523
1617 1972	369, 523
1188 1974	58, 65, 71, 78, 124-128, 198, 375, 379, 383-384, 542, 544
1939 1974	369, 523
2131 1976	545
60 1977	369, 523
2119 1977	569
2933 1977	570
070 1978	435, 567
1923 1978	567
536 1980	546
2588 1980	369
2642 1980	312, 314, 316, 318, 324, 325, 328, 329, 330, 332, 333, 334, 335, 338, 339, 342, 344, 345, 346
3529 1980	369, 523
5288 1980	523
616 1981	314, 318
1319 1981	536

Decretos

Nº Año	Pág.
0003 1982	312, 314, 318, 325, 328, 329, 330, 332, 333, 335, 338, 340, 341, 342, 346, 347
3015 1983	249
615 1984	371, 376, 543
666 1984	371-372
667 1984	373
668 1984	373-374
669 1984	374
670 1984	375
760 1984	379, 542
1038 1984	375, 542, 543-544
1039 1984	376
1040 1984	377-378
1041 1984	378-379
1042 1984	379, 541-542, 543, 544, 546, 547, 548, 549, 552, 553, 554, 555, 556
1055 1984	377, 380
1056 1984	380-381
1057 1984	381-382
1058 1984	382
1060 1984	382-384, 386
1061 1984	384-387
1071 1984	387-388
1118 1984	388
1204 1984	547
1208 1984	377

Leyes

87 1887	121
153 1887	335
35 1888	122
72 1890	410
95 1936	411
92 1938	118, 120, 121, 122
94 1938	410
4ª 1943	410
28 1959	506
141 1961	545
27 1963	410, 414
16 1968	402, 410, 415
74 1968	394, 396, 406, 506
16 1969	411
32 1971	180, 569, 570
16 1972	394
17 1975	78, 79, 80, 81, 84, 411, 416
21 1977	65, 66, 416
22 1977	66, 99, 333, 411, 416
9 1979	314
22 1980	369, 523
23 1981	332, 333, 346
35 1982	382
2ª 1984	49-67, 68, 95, 169, 179, 199, 284, 375, 388, 393-394, 395, 399, 400, 403, 405, 411, 412, 413, 416, 417, 420, 422, 425, 546, 572

ÍNDICE DE MATERIAS*

—A—

Acción
(sujeto de la): 432;
(unidad de): 438;
y de resultado (desvalor de): 433-434;
y omisión: 432.

Adicto (ciclo evolutivo del): 127.

Administración de justicia
(congestión en la): 368-369, 522, 524;
(dignificación de la): 249-250;
(ley reformativa de la). Véase: *Ley 2ª de 1984*;
por órganos administrativos: 1;
(reforma a la)
creación de comisiones asesoras: 534-537;
crítica: 1-4;
recomendaciones: 374-379, 528-533.

Agresión ilegítima: 434.

Amonestación: 39, 41.

Antijuridicidad
(conciencia de la): 201, 202;
e injusto: 433;
(exclusión de la): 434.

Apelación (sustentación de la): 64-65;
pronunciamiento jurisprudencial: 405-406.

Arquitectura
carcelaria
en la Revolución Industrial: 235-236;
y control social: 225-248;
e internamiento: 229-230.

Arresto juvenil: 39, 40;
breve: 40;
en tiempo libre: 39-40;
prolongado: 40.

Auto
de citación a audiencia: 104;
(impugnación del): 109-112;
(notificación del): 108-109;
(requisitos del): 104-107;
de proceder (requisitos del): 107;
que ordena ampliar la investigación: 112.

Autonomía de la rama judicial: 398-400.

Autoría (clasificación de la): 438.

Autoridad (es)
de policía
(competencia de las): 49, 90, 395, 403-404;

(facultades de instrucción a las): 388-389;
(procedimiento ante las). Véase: *Procedimiento policivo*;
y jueces (distribución de las competencias entre): 409-414;
e individuo (relaciones entre): 354.

—C—

Cadáver
por los deudos (disposición del): 340-342;
(tesis de la nacionalización del): 343.

Captura
(informe obligatorio sobre motivos de la): 59;
mediante orden escrita: 59;
(naturaleza de la): 70;
(normas que rigen la): 74;
para indagatoria: 57-58;
por parte de la policía judicial: 58-59;
(procedencia de la): 71-74.

Cárcel
(arquitectura de la). Véase: *Arquitectura carcelaria*;
(división tipológica de la): 235, 236;
(función de la): 245;
malthusiana: 232;
(seguridad en la): 244;
y fábrica: 239.

Careo (jurisprudencia sobre la supresión del): 405.

Casación (cuantía para recurrir en): 64.

Caución (es)
juratoria: 62, 84;
prendaria: 62, 84;
(tipos de): 62.

Causal (es) de justificación: 434-435;
(estado de necesidad como): 434-435;
(legítima defensa como): 434;
(pauperismo como): 283;
y jurado de conciencia (error sobre la concurrencia de una): 265-268.

Causalidad (teorías sobre la): 432.

Coautoría en el homicidio por precio o promesa remuneratoria: 498-501.

Comiso: 57.

Competencia (s)
de la justicia penal militar: 550, 554;
en estado de sitio: 541-557;

* Números 23 a 26.

Competencia (s) (cont.)
de las autoridades de policía: 49, 90, 395, 403-404;
(delitos contra la libre): 221;
de los jueces de distrito penal aduanero: 66;
de los jueces laborales: 64;
de los jueces municipales: 65;
(modificación de la): 388-389;
de los jueces superiores de aduana: 65;
(distribución de las)
entre autoridades de policía y jueces: 409-411;
por el legislador: 421-422;
para conocer de delitos menores: 421, 422;
para conocer de la extorsión: 99-100;
para instruir: 65.
Componentes anatómicos
(cesión de): 342-344;
ante mortem: 328;
de órganos simétricos: 324-325;
gratuita: 318-319, 322;
onerosa: 318, 319-322, 323;
por la propia persona: 327-339;
por terceros: 339-344;
post mortem: 336-338;
revocabilidad: 338-339;
(concepto de): 312;
(transplantes de). Véase: *Transplantes de componentes anatómicos*.
Concentración (es)
carcelaria y *ghettos*: 241-245;
urbana (s)
(origen de las): 229;
y concentración capitalista: 228-232, 238.
Concurso
ideal: 438;
real: 439.
Condena de ejecución condicional: 79, 178, 179;
como causal de excarcelación: 179;
(oportunidad para conceder la): 179.
Conducta (s): 476;
(áreas subjetivas de la): 479;
(manifestaciones de la): 431;
sancionables en el sistema carcelario: 296-298.
Confinamiento solitario: 233, 234.
Congresos de criminología: 287-289.
Conminación: 61, 84.
Constitución
jurídica: 396;
política: 396;
(posición de la Corte frente a la guarda de la): 419, 423-424.
Contratos "corporales": 318.
Contravención (es): 421;
(competencia para conocer de las): 403-404;
en estado de sitio (establecimiento de): 374-375, 378-379, 384-387;
(operancia de la prescripción en las): 94-98;

y delito: 401, 404, 408, 418, 422-423;
(criterios para diferenciar): 408-409.
Control
metropolitano y el aspecto carcelario: 237-241;
social
e internamiento: 226-228;
en comunidad: 243;
y arquitectura carcelaria: 225-248;
y derecho penal: 281-282.
Corvée: 229, 277.
Crímenes: 42.
Criminalidad (teorías sobre la): 278-279.
Criminología
(congresos de): 287-289;
(crisis de la): 279-280;
crítica: 279;
(crisis de la): 511-519;
(etapas de la): 453-457;
(evolución de la): 512-519;
(hacia una): 449-457;
(objetivo de la): 452, 455;
(raíces de la): 512;
(seminario sobre): 451-452;
y derecho penal: 454;
(información sobre): 129-141;
positivista: 277;
y las pasiones: 353-366;
y los modelos de sociedad
capitalismo: 357-358;
conflictual: 357;
consensual: 357;
estructural-funcionalismo: 356;
iluminismo: 355;
positivismo: 355-356;
pluralista: 356-357;
y orden burgués: 276-278.
Cuantía (s)
(ajuste de): 66;
(determinación de la): 63-64;
para recurrir en casación: 64;
(upaquización de las): 98-99.
Cuerpo del delito (plena prueba del): 105.
Culpa
(casos de): 198;
(concepto de): 266;
(error proveniente de): 266-267.
Culpabilidad: 436-437;
(derecho penal de): 163;
(elementos de la): 436, 437;
"infima": 18-19;
sin pena: 183;
y pena: 159, 174-177;
y teoría del error: 197, 202.

—D—

Debido proceso: 108.
Decisionismo (teoría del): 556.
Decretos de estado de sitio: 361-388.

Delincuencia
convencional: 221;
empresarial y reacción social (investigación sobre): 211-224.
Delincuente (s)
condenado (estigmatización del): 171;
(condiciones de vida del): 173;
(estudios sobre la clasificación del): 358-359, 362;
pasional: 359, 362;
(resocialización del): 164-165, 185;
social: 495.
Delitos (s): 42, 414, 431;
continuado: 439;
contra el patrimonio económico (excarcelación en los): 101-102;
contra la libre competencia: 221;
contra la salud pública: 221;
culposos (impunidad cuando no se prevé el hecho como): 263;
de cuello blanco
(clasificación de los): 221;
(concepto de): 221;
(consideraciones teóricas sobre el): 215-220;
(reacción social ante el): 221-222;
(desarrollo conceptual del): 213-215;
masa: 439;
medio (homicidio como): 493;
menores: 403;
(competencia para conocer de los): 421, 422;
(objeto de la teoría del): 431;
(plena prueba del): 105;
(prevención del): 369-370, 523;
y contravención: 401, 404, 408, 418, 422-423;
(criterios de diferenciación entre): 408-409;
y pena (proporcionalidad entre): 155.
Denuncia: 91.
Derecho (s)
alemán
(responsabilidad del menor y consecuencias en el): 30-38;
(sistema de consecuencias jurídicas en el): 47;
colombiano
(funciones de la pena en el): 153-154;
(prevención especial en el): 177-178;
constitucional procesal penal: 463, 471-472;
de impugnación (titularidad del): 271;
de los reclusos: 185;
(error de): 188, 189, 205, 263, 264;
extrapenal: 190, 202;
penal: 190, 202;
(estado de). Véase: *Estado de derecho*;
penal
de culpabilidad: 163;
y control social: 281-282;
y criminología crítica: 454;
y política criminal: 289-291;
procesal: 527;

constitucional: 463;
penal (consagración constitucional de los principios del): 472;
reconocidos constitucionalmente en proceso penal (desarrollo de los): 463-469.
Descriminalización: 370-371, 525-526;
(ventajas de la): 525.
Desjudicialización: 373, 527.
Despenalización: 371-372, 526.
Desprisonalización: 372-373, 526-527.
Desvalor de acción y de resultado: 433-434.
Detención
arbitraria: 259-260;
en el procedimiento policivo: 91-92;
(improcedencia de la): 260;
(naturaleza de la): 75;
parcial en el lugar de trabajo: 59-60, 75-76, 169, 180;
(presupuestos de la): 59, 75.
Documento (s)
eclesiásticos
(carácter de los): 121;
(falsedad en): 117-120;
(valor probatorio de los): 122;
privado: 120;
público: 120.
Dolo
de tipo: 202;
(teoría del): 202.
Donación de órganos simétricos: 324.
Dosis
de aprovisionamiento para uso personal: 127;
personal: 127.

—E—

Error
(concepto de): 205;
de derecho: 188, 189, 205, 263, 264;
extrapenal: 190, 202;
penal: 190, 202;
de hecho: 188, 189, 205, 263, 264;
de interpretación: 198-201, 261;
de prohibición: 192, 193, 198, 201-204, 205, 263, 264, 265, 266, 267;
directo: 194, 195, 196, 203;
indirecto: 194, 195, 196;
de tipo: 192, 193, 202-204, 205, 261, 263, 264, 265, 267;
invencible: 194, 195, 196;
vencible: 193, 194, 195, 196;
e ignorancia: 189, 205;
invencible: 267;
proveniente de culpa: 266-267;
sobre la concurrencia de una causal de justificación y jurado de conciencia: 265-268;
(teoría del). Véase: *Teoría del error*.

—587—

—586—

Escuela
de la Nueva Defensa Social: 153, 165;
positiva (pena en la): 151.

Estado
de derecho
(concepción formal del): 7, 9;
para la persecución penal (importancia
del): 6-7;
y principio de legalidad: 5-29;
y separación de las ramas del poder: 420-
421;

de ira e intenso dolor y homicidio por precio
o promesa: 502-503;
de necesidad: 434-435;
putativo: 435;

de sitio
(competencia de la justicia penal militar
en): 541-557;
(creación de contravenciones en): 374-375,
378-379, 384-387;
(declaración de): 375-376;
(decretos de): 371-388;
(disposiciones contra el narcotráfico en):
379-388;
en Caquetá, Huila, Meta y Cauca: 371;
(medidas en): 376-377;
(reuniones públicas en): 371-372, 377-378;
(suspensión de salvoconducto en): 373;
en la persecución penal (intervención del):
8-9, 12;
(razón de): 556.

Estigmatización del delincuente condenado: 171.

Estructura
de la justicia: 253-254;
social (adaptación a la): 217-218.

Evidencia: 268.

Excrcelación: 76;
(causales de): 61, 77-84;
(condena de ejecución condicional como cau-
sal de): 179;
en el procedimiento
especial: 114-116;
policivo: 92-94;
en los delitos contra el patrimonio económico:
101-102;
(fundamento de la): 76;
(obligaciones en caso de): 62, 84;
(premisas de la): 77;
(prohibición de): 61, 85-89;
(revocación de la): 89;
por solicitud de la parte civil: 271-272.

Extorsión: 99-100;
(procedimiento para la). Véase: *Procedimien-
to especial*.

—F—

Falsedad en partidas eclesiásticas: 117-120.
Faltas y hechos punibles (diferencia entre): 426.

Fiscalía (intervención de la): 14-15.
Funcionarios públicos: 122;
(sacerdotes como): 121.

—G—

Garantías procesales en el sistema carcelario:
298-300.
Genocidio: 506.
Ghettos: 238;
y concentración carcelaria: 241-245.

—H—

Hechos punibles: 408;
(clasificación de los): 408;
y faltas (diferencia entre): 426.

Homicidio
agravado
(criterios para el): 475;
por su causa: 475-476, 491;
como delito medio: 493;
por motivo abyecto o fútil: 477-478, 481,
482-489;
(arbitrio judicial en el): 489-491;
(conciencia social en el): 490-491;
(naturaleza del): 482-483;
por odio: 505-507;
por precio o promesa remuneratoria: 495-
502;
(coautoría en el): 498-501;
y estado de ira e intenso dolor: 502-503;
por venganza transversal: 504-505;
(proceso motivacional en el): 476, 479, 481.

Hurto calificado: 558.

—I—

Ignorancia y error: 189, 205, 206.
Impugnación (titularidad del derecho de): 271.
Imputabilidad: 436;
(crisis del concepto de): 280-281.

Indagatoria
(captura para): 57-58;
(citación para): 58, 75.

Individuo y autoridad (relaciones entre): 354.
Inexequibilidad (unidad normativa completa en
fallo de): 422.

Inimputabilidad: 364;
(causas de): 437.

Injuria (no procede detención preventiva en
caso de): 260.

Injusto: 433;
(elementos del tipo de): 433.

Instrucción (facultades a las autoridades de
policía para la): 388-389.

Internamiento
(finalidad de las medidas de): 427;
y control social: 226-228.

Interpretación
de la ley: 200;
(error de): 198-201, 261.
Ius puniendi (fundamento del): 151-153.

—J—

Juez (ces)
(competencia de los)
de distrito penal aduanero: 66;
laborales: 64;
penales municipales: 65;
superiores de aduanas: 65;
especializados (creación de cargos de): 52;
(imparcialidad e independencia de los): 400;
natural: 549, 553;
(consagración constitucional del): 401-403;
penales municipales (modificación de la compe-
tencia de los): 388-389;
y autoridades de policía (distribución de compe-
tencia entre): 409-414.

Juicio en contumacia: 108.

Jurado de conciencia y error sobre la concurren-
cia de una causal de justificación: 265-268.

Justicia
(administración de). Véase: *Administración de
justicia*;
(autoadministración de los recursos por parte
de la): 250;
(creación de un Sistema Nacional de): 252, 254,
255-256;
(estructura de la): 253-254;
(modernización de la): 252-253;

penal
(congestión de la): 368-369, 522, 524;
(informe de la Comisión Asesora para la Re-
forma de la): 249-256;
(medidas alternativas para la): 524-527;
militar en estado de sitio (competencia de la):
541-557;
(problema de la): 522-523.

Juzgados de instrucción criminal (creación de): 67.

—L—

Latrocinio: 492, 493;
Legítima defensa: 434.

Ley
(interpretación de la): 200;
y error (ignorancia de la): 189, 206;
2ª de 1984
(antecedentes de la): 69-70, 111;
(comentarios a la): 68;
(inexequibilidad parcial de la): 393, 405,
406-407;
(promulgación de la): 68;
(texto de la): 49-67.

Libertad
condicional: 178, 181-182;
(procedencia de la): 182;
(privación de la): 301;
ilegal: 199;
provisional. Véase: *Excrcelación*.

—M—

Mando: 396.

Medidas
alternativas de la detención: 247-248;
de internamiento (fines de la): 427;
de seguridad: 45-46, 48;
(término máximo de las): 427-428;
disciplinarias: 38-39, 48;
educativas: 36, 48;
(tipos de): 36-37.

Menor (es): 33;
adulto: 33;
(educación del): 282;
en el derecho penal alemán (responsabilidad de
los): 30-48;
(sanciones aplicables a los): 36.

Muerte cerebral: 325-327.

Multa: 573.

—N—

Norma penal (función motivadora de la): 435, 436.

Notificación
al procesado ausente: 108-109;
del auto de citación a audiencia: 108-109.

Nulidades en el procedimiento especial: 116.

—O—

Órganos
administrativos
(administración de justicia por): 1;
véase también: *Autoridades de policía*;
simétricos (donación de): 324.

Omisión: 432;
y acción: 432.

—P—

Panóptico: 230-231;
(proyección arquitectónica del): 246-248.

Parte civil
al recurrir (interés de la): 269-272;
para la revocatoria de la excrcelación (solicitud
de la): 271-272.

Pasiones: 360;
(clasificación de las): 360;

Pasiones (cont.)
(concepción abstracta de las): 361;
en la literatura (influencia de las): 361;
(origen de las): 359-360;
y la criminología: 353-366.

Patrimonio económico (excarcelación en los delitos contra el): 101-102.

Pauperismo como causal de justificación: 283.

Pena (s)
(concepción retributiva de la): 172;
(culpabilidad sin): 183;
cumplida: 80;
de muerte: 564;
en Colombia: 565-568;
(determinación de la): 159, 174-177;
en el restablecimiento del orden social: 157-158;
en la escuela positiva: 151;
(fines de la): 151, 157, 170, 172, 177;
de prevención: 154;
en el derecho colombiano: 153-154;
retribución: 154-155;
unificación: 161;
(formas de definir la): 151;
(humanitarismo en las): 186;
juvenil: 36, 41, 48;
determinada: 43;
(duración de la): 42;
(modalidades de la): 44-45;
privativa de la libertad: 301, 568;
(función de la): 568, 571;
(prevención especial en la teoría de la). Véase: *Prevención especial*;
(redención de la): 180;
(teorías sobre la)
absolutas: 152;
del valor de empleo: 159;
relativas: 152;
unificadoras: 168-174;
y culpabilidad: 161, 163, 174-177;
y delito (proporcionalidad entre): 155.

Penitenciaria (origen de la): 277.

Persecución penal
(control de la): 22-29;
(importancia del estado de derecho para la): 6-7;
(intervención del Estado en la): 8-9, 12;
(limitaciones a la): 15;
y punibilidad: 18.

Personalidad sicopática: 486-487.

Pluralismo orgánico: 396.

Poder: 396;
en el sistema carcelario (expresión del): 295-309;
público (ramas del). Véase: *Ramas del poder*.

Policia
(autoridades de). Véase: *Autoridades de policía*;
(función de): 403;
judicial (captura por parte de la): 58-59.

Política criminal: 354, 368;
(medidas alternativas de): 370-373;
y derecho penal: 289-291.

Premeditación: 478.

Prescripción en las contravenciones (operancia de la): 94-98.

Prevención
especial: 151-186;
(casos de): 179-183;
e instituciones procesales: 177-178;
en el derecho colombiano: 177-178;
en la doctrina: 154-167, 183-184;
(importancia de la): 171;
(justificación de la): 159;
(objeciones a la): 172-181;
y retribución: 157, 171;
general: 174.

Principio (s)
de igualdad: 11;
procesal: 250;
(violación del): 11;
del derecho procesal penal (consagración constitucional de los): 472;
de legalidad
(concepto de): 13;
(contenido del): 14;
de *lege lata*: 14-17;
(tentativa de conceptualización del): 8-13;
y estado de derechos: 5-29;
y la separación de poderes: 17-22;
del Krausismo: 161;
fundamental del sistema punitivo: 296.

Procedimiento
especial: 52-56, 103-104;
(ampliación de la investigación en el): 112-114;
(auto de citación a audiencia en el). Véase: *Auto de citación a audiencia*;
(excarcelación en el): 114-116;
(impugnación de la sentencia en el): 114;
(nulidades en el): 116;

penal
(constitucionalización del): 462-463;
(desarrollo de los derechos constitucionales respecto del): 463-469;
español (reformas al): 463;
(modificaciones al): 57-63;
policivo: 50, 91-92;
(detención en el): 91-92;
(excarcelación en el): 92-94.

Prueba del cuerpo del delito (plena): 105.

Punibilidad y persecución penal: 18.

—R—

Rama (s) del poder
(colaboración armónica entre las): 397, 420;
judicial (autonomía de la): 398-400;
(separación de las): 396, 397;
como teoría: 419-420;
en la historia: 396-397;
y estado de derecho: 420-421.

Raponazo (naturaleza del): 559-560.

Readaptación social (presupuesto de la): 569;

Reclusos (derechos de los): 185.

Recurrente (legitimación del): 271.

Reforma (s)
al procedimiento penal español: 463-469;
de la Justicia Penal (informe de la Comisión Asesora para la): 249-256, 522-533.

Reparaciones: 39, 41.

Resocialización del delincuente: 185.

Responsabilidad en el derecho penal alemán de menores (determinación de la): 30-48.

Retribución: 174;
y prevención especial: 157, 171.

Revocación: 338;
de la cesión de componentes anatómicos: 338-339;
de la excarcelación por la parte civil (solicitud de la): 271-272.

Reuniones públicas en estado de sitio: 371-372, 377-378.

—S—

Sacerdotes no son funcionarios públicos: 121.

Salud pública (delitos contra la): 221.

Sanción (es)
aplicables a menores: 36;
en el sistema carcelario: 300;
(conductas susceptibles de): 296-298;
(extensión de la): 300-304.

Secuestro extorsivo (procedimiento en caso de). Véase: *Procedimiento especial*.

Sistema
carcelario
americano (orígenes del): 232-234;
(cuestionamiento al): 307-309;
(duplicidad punitiva en el): 304;
(expresión del poder estatal en el): 295-309;
(garantías procesales en el): 298-300;
(restricción de las comunicaciones dentro del): 305-307;
(sanción en el). Véase: *Sanción (es) en el sistema carcelario*;
Nacional de Justicia (creación de un): 252, 254, 255-256;
punitivo (principio base del): 296.

Situación jurídica (término para definir la): 76.

Sobresimiento temporal (supresión del): 113.

Sociedad
conflictiva: 278;
consensual: 278;
(modelos de): 278;
y criminología: 354-358;
pluralista: 278, 356-357.

Sociología de la desviación: 278, 512-513, 517.

Subversión económica: 221.

Sujeto de la acción: 432.

—T—

Teoría (s)
criminológicas: 278-279;
de la asociación diferencial: 216, 278;
de la motivación: 432;
de la separación de las ramas del poder público: 419-420;
del conflicto: 278;
del decisionismo: 556;
del delito (objeto de la): 231;
del dolo: 202;
del error: 187;
(desarrollo histórico de la): 188-198;
en el Código Penal de 1980: 193-198;
moderna: 191-192;
modificada: 190-191;
originaria: 188-190;
y culpabilidad: 197-202;
sobre la causalidad: 432;
sobre la pena
absolutas: 152;
del valor de empleo: 159;
margen: 153;
(prevención especial en la). Véase: *Prevención especial*;
relativas: 152-153;
unificadora: 168-174.

Terrorismo (procedimiento para el). Véase: *Procedimiento especial*.

Tipicidad y tipo: 433.

Tipo
(dolo de): 202;
(elementos del)
estructurales: 433;
injusto imprudente: 433;
(error de). Véase: *Error de tipo*;
y tipicidad: 433.

Trabajo penitenciario: 569.

Tráfico de estupefacientes en estado de sitio (disposiciones contra el): 379-388.

Trámites procesales (celeridad en los): 250-252.

Transplantes de componentes anatómicos: 312;
(condiciones para el): 324-325;
entre personas vivas: 330;
(legislación sobre): 314;
(necesidad del): 316;
(obligación de informar los riesgos del): 317-318;
realizados en Colombia: 315;
(requisitos para el)
del donante: 328-335;
del receptor: 344-346.

Tratamiento penitenciario: 569, 570.

Tribunales de distrito judicial (creación de): 66-67.

Esta revista se terminó de imprimir en los
Talleres Litográficos de Editorial Nomos,
el día 25 de enero de 1985.

LABORE ET CONSTANTIA