

# NUEVO FORO PENAL

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA  
NODIER AGUDELO BETANCUR  
Directores

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Coordinador

## EDITORIAL

La luz rompe la niebla.  
J. Guillermo Escobar Mejía

# 35

## DERECHO PENAL

Esplendor y miseria de las teorías  
preventivas de la pena.  
Wolf Paul

El concurso formal entre falsedad en documento  
privado y estafa.  
Jaime Nanclares Vélez

El hurto con arrebatamiento ("raponazo")  
y el hurto calificado por la violencia.  
Enrique García Galvis

## CRIMINOLOGÍA

La política de las drogas:  
Fuente de problemas y vehículo de colonización y represión  
Louk Hulsman

Los psicotrópicos, la pasividad y la industria farmacéutica  
Betsy Ettore

## LEGISLACIÓN

Decretos de estado de sitio en materia  
de armas y estupefacientes.  
Reglamentación del Estatuto Nacional de Estupefacientes  
Código Penal Aduanero

## JURISPRUDENCIA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Incompetencia del jurado  
para reconocer la inimputabilidad  
Rodolfo Mantilla Jácome

TEMIS  
1987

ENERO

FEBRERO

MARZO

**Directores**

NÓDIER AGUDELO BETANCUR  
JUAN E. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

**Coordinador**

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

**Consejo de Dirección**

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ  
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.  
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO  
HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO  
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA  
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA  
MARIO SALAZAR MARÍN  
IVÁN GÓMEZ OSORIO  
HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.

**Auxiliares**

SANDRA CRISTINA MORA S. (U. de Medellín)  
JORGE ENRIQUE VALLEJO (U. de Medellín)  
GUILLERMO ARISMENDY D. (U. de Medellín)  
FRANCISCO VALBUENA C. (U. de Antioquia)  
LINA ADARVE CALLE (U. de Antioquia)

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería  
Bogotá - Colombia  
1987

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



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

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

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

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

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

## ÍNDICE GENERAL

### EDITORIAL

La luz rompe la niebla. J. Guillermo Escobar M. .... 3

### DERECHO PENAL

El concurso formal entre falsedad en documento privado y estafa. Jairo Nanclares Vélez ..... 25  
El hurto con arrebatamiento ("raonazo") y el hurto calificado por la violencia. Enrique García G. .... 38

### CRIMINOLOGÍA

La política de drogas: fuente de problemas y vehículos de colonización y represión. Louk Hulsman ..... 49  
Los psicotrópicos, la pasividad y la industria farmacéutica. Betsy Ettore . 78

### LEGISLACIÓN

Decretos de estado de sitio en materia de armas, estupefacientes y motocicletas 89  
Estatuto penal aduanero ..... 96  
Reglamentación del Estatuto de Estupefacientes ..... 109

### JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Incompetencia del jurado para reconocer la inimputabilidad. Rodolfo Mantilla Jácome ..... 111  
Comentario de Nódier Agudelo Betancur ..... 118  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. La tentativa en la extorsión. Mario Salazar Marín ..... 121  
Comentario de Hernando L. Londoño Berrio y Fernando Velásquez V. 126  
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN. . Las conductas inocuas frente al concepto dogmático de delito. Andrés Nanclares A. 130  
Comentario de Mario Salazar Marín ..... 132

## BIBLIOGRAFÍA

- JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: *Derecho penal fundamental*. Fernando Velásquez V. .... 137
- CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA: *Peligrosidad y derecho penal preventivo*. Juan Oberto Sotomayor Acosta ..... 142

## EDITORIAL

## LA LUZ ROMPE LA NIEBLA

—I—

Un Miércoles de Ceniza, podemos decirlo con bíblica expresión, Penitencia del Justo por las culpas de la colectividad, cae, amortajado por el blanco lino de sus verdades, don GUILLERMO CANO ISAZA.

Cuatro días después —21 de diciembre de 1986—, el ilustre muerto, merced al milagro del linotipo, fundido en bronce de resurrección, llora ante el país; y, humilde, abre la intimidad de su alma, cuando en aquel editorial que escribiera la víspera de su muerte, nos dice:

“Encontré dentro de un sobre corriente una misiva que me puso la piel de gallina, porque es un cuento desgarrador basado en un hecho que parece tener los ingredientes para considerarlo un drama de la vida real”. “Me hizo llorar en plena Navidad”.

¿Cuento? ¡No! Es una carta que denuncia un delito. Su estilo es la narración escueta, sin filigranas literarias, de los hechos acaecidos el seis de septiembre de 1978 en contra de una familia campesina: el padre que es arrancado del hogar por una patrulla de uniformados que dijeron requerirlo porque “...en La Palma tiene un denuncia”; y así, en medio de la noche lluviosa, iluminada por los relámpagos, se lo llevaron dejando en desconsuelo y orfandad a la niña Noelia Tovar y a sus hermanitos.

¿Quién podrá medir aquella soledad cósmica?

La madre ausente, a dos horas de camino, cuidando a una hija enferma. A ellos solo les quedó la noche larga y lóbrega. Al amanecer: ojitos infantiles rojizos por el llanto y ardiendo como brasas; en las irritadas junturas de los párpados, lágrimas secas, legañas de sal cristalizada, moléculas minerales de la aflicción.

—II—

Tomad el balancín que pesa todos los dolores. Se encuentra siempre en el abscóndito lugar donde se refugia la Piedad Humana: Fuente-Nacimiento de los principios morales que iluminan de trascendencia a todas las religiones; reverdece y vivifica la fibra ética que es consubstancial a los derechos que lo son por autenticidad y no por usurpación; y alimenta con claridades germinales a todas las bellas utopías que hablan de armonía y de amor humanos. Depositad en la balanza sin cifras, cuyo fiel tan solo se inclina por los sentimientos, aquellas lagrimitas infantiles, globitos salinos, y, entonces, encontraréis que son universos de infinitud... Saúl

—3—

Tovar, nacido en Avipai, Municipio de La Palma (Departamento de Cundinamarca, Colombia), ciudadano del mundo, apellidado: Hombre, desapareció sin morir, por consunción, demacración de evanescencia: vive en la niebla.

Su esposa, desde el día siguiente, venciendo la timidez, con mirada sumisa de iris suplicantes, consultó a las autoridades de La Palma. Y así ella viva en un país que se ufana de sus códigos, recibió por respuesta la palabra inmisericorde y la carcajada de la barbarie: la amenazaron con cárcel. Sufrió vejámenes e insolencias e intimidaciones.

—III—

El desconcierto y la indefensión se unieron y en la matriz de la humildad se engendró aquel feto de cabeza enorme, susurrante de razones irracionales y de sabidurías instintivas, que los sicólogos bautizaron con el nombre de miedo. La familia Tovar, amedrentada por las autoridades de La Palma, abandonó el minifundio que cultivaba con esmero y huyó hacia la ciudad capital, buscando el refugio del anonimato. Allí su unidad orgánica es despedazada en la riada de la miseria.

Transcurren ocho años y la niña es ahora una jovencita que desempeña el cargo de sirvienta en una casa bogotana. Escribe a don GUILLERMO CANO buscando un espacio en la prensa que le permita preguntar: ¿Quién puede darme noticias sobre mi padre? Busca, como don Clemente Silva, el rumbero de La Vorágine<sup>1</sup>, que alguien le indique dónde puede recoger, siquiera, los huesos del ser querido. Esto, así sea trágico, es *saudade* para su alma, nota menor que exige la desesperación.

KAFKA pondrá su posdata cultural: Recuerda que hay una creciente y espantosa estadística de desaparecidos. Que el tema siempre ha sido ignorado por la prensa; tratado en abstracto por las revistas jurídicas; no estremece el diapasón de la radio; y es ignorado por las universidades por ser "quisicosa" comprometedora. Los consultorios jurídicos aman el artificio idealista de sus frontispicios formales, pero temen ser taladros sociales.

—IV—

La sirvienta bogotana obligó al ilustre Periodista a redactar su Testamento Moral, que, rubricado por la tibieza de su sangre, específicamente obliga a "El Espectador" y a los incliños herederos de su raza. Su cláusula principal reza así:

"Perdonen, mis lectores, si en este 1986, después de leer la carta transcrita, les he agitado las fiestas de Navidad que yo, *ajeno a tanto drama de tanto colombiano*, celebré con tan desbordada alegría en el pasado. Elevo en esta mi novena 86 una oración, una plegaria, para que la familia Tovar, de una vez por todas, *tenga noticias buenas o malas de su padre, porque unas u otras son definitivamente mejores que la carencia absoluta de ellas, que es como existir en el limbo del terrible e inhumano mundo de los desaparecidos*" (subrayas nuestras).

<sup>1</sup> Novela de JOSÉ EUSTASIO RIVERA.

La primera subraya: "ajeno a tanto drama de tanto colombiano", nos recuerda a CAMUS: Cuando se escucha en la noche un grito que pide auxilio y nos hacemos los sordos, estamos incurso en el delito de *omisión* e ineluctablemente quedamos marcados por la culpa. La purificación exige que vistamos el sayal de "jueces penitentes"; la primera condición es: "recuperar la memoria". Así, en un delirante y apasionante opúsculo intitulado "La Caída". Paréceme, al oír la respetada voz del varón puro, del diáfano periodista, del hombre edificante que no oculta el llanto que brota de la ternura y de la solidaridad humanas que, decadentes, inaceptando o rehuendo los compromisos de civilización de nuestro tiempo, aun en el corazón de los patriarcas, si se investiga, se encontrará que un comején de silencios los horadó y que solo se encuentra en ellos ripio de carcomas.

De ahí que, ahítos de indolencia, solo despertamos cuando las crisis son tan agudas que resultan ser pesadillas, para dar entonces el espectáculo efímero de nuestra aullante confusión.

Los que a sí mismos —y con merecimiento— se llaman intelectuales, y la pequeña burguesía, cuyo sueño —legítimo, por demás— es ascender los peldaños burocráticos y funcionales del Estado, hacen mal cuando, complacientes con su propio bienestar, limitan su espacio al cóncavo caracol de una cultura metafísica o abstracta, susurrante siempre, en veces de palabras vanas; querámoslo o no, todos estamos atados al lomo de la carnadura social y económica de nuestro pueblo. El hacer histórico está en el "hoy" y en el "ahora", y nunca lejano e inalcanzable: está repartido, para cada quien, en cuotas de circunstancias personales, no heroicas, sino sencillas. El sueño de epopeyas irrealizables son justificaciones propiciatorias a complejo inhibitorio de la frustración o al cinismo de no hacer nada. Prevarica quien olvida: "Cada época emprende una lucha por su racionalidad, contra lo irracional que le es propio; cada época realiza, con sus medios, el paso a un grado accesible de racionalidad".

Lo más terrible e irracional que acontece en nuestra época es el fenómeno cruel de los desaparecidos. El párrafo final de don GUILLERMO CANO, que atrás subrayáramos, aprehende la quintaesencia de su inextinguible dolor; es un magnicidio moral y espiritual tan inmenso que alcanza a ofender toda la evolución cultural de la especie, la que al humanizarse, merced al pensamiento, reverenció aun los cuerpos inertes y desde la prehistoria sembró la tierra con dólmenes contruidos con piedras ciclópeas que hacen inferir desconocidas leyes de la mecánica o formó avenidas de menhires que son obeliscos de diorita que apuntan al cielo, pero que en verdad enaltecen no a los dioses, sino a los hombres.

Es tan monstruoso el delito de desaparición, que hoy, en pacífica y sana ortodoxia criminológica, puede afirmarse: va más allá de la tortura (¡qué horror!), porque acentúa todas sus formas y se apropia de tan vasta intensidad que lacera, preferentemente, la inocencia familiar; es más ominoso que el asesinato (¡qué imposible!) porque siempre trasciende lo individual y se torna en crimen de lesa humanidad. La sociedad que lo acepta mancha su historia, porque permite que el amor, sentimiento social por excelencia, se torne en suplicio. Lo único que puede hacer es gritar como la Argentina: "Nunca más", pero su penitencia será que, para cumplir, ¡jamás podrá olvidar!

Tolerar este gran mal es aceptar la política del terrorismo y, en consecuencia, abandonar la racionalidad y la pureza de los principios ideológicos; pertenece a lo demencial, es síndrome que responde a los enunciados que el gran médico italiano UGO CERLETTI utilizara para explicar la epilepsia: "su violenta demostración no es más que una reacción de un miedo intenso".

Por esta razón el delito selecciona y abate sus alas en contra de las fuerzas más dinámicas: los obreros que estudian y comprenden la dignidad y los destinos históricos de su clase social, son perseguidos; los campesinos sin tierra que ya avizoran en los filos de los montes algo más que sus propias cruces, son diezmados; pero, sobretudo —y hablo a vosotros, queridos estudiantes—, están en peligro los jóvenes de ardido corazón, los de inacabados ideales.

—VII—

¿Qué hacer? Debe realizarse una praxis ética, iluminada por estrellitas sensibles y materiales, cuya luz provenga de la Piedad Humana. Tener el valor de ser cristianos y obrar con un humanismo activo que se nutra, dialécticamente, de la indefensión de los que sufren y eleven, con asonancias de indignación, la inaudible tristeza de su llanto. Hacer realidad la solidaridad con los derechos humanos, mediante el ofrecimiento a los pobres y a los que no tienen voz, de los medios de comunicación que, con solemne respeto a la verdad investigada, narrarán, con objetividad e inmediatez y sin eufemismos, la verdad llena de luz que permita hacer transparentes y diáfanas las columnas de niebla caminantes en el silencio y amparadas por las sombras de complicidades tácitas o inconfesables. El testamento moral de don GUILLERMO CANO es el ejemplo arquetípico; tan solo es necesario, para que sea eficaz y no frágil cristalería de lágrimas inútiles, que inspire un propósito de acción inmediata; forjar la unidad orgánica de una familia nacional que, al menos en defensa del mismo Estado de derecho y con magna publicidad, haga apertura amplia, con trazos metodológicos simplificados y elementales, a las voces silenciadas —como la de Noelia Tovar— que necesiten denunciar los atropellos contra la democracia.

Compete a las universidades, a los colegios de abogados, y en particular a los consultorios jurídicos, reglamentar y coordinar en las amplias esferas de la prensa, la radio, y en los organismos defensores de los derechos humanos (dentro de los cuales debe incluirse por mandato legal y razones filosóficas, el Ministerio Público), el servicio profesional serio que institucionalmente puedan prestar a los parientes de los desaparecidos. Al menos deben iniciar las cartillas para la historia.

Esta Revista ofrece su prestigio nacional y su camino-mensaje internacional, a la propuesta ética que para abrirse paso tiene que apoyarse en su Dirección y en el Consejo de Dirección, cuyos miembros constituirían el organismo preliminar que iniciaría los contactos necesarios para la construcción de una estructura funcional. De antemano, en razón del primer contacto que surge como corolario mismo de esta publicación, estamos solicitando la coadyuvancia de la Editorial Temis, que siempre se ha distinguido por su vocación democrática y la fe en los mejores destinos del hombre.

—6—

Nos dejamos contagiar de una emoción de utopía. Pero queremos trascender la retórica vana y superar el facilismo burgués de pronunciar, mirando hacia el azul de los cielos, grandilocuentes oraciones que se pierden en alas del viento; seamos más circunspectos: con los pies en la tierra, con humildad ajustada a nuestras circunstancias, comencemos a caminar, a dialogar, a plantearnos el problema con predisposición de realizaciones.

Entonces, más que una plegaria, este Editorial debe considerarse como el primer acto de una praxis que se aproxima al tenebroso problema con la fuerza que nace de la bondad de corazón, las convicciones políticas, la asunción ineludible del sentimiento de culpa colectiva en el cual estamos inmersos y la fe indomeñable en el triunfo de una ética de amor por el hombre que ahora nos reclama la estética de la entereza y la entrega total.

¡El árbol de la vida siempre reverdece!

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA  
Enero de 1987

—7—

**SECCIÓN  
DE  
DERECHO PENAL**

## ESPLENDOR Y MISERIA DE LAS TEORÍAS PREVENTIVAS DE LA PENA\*

Prof. WOLF PAUL  
(Universidad de Frankfurt a.M.)\*\*

La tarea que me ha sido gentilmente encomendada por ROBERTO BERGALLI y JUAN BUSTOS, es de una generosa dimensión: debo tratar sobre el papel que tiene el concepto de la prevención en el derecho penal, desde la perspectiva de la filosofía del derecho. Tal asunto puede ser concebido adecuadamente en el ámbito histórico. Por eso deseo reflexionar acerca de "el esplendor y la miseria" de la idea de prevención en el contexto de la historia moderna del derecho penal. Pero antes hay que aclarar un problema metodológico básico.

Para el conocedor de los manuales de la historia del derecho penal siempre ha regido como cierto que las cruzadas y campañas históricas del derecho contra la injusticia que llamamos «crimen», han sido llevadas a cabo en nombre de altos ideales de la pena. Por esta razón ha sido considerado siempre científicamente legítimo presentar la cambiante historia del derecho penal como una historia de los ideales y de las teorías de la pena —un modo de presentación histórico-jurídico especialmente cultivado en la Alemania obsesionada por el afán teórico<sup>1</sup>.

Este culto historicista de teorías ha llevado entre otras cosas a que la historia del derecho penal se haya deformado en muchas ocasiones a una historia de peleas

\* Agradezco la ayuda recibida para la traducción del texto a FRANCISCO MUÑOZ-CONDE, Cádiz; VÍCTOR QUESADA, Granada; AGAPITO MAESTRE, en Frankfurt a.M.

\*\* Agradecemos al profesor PAUL el habernos enviado esta colaboración, y a la Revista *Poder y control* su autorización para publicarlo.

<sup>1</sup> Típicas de ese estilo de trabajo son fundamentalmente las obras del siglo XIX, como, por ejemplo: FERD. CARL THEODOR HEPP, *Kritische Darstellung der Strafrechtstheorien*, Heidelberg 1829; del mismo, *Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme, Ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgesetzgebunswissenschaft*, 2 vols., Heidelberg, 1843 y 1845. C. REINH. KÖSTLIN, *Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriss*, Tübingen, 1859; CARL LUDWIG VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlín, 1882; HEINZE, *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprinzip, Handbuch des deutschen Strafrechts*, Erster Band, Berlín, 1871; LUDWIG LAISTNER, *Das Recht der Strafe*, München, 1872; KARL DAVID AUGUST RÖDER, *Die herrschenden Gundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, Wiesbaden 1867; del mismo, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid, 1870. PEDRO DORADO MONTERO, "Del derecho penal represivo al preventivo", en: *Estudios de derecho penal preventivo*, Madrid, 1901, págs. 7 y ss.

académicas o —como decía cínicamente ARTHUR SCHOPENHAUER— a “una rifa de viejas con birretes de doctores”; o a una historia oscurecida por abstractas ideas de la pena. Se puede polemizar diciendo que —como consecuencia de esto— no existe desde un punto de vista científico una historia del derecho penal que merezca dicho nombre y, por tanto, no hay una ciencia del derecho penal que esté en posesión de su objeto de conocimiento histórico<sup>2</sup>.

Sin embargo, no puede ser rechazada la historia ideal del derecho penal como una historia de puras ilusiones o como una historia ficticia. Desde la obra de MARX<sup>3</sup> sabemos que la historia ideal, en abstracto, refleja la historia real en forma mixtificada y enajenada. Puesto que la historia real, inclusive su superestructura teórica e institucional, manifiesta un proceso progresivo —tal y como la certeza de la filosofía de la historia dialéctica de HEGEL nos ha enseñado—, su estudio permite un juicio sobre el criterio de valor evolutivo de los fenómenos teóricos<sup>4</sup>. Por eso pueden ser puestas de manifiesto en el campo de la reflexión crítico-histórica las funciones progresistas de ideas y teorías, al mismo tiempo que pueden ser determinados los distintos niveles del progreso. Solo es posible volver, en la teoría de la pena, a un nivel anterior al precio de una pérdida de racionalidad. En este sentido, deseo reflexionar en esta contribución sobre el esplendor y la miseria de la idea de prevención en la nueva historia del derecho penal.

Además, tendría que tratar la cuestión de si el gran discurso tradicional de las teorías de la pena —como fue cultivado en el pasado y en parte todavía hoy— contiene perspectivas de futuro para el derecho penal, y de si, por tanto, este discurso efectivamente podría corresponder a la pretensión siempre actual de producir una orientación paradigmática en la lucha por un derecho penal mejor.

La pregunta a la historia de la teoría de la pena es por tanto la siguiente: ¿en qué medida han contribuido, en la más reciente historia, las grandes ideas sobre la pena como “retribución”, “intimidación”, “expiación”, “prevención” en la lucha por un derecho penal mejor? En la real historia progresiva del derecho

<sup>2</sup> Los pocos intentos de describir la historia del derecho penal, no solo como la historia de las teorías, normas, formas e instituciones, sino como historia social, considerados debidamente como los pioneros en el campo del derecho penal, son, por ejemplo, los de GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, Nueva York, 1939; MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et Punir. La naissance de la prison*, París, 1975; DAVID F. GREENBERG, *Crime and Capitalism*, Palo Alto, 1981; DARIO MELOSSI/MASSIMO PAVARINI, *The Prison and the Factory*, Londres, 1981.

<sup>3</sup> Cfr. especialmente: *El manifiesto filosófico de la Escuela Histórica del Derecho*, 1842; también *La Ideología Alemana*, 1846. La frase conocida de MARX: “Es gibt keine Geschichte des Rechts”, había ya denunciado el dilema del acatamiento historicista. Cfr. al respecto WOLF PAUL, “Marx versus Savigny”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núms. 18-19 (1978/1979), del mismo, “¿Existe la teoría marxista del Derecho?”, en: *Sistema*, núm. 33 (1979).

<sup>4</sup> Cfr. en general para ello JÜRGEN HABERMAS, “Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts”, en: *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt a.M., 1976, págs. 260 y ss.; adicionalmente HERMANN KLENNER, “Anfang und Ende des bürgerlichen Naturrechts”, en: *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, Berlín, 1984, págs. 15 y ss.

penal, ¿ellas han sido efectivas como fuerzas productivas ideológicas o no han sido más que meros epifenómenos académicos?<sup>5</sup>.

La respuesta provisional es que estos ideales han desarrollado, en la evolución histórica del derecho penal, un papel activo como paradigmas en el hacer y pensar jurídico-político, y todavía hoy desarrollan este papel. Siendo consciente de mi escepticismo ante el papel de las ideas en la historia real, y sabiendo que “los ideales se comprometen siempre cuando olvidan el interés” (MARX), a pesar de ello creo que la más moderna historia de las teorías de la pena puede ser entendida como una historia de la lucha por un derecho penal mejor. Claro está, dicha tesis implica que la historia de la teoría de la pena ha de ser al mismo tiempo entendida como una historia del fracaso de la lucha por un derecho penal mejor.

Para poder mínimamente dominar este tema, utilizo el viejo privilegio del filósofo del derecho: poder manifestarme de una forma abstracta, y me limitaré a tratar mi tema en un plano general, metodológico-epistemológico.

—I—

El problema del sentido de la pena en la naturaleza del derecho penal, no conoce límites nacionales o culturales. Como lo demuestra la historia de las teorías de la pena, existen afinidades, tanto en la comprensión como en las respuestas que la filosofía del derecho europea ha dado en el transcurso del tiempo a estas cuestiones fundamentales. Todas las ciencias jurídicas europeas tienen el mismo origen cultural, que no es otro que la antigua filosofía occidental del derecho, con las modificaciones coyunturales propias de cada época. Este marco tradicional dentro del cual se trata el problema de la pena y se buscan “soluciones” fundamentales bajo las condiciones del respectivo contexto social, ha permanecido inalterado durante siglos.

Tampoco el discurso teórico actual sobre la pena ha podido prescindir de este marco tradicional<sup>6</sup>. El viejo dualismo entre teorías absolutas y relativas de la pena sigue todavía caracterizando los frentes de la discusión, pero las viejas antinomias de los fines de la pena no han sido aún superadas. Por cierto que el “moderno” paradigma preventivo ha traído nuevos acentos y ha abierto nuevas perspectivas, sin que por ello se pueda decir que estamos en los inicios de una nueva teoría ni que las teorías “clásicas” sobre los fines de la pena hayan sido derrotadas. Las modernas distinciones entre prevención general “negativa” y “positiva” y entre prevención especial “negativa” y “positiva”, etc., solo ponen de manifiesto cambios de acento y quizá posibiliten un nuevo tipo de relaciones entre los fines de la pena que, aunque conocidos, no representan ninguna innovación fundamental. *De facto*

<sup>5</sup> Para las dificultades metódicas con la pregunta, ¿por qué se producen cambios en derecho penal?: GERD H. WÄCHTER, “Der doppelte Charakter des Strafrechts Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts?”, en: *Kritische Justiz*, 1984, págs. 161 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. por ejemplo JOSÉ CERBEZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte general, I, Madrid, 1976, págs. 18 y ss.

sigue siendo dominante una teoría integradora que, desde SÉNECA, abarca tanto el *quia peccatum est* como el *ne peccetur*<sup>7</sup>. En las palabras del Tribunal Constitucional<sup>8</sup>: “La pena sirve a la retribución junto con la intimidación y la corrección del delincuente”.

Luego, ¿podría decirse que los filósofos del derecho europeos solo han interpretado el derecho penal de manera diferente pero que no lo han cambiado?

## II

La respuesta a este interrogante de carácter teórico-marxista podría ser formulada retrospectivamente en el desarrollo del derecho penal moderno: los teóricos de la pena no solo han interpretado la pena de manera diferente, sino que también han iniciado cambios específicos. El llamado “moderno” discurso sobre las teorías de la pena en el que han participado decisivamente también los krausistas y correccionalistas españoles<sup>9</sup>, reflejan en este sentido, a pesar de la inmovilidad de los principios de que parten sus pensamientos, una nueva dimensión. Esta nueva dimensión consiste en que la discusión sobre las teorías de la pena ya no se considera tanto como un problema teórico y filosófico-argumentativo, sino que se dirige expresamente a la praxis del derecho penal. La praxis se convierte así en la prueba de la teoría. A través de la praxis debe ser demostrada la postulada racionalidad de la pena, su verdad, es decir, su realidad y poder, su capacidad de fundamentación real. La efectividad de la pena respecto a la realización del objetivo, se convertirá en el criterio de fundamentación y justificación de la pena. Finalmente, por la intervención de FRANZ VON LISZT y de su “escuela moderna”, la “praxis” será la condición constitutiva de la validez de las teorías de la pena<sup>10</sup>. La experiencia decidirá sobre la comprensión racional de la pena.

El mismo VON LISZT<sup>11</sup> demostró hasta qué punto la inclusión sistemática de la praxis empírica en el discurso sobre las teorías de la pena produjo una nueva

<sup>7</sup> De *Clementia*, I, 21; De *Ira*, I.5.14-16; “...nam, ut Plato, ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur, revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur ... ergo nec homini nocemus quia peccavit, sed ne peccet, nec unquam ad praeteritum, sed ad futurum poena refertur...”.

<sup>8</sup> Así, la sentencia del Tribunal Constitucional en su decisión publicada en el t. 21, pág. 348.

<sup>9</sup> Al respecto, WOLF PAUL, *Auf der Suche nach etwas Besserem als Strafrecht. Erinnerung an die Strafrechtsphilosophie von Karl Christian Friedrich Krause und deren Rezeption durch den Krausismo Español*, Frankfurt a.M., 1986; cfr. adicionalmente la exposición de JOSÉ ANTONIO ONECA, “La teoría de la pena en los correccionalistas españoles”, en *Estudios jurídico-sociales, libro homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra*, vol. II, Santiago de Compostela, 1960, págs. 105 y ss.; JOSÉ CEREZO MIR, *op. cit.*, (nota 6), 2ª ed., 1981, págs. 99 y ss.; JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Introducción, Barcelona, 1981, págs. 185 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1982, págs. 266 y ss.

<sup>10</sup> Así, WINFRIED HASSEMER, “Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht”, en: HASSEMER, LÜDERSSEN, NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, Heidelberg, 1983, págs. 39 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. “Das Verbrechen als social-pathologische Erscheinung (1898), Die Kriminalität, der jugendlichen (1900)”, en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Zweiter Band, Berlin, 1905, págs. 230 y s., 231 y ss.

dimensión cualitativa: las cifras oficiales de la estadística criminal del Reich desde 1882-1897 le daban la prueba para la cuestionabilidad principal del Código Penal de 1871, un código eminentemente retributivo y preventivo general. Con base en un juicio eliminatorio, la nueva ley no tenía efectos y tampoco sentido porque era ineficaz para llegar a conseguir los objetivos principalmente perseguidos por ella. Consecuentemente, constató “el fracaso total, la bancarrota de toda la administración de justicia penal en el país”<sup>12</sup>. El resultado desilusionante del análisis de VON LISZT lo resumió en las siguientes tesis<sup>13</sup>:

“La probabilidad de que alguien cometa un crimen, es mayor si fue condenado anteriormente que si no lo fue”.

“La probabilidad de que alguien cometa un crimen crece con el número de los antecedentes penales sufridos”.

“La probabilidad de que un excarcelado cometa de inmediato un nuevo crimen crece con la duración de las penas cumplidas”.

“Si un joven o ya adulto delincuente comete un delito y le dejamos en libertad, hay menos probabilidades de que vuelva a delinquir que si le castigamos”<sup>14</sup>.

La desilusión de VON LISZT fue total: “No puede ser pensada una condena más rígida de nuestro sistema penal contemporáneo como la que ha sido expresada en estas cuatro tesis. Nuestras penas no producen ni corrección ni intimidación, ellas no producen de ningún modo prevención, es decir, no impiden la criminalidad; al contrario, ellas tienen efecto como un fortalecimiento de los impulsos criminales”<sup>15</sup>. Con ello los fines intimidatorios y el sentido de la justicia del paradigma dominado por las tesis de KANT, HEGEL y FEUERBACH se habían revelado en la práctica como ilusorios y como pura fachada legitimadora.

Cuando FRANZ VON LISZT hacia el final del siglo pasado, se hizo la pregunta crítica sobre los efectos prácticos del concepto de la pena dominante, entonces esa pregunta tenía un carácter progresista. Ella se situaba en el “nuevo horizonte”<sup>16</sup> de una comprensión teleológica de la pena; y estaba basada en los nuevos datos de investigación que se habían conseguido en el ámbito de las ciencias criminales etiológicas<sup>17</sup>. A consecuencia de ello la pena, según el programa de reforma de LISZT, no debería ser una reacción retributiva ciego-automática al crimen sino

<sup>12</sup> Ebd., pág. 339, también 326.

<sup>13</sup> Ebd., pág. 241.

<sup>14</sup> Ebd., pág. 339.

<sup>15</sup> Ebd., pág. 241, también 325.

<sup>16</sup> En este sentido ADOLF MERKEL, “Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. Zur Beleuchtung der «Neuen Horizonte» in der Strafrechtswissenschaft”, en *Feld Festgabe Rudolf von Ihering*, Strassburg, 1892.

<sup>17</sup> Al respecto, V. LISZT, “Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, *op. cit.*, (nota 11), págs. 75 y ss. Sobre el desarrollo de las ciencias criminales en el siglo XIX, cfr. ROBERTO BERGALLI, “Perspectiva Sociológica: sus orígenes”; y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “La criminología”, en: *Pensamiento Criminológico*, I, un análisis crítico. Obra dirigida por R. BERGALLI y J. BUSTOS, Barcelona, 1983, págs. 91 y ss., 15 y ss.; también KLAUS LÜDERSSEN, *Kriminologie*, Baden-Baden, 1984, págs. 210 y ss.

una acción racional de objetivos conscientes de lucha anticriminal<sup>18</sup>. Consecuentemente, la pena tendría que ser concebida como pena racional con objetivos preventivos, cuya racionalidad se conseguirá como instrumento<sup>19</sup> en la lucha contra las causas de la criminalidad. La teoría de la pena en su concepto preventivo fue una consecuencia directa del paradigma ilustrado de las ciencias sociales que comenzó a imponerse al final del siglo pasado en todos los ámbitos científicos<sup>20</sup>.

El progreso cognitivo articulado por la escuela moderna de VON LISZT no solo cambió radicalmente los frentes del discurso teórico penal, sino también los presupuestos y los criterios para el contenido y la extensión de la pena y de sus procesos de amenaza, sanción y ejecución. Esto significaba que el predominio de la teoría de la pena absoluta fue definitivamente roto. Comenzó irreversiblemente la época de la despedida de KANT y HEGEL<sup>21</sup>, que había mantenido, durante muchos decenios la doctrina "majestuosa"<sup>22</sup> de la pena retributiva con encantos líricos y legitimaciones idealistas.

### III

En el ámbito del derecho penal el cambio de paradigma principal se ha realizado en Alemania desde FRANZ VON LISZT; en España *cum grano salis* y desde CARLOS ROEDER<sup>23</sup>, FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS<sup>24</sup> y DORADO MONTERO<sup>25</sup>. Desde entonces la "moderna" teoría teleológica de la pena ha acogido, en lugar de la teoría absoluta, la función orientadora dominante<sup>26</sup>. La pena se fundamenta exclusiva-

<sup>18</sup> V. LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), *op. cit.* (nota 11), Erster Band, págs. 126 y ss.

<sup>19</sup> Sobre la historia del concepto de Racionalidad y del actuar instrumental, cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Technik und Wissenschaft als «Ideologie»*, Frankfurt a.M., 1968.

<sup>20</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften. Materialien*. Frankfurt a.M., págs. 71 y ss.

<sup>21</sup> En este sentido, ULRICH KLUG, "Abschied von Kant und Hegel", en: J. BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt a.M., 1968, pág. 36 (41).

<sup>22</sup> Alusión a la frase de R. MAURACH: "Die vornehmste Eigenschaft der Vergeltungsstrafe ist ihre zweckgelöste Majestät", en: *Deutsches Strafrecht. Allgem. Teil*, Karlsruhe, 4. Aufl., 1971, pág. 77.

<sup>23</sup> El enlace aquí aludido de LISZT con RÖDER está demostrado. V. Liszt había asistido en 1874 en Heidelberg al curso de Röder sobre ejecución penal y posteriormente esto le benefició en su propuesta reformista de la ejecución como expresión de la teoría del fin, cfr. v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* 1. Aufl.; adicionalmente en: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* Bd. 3.

<sup>24</sup> FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS y ALFREDO CALDERÓN, *Principios de derecho natural*, Madrid, 1916; al respecto LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Don Francisco Giner de los Ríos y el derecho penal", en: *El Criminalista*, t. VIII, Buenos Aires, 1966, págs. 245 y ss.

<sup>25</sup> PEDRO DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1910; al respecto, MARINO BARBERO SANTOS, "Remembranza del profesor Salmantino, etcétera, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, págs. 349 y ss.

<sup>26</sup> Así, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Corsi e ricorsi. Die Wiederkehr Franz von Liszt", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 81 (1969), págs. 685 y ss.; WERNER MAIHOFER, en *Prävention und Strafrecht, Tagungsberichte der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft*, v. 4.12.1976, Heidelberg-Hamburg, 1977, págs. 13 y ss.

mente en la finalidad racional y en el éxito de la realización de ese fin. Solo la pena socialmente útil y eficaz puede ser lógica y justa. Introduciendo confianza en la nueva arma política criminal, los penalistas "modernos" han enfrentado las batallas contra la criminalidad con optimismo. Con certeza científica han alimentado la expectativa de que la praxis confirme la verdad y la validez de los fines preventivos por ellos propagados.

Esa expectativa es la consecuencia lógica del enfoque sociológico empírico de la teoría preventiva. Es decir, para ella no es suficiente que el mal que la pena representa se justifique, categórica o especulativamente, con un fin bueno. Solo puede admitirse y legitimarse si además ese fin resocializador y corrector del delincuente, por ella propagado, se realiza en la práctica como una consecuencia empíricamente comprobable. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede con la teoría absoluta, la validez de la teoría relativa de la pena se hace depender en la práctica irrevocablemente de su verificación empírica.

Pero si la piedra de toque de la teoría relativa es la verificación de la consecuencia externa beneficiosa, quiere decir que el acento se pone en la praxis de la ejecución penal y del sistema penitenciario. La tendencia preventivo-especial entiende que la esencia de la pena se deriva de la realidad que se refleja de la práctica y, por ello, exige del legislador que las disposiciones sobre clases de pena y medición de la pena se configuren en función del sentido y del fin de su ejecución, exigiendo al mismo tiempo del juez que oriente sus decisiones en función de las consecuencias, etc. En el centro de la nueva actividad política criminal de las agencias jurídicas penales está el individuo delincuente<sup>27</sup>.

La siguiente evolución histórica del derecho penal en Europa pone de manifiesto que estas iniciales esperanzas optimistas que se pusieron en el paradigma preventivo —y que todavía hoy se mantienen— no se han cumplido. Con base en experiencias tenidas especialmente en Alemania, donde la reforma del derecho penal y penitenciario orientada hacia la prevención no solo se magnifica, sino que además se pretende llevar a cabo<sup>28</sup>, se puede manifestar y comprobar empíricamente el esplendor y la miseria de la teoría de la pena preventiva en el ámbito práctico. Numerosas investigaciones sociológicas han demostrado que el sistema penitenciario no está en condiciones de realizar su misión resocializadora. A falta de un concepto consistente y efectivo que pudiera en la práctica transformar las metas de la ley general penitenciaria, se iba imponiendo prácticamente un concepto de tratamiento puramente tecnocrático —instrumental— inspirado en los principios de "orden y seguridad". Las consecuencias se pueden comprobar con posterioridad en las altas cifras de reincidencia.

<sup>27</sup> Cfr. V. LISZT, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, *op. cit.*, nota 11, Zweiter Band, pág. 170.

<sup>28</sup> Cfr. por ejemplo, H. BÖHM, *Strafvollzug*, Frankfurt a.M., 1979, págs. 31 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT, Prólogo a *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, de CARLOS GARCÍA VALDÉS, 2ª ed., Madrid, 1982.

Cien años después de la orientación lisztiana de la teoría de la pena a la finalidad racional, sobre todo al paradigma de la prevención especial, dejan entreverse el excepticismo<sup>29</sup> y la resignación. El modelo de la prevención ocupa, sin duda, un puesto progresivo en la lucha por un derecho penal más efectivo y mejor, pero su significado desde el punto de vista político-criminal es pobre. Una valoración histórica global demuestra que la teoría relativa de la pena no ha superado en Europa la prueba de fuego de la confirmación práctica y, como consecuencia de esta carencia de pruebas de su efectividad, su validez práctica general —si bien no en determinados casos concretos— es puesta en duda. Los resultados positivos que la puesta en práctica de la prevención especial han obtenido en Suecia<sup>30</sup>, solo pueden ser valorados como una expectación dentro de la tendencia general negativa.

#### IV

Como quintaesencia de los esfuerzos “modernos” para una reforma del derecho penal, se deja comprobar que la teoría teleológica no ha llenado las esperanzas filosófico-políticas en ella depositadas para un mejor y más práctico control de la criminalidad. La “praxis”, y a través de ella la manifiesta realidad del crimen, ponen de relieve la insuperable barrera del impulso reformista teórico. Ello significa que la tradicional discusión sobre las teorías de la pena, no solo se encuentra en crisis, sino que incluso ha dejado de ser actual. Ha perdido su vitalidad heurística, progresiva e innovadora. Frente a la práctica, la idea de la prevención se presenta cada vez más como principio desfuncionalizado, es decir, como fantasma teórico.

Desde el punto de vista histórico, por tanto, el derecho penal hoy se encuentra en una situación discrepante entre su propio pasado y su presente. Esto es, el derecho penal padece, por una parte, una irremediable y progresiva esclerosis en la vieja discusión sobre las teorías de la pena y al mismo tiempo de una vitalidad producida por la praxis, praxis que paradójicamente es la causante de esta esclerosis. Esta “praxis” se ha ‘emancipado’ y aislado del discurso filosófico-científico. Esta división teoría-praxis caracteriza la situación presente. Con ello queda abierta de nuevo la cuestión sobre el sentido de la pena y la misión del derecho penal para la presente filosofía del derecho penal. El paradigma de la prevención como tal se encuentra sometido, por tanto a debate. Esto quiere decir que, después de haber reconocido la progresiva desactualización —o incluso “extinción”— del concepto de prevención, su futuro ha de ser tratado de nuevo filosóficamente. Esta necesidad de renovación de la discusión sobre la teoría de la pena se ha puesto de manifiesto tras los diversos esfuerzos de reforma del derecho penal realizados en muchos países europeos<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Al respecto, WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, 1984, Traducción y notas de FRANCISCO MUÑOZ-CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO, págs. 352 y ss.; adicionalmente HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, “Über die Schwierigkeit, durch ein Gesetz eine Reform zu bewirken”, en: *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979, págs. 869 y ss.

<sup>30</sup> Al respecto, SIMSON, “Die Position der Kriminalpolitik in Schweden”, en *Verleihung der Beccaria-Medaille*, 1977 y 1979, Heidelberg, 1981, págs. 53 y ss.

<sup>31</sup> Al respecto, ROBERTO BERGALLI, “Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales”, en: *La Reforma del derecho penal*, II, ed. SANTIAGO MIR PUIG, Bellaterra, 1981, págs. 68 y ss.

A pesar de la gran semejanza en la valoración de la situación histórica bajo estas reformas, parece imperar la perplejidad y la inseguridad en la cuestión por el futuro del derecho penal<sup>32</sup>. No parece haber un gran consenso sobre el ‘cómo’ y el ‘hacia dónde’ de las reformas. Esto es, por el momento parece poco claro cuáles serán las tendencias y perspectivas generales para un desarrollo histórico del derecho penal, así como resulta incierta la cuestión de los caminos concretos que han de ser recorridos para libertar el derecho penal de la crisis de sus legitimaciones y del disfuncionamiento ideológico de sus instituciones. De ahí que se pueda plantear la relevancia o no que hoy pueden tener las iniciativas y reflexiones filosóficas para una renovación de la teoría de la pena, en la reforma del futuro derecho penal.

Por lo que a mí se refiere, no tengo dudas de que la filosofía del derecho penal podrá tener esa importancia, y que las condiciones presentes son favorables en este respecto. Ahora bien, esto solo sería posible bajo un cambio metodológico. Esto significa que este discurso ha de salir del marco metodológico tradicional y pasar a una nueva dimensión.

Es sabido que las cuestiones básicas por el sentido de la pena y la misión del derecho penal no pueden ser discutidas y “solucionadas” en el ámbito interno tradicional de la historia del pensamiento y la forma esotérica del discurso de principios. Hoy no es posible la aclaración de las cuestiones a través de teorías, y menos aún de las clásicas. La despedida de KANT, HEGEL, FEUERBACH y otros doctrinarios de una época ya pasada es una condición necesaria para una evolución del derecho penal.

La segunda condición necesaria consiste en que los conocimientos teóricos sobre la pena han de ser situados en la realidad social del momento histórico, esto es, en las condiciones de la praxis real del derecho penal donde se producen las complejas formas de iniciación y realización de la pretensión punitiva del Estado. Esto supone que la praxis real de la pena tiene que ser el punto de partida y de orientación metodológica de la reconstitución de la teoría de la pena.

Las ventajas estratégicas de esta intención epistemológica son claras. Por un lado, los errores idealistas del pasado serán evitables o casi imposibles. Así, se impide que el pensamiento teórico se oponga doctrinariamente a la práctica —ya sea con principios nuevos o viejos—, y que exija, *hic Rhodus, hic saltá*, la realización de estos principios ideales en la praxis. Las nuevas condiciones harán perder el tradicional modo de pensar postulativo-ideal. En este contexto, el recurso a MARX en su tesis 11 sobre FEUERBACH permanece tan actual como productivo.

Por otro lado, este cambio de punto de vista epistemológico abre una dimensión de conocimiento concreta y realista que la tradicional posición abstracta e idealista desconoce. Con ello, la discusión sobre las teorías de la pena obtiene una posibilidad de acceso directo y concreto a la realidad y al mismo tiempo una perspectiva real sobre el mundo de la experiencia. Solo sobre estas bases podría hacerse posible un cambio en la “praxis”. La teoría concreta sobre la pena —orientada a un cambio

<sup>32</sup> En sentido análogo, FRANCISCO MUÑOZ-CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, particularmente, págs. 121 y ss.

real en la "praxis"— ha de crecer en ella y redirigir su orientación paradigmática y aclaración a esta. La discusión teórica sobre la pena, por tanto, ha de constituirse con el análisis empírico de la "praxis" y repercutir en su conciencia crítica.

Esta posición de un realismo epistemológico tiene como objeto inmediato de conocimiento la realidad de la "praxis", implicando un proceso de conocimiento dialéctico que corresponde a este punto de salida reflexivo. El sentido real de la pena, que en la discusión hermenéutica tradicional solo aparece en forma idealizada y a menudo mixtificada, bucea en el análisis del contenido dialéctico de la praxis real. Aquí se parte de la base, no obstante, de que el sentido real de la pena no es tan fácilmente perceptible en la realidad, o deducible mediante una reducción lineal materialista<sup>33</sup>, sino, como ya dijo MARX<sup>34</sup>, tiene que ser desarrollado "en las propias formas de la realidad existente como su verdadera realidad".

Esto quiere decir: la metodología realista da forma a un proceso de análisis de la praxis real de la pena según el modelo de la dialéctica negativa. Esta procede, como dice ERNST BLOCH<sup>35</sup>, en la forma de "un descubrimiento detector y detectivesco", dirigiéndose a la conciencia ideológica y falsa que es la conciencia institucionalizada en la forma del derecho, articulada en el lenguaje jurídico oficial y cultivada en la política jurídica, filosófica y científica del derecho. El proceder crítico descubre el momento ideológico en la contradicción inmanente entre los fines oficiales de la pena y su uso práctico, esto es, entre teoría y práctica. "Ideología" es, según MARX<sup>36</sup>, la "real y existente mentira" practicada, y precisamente la crítica que denuncia esta mentira crea, con ello, unas bases de conocimiento real para un cambio de la praxis real y para una nueva discusión sobre las teorías de la pena.

La cuestión por los nuevos horizontes de los esfuerzos teóricos, desde una perspectiva actual, y con ello el desarrollo paradigmático, para futuras reformas penales, pasa por los presupuestos de la praxis. Solo la negación dialéctica de la praxis jurídico-penal<sup>37</sup> crea las condiciones para una teoría realista de la pena, en la que las intenciones emancipatorias del hombre y la realización práctica se unen efectivamente. Esto es, una teoría que pueda ser paradigmática y pueda evitar ilusiones idealistas y también sus propias ideologizaciones políticas en el futuro<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Una crítica del método reduccionista lineal en una teoría del derecho materialista-histórica, cfr. WOLF PAUL, "Las dos caras de la teoría marxista del Derecho", en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985-1986.

<sup>34</sup> Carta a Ruge, 1843.

<sup>35</sup> "Der Wissenschaftsbegriff des Marxismus", en *Über Karl Marx*, Frankfurt, 1968, págs. 145 y ss. (147).

<sup>36</sup> "Kritik der Hegelschen Staatsphilosophie", en: *Die Frühschriften* (ed. S. Landschut), Stuttgart, 1953, pág. 46.

<sup>37</sup> Respecto a procedimientos negativo-dialécticos, cfr. DIETRICH BÖHLER, "Zu einer historisch-dialektischen Rekonstruktion des bürgerlichen Rechts. Probleme einer Rechts und Sozialphilosophie nach Marx", en: *Probleme der marxistischen Rechtstheorie* (ed. H. Rottheuthner), Frankfurt, 1975, págs. 92 y ss.

<sup>38</sup> En estas reflexiones se trata nada menos que de ajustar la independencia política de la ciencia criminal, continuamente en peligro. Respecto de las ciencias del orden y la disciplina al servicio del poder político, cfr. PETER STRASSER, *Verbrechermenschen. Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen*, Frankfurt-Nueva York, 1984.

Después de haber esbozado el cuadro histórico, es posible valorar más precisamente la cuestión del esplendor y la miseria de la idea preventiva. Lo que —en las condiciones sociales, políticas y culturales del último siglo— ha nacido como idea progresiva y ha sido formulado por la escuela 'moderna' del derecho penal (—en España a través de los krausistas y correccionalistas—) y concretado mediante un programa politicocriminal, esto es, la idea de la prevención para evitar exitosamente la reincidencia y la reiteración en, por y a pesar del derecho penal y la política criminal, no ha sido todavía superado.

Por el contrario esta idea se ha convertido en paradigma indiscutible del siglo XX. No hay alternativa real en perspectiva. La idea de RADBRUCH<sup>39</sup> —reforzada por el marxismo— de que la finalidad de toda teoría de la pena no es conseguir un "derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal", tiene que ser considerada, en las condiciones de la sociedad actual, como algo irreal y utópico.

A pesar de su posición paradigmática, la idea de la prevención y el *Zweckstrafrecht* ha caído con el veredicto de *nothing Works* (R. Martinson). No solo faltan pruebas empírico-criminológicas de que el *Zweckstrafrecht* produce un efecto revulsivo preventivo-general e individual contra la criminalidad, sino que además hay suficientes indicios y pruebas empírico-criminológicas de que el derecho penal preventivo, en muchos casos, es un arma inefectiva y disfuncional. Me refiero con ello principalmente a aquellos ámbitos interferidos por frecuentes comportamientos criminales como los del derecho penal juvenil<sup>40</sup>, de tráfico de automóviles<sup>41</sup> y de drogas<sup>42</sup>, de medio ambiente<sup>43</sup> y otros. El hecho de que el control jurídico-penal en la realidad empírica no funcione, radica en que —como espero haber demostrado— la concepción teórica de un derecho penal orientado hacia fines parte de una ilusión, o sea de presupuestos idealistas. El concepto preventivo puede esperar una conformación práctica y un éxito real solo cuando deje de observar la praxis real como 'objeto', es decir, cuando no se oponga a la praxis de una forma abstracta, doctrinaria y postulativa con razonamientos 'constructivos' sobre posibilidades y deberes, sino que se base en las realidades de la criminalización y la penalización prácticas.

Esto significa, por un lado, que la misma teoría aniquila sus propias ideas ilusorias sobre la praxis, y observa que esta constituye una realidad autónoma y propia en sí, con sus propias necesidades, máximas y leyes. Con ello, la teoría ha de tener en cuenta, desde una distancia crítico-ideológica, que según la perspectiva pragmática de la praxis del derecho penal, este no es más que un derecho instrumental

<sup>39</sup> *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. (ed. E. Wolf y H. P. Schneider), Stuttgart, 1973, pág. 265.

<sup>40</sup> Cfr., por ejemplo, SIEGFRIED LAMNEK, "Spezialpräventive Wirkungen jugendrichterliche Massnahmen", en: (ed. P.A. ALBRECHT y H. SCHÜLER-SPRINGORUM), *Jugendstrafe an Vierzehn und Fünfzehnjährigen*, München, 1983, págs. 17 y ss.

<sup>41</sup> Por ejemplo, GÜNTHER KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tübingen, 1970.

<sup>42</sup> Por ejemplo, ARTHUR KREUZER, *Jugend-Rauschdrogen-Kriminalität*, Wiesbaden, 1978.

<sup>43</sup> Por ejemplo, WILLY R. LÜTZENKIRCHEN, *Verbrechen ohne Richter*, Köln, 1972.

aniquilatorio de enemigos sociales (*Feindstrafrecht*); que además la lejana ciencia y filosofía del derecho penal sirven exclusivamente para el uso legitimatorio; que además las cárceles son en realidad funcionalizadas no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción sicofísica y de internamiento. En consecuencia, el concepto preventivo 'educar' se convierte, dentro de los reformatorios juveniles, en un sinónimo de degradación, subordinación y adaptación forzada<sup>44</sup>, y no precisamente de emancipación humana; que además el derecho penal no comienza y acaba en la sala de justicia, sino que comienza con las "trampas de normas jurídicas" y con la actuación policial-criminalista en el campo predelictual, y no acaba tras la ejecución de la pena.

La exigencia de la mediación práctica de la teoría bajo los presupuestos de la praxis, se entiende no solo de una forma negativa como análisis empírico y crítico de la praxis, sino que, a la vez, positivamente como la necesidad de realizar con la praxis y a partir de la praxis un derecho penal mejor. Esto significa realizar una prevención criminal que evite con éxito consecuencias sociales dañinas. El derecho penal preventivo debe ser concebido de una forma que el proceso político-criminal pueda ser cumplido como proceso de 'implementación' (ejecución práctica) de una manera controlada y eficiente.

Pienso que la mediación realizada de la teoría con la práctica y de la práctica con la teoría, constituyen la condición necesaria para que la historia futura del derecho penal no se desarrolle en la nebulosa de los ideales, esto es, que no se continúe como la historia secreta y real de venganza, retribución, opresión, humillación y desprecio para el ser humano.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J. (1960): *La teoría de la pena en los correccionistas españoles*, en "Homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra", vol. II, Santiago de Compostela.
- BAR, C. L. v. (1882): *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlín.
- BARBERO SANTOS, M. (1970): *Remembranza del profesor Salmantino*, etc., en "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa", Buenos Aires.
- BERGALLI, R. (1981): *Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales*, en: "La reforma del derecho penal", II, ed. Santiago Mir Puig, Bellaterra.
- BERGALLI, R. (1983): *Perspectiva sociológica: sus orígenes*, en: "El pensamiento criminológico, I, un análisis crítico". Obra dirigida por R. Bergalli y J. Bustos, Barcelona.
- BÖHM, H. (1979): *Strafvollzug*, Frankfurt a.M.
- BÖHLER, D. (1975): *Zu einer historisch-dialektischen Rekonstruktion des bürgerlichen Rechts. Probleme einer Rechts und Sozialphilosophie nach Marx*, en: "Probleme der marxistischen Rechtslehre" (ed. H. Rottleuthner), Frankfurt a.M.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1983): *La Criminología*, en: "El pensamiento criminológico, I, un análisis crítico", cit., Barcelona.

<sup>44</sup> Cfr. WERNER HEINZ y SALOMON KORN, *Sozialtherapie als Alibi? Materialien zur Strafvollzugsreform*, Frankfurt a.M., 1973.

- CEREZO MIR, J. (1976): *Curso de derecho penal español*, Parte general, I, Madrid, 1981.
- DORADO MONTERO, P. (1901): *Del derecho penal represivo al preventivo*, en: "Estudios de derecho penal preventivo", Madrid, (1910); del mismo *El derecho protector de los criminales*, Madrid.
- FOUCAULT, M. (1975): *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, París.
- GIMBERNAT, E. (1982): *Prólogo a Comentarios a la ley General Penitenciaria de Carlos García Valdés*, 2ª ed., Madrid.
- GINER DE LOS RÍOS, F. y CALDERÓN, A. (1916): *Principios de derecho natural*, Madrid.
- GREENBERG, D. F. (1981): *Crime and Capitalism*, Palo Alto.
- HABERMAS, J. (1968): *Technik und Wissenschaft als 'Ideologie'*, Frankfurt a.M.
- HABERMAS, J. (1970): *Zur Logik der Sozialwissenschaften Materialien*, Frankfurt a.M.
- HABERMAS, J. (1976): *Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts*, en: "Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus", Frankfurt a.M.
- HASSEMER, W. (1983): *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, en: HASSEMER, LUDERSSEN, NAUCKE, "Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?", Heidelberg.
- HASSEMER, W. (1984): *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona.
- HEINZ, W. y KORN, S. (1973) *Sozialtherapie als Alibi? Materialien zur Straf vollzugsreform*, Frankfurt a.M.
- HEINZE (1971): *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprinzip. Handbuch des Deutschen Strafrechts*, vol. I, Berlín.
- HEPP, F. C. T. (1829): *Kritische Darstellung der Strafrechtstheorien*, Heidelberg.
- HEPP, F. C. T. (1843 y 1845): *Darstellung und Beurteilung der Deutschen Strafrechtssysteme. Ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgesetzgebungswissenschaft*, 2 vols., Heidelberg.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1969): *Don Francisco Giner de los Ríos y el derecho penal*, en: "El Criminalista", t. VIII, Buenos Aires.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1969): *Corsi e ricorsi. Die Wiederkehr Franz von Liszt*, en: "Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft".
- KAISER, G. (1970): *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tübingen.
- KLENNER, H. (1984): *Anfang und Ende des bürgerlichen Naturrechts*, en: "Vom Recht der Natur des Rechts", Berlín.
- KLUG, U. (1968): *Abschied von Kant und Hegel*, en: J. Baumann (ed.), "Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer", Frankfurt a.M.
- KÖSTLIN, C. R. (1859): *Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriss*, Tübingen.
- KREUZER, A. (1978): *Jugend-Rauschdrogen-Kriminalität*, Wiesbaden.
- LAISTNER, L. (1872): *Das Recht der Strafe*, München.
- LAMNEK, S. (1983): *Spezialpräventive Wirkungen jugendrichterliche Massnahmen*, en: (ed.) P. A. ALBRECHT y H. SCHÜLER-SPRINGORUM, "Jugendstrafe an Vierzehnjährigen", München.
- LISZT, F. v. (1898): *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, Berlín.

- LISZT, F. v. (1900): *Die Kriminalität der Jugendlichen*, en: "Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. II, Berlin, 1905.
- LÜDERSSEN, K. (1984): *Kriminologie*, Baden-Baden.
- LUTZENKIRCHEN, W. R. (1972): *Verbrechen ohne Richter*, Köln.
- MAIHOFFER, W. (1977): en: *Prävention und Strafrecht. Tagungsberichte der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft*, en 4.12.1976, Heidelberg-Hamburg.
- MAURACH, R. (1971): en: *Deutsches Strafrecht. Allgem. Teil*. Karlsruhe.
- MELOSSI, D. y PAVARINI, M. (1981): *The Prison and the Factory*, London.
- MERKEL, A. (1892): *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. Zur Beleuchtung der «Neuen Horizonte» in der Strafrechtswissenschaft*, en: «Feld Festgabe Rudolf von Ihering», Strasburg.
- MIR PUIG, S. (1982): *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona.
- MUÑOZ-CONDE, F. (1985): *Derecho penal y control social*, Jerez.
- PAUL, W. (1978/79): *Marx versus Savigny*, en: "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", núms. 18-19, 243-269, Granada.
- PAUL, W. (1979): *¿Existe la teoría marxista del derecho?*, en: "Sistema", núm. 33, 65-84, Madrid.
- PAUL, W. (1985/86): *Las dos caras de la teoría marxista del derecho*, en: "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", Granada.
- PAUL, W. (1986): *Auf der Suche nach etwas Besserem als Strafrecht. Erinnerung an die Strafrechtsphilosophie von Karl Christian Friedrich Krause und deren Rezeption durch den Krausismo Español*, Frankfurt a.M.
- RÖDER, K. D. A. (1867): *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, Wiesbaden.
- RÖDER, K. D. A. (1870): *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid.
- ROXIN, C. (1969): *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en: "Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft", vol. 81.
- SCHÜLER-SPRINGORUM, H. (1979): *Über die Schwierigkeit, durch ein Gesetz eine Reform zu bewirken*, en: "Festschrift für P. Bockelmann", München.
- SIMSON (1981): *Die Position der Kriminalpolitik in Schweden*, en: "Veleihung der Beccaria-Medaille", 1977 y 1979, Heidelberg.
- STRASSER, P. (1984): *Verbrechermenschen Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen*, Frankfurt-New York.
- WÄCHTER, G. H. (1984): *Der doppelte Charakter des Strafrechts Ökonomie. Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts*, en "Kritische Justiz".

## EL CONCURSO FORMAL ENTRE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y ESTAFA\*

Dr. JAIME NANCLARES VÉLEZ\*\*

### 1. INTRODUCCIÓN

A partir de la vigencia del nuevo Código Penal (decreto-ley 100 de 1980), nada ha dado motivo a tanta controversia, en materia de falsedad en documentos como el problema relacionado con la solución jurídica que deba darse a los casos en que el uso de documento privado falso constituye medio de procuración de provecho económico ilícito, particularmente cuando el documento empleado es un título-valor; o sea, la cuestión de si es o no admisible el concurso de hechos punibles entre falsedad en documento privado y estafa. El asunto ha recibido dispares respuestas por parte de la jurisprudencia y la doctrina<sup>1</sup>.

Entre las tesis planteadas a este respecto se destacan: las que afirman la existencia de un concurso aparente de tipos, que concluyen en la inaplicabilidad del tipo de estafa; las que defienden la "absorción" del perjuicio económico por el acto de uso del documento espurio, forma particular de presentar la tesis anterior; las que abstraen la figura del delito "complejo" de la descripción típica del art. 221 del Código Penal, comprensivo del binomio Falsedad en Documento Privado-Estafa, variante, también de las del concurso aparente de tipos; las que proponen de manera general y sin excepción alguna la concurrencia de los mencionados delitos cuando se genera el daño apreciable económicamente; y, finalmente, las que someten la posibilidad del concurso a la condición de aditamento de otra especie de maniobras engañosas al uso del documento falsificado, acción de por sí fraudulenta o engañosa.

\* El presente trabajo tiene por finalidad terciar en la polémica que en torno al concurso entre falsedad y estafa plantean los doctores MARIO SALAZAR MARÍN y ALIRIO SANGUINO MADARIAGA en el núm. 31 de esta Revista. Dejamos a consideración de nuestros lectores los planteamientos aquí contenidos (Nota del Coordinador).

\*\* Fiscal Octavo Superior. Profesor de Derecho Penal General de la Fac. de Derecho de la Universidad de Medellín.

<sup>1</sup> ALIRIO SANGUINO MADARIAGA, "¿Existe concurrencia delictual entre la falsificación y uso de documentos privados y la estafa? Controversia jurisprudencial", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 31, Bogotá, Edit. Temis, 1986.

Nos proponemos infundir claridad sobre el problema y emitir unas opiniones.

## 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGAL

El Código Penal derogado (ley 95 de 1936) tipificó las diferentes modalidades de la falsedad privada, en los arts. 240, 241 y 242. La primera disposición requería de la falsificación del documento, la producción de un perjuicio a tercero o la simple intención de causarlo. El daño podía ser de contenido económico o patrimonial, naturalmente. La segunda norma demandaba, además del uso del documento falsificado, el perjuicio de tercero o el ánimo de lucro, referencia subjetiva más específica que aquella amplia de la intención de ocasionar perjuicio.

Para estas especies delictivas era igual la obtención real del perjuicio que la ejecución de la conducta encaminada a producirlo y que efectivamente no lo alcanzara. El injusto típico tenía similar significación jurídico-punitiva, bien estuviera fundamentado en el desvalor del resultado, ora en el de la acción. Injusticia patente, pues a nadie escapa que no merece idéntico enjuiciamiento valorativo el hecho consistente en el uso de un cheque falso que irrogue daño material en el patrimonio ajeno, que aquel que no lo produjo. Y ello sin tener en cuenta que la afectación de intereses valubles económicamente está sujeta a cuantificación y gradación. La indistinción entre la valoración material y la del acto conducía a afirmar la equiparación del delito consumado con el "tentado", pues este contendría también todo el ilícito y por lo tanto no debía ser menos punible que el consumado. En otros términos, la tentativa de obtener provecho ilícito por medio de la falsificación o uso de documento privado falso era asimilada legalmente a la consumación por la procuración efectiva del daño. El legislador equiparó *quoad poenam* hechos ontológicamente distintos, pues si bien el aspecto interno de uno y otro permanecía invariable, olvidó que el injusto material se diferenciaba perfectamente, situación que obligaba, por el principio de la proporcionalidad de las reacciones penales, a establecer consecuencias punitivas consecuentemente diversas.

Importa precisar, además, que aquellos tipos contenían nítidas referencias a ciertos resultados (perjuicio) y a especiales elementos subjetivos de lo injusto en las expresiones "intención de causar perjuicio" y "propósito de lucrarse", para significar que lo ilícito se integraba con la falsificación y el uso del documento vinculados, bien a la efectiva producción del perjuicio, ya a la mera dirección de la voluntad hacia uno cualquiera de los citados objetivos.

El art. 242 establecía una circunstancia de agravación punitiva para el caso de que el usuario del documento falso a que se refería el art. 241 fuera el mismo falsificador.

El actual Código Penal describe en el art. 221 lo injusto de la falsificación de documento privado, en forma sensiblemente diversa de la contemplada en el Código de 1936. Esta disposición establece: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años". La unidad del delito descansa en la concurrencia de dos acciones autónomas y

diferenciables: la falsificación del documento y el uso ulterior del mismo. Se configura un tipo de doble actividad, cuya consumación se obtiene mediante la realización sucesiva de las conductas indicadas. Se introduce un elemento de carácter normativo-valorativo no explicitado en la legislación derogada: la capacidad probatoria del documento, el documento entendido como medio de prueba. Y se suprimen aquellas subjetividades especiales del propósito de lucro y la intención de ocasionar perjuicio, lo mismo que la referencia al resultado, consistente en el perjuicio o lucro efectivo. Indudablemente, el cambio no pudo ser más radical.

## 3. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

La solución de asuntos como el propuesto, radica exclusivamente en la determinación de los intereses o bienes jurídicos realmente protegidos por los respectivos tipos penales. Sin la clara elucidación de este aspecto previo, la presentación de cualquier tesis se nos antoja un simple ensayo azaroso.

La interpretación de la ley penal está íntimamente vinculada a la teoría del bien jurídico, pues ella "permea la interpretación de las normas penales, incide en los conceptos troncales de tipicidad y antijuridicidad materiales"<sup>2</sup>, o, como lo afirma ESTRADA VÉLEZ, el bien jurídico tiene valor instrumental para la correcta interpretación de los tipos<sup>3</sup>.

El planteo es importante, porque de verificarse que un mismo hecho realiza el injusto típico de varias disposiciones penales, se abre la posibilidad del concurso de hechos punibles en virtud de lo dispuesto por el art. 26 del Código Penal, a no ser que se trate de un concurso aparente de normas.

Pues bien, ¿Cómo desentrañar el bien o los bienes jurídicos protegidos por la norma penal? En los códigos modernos la cuestión se soluciona con relativa facilidad, entendido que el interés jurídico es parámetro clasificatorio de los delitos y estos se titulan según el interés amparado. Empero, se entroniza la inquietud cuando un mismo tipo penal tutela varios bienes jurídicos y el legislador solo explicita alguno de ellos, generalmente el principal. O cuando la ley omite la mención del bien tutelado. Y puede presentarse divergencia entre el título del delito y el contenido del injusto típico, y por ello con el interés realmente amparado. En estas situaciones problemáticas se agita el tema de la interpretación de las normas penales, para cuya solución se acude a los llamados métodos de interpretación, tradicionalmente clasificados en gramatical, histórico, sistemático y teleológico, según sean los medios de que se sirva el intérprete. La interpretación, dirigida a auscultar el sentido de la supuesta voluntad histórica del legislador, constituye exégesis. Una actitud conservadora que mira hacia el pasado con el propósito de repensar el sentido pretendidamente originario de las normas, que el tiempo habría

<sup>2</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 171.

<sup>3</sup> FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 178-179.

oscurecido y confundido, al igual que la voluntad del legislador histórico, también paulatinamente desvanecida por el correr del tiempo. Esta teoría subjetiva o de la voluntad coloca como meta última de la interpretación la indagación del querer de quienes participaron directa o indirectamente en el establecimiento de la ley. He aquí las razones por las cuales se investiga en elementos externos a la ley, esa voluntad histórico-sicológica, en las actas de las comisiones redactoras de los anteproyectos de códigos, exposiciones de motivos, etc., con el fin de afirmar, rectificar, restringir, ampliar o completar el texto.

A pesar de las críticas que merece esta modalidad del método exegético, no puede desconocerse la importancia que en ciertos casos puede tener la elucidación del real querer de los intervinientes en los procesos previos y coetáneos a la formación de la ley. Mas la indagación de esa voluntad no constituye la meta definitiva de la tarea interpretativa, pues las más de las veces los documentos auxiliares presuntamente portadores de aquella intención aparecen fragmentarios, ambiguos o expresan ideas inconciliables, hasta el punto que el jurista debe también someterse a su interpretación, produciéndose como una cadena de retorno al pasado. Cuando no es que los propósitos explicitados riñen con el contenido de las previsiones normativas, o se presenta error en la regulación normativa.

Por el contrario, una teoría objetiva o de la interpretación inmanente a la ley parte del postulado de que tan pronto comienza a regir, despliega una efectividad peculiar que va más allá de las pretensiones del legislador histórico, razón por la cual se independiza por completo de sus autores. Autonomía que se agiganta por el paso del tiempo y el cambio social, y que MAURACH recoge en su lapidaria afirmación según la cual los motivos pasan y las leyes permanecen. De modo que las opiniones del legislador histórico "no representan pauta alguna vinculante para el intérprete, quien más bien se ha de apartar de ellas no raras veces, porque las ideas normativas de los autores de la ley, por regla general, quedan rezagadas frente a las posibilidades de aplicación de la norma, incluso cuando no se apoyan de antemano en una evaluación equivocada de la situación normativa"<sup>4</sup>.

El objetivo de la interpretación trasciende la averiguación de una voluntad histórico-sicológica para situarse en el sentido inmanente a la ley en el momento actual, jurídicamente decisivo, el cual no puede alcanzarse sino por medio de una interpretación teleológica o finalista, una de cuyas reglas de oro es precisamente la de señalar la prevalencia de la *ratio legis* al momento de la aplicación, y no la de su establecimiento, como tampoco la voluntad de su autor.

¿A qué vienen estas precisiones? Se ha dicho que el legislador en 1980 quiso firmemente evitar el concurso de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, particularmente cuando el documento utilizado es un título-valor. Y que a esa voluntad histórica estamos obligados en esta materia. La proposición no convence, no solo porque se detiene a mitad del camino interpretativo, como se ha dicho, sino además porque existen objeciones concretas que la desdibujan gravemente. No puede ocultarse, en efecto, que la regulación positiva no guarda

<sup>4</sup> KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona. Ed. Ariel, 1980, pág. 326.

correspondencia con los objetivos explicitados por los redactores o comisionados. En primer lugar, trataron concretamente la cuestión relacionada con los títulos valores, especie de documento privado, pero al momento de describir el tipo de injusto omitieron hacer referencia a esos instrumentos negociables, pues el art. 221 se refiere en sentido lato a "documento privado", sin distinguir los títulos-valores de los que no lo son. Y al intérprete no compete hacer esas distinciones. Además, semejante distinción no se justifica, ni siquiera partiendo del supuesto de la trascendencia económico-social de esos documentos en el tráfico jurídico, porque de todos es sabido que mediante el uso de una carta o una boleta, por ejemplo, también se puede inferir daño al patrimonio ajeno. Y en segundo término, si se pretendía evitar la concurrencia delictual de la falsedad y la estafa, debieron haber establecido un tipo verdaderamente comprensivo de todos y cada uno de los elementos constitutivos de este último hecho punible, hipótesis que no quedó plasmada en la ley, aunque se asegure lo contrario. Si es irrefutable que la estafa es delito de resultado, que requiere para su configuración típica de la producción de un perjuicio efectivo en el patrimonio económico de otro, ese mismo elemento debió consignarse en la descripción de la falsedad documental, cosa que no se hizo. Para ese efecto hubiera bastado insertar expresiones como "con perjuicio de tercero", "con provecho económico", "con lucro" o similares (resultados). O, al menos, hacerlo indirectamente acudiendo a las especiales subjetividades de "propósito de lucro" o "intención de causar perjuicio", que desde luego no implican los eventos dañosos. Nada de eso se plasmó en la ley, puesto que el art. 221 no contiene referencia alguna al perjuicio, al lucro indebido, al propósito de ocasionar daño, o al ánimo de aprovechamiento económico. Por vía de discusión podría proponerse que se trata de un olvido intrascendente del legislador. Empero la respuesta surge de inmediato. No pudo ser olvido porque el art. 227, dentro de la misma falsedad documental, sí requiere un "propósito de obtener provecho para sí o para otro" y "propósito de causar daño". ¿Cómo explicar, entonces, que el legislador incurrió en olvido si en unos tipos penales exige esas especiales subjetividades y en otros, los más, las omite, máxime que se parte del supuesto de que obraba con la firme proyección de evitar el concurso? Reparemos, de otro lado, que el legislador derogaba tipos penales que hacían nítidas referencias a resultados y a auténticos elementos subjetivos de lo injusto, situación que no podía correrle inadvertida.

Por todo esto, resultan sumamente tinosas las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia: "El nuevo estatuto punitivo, por lo demás, suprimió las exigencias del perjuicio a terceros y el ánimo de lucro, alternativamente enunciadas en el Código anterior para configurar la modalidad de falsedad en documento privado descrita en el art. 241, de tal manera que actualmente el delito de falsedad en documento privado que pueda servir de prueba no requiere de parte del actor, el ánimo de obtener ventaja lucrativa ni exige expresamente perjuicio real o potencial a terceros"<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto de julio 7 de 1981.

¿Cómo llegar, por aquellas vías, a la conclusión de que el legislador histórico obró con la firme voluntad de impedir el concurso?

#### 4. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

La interpretación tiene que mostrar y desarrollar el contenido inmanente al sentido de la disposición jurídica que, en materia penal, no puede ser otro que el bien o interés tutelado. Por eso, toda interpretación es necesariamente teleológica.

No sobra recordar que "El delito de falsedad en cualquiera de sus manifestaciones tiene como núcleo el engaño, requisito esencial que comparte con muchos otros delitos. Se ha visto que en un principio no había diferencia alguna entre la falsedad, la estafa, la calumnia, las falsas acusaciones, el falso testimonio y aún la falsedad personal (que sigue siendo parte del capítulo de la falsedad en muchas legislaciones). De este núcleo se fueron desprendiendo e individualizando los distintos delitos, de modo que puede decirse que el engaño es el género y los delitos que a él se refieren, las especies.

"El delito más cercano a la falsedad, por el aspecto que se viene contemplando, es la estafa, ya que tanto la una como la otra consisten en una mentira, en un engaño, y lo mismo aquella que esta quebrantan la fe, la confianza recíproca de los asociados. A tal punto son semejantes estos delitos, que los romanos incluían la falsedad documental dentro del estelionato (estafa).

"La amplia noción de falsedad concebida en el derecho romano, fue recogida por el derecho intermedio y pasó a algunos códigos modernos, como el austríaco. Pero en el siglo XIX se comenzó a hacer la diferenciación entre los dos delitos mencionados. Uno de los primeros en consignarla (1871) fue el código penal alemán y en la actualidad esa diferencia de materias se encuentra en todos los códigos penales"<sup>6</sup>.

Si tal es la orientación moderna, la autonomía delictiva tanto de la falsedad en documento privado como de la estafa, no puede menos que afianzarse en la convicción prejurídica, luego corroborada dogmáticamente, de que aquella ofende determinados intereses fundamentales y esta, otros distintos, entendiéndose que el engaño, elemento común, no permitiría hacer la diferenciación. La nota distintiva se localiza en la especificidad del respectivo injusto.

Los títulos de los delitos nos explicitan que por medio de la estafa se salvaguarda el patrimonio económico. Y que la falsedad en documento privado representa ante todo un ataque contra la fe pública. Para lo que nos interesa establecer, sería innecesario entrar a fijar el contenido de este bien jurídico, que rotula el título VI de la parte especial de nuestro Código Penal.

Sin embargo, la falsedad en documento privado ostenta carácter pluriofensivo. En el Código derogado, conforme a la descripción del tipo de injusto, era "triplemente ofensiva" y abarcaba los elementos típicos de la estafa. Triplemente dañosa

de la fe pública, de los documentos en cuanto medios probatorios, y de los derechos o relaciones jurídicas a ellos vinculados. La descripción típica se refería, en efecto, a un resultado (perjuicio o daño a tercero) o a especiales ingredientes sicológicos (intención de causar perjuicio y propósito de lucro). La configuración delictiva de la falsedad se fundamentaba en la falsificación del documento privado, en su uso jurídico y en el perjuicio a otro (que podía ser de contenido económico), o también en las mencionadas referencias sicológicas. Se afirma que este concepto implicaba la estafa porque esta se fundamenta en el engaño y el perjuicio real económicamente apreciable, de modo que el uso del documento falso constituía las maniobras engañosas de la estafa, y el perjuicio a tercero se resolvía en el daño de contenido económico. Por ello, aunque estas formas delictivas gozaban de independencia y se distinguían por cuanto el tipo de estafa no tutela la fe pública ni los documentos en cuanto medios probatorios, como sí lo hace el de la falsedad en documento, no podían unirse en concurso de hechos punibles porque si esta involucraba todos los elementos típicos de la estafa, se originaba lo que se ha dado en llamar concurso aparente de tipos.

El Código Penal vigente regula la falsedad en documento privado en distinta manera. Establece un delito "doblemente ofensivo", atentado contra la fe pública y contra el documento en cuanto medio de prueba. Descarta el perjuicio a tercero y las especiales subjetividades de intención de ocasionar perjuicio y propósito de lucro. La omisión de estas referencias cambia sustancialmente la naturaleza del injusto. Por ello, hoy en día no puede afirmarse que el art. 221 sea de una riqueza descriptiva tal, que abarque la estafa pues uno de los elementos típicos de esta (el perjuicio real al patrimonio económico) no es ingrediente de la falsedad en documento privado. Por lo mismo, este tipo penal no protege, directa ni indirectamente, el patrimonio económico.

Ese entendimiento preside las siguientes afirmaciones del profesor ORTIZ RODRÍGUEZ al pronunciarse sobre la antijuridicidad en esta clase de delitos: "La seguridad en la autenticidad y veracidad del documento privado, la seguridad y fluidez del tráfico jurídico y la confianza de todos y cada uno de los asociados en esa prueba documental, son los intereses jurídicos tutelados por la ley. Mientras que la sola falsificación en el documento público lesiona o pone en peligro esos intereses, en el documento privado la falsificación solo ofende esos intereses cuando mediante el uso del mismo se causa ese daño"<sup>7</sup>. El patrimonio económico no es, pues, interés comprendido en la misión tutelar del tipo penal contemplado en el art. 221.

Por eso no podemos compartir las conclusiones de los planteamientos de los doctores PÉREZ y ROMERO SOTO: "Estructurar la falsedad sin colocar entre sus elementos el daño privado es volverse de espaldas a la realidad, ignorando que nadie altera la verdad por el solo propósito de alterarla, sino con una intención que trasciende hacia la búsqueda de un provecho distinto. Por lo tanto, no solo el perjuicio que la verdad sufre ni el que la fe pública padece son los únicos que hay que tomar en cuenta, sino también el daño de otros intereses, privados o públicos,

<sup>7</sup> ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *Manual de derecho penal*, Colección Universidad de Medellín, 1983, págs. 304-305.

<sup>6</sup> LUIS E. ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Presencia, 1976, págs. 30-31.

distintos de estos... En este punto estamos completamente de acuerdo con ANTOLISEI, al exigir que al lado del daño a la fe pública se produzca la puesta en peligro o el perjuicio de otros intereses. Entre estos deben destacarse el interés patrimonial, ya que quien es engañado con un documento falso no siente tanto el perjuicio que ha sufrido la verdad, ni el que padece la fe pública, como la mengua en su patrimonio o el peligro a que se haya visto expuesto”<sup>8</sup>.

La motivación expuesta en los apartes copiados es parcialmente válida. Nadie falsifica un documento como un fin en sí mismo, sino con un objetivo trascendente, si bien la falsificación de por sí es acción finalista. Como tampoco nadie mata a otro como un fin último, sino en relación con otro objetivo ulterior, y no por ello la conducta homicida deja de ser finalista. La vida biográfica se nos presenta como el encadenamiento de unos fines con otros subsiguientes. Y dentro de esta realidad de secuencia de finalidades, el legislador hace un corte para efectos de la regulación normativa, atendiendo a variables circunstancias y necesidades políticas y sociales. El legislador está sometido a la estructura lógico-objetiva de una acción humana finalista, pero dispone de entera libertad para seleccionar una cualquiera, o varias, de las finalidades posibles del actuar al momento de configurar un tipo penal, y así respeta la realidad ontológica.

Lo que sí ha de quedar claro es que la falsificación de un documento privado no se realiza con la exclusiva finalidad de obtener una ventaja patrimonial. El comportamiento puede estar orientado a un objetivo bien distinto. La meta no se limita arbitrariamente al perjuicio de contenido económico. De ahí que si el legislador hubiera querido sancionar la falsedad de documento privado en vista, exclusivamente, del perjuicio económico, no habría tenido inconveniente en disponerlo de ese modo positivamente. Como la ley omitió toda referencia al perjuicio, y ni siquiera expresó aquellas subjetividades especiales ya conocidas, deberá considerarse que aquel tipo de injusto se edifica en torno a la ofensa a la fe pública y al poder probatorio documental. Que no se trata de simple formalismo jurídico ni de interpretaciones a espaldas de la realidad, nos lo demuestran unos ejemplos. La concusión, la falsa denuncia, el incendio, el encubrimiento, la detención arbitraria, el aborto, constituyen hechos punibles estructurados sin referencia a determinados ingredientes teleológicos trascendentes, lo cual no significa que quien realice alguna de esas conductas no lo haga de manera finalista, ni que sirvan a la vez para alcanzar objetivos ulteriores, que la ley no los tiene en cuenta al describir el tipo de injusto.

Además, esas mismas consideraciones se proponían respecto de la legislación derogada y se trata ahora de imprimirles idéntico poder suasorio, con total olvido de que la estructuración típica del injusto de la falsedad en documento privado varió notablemente en el actual Código Penal.

## 5. EL USO

Como el art. 221 no exige ningún resultado lesivo del patrimonio económico, y ni siquiera menciona los ingredientes subjetivos de la intención de ocasionar per-

<sup>8</sup> LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. IV, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 62.

juicio o ánimo de lucro, los recusadores del concurso de la falsedad en documento privado y estafa, para obviar ese obstáculo planteado respecto de la configuración típica, acuden al expediente de atribuirle al vocablo *uso* un significado distinto del empleado usualmente por la jurisprudencia y la doctrina. El “uso” siempre se ha entendido como el momento de actividad del documento, como su utilización funcional en el tráfico jurídico, por lo que se trata de un uso jurídico. Pero quienes impugnan el concurso opinan que el uso implica o abarca el daño real apreciable económicamente. El provecho económico ilícito no sería más que un componente del uso. Se sostiene, en efecto: “Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis. Máxime cuando el concurso se monta, en el fondo, sobre un resultado: la obtención del provecho económico, como si el uso exigido en el citado artículo 221, no implicara, precisamente, este efecto y consecuencia”<sup>9</sup>.

La realidad es que el daño económico, en cuanto efecto o resultado, no ha sido, ni puede ser, elemento del uso. Este es el aspecto dinámico, la acción; aquel, la consecuencia, el cambio en el mundo exterior natural y social. La realidad práctica nos enseña que no siempre el uso del documento falso acarrea la producción de un daño. Si un individuo adultera un cheque y lo pone en manos del cajero del banco para el cambio, pero el fraude se descubre a tiempo y se rechaza el pago, no habrá duda alguna sobre la utilización del título-valor conforme a la ley de su circulación, pero tampoco de que el resultado pretendido por el agente no se produjo. Para él, en la ligazón de sus objetivos propuestos, podrá decirse que la conducta resultó fallida, que no es más que un conato. Para la ley, en cambio, esa conducta consuma cabalmente el delito de falsedad en documento privado. Esa contingencia del resultado respecto del uso hace decir a HUNGRÍA: “... el delito se consuma con el primer acto de utilización, aunque el agente no obtenga la ganancia buscada o no ocurra el perjuicio o el detrimento ajeno”<sup>10</sup>.

También podríamos presentar un argumento tomado de la ley misma. El art. 241 del Código Penal derogado diferenciaba nítidamente entre el uso (“haga uso”) y el resultado (“con perjuicio de tercero”); si aquel implicara este, ¿para qué repetir la exigencia del perjuicio? Entre uso y perjuicio económico existe la misma relación que entre conducta y resultado, entre causa y efecto, sin que lleguen a confundirse total o parcialmente los conceptos.

Por esto, resulta impropio afirmar que el uso de que habla el art. 221 supone o comprende el resultado del menoscabo al patrimonio económico.

## 6. EL DELITO COMPLEJO

Sostienen algunos intérpretes que la falsedad documental prevista por el art. 221 constituye un delito “complejo”, comprensivo de la descripción típica de la estafa, fenómeno impositivo del concurso de tales hechos punibles.

<sup>9</sup> GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA. Salvamento de voto a la sentencia de la C. S. de J. de septiembre 15/83. Magistrado ponente: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO.

<sup>10</sup> LUIS E. ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 3ª ed., Ed. Carvajal, 1982, pág. 292.

Como la noción de delito complejo es problemática, trataremos de darle claridad al asunto.

La Corte Suprema de Justicia formula esta tesis al respecto: "De modo que el delito complejo solo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de esta o como circunstancia de agravación punitiva. ... En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales dentro de otra de mayor riqueza descriptiva"<sup>11</sup>.

Si atendemos esta línea de pensamiento, serían delitos complejos, a título de ejemplo, los siguientes: concusión (art. 140), por cuanto por su mayor riqueza descriptiva comprende el constreñimiento ilegal (art. 276); violación de la libertad de cultos, por la misma razón; el homicidio por piedad (art. 326), porque implica el homicidio simple; el sabotaje (art. 291), porque abarca el daño (art. 370). Y, en general, los tipos especiales, necesariamente comprensivos del tipo básico o simple. Pero serían también complejos aquellos otros hechos punibles que contemplen como circunstancia de agravación punitiva otro delito, como el hurto calificado del art. 350, ord. 3º, cuyo agravante es el delito de violación de domicilio; el abandono de menores y personas desvalidas, por cuanto el homicidio se erige en circunstancia de incremento punitivo (art. 348). Según esta opinión, el delito complejo admite dos formas: primera, cuando un hecho punible prevea como circunstancia de agravación otro delito; y segunda, cuando un delito con mayor riqueza descriptiva abarque la descripción típica de otro.

Nosotros pensamos, en cambio, que esta segunda modalidad no constituye una forma particular de delito complejo, sino que se trata de la noción más amplia y general del problema conocido como *concurso aparente de tipos*. O sea que el concurso aparente de normas es el género, y el delito complejo, la especie. Como también serían especies los llamados delitos progresivos y la progresión criminosa. Se ha incurrido en el error de definir la especie por el género. Ahora, si el delito complejo no es más que una modalidad del fenómeno concurso aparente de tipos, deberá poseer una connotación peculiar que lo distinga dentro del género.

A ella se refiere RANIERI cuando plantea: "Hay delito complejo cuando varios delitos, previstos separadamente por otras normas penales, se manifiestan en un solo conjunto, con nexo causal entre sí y con unidad de motivo y de resultado final, y constituyen, por consideración de la ley, un solo delito, ya sea como elementos constitutivos, ya como elemento constitutivo uno y otro como circunstancia agravante"<sup>12</sup>. De aquí surgen las auténticas modalidades del delito complejo, que el ilustre tratadista delimita de esta guisa: "La primera se tiene cuando los delitos particulares entran todos en ella como elementos constitutivos, con lo cual da lugar a un nuevo título delictivo". Por ejemplo, el delito de apoderamiento y desvío

<sup>11</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de septiembre 15/83. Magistrado ponente: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO.

<sup>12</sup> SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, Parte general, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1975, págs. 130-131.

de aeronave (art. 281), que se integra con dos delitos distintos constitutivos, el constreñimiento ilegal (art. 276) y el hurto. O sea, reunidos el constreñimiento y el hurto generan un nuevo delito, una tercera figura criminosa distinta de cada uno de sus componentes. "La segunda se tiene cuando uno de los delitos particulares entra como elemento constitutivo y otro como circunstancia agravante, dejando sin modificación el título del delito-base, al cual solo se agrega la circunstancia que implica un aumento de la pena". Como en el caso ya citado del hurto agravado por la violación de homicidio (art. 350, ord. 3º).

También el profesor ESTRADA VÉLEZ, concretándose a la primera de las modalidades señaladas por RANIERI, anota: "... delito complejo o compuesto, que se da cuando dos delitos previstos como tales por otras normas penales incriminadoras, son reunidos en una sola figura por una norma tipificadora como elementos constitutivos de otra infracción penal"<sup>13</sup>.

Hechas estas precisiones, procede verificar si el delito de falsedad en documento privado constituye delito complejo frente a la estafa. En relación con la primera modalidad, cabe preguntar: ¿Reunidos los delitos de falsedad y estafa, configuran una tercera entidad delictiva, un tipo penal diferente? ¿El delito de falsedad en documento privado se integra con la unión de la estafa y otro delito? Evidentemente no. Por parte alguna surge un nuevo título de delito. Por el contrario, quienes defienden la figura del delito complejo afirman otra cosa: que el delito de falsedad absorbe al de estafa. El delito complejo, en la primera variante examinada, no supone la consunción de un delito por otro, sino la unión o integración de dos descripciones típicas autónomas para formar una tercera figura, comprensiva de aquellas dos, que serían sus elementos constitutivos. Según este punto de vista, la falsedad en documento privado no es delito complejo, porque su descripción típica no comprende la estafa y otro hecho punible, ni la unión de la falsedad y la estafa origina una tercera figura criminosa. De ahí que tampoco sean delitos complejos los ejemplos anteriormente citados de la concusión, violación de libertad de cultos, homicidio por piedad, sabotaje, porque no son tipos edificados con base en la unión de otras dos figuras criminosas.

Y respecto de la segunda modalidad, el asunto es todavía más claro, porque la ley penal en parte alguna instituye la estafa como circunstancia de agravación punitiva de la falsedad documental privada. Y a ningún intérprete se le ha ocurrido afirmar tal cosa.

No vemos, pues, como pueda sostenerse teóricamente la pretendida complejidad del delito de falsedad en documento privado.

## 7. EL CONCURSO FORMAL O IDEAL

Antes de fijar el contenido de este concepto debemos referirnos al denominado "concurso aparente de tipos o de normas penales", pues este es un fenómeno de

<sup>13</sup> FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *op. cit.*, pág. 65.

carácter general impeditivo de todo concurso real de delitos, tanto de carácter material como formal o ideal.

Habrà concurso aparente o ficticio de tipos penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está comprendido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una sola infracción de la ley penal<sup>14</sup>.

Se manifiesta el concurso aparente cuando un mismo hecho parece simultáneamente adecuarse a varios tipos, pero en verdad solo podrá inscribirse en uno solo de ellos, pues las disposiciones se encuentran en una relación tal, que unas implican a otras o poseen elementos comunes, de suerte que el hecho debe ser atribuido al tipo de injusto que abarque la totalidad de sus características. Si un empleado oficial constriñe a otro a darle dinero, abusando de su cargo o de sus funciones, por ejemplo, se plantea la cuestión de determinar si el hecho corresponde a un delito de concusión (art. 140), de constreñimiento ilegal (art. 276) o de extorsión (art. 355), pues en los tres casos existe un elemento común que es el constreñimiento a hacer alguna cosa. Además, en la concusión y la extorsión, según el ejemplo propuesto, se advierte otro elemento común: el propósito de obtener provecho ilícito. El asunto se resuelve en favor de la concusión, pues esta abarca las otras características del hecho examinado, vale decir, la calidad de empleado oficial del sujeto activo, elementos no exigidos en los otros tipos penales. Y por ello, su contenido de injusto comprende y excede el del constreñimiento ilegal y la extorsión.

Situación distinta constituye el concurso formal o ideal. En este, la totalidad de las características del hecho no se adecua a un solo tipo penal, sino simultáneamente a varios, sin que el uno implique al otro, como en el caso de que alguien acceda carnalmente mediante violencia a una hermana (arts. 259 y 298). El hecho comprende al propio tiempo los delitos de violación e incesto. Aunque existe unidad de acción (en este caso el acceso carnal), ninguno de los dos tipos recoge por sí solo íntegramente las características (completas) del hecho, sino ambos reunidos, y sin que una disposición penal implique la otra.

Son, pues, requisitos del concurso formal o ideal: la unidad de conducta (acción u omisión), la pluralidad de tipos realizados simultáneamente, y la no implicación de un tipo respecto del otro u otros. El fundamento legal de este concurso reposa en el art. 26 del Código Penal cuando se trata de una acción u omisión que infrinja varias disposiciones de la ley penal.

Entendemos que el hecho consistente en la falsificación y uso de documento privado, generador de un perjuicio de contenido económico, corresponde al fenómeno del concurso formal de los delitos de falsedad en documento privado y estafa. La acción usuaria constituye el elemento unitario o común de ambas especies delictivas, pero ninguno de los dos tipos penales abarca la totalidad de las características del hecho mencionado, porque la falsedad se agota en la falsificación y uso del documento (aunque no exige la causación de un daño de contenido económico), y la estafa en el ejercicio de las maniobras engañosas (uso del documento falso) y el daño patrimonial (pero no requiere para su configuración de la falsificación del documento). Con lo cual se demuestra, además, que el tipo de la falsedad no implica o supone el de la estafa.

<sup>14</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis-Ilanud, 1984, pág. 239.

En consecuencia, siempre que mediante la falsificación y uso de un documento privado se irroge a otro un perjuicio económico o patrimonial, se configura el concurso formal o ideal de falsedad en documento privado (art. 221) y estafa (art. 356), con fundamento en el art. 26.

Y no es indispensable que al uso del documento privado falso se agreguen otras maniobras engañosas para que pueda hablarse del concurso, pues esos actos adicionales no tienen otro objetivo que el de reforzar el engaño que se presenta como núcleo de la conducta a través del uso del documento espurio. Por lo tanto, la ausencia de esas maniobras accesorias o secundarias en nada afecta la existencia del engaño central y principal.

## 8. CONCLUSIONES

a) En el Código Penal de 1936, la falsedad en documento privado era triplemente ofensiva; de la fe pública, del documento en cuanto medio probatorio y de los derechos vinculados a él. En el actual, es doblemente ofensiva; de la fe pública y del documento en cuanto medio de prueba.

b) El tipo de injusto en la falsedad en documento privado en la ley derogada se fundamentaba en la falsificación del documento, en su uso jurídico y en el perjuicio a tercero (o en la simple intención de causarlo o en el propósito de lucro). El actual solo exige la falsificación del documento con poder probatorio y su uso jurídico. Se suprimen el perjuicio a tercero y los mencionados ingredientes subjetivos.

c) El uso *no* implica, ontológica *ni* jurídicamente, el resultado del perjuicio a tercero. Una cosa es la acción usuaria y otra el evento ocasionado. Este es contingente; puede o no subseguir al uso.

d) La ley penal no distingue entre los documentos privados, los títulos-valores. Ni les confiere una situación especial dentro de la regulación normativa de la falsedad documental. No solo mediante los títulos-valores se puede ocasionar daño valuable económicamente, pues otra clase de documentos privados sirven para el mismo objetivo.

e) La descripción típica de la falsedad en el documento privado en la ley derogada abarcaba la totalidad de los elementos constitutivos de la estafa, lo que impedía la formación de un concurso efectivo de tales delitos. Se agitaba en este caso el fenómeno del concurso aparente de tipos. El art. 221 del Código vigente no contiene la totalidad de las características estructurales de la estafa, pues esta requiere de un perjuicio económico real, exigencia que no pertenece al supuesto típico de la falsedad.

f) El hecho consistente en la falsificación de documento privado, su uso y la obtención de un provecho económico ilícito, origina el concurso formal o ideal de los delitos de falsedad en documento privado (art. 221) y estafa (art. 356).

g) Pero si el mencionado resultado no se produce efectivamente, no por ello habrá concurso entre falsedad en documento privado y tentativa de estafa, pues aquella sí implica a esta.

h) No se requiere de maniobras engañosas adicionales al uso del documento privado falso para estructurar el concurso entre falsedad de documento privado y estafa.

# EL HURTO CON ARREBATAMIENTO ("RAPONAZO") Y EL HURTO CALIFICADO POR LA VIOLENCIA

Dr. ENRIQUE GARCÍA GALVIS\*

## 1. ENUNCIADO DEL CONFLICTO

El tema que sirve de título a este breve ensayo, ofrece —en nuestro criterio— una destacada importancia dentro del derecho penal (ámbito en el que ejercemos, con más dedicación y empeño que bagaje científico), en razón de que, luego de un lustro de vigencia del estatuto punitivo que se expidiera mediante el decreto 100 de 1980, aún hoy la modalidad de atentado contra el "patrimonio económico" que en nuestro medio se distingue con la expresión vernácula de "raponazo", presenta al intérprete no pocos sobresaltos y dudas cuando de agotar el proceso de adecuación típica se trata.

Considerando la problemática del tratamiento que de *lege lata* recibe actualmente el "raponazo" parece tener alguna explicación en el fenómeno consistente en que los intérpretes del vigente estatuto punitivo (C. P. de 1980) continúan sujetos conceptualmente en alguna medida a la jurisprudencia y la doctrina que profusamente tuvieron desarrollo hasta la expiración del Código de 1936, se impone —con miras a una mayor claridad y comprensión de la tesis que se sostendrá en este artículo— realizar un breve repaso de las posiciones asumidas por quienes dedicaron parte de sus esfuerzos a calificar jurídicamente el hurto con arrebatamiento, dentro de los cánones que integraban los capítulos I y II del título XVI del plexo normativo jus-penal recientemente derogado.

## 2. TRATAMIENTO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN VIGENCIA DEL C. P. DE 1936. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

En primer término debe recordarse que el "raponazo" se convirtió, por obra de una jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema de Justicia y por los pendulares y discordantes criterios de los tribunales superiores, en una especie de figura delictiva errante, que en ocasiones fue tratada como un elemental "hurto" (art. 397), y

\* Profesor de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Juez Superior.

en otras como un caso más de "robo"; de acuerdo con las previsiones del art. 402 del Código que se comenta.

A este respecto es pertinente reconocer que el conflicto que gravitaba sobre el juzgador cada vez que se veía avocado a resolver el caso *sub iudice* dentro del ordenamiento penal de 1936, acusaba como única y determinante causa la circunstancia de que esa codificación (a diferencia de la actual) contemplaba como tipos penales autónomos (básicos o fundamentales, de acuerdo con la moderna nomenclatura) el "hurto" y el "robo".

Por otra parte, también conviene destacarlo, el legislador de 1936 no erigió en circunstancia de agravación del "hurto" el comportamiento consistente en despojar al sujeto pasivo de las cosas que lleva consigo "mediante arrebatamiento"; ni tampoco mencionó aquel específico acto de latrocinio como evento de atenuación del robo, tal como lo contemplan algunas legislaciones de nuestra órbita cultural como la argentina y la venezolana.

Así, pues, la sistemática utilizada en el Código anterior, consagratoria de capítulos separados para las conductas de "hurto" y "robo", obligaba a los estudiosos nacionales —lo mismo que a los foráneos que obedecían códigos que también distinguían entre aquellos dos hechos punibles— a aceptar que la única diferencia que existía entre uno y otro era precisamente la violencia que en el robo debía emplear el agente en orden a obtener la ilícita apropiación de la cosa.

En términos del profesor AGUDELO BETANCUR:

"Había acuerdo unánime en la enunciación de los elementos del hurto, como la sustracción de cosa mueble ajena sin consentimiento del dueño y con ánimo de aprovechamiento. Y con respecto al robo también hubo acuerdo doctrinario, en el sentido de que tal delito se configuraba con los mismos elementos del hurto, más violencia a las personas o a las cosas"<sup>1</sup>

En tal orden de ideas, resultaba perfectamente claro que entre los dos tipos penales que se examinan no existía diferencia substancial alguna; y que, consecuentemente con el sistema normativo imperante, aparecía fácilmente explicable el hecho de que nuestro más alto tribunal de justicia en ocasiones calificara como hurto al "raponazo", y en otras elevara de "rango" esa misma actividad criminal adscribiéndole el *nomen juris* de robo (art. 402), por estimar que tal era el título que merecía el despojo; bien porque la Corte optara por la tesis extrema, que consideraba que todo apoderamiento mediante "arrebatamiento" implicaba de suyo violencia física; ora porque se inclinara por la teoría según la cual, no obstante no constituir la fuerza física el elemento consubstancial al "raponazo", cuando el sujeto ejercía fuerza sobre las cosas o las personas se hacía incurso en la especie de injusto más drásticamente penado en el estatuto de 1936.

Aquella situación, un tanto caótica, por la que atravesaba la jurisprudencia nacional en la materia que se estudia en esta oportunidad, nos permite reconocer

<sup>1</sup> NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "La problemática del raponazo en el nuevo Código Penal", en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 22, Bogotá, Edit. Temis, septiembre-diciembre de 1983.

la existencia de dos tendencias claramente escindibles y diferenciables, y que pasan a verse con toda brevedad:

a) *Tesis estricta o de la "violencia presunta"*

Esta corriente de pensamiento estuvo representada —entre otros— por los magistrados SIMÓN MONTERO TORRES y EFRÉN OSEJO PEÑA, quienes aparentemente llegan a la conclusión de que todo "arrebatación" constituye robo (art. 402) y no hurto (art. 397), con el argumento extremo de que el "raponazo" implica inexorablemente el ejercicio de violencia física.

Veamos en qué términos discurrían los penalistas citados:

El doctor MONTERO TORRES afirmó:

"El hecho imputado al procesado, en cuanto despojó o arrebató a la denunciante su cartera, no puede calificarse sino como robo, porque entró en juego la violencia, pues es el significado de tales palabras según el Diccionario de la Lengua: «Arrebatarse: Quitar o tomar alguna cosa con violencia o fuerza. Llevar tras sí o consigo con fuerza irresistible». «Despojar: Privar a uno de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia...». Por tanto, darle a las palabras el correcto significado que tienen en el idioma, no implica la invención de un delito, sino la definición de una cuestión de hecho, prevista en la respectiva disposición penal.

"El acto atribuido al procesado no puede denominarse sino como un despojo o que arrebató la cartera a la víctima del ilícito.

"El acto de despojar o arrebatarse en este caso se dice que no puede reputarse como un medio de violencia, porque ni en la persona ni en el objeto dejó huella alguna o mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión; de ahí que algunos tratadistas sean enfáticos en exigir una fuerza anormal distinta de la natural y usual para tomar posesión de la cosa; sin embargo, semejante modo de argumentar, además de estar en abierta oposición con el hecho consumado por el procesado, entraña un inaceptable concepto objetivo al considerar que el despojar o arrebatarse alguna cosa a su dueño, no es sino un acto normal, natural y usual para tomar posesión de la cosa, algo que resulta manifiestamente inaceptable, por decir lo menos"<sup>2</sup>.

Por su parte el magistrado OSEJO PEÑA opinó sobre el asunto:

"Finalmente, al sostener que no hubo violencia en virtud de la inexistencia de «ruptura, desgarramiento, distorsión, etc.», se confunden en la sentencia los efectos con la causa, porque la violencia es la causa que, ordinariamente, mas no siempre, deja huellas o rastros como los indicados; pero si no existen, no puede afirmarse que no hubo violencia, sino que será más o menos difícil producir la prueba; y en el caso *sub iudice* hubo testigos que vieron cuando Ruiz Alfonso en forma violenta se apoderó de la cartera de la denunciante. En resumen, los actos de violencia no requieren que necesariamente dejen ruptura, desgarramiento, distorsión, etc., o huellas en términos generales, para que exista aun cuando, en caso contrario, puede ser difícil allegar la prueba al proceso, mas no imposible"<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Casación de 10 de octubre de 1969. Magistrado ponente Dr. SIMÓN MONTERO TORRES.

<sup>3</sup> Casación de 12 de diciembre de 1969. Magistrado ponente, Dr. EFRÉN OSEJO PEÑA.

Del mismo parecer era el doctor JULIO ROMERO SOTO, cuando en uno de sus conocidos conceptos fiscales afirmaba:

"Por violencia debe entenderse únicamente la violencia física. El empleo de medios contrarios en un todo a la forma normal y propia de obrar sobre las cosas es lo que constituye la violencia y no la simple acción de separar o apartar esta del sitio en el cual se encuentra, removiendo los medios naturales o artificiales que a este le unen o ligan. El acto entre nosotros designado como «raponazo» y que consiste en arrebatarse de las manos o de encima de una persona una cosa, ejerciendo violencia sobre dicha cosa, toma entre los italianos el nombre de *strappo*, siendo sancionado en dicha legislación como una forma de hurto agravado. El artículo 2° de la ley 4ª de 1943, al expresar en lo pertinente: «El que por medio de violencia a las personas o a las cosas...», comprendió indudablemente en dicha disposición el «raponazo» como un acto constitutivo del delito de robo, tanto más si se tiene en cuenta que en dicha disposición no se hizo especificación alguna en relación al sitio en que se encuentren las cosas, cuando sobre ellas recae la acción violenta del agente del delito. Cuando a la ubicación de las cosas el Código quiere referirse, bien como elemento constitutivo del delito o bien como circunstancia agravante o atenuante de este, lo hace mediante una disposición especial, disposición que no aparece o no existe en nuestro ordenamiento penal en relación con el «raponazo». Se debe por tanto, este caso, constitutivo de violencia sobre las cosas y de manera directa y única sobre éstas ejecutado, aunque indirectamente sobre las personas, considerar como comprendido en el artículo 2° de la ley 4ª de 1943 antes citado.

"Arrebatarse es quitar con violencia todo lo que une una cosa a la persona, puesto para seguridad, comodidad o siguiendo un uso generalizado"<sup>4</sup>.

b) *Tesis flexibles*

Ubicamos dentro de esta tendencia a quienes, durante la vigencia del C. P. de 1936, opinaban que existía robo únicamente en el evento en que efectivamente, y en forma ostensible, perceptible sensorialmente, se ejerciera violencia física contra las personas o las cosas.

El doctor HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, en términos que compartimos totalmente, resolvía el conflicto de otrora, en los siguientes términos.:

"De acuerdo con la ley penal colombiana, el apoderamiento de los bienes muebles que la víctima lleva o porta encima no está tratado como circunstancia agravante del delito de hurto, ni se le hace equivalente al delito de robo. Es, sí, dable que la desposesión, en este caso, se realice mediante violencia física contra las cosas o contra las personas o mediante amenazas a las últimas. Si esto ocurre, se tiene el delito de robo. Pero si el agente no acude a esa violencia física o moral (entendida en el alcance jurídico ya señalado atrás), únicamente cabe calificar la conducta como hurto... Los hechos averiguados no constituyen el delito de robo, pues el apoderamiento no lo cumplió el acusado José Ignacio Latorre mediante violencia contra las cosas, ni contra las personas.

"Si, como dice la ofendida Sanabria Céspedes, solo sintió que le «raparon» la cartera cuando el sindicato «por detrás» se apoderó de ella, es obvio que no se cuenta con ningún elemento de juicio que permita aseverar que se llevó a cabo violencia física

<sup>4</sup> Concepto fiscal. Año de 1969. Dr. JULIO ROMERO SOTO.

contra las cosas (en su alcance jurídico-penal), ni violencia física contra la denunciante, pues más obró en la desposesión la sorpresa que la fuerza.

“La víctima no manifiesta la manera como portaba la cartera materia del delito, ni fue preguntada por ese importante detalle. No se puede, entonces, siquiera suponer que el delincuente superó alguna resistencia material para cumplir el apoderamiento, como cuando la manilla es rota, por llevar la ofendida la cartera en el brazo, por ejemplo. Y resulta claro que la manera como el procesado realizó el hecho, acudiendo por detrás de la señorita Sanabria Céspedes, excluye esa necesaria voluntad renuente u oposición a una supuesta violencia, pues la nombrada ni siquiera tomó conocimiento de que iba a ser objeto de la desposesión de su cartera, sino que, cumplida tal desposesión, empezó a solicitar que se aprehendiera al delincuente”<sup>5</sup>.

### 3. EL “RAPONAZO” EN EL C. P. DE 1980

El vigente estatuto punitivo, a diferencia del anterior, consagró en el numeral 10 del art. 351, como circunstancia específica de agravación del tipo de hurto, la consumación del apoderamiento de las “cosas u objetos que las personas llevan consigo”, mediante arrebatamiento.

La precedente premisa, que consideramos constituye una conclusión que surge con diafanidad espléndida del inequívoco tenor de la norma en comentario (351-10), le impone a su intérprete asumir, como una verdad apodíctica, que el legislador de 1980 sustrajo expresamente y por razones comprensibles de política criminal la conducta conocida como “raponazo” (hurto con arrebato), de la modalidad violenta de sustracción que el redactor del decreto 100 de 1980 consagró en la causal 1ª del art. 350 (hurto con violencia sobre las personas o las cosas).

Y es que la conclusión que se acaba de mencionar como verdad irrefutable, descansa sobre razones lógico-jurídicas que bien puede entenderse, suplen la carencia de actas de la respectiva comisión redactora que se ocupara del estudio de los tipos “contra el patrimonio económico”.

En criterio nuestro, el legislador extraordinario de 1980 debió considerar al momento de crear la circunstancia de agravación del “hurto mediante arrebatamiento”, que el “raponazo” nudo, sin otro aditamento distinto del “sorpresivo despojo”, no significaba, no podía significar jamás el ejercicio de esa *vis* (absoluta o compulsiva, según el caso) a que se refiere sin equívocos la causal 1ª del canon 350.

Sobre el aspecto referido a la distinción que merece evidentemente la “violencia” que en alguna forma hace parte de todo “raponazo”, y la violencia que se consagra como circunstancia de “calificación” del hurto en el art. 350 del C. P., conviene precisar que en el “arrebatamiento”, el ladrón no quebranta las seguridades con que las personas suelen rodear ordinariamente los haberes que llevan consigo.

Podría afirmarse que los objetos que comúnmente son blanco de la codicia de los “raponeros” (relojes, cadenas, pendientes y otros aderezos), carecen por su naturaleza de adminículos que puedan calificarse racionalmente como elementos

<sup>5</sup> Casación de junio 14 de 1971. Magistrado ponente, Dr. HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ.

o dispositivos creados para otorgar seguridad a esa especie de bienes ante el ataque de los depredadores que han hecho de esta modalidad delictiva su *modus vivendi*.

Por otra parte, para que la violencia sobre el sujeto pasivo de la ilícita desposesión tenga trascendencia dentro del campo del derecho penal, es menester que esa persona contrarie, rechace o de alguna manera se oponga a la fuerza que en su contra ejerce el agente del hecho punible.

Esa oposición (tácita o expresa) que el ofendido hace a la agresión o amenaza desplegada por el autor, significa —necesariamente— que el portador de la cosa apetecida tiene conciencia de que se le hace objeto de violencia, bien sea física o moral (*vis absoluta* o *vis compulsiva*). Y es precisamente este conocimiento de que se es violentado, el cual debe inexorablemente hacer presencia en la psique de la víctima con anticipación al ejercicio de la fuerza utilizada por el delincuente, o por lo menos coetáneamente con la maniobra de desposesión, lo que coloca al desposeído en situación idónea de repeler la agresión en una u otra forma.

Por manera que, sobre este sustancial aspecto de la cuestión debatida resulta prudente y atinada la exigencia de algunos doctrinantes, referida a que para que pueda predicarse válidamente la existencia de violencia contra las personas con trascendencia jurídicopenal, se requiere que esa fuerza produzca el quebrantamiento, el avasallamiento de la voluntad de la víctima.

Ahora bien, como quedó visto en párrafos precedentes, la esencia del hurto con “arrebatamiento” radica precisamente en que el sujeto-agente, con su vertiginoso y sorpresivo comportamiento, imposibilita al desposeído para materializar física y oportunamente su volición mediante la reacción adecuada a la defensa de sus bienes puestos en inminente riesgo por la actitud del delincuente.

Sobre el concreto fenómeno que venimos tratando, conviene leer al maestro SEBASTIÁN SOLER cuando afirma:

“En la fuerza contra las personas no solamente entra en consideración el peligro de daño para el cuerpo o la salud, sino también la propia libertad de disposición, puesto que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la víctima”<sup>6</sup>.

En el hurto calificado por la violencia (art. 350-1º), así pensamos nosotros, es menester que la fuerza física que el agente ejerce doblegue totalmente la voluntad de la víctima, impidiéndole cualquier actividad dirigida a evitar o rechazar el injurídico despojo; porque, se agrega con el autor argentino ya citado,

“En cierta medida, hasta debe afirmarse que es necesario al robo (se refiere al hurto con violencia física) cierta influencia psicológica sobre la voluntad de la víctima, de manera que pueda efectivamente afirmarse que se trata de una voluntad renuente. Si se quita a alguien una cosa que lleva encima, sin que la víctima lo advierta, ya sea por pura destreza o por algún otro procedimiento no resistido (salvo que se haya colocado previamente a la víctima en esa situación por acción anterior violenta) no puede decirse que hay robo”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, tomo IV, Buenos Aires, Tea, 1978, pág. 247.

<sup>7</sup> Ídem, pág. 252.

Es obvio que dentro de la amplia expresión que utiliza SOLER en el texto transcrito arriba ("algún otro procedimiento no resistido"), tiene plena cabida el despojo de las cosas que las personas llevan consigo mediante una maniobra sorpresiva, ya que la acción inusitada, inesperada del ladrón (el "raponazo"), tampoco le permite a la víctima oponer resistencia de ninguna índole.

Es manifiesto, entonces, que en el hurto con arrebatamiento (raponazo) la circunstancia que, por una parte, justifica una mayor punibilidad, y por la otra distingue esta modalidad delictiva *per se* del hurto calificado por la violencia "sobre las personas o las cosas", es específicamente la sorpresa con que actúa el autor del latrocinio. Sorpresa esta que, como coincidentemente lo destacan los doctrinantes que ilustran nuestra posición jurídica al respecto, coloca a la víctima en condiciones que hacen imposible, o al menos muy difícil, que surja tempestivamente cualquier reacción dirigida a la frustración del acto punible de ilegítimo apoderamiento.

#### IV. DEL PROBLEMA DE LA IMPOSIBLE CONCURRENCIA ENTRE LA VIOLENCIA DEL ART. 350-1º Y EL HURTO MEDIANTE ARREBATAMIENTO DEL 351-10

Sentado como ha quedado atrás que la esencia del "raponazo" radica en la sorpresa y que esta circunstancia impide que la víctima tenga conciencia de que se le hace objeto de fuerza en orden a desposeerla de sus bienes, debemos concluir con todo rigor lógico que cuando la violencia física (o moral) se ejerce "directamente sobre la persona" y cronológicamente antes del despojo, el título que merece un tal comportamiento es el de "hurto" calificado por la violencia (art. 350-1º) y no el de "raponazo" (art. 351-10), porque los eventos fácticos de "violencia" y de "sorpresivo despojo" constituyen categorías sensoperceptibles que se excluyen, se repelen violentamente.

Así, si Pedro, cuchillo en mano coloca a su víctima contra la pared, y una vez obtenida su inmovilización por el medio constrictivo utilizado le "rapa" intempestivamente la joya que pende de su cuello, se tendrá nada más que "hurto violento"; y no "hurto" con violencia, en concurso con hurto con "arrebatamiento".

Lo antecedentemente explicado equivale a declarar que frente al hurto, la "vis absoluta, o la relativa", desnaturalizan el elemento "sorpresa" que, como se ha reiterado hasta el cansancio, constituye la *ratio esendi* del hurto con "arrebatamiento": porque en este casuístico ejemplo —que perfectamente sirve para ilustrar por vía general—, salta de bulto que lo "sorpresivo" es la violencia que se ejerce por el autor, y no la desposesión subsiguiente al constreñimiento de la voluntad de la víctima.

Habida cuenta de que cuando desempeñamos el cargo de Juez Primero Penal del Circuito de Bucaramanga tuvimos oportunidad de sentar nuestro criterio sobre el interesante fenómeno del "raponazo" en fallo de segunda instancia, estimamos conveniente transcribir aquí las conclusiones a que allí se arribaba, en consideración a que mantienen plenamente su vigencia.

"No obstante lo anterior, el despacho hace propicia la oportunidad procesal que la impugnación del procesado le otorga, para rectificar la jurisprudencia que en segunda

instancia y a este nivel ha venido haciendo carrera, y que hace referencia específica a la conjunción de los fenómenos jurídicos del «hurto calificado» por la violencia sobre las cosas y la circunstancia de agravación punitiva prevista por el ordinal 1º del artículo 351 del C. P. vigente, cuando la apropiación del objeto se materializa mediante «arrebatamiento».

"Entiende el despacho que no es jurídicamente procedente calificar el «hurto» por haberse actuado con violencia sobre los objetos materia de la apropiación, y coetáneamente agravar la misma conducta por haberse logrado la consumación del reato por medio del manido procedimiento que el vulgo dió en intitular «raponazo».

"El disenso de esta instancia surge del desarrollo y análisis de las siguientes consideraciones de índole hermenéutica:

"1º. La conducta conocida como «raponazo», consiste generalmente en el rauda arrebatamiento que el actor hace de alguna de las prendas que la víctima porta sobre sí, y que ordinariamente se concreta sobre el reloj de pulso, cadenas, collares, aretes, etc.

"2º. La aparición de la singular circunstancia de agravación punitiva en el C. P. de 1980 (art. 351, ord. 10), no es otra cosa que el reconocimiento por parte del legislador del vertiginoso aumento del índice de ocurrencia que venía registrando el «hurto» mediante «raponazo» y de que dadas las *sui generis* modalidades de sorpresiva violencia con que se consumaba el latrocinio, era apenas comprensible darle un tratamiento punitivo más drástico a este tipo de comportamientos contra la propiedad ajena.

"3º. Siendo cierto lo anterior, y tal fue realmente el espíritu del redactor del decreto núm. 100 de 1980, no puede desconocerse que el hecho de agravar el hurto cometido mediante «arrebatamiento» (raponazo vulgar) significa que el incremento punitivo se justifica solo por cuanto esta conducta en sí misma considerada, implica un acto de violencia sobre la cosa objeto de la apetencia del delincuente, y no pocas veces sobre la propia estructura anatómica de la víctima.

"4º. En este orden de cosas debe advertirse que si «arrebatar» significa idiomáticamente «quitar con violencia, arrancar, etc.», en los eventos en que el comportamiento del agente de la apropiación no exceda el puro y simple «arrebatamiento», no podrá hablarse de «hurto calificado» por el ejercicio de violencia sobre las cosas, como lo predica el ordinal 1º del artículo 350 del C. P.

"5º. Proceder *contrario sensu*, esto es, calificar el delito de «hurto» por el solo «arrebatamiento» (raponazo puro) por haberse ejercitado violencia sobre la cosa objeto de la rapifa, y simultáneamente agravarlo por haberse "arrebatao" la prenda o joya, constituye indiscutiblemente un claro atentado contra el principio universal que prohíbe penar dos veces un mismo hecho o circunstancia (*non bis in idem*).

"6º. Finalmente, como quiera que pueden presentarse vacilaciones sobre la validez de los anteriores argumentos, el despacho hace claridad en cuanto afirma que en vigencia del anterior C. P. (1936), era perfectamente explicable que la doctrina y jurisprudencia nacionales se hubieran visto forzadas a ubicar típicamente el «raponazo» de la manera como efectivamente se hizo; esto es, «robo» y no «hurto».

"Esta adecuación típica que perfectamente podría tildarse de «ficción» jurisprudencial, fue absolutamente necesaria por cuanto el estatuto de 1936, a diferencia del actual, no estableció la circunstancia de agravación punitiva predicable del «hurto» que se consumaba mediante arrebatamiento, tal como se plasmó en el ordinal 10 del tipo subordinado del artículo 351 de la vigente codificación penal"<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Juzgado Primero Penal del Circuito, Bucaramanga. Fallo del 25 de julio de 1984.

Finalmente, solo resta agregar que no existe ningún obstáculo lógico-jurídico para que el hurto con arrebato (art. 351-10) concorra con el hurto calificado por la "violencia" cuando esta "tenga lugar inmediatamente después del apoderamiento de la cosa y haya sido empleada por el autor o participe con el fin de asegurar su producto o la impunidad" (inciso final del ord. 4º del art. 350).

En efecto, en el evento de la violencia física contra la víctima, ejercida con posterioridad al "arrebato", se han hecho presentes en el mundo de los fenómenos que en este particular evento interesan al derecho de las penas, las dos circunstancias que hemos señalado atrás como constitutivas de la esencia o sustancia de las modalidades de hurto que han venido siendo analizadas a lo largo de este ensayo.

Es evidente que cuando Pedro obtiene el injusto apoderamiento de la joya que pende del cuello de Juan, valiéndose al efecto de un vertiginoso y sorpresivo "raponazo", ha hurtado mediante "arrebato"; pero igualmente es notorio que si Pedro, armado de cuchillo, trata de detener la persecución que en contra suya ha iniciado Juan en orden a la recuperación de su joya o a su aprehensión, ejerce violencia de tal entidad, que indudablemente afecta la voluntad de la inicialmente "sorprendida" víctima.

No es, entonces, que se esté sancionando en este ejemplo dos tipos de violencia: la insita en todo arrebato, y la consistente en haber amenazado a la víctima con posterioridad a la "sorpresiva" desposesión; sino que se está castigando el haber birlado la joya mediante procedimiento que impide que la voluntad de repulsión a la violencia surja en la víctima (voluntad "renuente" en términos de SOLER); y, finalmente, se está sancionando con mayor drasticidad el hecho de haber constreñido totalmente la volición ya presente y actuante del sujeto pasivo, para "asegurar" así el producto de la delincuencia o la impunidad del agente o sus partícipes.

## SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA

# LA POLÍTICA DE DROGAS: FUENTE DE PROBLEMAS Y VEHÍCULO DE COLONIZACIÓN Y REPRESIÓN

Profesor LOUK HULSMAN\*  
(Traducción de SERGIO I. POLITOFF)

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. *Las drogas*

Este artículo examina la política y los problemas relacionados con las *drogas sicotrópicas* (sicoactivantes), esto es, aquellas drogas que favorecen cambios en las emociones o en el estado mental. A esta categoría pertenece una gran variedad de sustancias: alcohol, tabaco, barbitúricos, tabletas somníferas, cáñamo de la India —del que derivan el hachís y la marihuana— (cannabis), té, café, LSD, cocaína y heroína. El uso de drogas es, en una u otra forma, una práctica universal. Hay, sin embargo, mucha diversidad en los tipos de sustancias que se usan y en los códigos y rituales a que estos usos están incorporados. Estos códigos y rituales tienen una influencia de capital importancia en el significado social del consumo de drogas. No se puede hacer ninguna evaluación válida sobre los riesgos y ventajas potenciales del uso de ciertas drogas sin tomar en consideración estos códigos y rituales y —de manera más general— *el ambiente social específico en que dicho uso tiene lugar*<sup>1</sup>.

La mayoría de los discursos que apuntan a una política de drogas y a los problemas relacionados con ellas están caracterizados por una cuádruple selectividad: 1) enfocan ciertas *substancias* y dejan fuera de consideración el ambiente

\* Profesor de la Erasmus Universiteit de Rotterdam (HOLANDA).

<sup>1</sup> Esto implica que el resultado de la investigación sobre las drogas en una perspectiva médico-farmacológica nunca debe servir de base a una evaluación *social* del uso de una cierta droga. Es claro que lo mismo vale para el estatuto legal de una determinada sustancia. Habitualmente en un debate sobre los problemas de las drogas y sobre la política de drogas se emplea un lenguaje en el cual el uso de "drogas legales" se considera únicamente "mal uso" o "abuso" en ciertas circunstancias especiales, y el uso de "drogas ilegales" es considerado de manera general como "mal uso" o "abuso". Cada vez que se emplea tal lenguaje debemos considerar el enfoque que se expresa mediante él como prejuiciado y acientífico.

social específico de uso (incluyendo los códigos y rituales) relacionados con este ambiente; 2) ponen la mira en aspectos médico-farmacológicos y legales de estas sustancias; 3) vinculan de un modo específico e injustificado el uso de drogas ilegales con el "enviciamiento" y la "dependencia física o psicológica"<sup>2</sup>; 4) apuntan de modo unilateral a los aspectos negativos y a los riesgos del uso de las drogas sin balancear estos aspectos negativos con los aspectos positivos potenciales (individuales y colectivos)<sup>3</sup>.

Un aspecto que caracteriza las actividades en torno a las drogas en nuestro tiempo es la "internacionalización" de tales actividades. Esta internacionalización no es un fenómeno nuevo. Durante toda la historia conocida, el comercio internacional de drogas se ha practicado y diferentes grupos y culturas han entrado en contacto por medio del intercambio de drogas. Lo que es específico de nuestra época, sin embargo, es que presenciamos un enorme y rápido incremento de la "internacionali-

<sup>2</sup> La selectividad con respecto al "enviciamiento" y "dependencia" es injustificada desde dos puntos de vista. En primer lugar, los riesgos de afición y de las consecuencias de esta son a menudo exagerados de modo excesivo. En segundo lugar, esta atención selectiva a la dependencia respecto de las drogas no toma en cuenta la dependencia que existe en muchos otros aspectos de la vida: comida, trabajo, televisión, sexo, juegos. No parecen existir razones válidas para particularizar esta dependencia específica de las sustancias *sicotrópicas* respecto de las otras formas de dependencia que existen en tantas áreas de la vida.

<sup>3</sup> La atención selectiva por los aspectos negativos del uso de drogas (y especialmente los lados negativos del uso de drogas ilegales) nos hace cerrar los ojos frente al hecho de que prácticamente toda actividad humana tiene lados positivos y lados negativos y que el consumo virtualmente universal de las drogas está principalmente ligado a los muchos aspectos positivos que pueden tener para los seres humanos. Pueden estimular la actividad, proporcionar placer, aliviar el dolor; pueden ayudar a meditar y facilitar los contactos sociales. Aquella visión no equilibrada no tomó en consideración tampoco la enorme variedad de actividades humanas relacionadas con las drogas. El profesor GRIFFITH EDWARDS formula esta idea de la siguiente manera:

"Si usted estuviera volando a baja altura sobre la superficie de la tierra, tendría una oportunidad bastante buena de ver pronto debajo de usted algún proceso de cultivación de drogas. Usted vería viñedos, plantaciones de café, amplias áreas en que la cosecha de tabaco da forma a la economía, campos de adormideras, sembrados de delgados cáñamos de la India floreciendo hasta en los solares de terrenos deshabitados de las ciudades. La planta de la coca crece en las faldas de los Andes, a fin de que seis millones de campesinos obtengan su cocaína. Aun el desierto tiene el cactus peyote. Si usted mira hacia abajo en los grandes países industriales, serían más bien las fábricas antes que los campos las que atraerían su atención: la tecnología moderna derrama sus tranquilizantes, estimulantes, analgésicos y antidepresivos por billones y el químico debe sacar partido de cactus y de hongos. Usted advertiría que, en todas partes allí abajo, estaría en la arena una gran diversidad de actores, con extraordinaria mutabilidad de papeles. A veces el Estado vendería la droga y se beneficiaría con la ganancia, a veces la ganancia iría al empresario que opera legalmente, a veces este papel sería desempeñado por el hombre que, con su recua de mulos, se abre camino por los pasos de la cordillera. El dinero comprometido es inmenso y los países pueden financiar sus erarios en buena parte con los ingresos de las drogas. Los conflictos de opinión son violentos y la respuesta del Estado para el uso no permitido es draconiana. Pero la situación que usted contempla parece estar caracterizada por un grado inusual de confusión: una droga que se permitía ayer puede ser prohibida mañana; una droga que para una sociedad era de importancia y hasta un sacramento religioso puede ser objeto, en otra parte, de una prédica contraria. Usted pudiera concluir que uno de los principales negocios del mundo consiste en hacer de las sustancias psicoactivantes objeto de cultivo, elaboración, publicidad, legislación, contribuciones, consumo, elogio o censura. La complejidad de la materia es abrumadora, sus ramificaciones infinitas". (EDWARDS, 1971).

zación" de las drogas. Dicho proceso de "internacionalización" está vinculado con la "internacionalización" del intercambio cultural promovido por los medios de comunicación de masas y la rapidez de los medios de transporte, la "internacionalización" del comercio y de la producción y la "internacionalización" de los sistemas de control. La "internacionalización" de los sistemas de control se produjo ya en el punto culminante del período colonial. Por tal razón este sistema de control se aplica principalmente a las drogas que se usan y producen en el mundo "periférico". Las drogas comunes en los países industrializados quedan, con pocas excepciones, fuera de este sistema de control. Ello conduce a una situación en la cual hay un extenso mercado para las drogas "ilegales" en el mundo industrializado y una extensa área de producción para aquellas drogas en el mundo "periférico".

### 1.2. Antecedentes de este artículo

Este artículo ha sido escrito con fundamento en el punto de vista holandés respecto de la política (internacional) en materia de drogas. Holanda pertenece a los países de tradición colonial y al mundo industrializado. Con respecto a las drogas ilegales es principalmente un país consumidor, en tanto que partes extensas de América Latina pertenecen a las regiones de producción. En este artículo no se pretende mostrar ningún tipo de conocimiento de los problemas de América Latina en este terreno. Su propósito es contribuir a una mayor comprensión mutua, por la vía de dar cuenta de la política de drogas en una región de consumidores. Dicha cuenta pudiera ser útil, asimismo, para los países latinoamericanos en cuanto regiones consumidoras de sus propias drogas "ilegales" autóctonas.

La mayor parte de los países europeos carece de historia en la criminalización de las drogas. Hubo períodos, por cierto, en los cuales las drogas nativas (algunas formas de uso del alcohol) causaron problemas serios en algunas clases y grupos de la población. Estos problemas eran afrontados, sin embargo, principalmente en un plan puramente social, sin recurrir a la criminalización. Las drogas foráneas se usaban también, pero su uso permanecía restringido y no daba lugar a problemas importantes. En la medida en que se suscitaban problemas, ellos eran tratados por el grupo afectado y mediante el sistema médico normal. Excepciones a esta tendencia europea general en materia de droga se advierten en los países escandinavos. Suecia y Noruega (y —más tarde— Finlandia) han tenido una larga historia en la criminalización del alcohol. Aunque en menor grado, puede verse también en Gran Bretaña una pronunciada utilización del sistema legal para la regulación del consumo de alcohol.

Holanda fue parte, desde el comienzo, en los tratados sobre narcóticos y adaptó su legislación a dichos tratados. De esta manera la criminalización de las drogas pasó a incorporarse al sistema legal holandés. Aunque existían grupos en los cuales se hacía uso de narcóticos y de otras drogas prohibidas y la existencia de ese consumo era a menudo conocida por la policía, las leyes nacionales sobre narcóticos de hecho no se aplicaban. En todo el período que va desde 1936 a 1960, solo se pronunciaron 38 sentencias basadas en la legislación sobre narcóticos. Esta comenzó a activarse solo a partir de 1965 y —con ella el modelo de control de drogas que inspira los

tratados internacionales— con motivo de la lucha de la policía para enfrentar la cultura alternativa del movimiento de la juventud de los años sesenta, que usaba la *cannabis* como su “sacramento”. Procesos parecidos se advierten en otros países europeos que, tradicionalmente, no habían empleado la criminalización como medio para hacer frente a los problemas de la droga. Dentro de la política de drogas que se ha desarrollado desde entonces en Europa occidental, Holanda tenía una posición especial. La resistencia en Holanda contra la introducción del modelo foráneo de control de drogas (encarnado en los tratados internacionales) ha sido más fuerte que en otros países de Europa occidental. Esto tiene razones históricas. Holanda había sido una república dirigida por una élite de comerciantes desde fines del siglo XVI. La idea de un Estado centralizado comenzó a echar raíces en los Países Bajos únicamente después de la ocupación napoleónica. Las prácticas de la justicia criminal y el grado de tolerancia en Holanda difieren favorablemente de las de la mayoría de los países circundantes (A. A. G. PETERS, 1983). La resistencia en contra de una política de drogas basada en los tratados internacionales condujo en Holanda a una (muy exitosa) descriminalización *de facto* del uso de la *cannabis*, a mediados de los años setenta. Bajo la presión de los círculos de países que, dentro de las Naciones Unidas, dirigen la política de drogas, como los Estados Unidos y algunos países europeos (principalmente Suecia y Alemania Occidental), la descriminalización *de facto* del uso de la *cannabis* se combinó con la introducción de una política más represiva respecto de la heroína. Cuando se decidió la implantación de esa política, el consumo de heroína en Holanda era aún muy limitado. Actualmente —después de las experiencias con la política más represiva en este terreno— se hace más enérgico el reclamo de un cambio de política.

La base empírica de este artículo se funda en la vinculación de su autor con la política de drogas en Holanda desde 1967. Esta vinculación tuvo lugar en un contexto multidisciplinario, junto con expertos en el campo de la sociología, de la medicina, de la asistencia social y de la administración pública. Esta investigación sobre la política en materia de drogas se prosiguió, desde 1978, con un programa de estudio conjunto de las Universidades de Edimburgo, Bremen, Rotterdam y, más tarde, en la de Lovaina en Bélgica<sup>4</sup>. En estos programas de estudio conjunto se llevó a cabo una investigación comparada de la política sobre drogas en Gran Bretaña, Alemania Occidental, los Países Bajos y Bélgica.

Nuestro trabajo en este terreno nos condujo (a mis colegas y a mí), a la conclusión de que las actuales políticas sobre drogas, en la medida en que se basan en el modelo de los tratados internacionales, constituyen un desastre. Ellas aumentan considerablemente los problemas relacionados con el consumo de drogas, conducen a una extrema *marginalización* de algunos segmentos de la población, provocan un

<sup>4</sup> El desarrollo de este programa de estudio conjunto fue subvencionado por la Comisión de la Comunidad Económica Europea. En el programa de estudio conjunto cooperaron la Universidad de Bremen (prof. S. QUENSEL), la Universidad de Edimburgo (prof. F. H. Mc. CLINTOCK), la Universidad Erasmo (prof. L. H. C. HULSMAN) y la Universidad de Lovaina (prof. L. VAN OUTRIVE). Los informes que se produjeron en estos programas de estudio conjunto se pueden obtener en Erasmus Universiteit, Juridische Faculteit, Vakgroep Strafrecht & Kriminologie, postbox 1738, 3000 DR ROTTERDAM.

fuerte crecimiento de las actividades de la justicia criminal en los países industrializados y un importante aumento en la severidad o en la naturaleza de las intervenciones de la justicia criminal. En este sentido, la actual política internacional de drogas puede verse como un modo de “colonización” de formas de organización social que son más liberales y tolerantes, por formas de organización social que son más represivas y más estratificadas. Es este enfoque de la presente política de drogas el que me propongo explicar en este artículo y usaré el ejemplo holandés, en lo que respecta a la política de drogas, para ilustrar esa perspectiva. Lo hago con la esperanza de contribuir a una acción combinada de las regiones de consumo y de producción de drogas ilegales, para contener los efectos colonizadores de la actual política internacional de drogas y remplazar dicho modelo de política por otras formas de cooperación que ayuden a dar respuesta más realista a los problemas, muy reales, que algunas formas de consumo de drogas pueden engendrar.

## 2. MODELOS DE DESARROLLO

La política sobre drogas ejerce influencia no solo en los problemas que la gente experimenta respecto de las drogas mismas, sino también en la vida social de una manera mucho más profunda, porque las drogas desempeñan un papel importante en la vida de los pueblos: como consumidores, como productores, como contralores, como auxiliares, como parte de su interacción social de una manera más general (véase nota 3). Para evaluar la influencia de una política de drogas en los diferentes sectores que integran una “sociedad” y el modelo de organización social del que tal política de drogas es una expresión, necesitamos una serie de “conceptos” que nos permitan describir estas relaciones. La política de drogas tiene alcances mundiales. Afecta a *regiones consumidoras* y a *regiones productoras*. Un modelo mundial uniforme de política de drogas afecta de manera diversa a formaciones y grupos sociales que se encuentran en situaciones históricas diferentes. GALTUNG (1981) nos ofrece una serie de conceptos, surgidos en el área del “desarrollo”, que pueden servirnos para nuestro fin.

GALTUNG distingue cuatro estilos de desarrollo, para lo cual diferencia dos dimensiones claves en la teoría y práctica del desarrollo. Los componentes de estos cuatro estilos se pueden expresar en el siguiente esquema:

aspecto	unidimensional	multidimensional holístico
nivel		
macro	1	2
micro	3	4

Una política de desarrollo *macro orientada* apunta a la formación de países fuertes, con fuertes clases empresariales y/o burocráticas. Una política *micro orientada* apunta a la formación de seres humanos fuertes y fuertes comunidades locales (o, en general, comunidades básicas autónomas), en las cuales los seres humanos puedan desplegar sus posibilidades y se sientan estimulados de acuerdo con sus propias aspiraciones. Una política de desarrollo debe ser predominantemente *unidimensional*. De este modo pone su mira particularmente sobre las dimensiones económicas, la estructura social, la formación institucional, las dimensiones ecológicas, los aspectos culturales, etc. Este aspecto unidimensional de la política de desarrollo no significa que solamente una de estas áreas sea el objeto del desarrollo, pues también tiene que ver con el grado de separación de los fines del desarrollo de estas diferentes áreas. Una política *dividida en sectores* es una política *unidimensional*. Una política *multidimensional* u *holística* toma la "totalidad" como mira del desarrollo. Trata de abarcar todas las dimensiones.

Podemos usar este modelo para describir y evaluar los *fines* de una política. Podemos también usarlo para describir y evaluar los *resultados efectivos* de determinadas políticas.

Cuando hacemos esto último, no cabe mucha duda de que la mayoría de las actividades de desarrollo que se llevan a cabo en las organizaciones nacionales e internacionales pertenecen al compartimiento signado 1. Entre los diferentes países existen, sin embargo, importantes variaciones. Así, es típico para Holanda que la política de postguerra muestra, más que muchos de los países vecinos, aspectos del compartimiento 3 y hasta, en cierto grado, del compartimiento 4. Como hemos visto en I. 1, este lugar especial corresponde a una larga tradición histórica holandesa.

GALTUNG desarrolla una segunda clase de conceptos cuando trata de situar la relación dialéctica entre los componentes contradictorios de la política de desarrollo en sus contextos históricos específicos:

"El concepto de desarrollo puede leerse como los capítulos de cualquier libro de historia reciente: la primera serie de conceptos es el desarrollo «azul», crecimiento económico encabezado por una clase empresarial liberada del control o de la iniciativa estatal; la segunda serie de conceptos es una reacción a esto, desarrollo «rojo», crecimiento económico controlado e iniciado por una burocracia estatal, codificado en un plan; y la tercera serie de conceptos es una reacción a las dos anteriores, desarrollo «verde», basado más en la autonomía de nivel local y en las virtudes de los ciclos económicos más pequeños. Gran parte del debate actual sobre el desarrollo está relacionado con la pregunta sobre si uno tiene que sufrir las contradicciones del azul para llegar a ser rojo y las contradicciones de uno y otro o de ambos —ya que los dos conducen a grandes sistemas— para pasar a ser verde. Como muchos países pobres del "Tercer Mundo" son aún, en gran medida, verdes<sup>5</sup>, ¿no se hallarían ellos, tal vez, en mejores condiciones si fortalecieran tal aspecto, construyendo en su cima solo unos relativamente débiles sectores azul y rojo? ¿Y no podrían los países ricos, «primero» y «segundo» —azul y rojo— reducir mejor sus gigantes

<sup>5</sup> Así como Holanda ha estado —y en gran medida sigue estando— en el "primer mundo".

empresariales y burocráticos, fortaleciendo a la vez los viejos y nuevos tipos de comunidades locales?"<sup>6</sup>.

No es posible dar una respuesta general y abstracta, según GALTUNG, a la pregunta sobre cuál debiera considerarse el estilo de desarrollo "correcto". Él añade: "ya que los procesos actuales corresponden de manera tan abrumadora al tipo macro orientado unidimensional, se necesita —en la situación histórica presente— un énfasis mayor en el tipo opuesto, esto es, no un enfoque verde sino uno *más verde*. Una real calidad de la vida se puede experimentar y obtener mejor, probablemente en el nivel micro, pero el nivel macro es una realidad bastante fuerte y puede tanto facilitar como impedir esta calidad de la vida".

Una diferencia muy importante entre las formas de desarrollo azul/rojo, por un lado, y la verde, por el otro, tiene que ver con la cuestión de si acaso el desarrollo está *orientado* de manera *institucional* o *estructural*. Permítanme algunos ejemplos para ilustrar esta distinción decisiva:

—en el campo de la salud: ¿se ha puesto la mira en la forma como se tiene acceso a las instituciones que prestan servicios de salud somática y mental o al hecho de vivir en una estructura que produzca el máximo de salud somática y mental y posibilite a la gente reconocer las dificultades y, hasta cierto punto, hacerse cargo de ellas?

—en el campo de la participación: ¿se ha puesto la mira en el acceso a la urna electoral o a la vida dentro de una estructura participativa?

—en el campo de las drogas: ¿se ha puesto la mira en la inaccesibilidad a ciertas sustancias o, en una comprensión más general, del lugar que las sustancias psicoactivantes ocupan en la vida y en el desarrollo de códigos y rituales que limiten sus riesgos y favorezcan sus aspectos positivos?

En el "enfoque estructural" la idea básica consiste en que algunos bienes y servicios se han hecho asequibles con un cierto nivel de *automaticidad* y que ciertos males y perjuicios son evitados, también con una cierta automaticidad. Esta "automaticidad" se funda en la *solidaridad*. El problema esencial consiste en promover la *solidaridad* de tal manera que esta crezca automáticamente y que los intentos de tipo institucional para *imponerla*, sean marginales y residuales. La premisa subyacente en el enfoque verde es que un interés propio informado asegura que la automaticidad funcione, no como una resultante de una acción benigna proveniente de arriba, sino como el efecto acumulado de innumerables acciones desde abajo. La solidaridad se funda en una dependencia mutua vivida y experimentada. Por ende, el enfoque estructural tiene como condición a lo menos un elemento de pequeña escala, la colectividad tiene que ser lo suficientemente pequeña como para permitir, no solo la identificación, sino también la participación directa. Siquiera un *elemento*, porque las comunidades pequeñas podrían, por supuesto, estar federadas en algo más

<sup>6</sup> Hay compatibilidades e incompatibilidades entre algunos colores del desarrollo y algunos compartimientos de nuestro esquema. El compartimiento 1 de nuestro esquema es compatible con los colores azul y rojo, pero no con el verde. El compartimiento 4 exige un modo de desarrollo que es predominantemente verde.

grande, que se base tanto en la solidaridad *interna* como en la solidaridad *entre* las comunidades.

En la parte en que vive el "primer mundo", estamos actualmente enfrentados a profundas crisis. El desarrollo económico produjo una crisis fiscal que hace imposible pagar el costo de las muchas soluciones institucionales que se han desarrollado en las pasadas décadas. Por otra parte, existe un gran descontento respecto de muchas de esas soluciones institucionales (y de la profesionalización que las acompaña) porque ellas no resuelven los problemas, como la gente directamente comprometida los define. Esta situación produce una fuerte tendencia política que quiere regresar hacia un modelo de desarrollo más "azul". Me parece muy dudoso que un retorno a este modelo azul de desarrollo sea la solución para la crisis fiscal, pero está fuera de dudas que agravará aquellos problemas a los cuales las soluciones institucionales infructuosas (o muy limitadamente fructuosas) trataban de dar respuesta. El favorecimiento del desarrollo azul socava la solidaridad. La salida me parece —como dice GALTUNG— un enfoque *más verde*.

Los elementos principales de este enfoque más verde se caracterizan, para resumir, por un mayor énfasis en la "autonomía" local, una economía "más verde", más democracia directa, un alto grado de participación y, en el desenvolvimiento personal, el acento puesto en marcos de más pequeña escala. Tal desarrollo verde requiere un cambio desde el enfoque institucional hacia el enfoque estructural.

La política de drogas y la política criminal están, como veremos, estrechamente vinculadas. Ellas ofrecen, juntas, una ilustración muy clara de los temas más amplios que hemos tratado en este capítulo. Pero no son únicamente una ilustración, sino que también forman parte de ese desarrollo. En este sentido la política de drogas puede influir nuestra vida de una manera mucho más profunda de lo que generalmente se sospecha.

### 3. PROBLEMAS DE DROGAS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS

Cuando se desea examinar y evaluar las políticas de drogas, es útil distinguir entre problemas de drogas *primarios* y *secundarios* (L. HULSMAN y H. VAN RANSBEEK, 1983). Problemas de drogas *primarios* son los relacionados con las drogas que se producen con independencia de la política de drogas que se siga en el sector colectivo; problemas de drogas *secundarios* son aquellos que están relacionados específicamente con una determinada política de drogas y que no ocurrirían de esta manera si se adoptara una política de drogas diferente. Tomemos algunos ejemplos de problemas primarios en materia de drogas. Un consumidor de drogas puede sufrir daños en su *salud física*: cirrosis, como consecuencia del consumo de alcohol, o una enfermedad pulmonar, como consecuencia de fumar cigarrillos regularmente. El daño puede también referirse a su *salud mental*: algunas sicosis se manifiestan después del consumo de alcohol o de LSD. La dependencia física o psicológica puede convertirse en una carga. El consumo de droga puede convertirse en el punto central de la vida, impidiendo el desarrollo personal. Todos estos proble-

mas que afectan al consumidor de drogas, afectan también a menudo a su medio inmediato: su familia, sus amigos y sus colegas en el lugar de trabajo. El consumo de drogas puede también presentar problemas primarios para un *más amplio* medio circundante del consumidor. Algunas personas son propensas a volverse violentas después de un consumo excesivo de alcohol. La combinación de consumo de alcohol con la conducción de vehículos motorizados presenta riesgos especiales para los otros usuarios de la carretera. Ninguno de estos problemas primarios de las drogas está específicamente ligado al consumo de heroína, cocaína u otras drogas ilegales. El alcohol, el tabaco y las drogas medicinales pueden producir problemas primarios de esta naturaleza. (PLANT, 1981).

Los problemas *secundarios* de drogas están específicamente relacionados con las *drogas ilegales*. Veamos más de cerca algunos de estos problemas secundarios de drogas. Quiero hacer una distinción entre: 1) problemas secundarios para el consumidor; 2) problemas secundarios para el medio ambiente del consumidor; 3) problemas secundarios para la justicia criminal; y 4) problemas secundarios para el sistema médico-social.

*Problemas secundarios para el consumidor.* Generalmente la prohibición no hace que las drogas sean inaccesibles, pero cambia la naturaleza del mercado<sup>7</sup>. Estos cambios en la naturaleza del mercado acarrear muchos problemas para los consumidores. Los precios se elevan; para pagar las drogas deseadas la gente necesita más dinero. A menudo los consumidores no pueden adquirir este dinero por vías legales, de modo que se ven envueltos en actividades ilegales como el hurto, el robo, la prostitución, o desempeñando algún papel en el mercado ilegal de las drogas. Por los cambios en el mercado, cuesta más tiempo adquirir las drogas que se desean. Esto facilita una situación en la cual algunos consumidores emplean todo el día en la búsqueda de la droga deseada y del dinero para pagarla. La perspectiva de la droga pasa a convertirse para algunos consumidores en el centro de su vida. Estos cambios en el mercado aumentan de manera considerable los riesgos para la salud, derivados del consumo de las drogas. No hay control de calidad. A menudo la droga es mezclada con sustancias nocivas y hasta venenosas. El consumidor no está enterado de la composición exacta de la droga y esto puede tener, en el caso de algunas de ellas, consecuencias fatales. La ilegalidad favorece el consumo en circunstancias antihigiénicas. La mayoría de los riesgos serios e inmediatos para la salud relacionados con el consumo de heroína pertenecen en Holanda, inequívocamente, al terreno de los problemas secundarios de las drogas.

*Problemas secundarios para el medio ambiente (inmediato y mediato) del consumidor.* Los problemas del consumidor son también, frecuentemente, problemas

<sup>7</sup> Con el régimen de la política de drogas actual, ha aumentado continuamente la producción y consumo de drogas ilegales. La descriminalización *de facto* en Holanda del consumo de *cannabis*, a comienzos de los años setenta, es un ejemplo interesante de la posible relación entre prohibición y consumo. Con la política represiva en cuanto a la *cannabis*, que se aplicó desde 1965 hasta 1973, el porcentaje de muchachos que consumían la sustancia aumentó constantemente. En 1970, en Holanda, más del 20% de ellos había tenido experiencia con el consumo de *cannabis*. Después de la descriminalización *de facto*, la cantidad de jóvenes consumidores disminuyó considerablemente (L. HULSMAN, 1982).

para su medio inmediato. La *marginalización*, el aislamiento y la degradación del consumidor, que pueden ser consecuencia de su dependencia del mercado ilegal, afectan también a quienes son cercanos suyos. Los padres del consumidor de drogas ilegales, que mantienen relación con sus hijos, comparten el proceso de *marginalización*. No es raro, por lo tanto, que la relación entre los muchachos que consumen drogas ilegales y sus familias se vea profundamente perturbada. Los padres temen que sus hijos se vean envueltos en el consumo ilegal de la droga. Su pensamiento acerca de los problemas relacionados con esta se halla corrientemente influido por los estereotipos extremos y ultra simplificados a que son inducidos por las severas formas de incriminación en este terreno. Esto impide una discusión franca entre los jóvenes y sus padres y maestros acerca de los problemas relacionados con las drogas. A menudo las actividades de los encargados profesionalmente de prestar ayuda amplían el foso entre los muchachos y su medio "normal". La naturaleza del mercado ilegal tiende a concentrarse en ciertos barrios. En ellos la interacción entre la policía, los consumidores y los traficantes puede conducir a una degradación de toda el área, cuyos efectos tienen que sufrirse por todos los que pertenecen al vecindario.

*Problemas secundarios relacionados con la justicia criminal.* La actual política en Holanda respecto de las drogas ilegales duras, ha tenido un impacto profundo en la justicia criminal. Más del 30% de las personas que se encuentran en prisión son consumidoras de drogas ilegales. Estas personas no están en prisión "en cuanto consumidoras de drogas ilegales", sino porque este consumo ha sido una incitación a actividades ilegales dentro (tráfico) o fuera (hurto) del mundo ilegal de la droga. Este aumento en el número de transgresores procesados echa una carga pesada sobre el sistema de la justicia criminal, y esa carga disminuye considerablemente la "calidad" de las intervenciones de la justicia criminal. Aunque la cantidad de traficantes profesionales que han sido apresados es pequeña, las condenas extraordinariamente largas que se aplican en estos casos ejercen también *influencia* sobre la imposición de penas más largas para otras áreas. El número de reclusos en las prisiones holandesas casi se ha duplicado desde que se introdujo esta política en materia de drogas. El vano esfuerzo por tratar de prevenir el consumo de drogas y su tráfico dentro de las prisiones ha conducido a un deterioro del régimen de prisión. Las dificultades de prueba en los casos de tráfico de drogas conducen a cambios en las normas del procedimiento penal, lo que es deplorable desde la perspectiva de los derechos humanos. De diversos modos, esta política de drogas tiene una influencia negativa en la organización y en las prácticas de la policía. La actual política de drogas grava a la policía con una tarea imposible. Aun en circunstancias ideales, las actividades policiales no pueden tener sino un impacto ínfimo sobre el acceso a las drogas en el mercado ilegal. Se ha podido verificar que es completamente imposible el control de la presencia de drogas ilegales en las prisiones; ¿cómo podría, entonces, ser posible el control de la disponibilidad de drogas en la comunidad? Gravar a la policía con esta tarea tiene diversas consecuencias negativas. La capacidad policial se transfiere desde el servicio de policía "normal" —en amplia medida reactivo a determinadas necesidades de una comu-

nidad— hacia una forma de vigilancia policial en que los métodos usuales de la policía no pueden ser aplicados. Esto significa, por una parte, que la capacidad de la policía para responder a las necesidades de la comunidad se ve disminuida. Por otra parte, las actividades policiales en el campo del tráfico de drogas son muy difíciles de controlar. Esto crea una tendencia que aumenta los riesgos de acciones ilegales por parte de la policía e incrementa asimismo el peligro de corrupción de esta. Es también motivo de exigencias para extender sus poderes. La extensión de los poderes de la policía aumenta, a su vez, los riesgos de enajenamiento de esta respecto de la comunidad a cuyo servicio se supone que debe actuar. (P. K. MANNING, 1980).

*Problemas secundarios para el sector de ayuda médico-social.* La actual política de drogas no solo grava a la policía con una tarea imposible, sino también a las instancias de ayuda médico-social. La actual política lleva consigo una tendencia a transformar a quienes prestan ayuda en *contralores*. Esto crea entre quien presta la ayuda y su cliente, una relación falsa que a menudo hace imposible una asistencia real. Las actividades de las instituciones especializadas de asistencia que se ocupan de las drogas ilegales tienen muy a menudo la tendencia a concentrar a los consumidores de drogas ilegales en ciertos lugares y, con ello, a *marginalizarlos* y aislarlos. De esta forma, ellos contribuyen con frecuencia a un proceso en el cual la identidad de sus clientes, como "consumidores" de drogas ilegales, resulta reforzada. Como en el caso de la policía, la imposibilidad de su tarea conduce a prácticas de control que son degradantes para sus clientes.

Hay numerosas indicaciones de que, a lo menos en Holanda, la mayor parte de los problemas relacionados con el uso de la heroína, tal como se expresan en el actual debate, pertenecen a la categoría de problemas secundarios de drogas. Este punto de vista con respecto a los consumidores de heroína y su medio inmediato es compartido por un documento gubernamental oficial. (Ministro de Salud, 1983). En ese documento admite el Ministro de Salud que los problemas de salud y los más amplios problemas de tipo social que enfrentan muchos grupos de consumidores de heroína son, predominantemente, consecuencia del mercado ilegal y de los procesos de aislamiento, los que a su vez son resultado de la imagen pública creada en torno a la heroína.

#### 4. LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE DROGAS

No es posible hacer, en este artículo, una descripción detallada de la legislación internacional sobre drogas, su evolución histórica y la estructura institucional que se creó con esta legislación y que ahora le sirve de sustento y determina su desarrollo. Puede consultarse sobre el particular la respectiva literatura (S. K. CHATTERJEE, 1981; A. H. TAYLOR, 1969; BRUUN, 1975). Los instrumentos legales más importantes que regulan el área de control internacional de la droga son la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (a la cual han adherido prácticamente todos los países del mundo), a la que se han añadido un cierto número de protocolos

adicionales; y la Convención de Viena sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. La Convención Única sobre Estupefacientes concierne principalmente a las drogas que se producen en el mundo "periférico"; la Convención de Viena es una copia atenuada de la anterior y se refiere principalmente a las drogas que se producen por la industria farmacéutica en el mundo industrializado; muchos países que pertenecen al mundo industrializado no han ratificado aún la Convención de Viena. Algunos de los rasgos principales del desarrollo de esta legislación internacional son:

1) *El papel predominante de los Estados Unidos en la preparación y en la ejecución de la Convención Única.* Se trata, de hecho, del modelo inusual de control de drogas históricamente desarrollado en los Estados Unidos (y que ha conducido allí a los efectos más desastrosos: antes de la guerra en el campo de la prohibición del alcohol y después de ella en el campo de la heroína y de la cocaína), que se ha generalizado en el mundo en amplia escala<sup>8</sup>;

2) *Las técnicas especiales que se usaron para movilizar un amplio apoyo a una convención que prohibiera drogas que, en muchos países, no eran consideradas como constitutivas de problemas especiales antes de la adhesión a la convención;*

3) *El creciente recurso a la criminalización y la cooperación creciente en el campo de la justicia criminal durante el desarrollo ulterior de los instrumentos legales<sup>9</sup>.*

Las características principales del modelo de política de drogas incorporado a la Convención Única son las siguientes:

1) *Centralización: lo que tiene que estar prohibido y el cómo deba hacerse cumplir dicha prohibición pasan a ser objeto de normas centralizadas; las variaciones locales y de grupo, en cuanto a los riesgos y en cuanto a los recursos que puedan ser movilizados para disminuir tales riesgos, no se toman en cuenta; solo se aceptan, como criterio para distinguir entre drogas aceptadas y prohibidas, las variables*

<sup>8</sup> La internacionalización de la forma inusual y muy particular del control de drogas que se ha desarrollado en los Estados Unidos se relaciona con los conflictos internos en ese país acerca de esta forma de política de drogas. La forma de control de drogas que ahora se ha internacionalizado encontró en los Estados Unidos enérgica oposición. Para superar esta oposición, los grupos que favorecían esa política de drogas trataron de hacerla inmune a los ataques internos mediante su incorporación en las convenciones internacionales. De esta manera ellos consiguieron su propósito de ganar la lucha interna. (BRUUN, 1975).

<sup>9</sup> El recurso creciente a la justicia criminal adopta diferentes formas. En primer lugar, se ha elevado el grado de punibilidad que se reclama y se han debilitado los resguardos normales de procedimiento en el terreno de la cooperación internacional sobre la materia. En segundo lugar, se ha extendido el objeto de criminalización. En los primeros tratados quedaban enteramente fuera del campo de incriminación el consumo de drogas prohibidas y la posesión para el consumo personal. De hecho, el tipo de regulación prescrita en dichos tratados colocaba en una misma línea a los países en que las drogas prohibidas eran autóctonas respecto del tratamiento previsto en los países coloniales para el consumo de alcohol. El acceso a los fumadores de opio se prohibía a los menores de dieciséis años. En una etapa posterior del desarrollo de estos instrumentos legales, la criminalización pasó a tener en su mira por igual al consumidor y al traficante.

médico-farmacológicas de sustancias (las cuales se consideran —con una ideología científica positivista— como universales)<sup>10</sup>.

2) *Control burocrático legal que se impone mediante la criminalización:* la política está enderezada hacia el control de sustancias; el acceso al consumo de estas sustancias no se permite en un contexto de recreación. Para tal fin, el entero ciclo, desde la producción al consumo, debe quedar administrativamente controlado; la imposición de este sistema de control administrativo tiene que garantizarse mediante la criminalización. Puesto que la norma es de alcance mundial y también lo es el control administrativo, la imposición mediante la incriminación tiene que ser también de alcance mundial y debe quedar liberada de límites nacionales; de este modo se controla la *disponibilidad*.

3) *Criminalización y medicación:* el consumidor de una sustancia prohibida es "malo o loco"; hay que reaccionar contra su consumo prohibido mediante castigo o tratamiento; la profesión médica es movilizada para imponer la norma central de prohibición; de esta manera se controla la *demanda*.

Este modelo de política de drogas corresponde completamente al modelo de control descrito por BENTHAM en su *Panopticon*.

Por su puesto, la incorporación de este modelo de control a los instrumentos internacionales concretos tuvo lugar únicamente de un modo muy parcial. En primer lugar, las relaciones de poder en el mundo no permiten aplicarlo a aquellas drogas que son autóctonas en el mundo industrializado. La lista de sustancias prohibidas no refleja criterios farmacológicos, sino las relaciones de poder entre los diferentes países. En segundo lugar, resulta imposible hacer *legalmente* efectivo el modelo de control; muchos Estados no han querido ceder su soberanía en el terreno del tipo de criminalización que deba adoptarse; la práctica médica no ha podido ser "aprisionada" en su desarrollo y diferentes estructuras al servicio de un sistema de regulación legal burocrática.

El modelo de desarrollo que se halla detrás de la política de drogas descrita más arriba es del tipo *unidimensional, macro orientado*. Corresponde al compartimiento signado 1 del esquema que se propuso en el capítulo II. Como tal, esta política de drogas es compatible con los estilos de desarrollo azul y rojo, incluso en su forma extrema. De ahí que no haya razón para sorprenderse de que uno de los pocos asuntos en que los gobiernos actuales de los Estados Unidos y de la Unión Soviética están de acuerdo en su adhesión a este modelo internacional de política de drogas.

Otro aspecto de esta política internacional de drogas es, el modo de su introducción, no compatible con los requerimientos de la democracia material. En la época en que la Convención Única y los tratados de procedimiento se aceptaron por los Estados europeos, las sustancias prohibidas en aquellos tratados prácticamente no se consumían en Europa. La aceptación no fue precedida de un debate público. Todo el asunto se vio como una materia técnica que levemente atañía a los territorios

<sup>10</sup> Me refiero aquí a la ideología y a las legitimaciones subyacentes en la Convención Única. En la realidad actual se hace la elección entre drogas prohibidas y no prohibidas con arreglo a criterios bastante diferentes. El hecho de que la *cannabis* sea una droga prohibida, en los términos de la Convención Única, y que el alcohol no lo sea, no puede ser fundado en ningún criterio médico-farmacológico.

coloniales, pero que no tenía ningún impacto respecto de las "metropolis". Esto explica el por qué del modelo de control de drogas "desviado" (basado en la criminalización), propio de países como Estados Unidos y Suecia, pudo llegar a ser, con base en dichos tratados, el modelo de control dominante en el mundo. Las probabilidades de cambiar estos tratados en un futuro próximo son prácticamente nulas. Esto se pudo comprobar cuando los Países Bajos y los Estados Unidos —en momentos diferentes— trataron de cambiar dichos tratados con respecto a la *cannabis*. Los cambios en la Convención Única son formalmente posibles. Pero el procedimiento necesario para alcanzar ese cambio es tan complicado y depende en tal medida de la cooperación de la mayoría de los miembros de la Comisión de Estupeficientes, que no hay posibilidades reales de éxito. Debe hacerse notar también que, hasta en un contexto político más accesible al cambio democrático, la descriminalización *de jure* sucede únicamente después de largos procesos de descriminalización *de facto*. Los cambios en la política de drogas deberían partir, por ello, del nivel local y nacional. La regulación jurídica incompleta del modelo de política de drogas (descrito aquí) por medio de los tratados existentes, deja bastantes posibilidades para tal cambio la política de drogas. Después de un cambio de aquella en muchos países, las posibilidades para un cambio formal de los tratados, serán mejores.

## 5. POLÍTICA DE DROGAS

Defino la "política de drogas" como aquellas actividades que se desarrollan dentro del "sector colectivo (o público)" de una sociedad, con referencia a problemas reales o supuestos relacionados con las drogas. La cuestión de *si* y *cómo* "ilegalizar" determinadas drogas es, por supuesto, una parte de la "política de drogas". En las sociedades con un extenso "sector colectivo" y alta diferenciación burocrática y profesional, la política de drogas se origina en muy diversos lugares de ese sector. Las actividades con respecto a las drogas que se originan en un lugar pueden influir de manera diferente en las actividades de otros lugares de ese sector (con independencia de que dichas actividades tengan o no algo que hacer con las drogas). Es más, las actividades dentro del sector colectivo que, directa o indirectamente (a través de los efectos dentro del sector colectivo, semejantes a los de una pelota de ping-pong), tienen algo que ver con las drogas, ejercen influencia en los mundos vitales de los diferentes grupos e individuos que componen la "sociedad". La política de drogas debería ser esencialmente evaluada, en último término, de acuerdo con su influencia en estos diferentes mundos vitales. Así, para proceder a la evaluación y comparación de los diferentes tipos de política de drogas se requiere un "mapa" que permita ilustrar: 1) de dónde emana la política de drogas en el sector colectivo; 2) cómo esta política (de drogas y otras) ejerce influencia dentro del sector colectivo; y 3) de qué manera ella ejerce influencia en los mundos vitales dentro de la sociedad. El esquema siguiente trata de ofrecer dicho mapa para la situación holandesa<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Este mapa se concentra en las drogas ilegales de la Convención Única. Si se desea esquematizar la política de drogas respecto de otras drogas, la estructura básica de este esquema permanece igual, pero habría que añadir algunos compartimientos y actores.

Este esquema —espero— habla en gran medida por sí mismo. Pudiera, con todo, no ser superflua una corta explicación de algunas de sus partes. Allí se distinguen cuatro niveles de política de drogas.

El *primer* nivel es aquel en que sucede el contacto directo entre el sector colectivo y los mundos vitales. La parte más importante de los contactos específicamente motivados por la droga, entre el sector colectivo y los mundos vitales, proviene de dos compartimientos de ese sector: la *policía* (principalmente la parte de ella no especializada en drogas) y las *instituciones especializadas de ayuda* (médico-terapéuticas, socio-terapéuticas, de asistencia social y de suministro de metadona). Los contactos directos con el sistema penitenciario y, en menor medida, con la magistratura, también se producen en este nivel.

Es importante tener presente el hecho de que solo una parte de las personas que trabajan en estas organizaciones (la policía y las instituciones especializadas de ayuda) tiene contacto directo con sus "clientes". La parte del personal de estos compartimientos que no entra en contacto con el mundo vital de sus "clientes" (o en que este contacto se produce apenas) se sitúa principalmente en el nivel *secundario*. En este nivel hallamos también a la administración local y a los representantes locales del sistema judicial. Las actividades de quienes actúan en el nivel secundario consisten sobre todo en estructurar los recursos disponibles en el primer nivel y tratar de dirigir la orientación de las actividades de las personas que trabajan en este nivel.

No parecen necesarios los comentarios al *tercer* nivel del esquema, pero el *cuarto* requiere de una explicación complementaria.

Con respecto a la política de drogas, este *cuarto* nivel (internacional) está particularmente diferenciado y desarrollado. Cuando examinamos los niveles primero y segundo de la política de drogas, hallamos cuatro compartimientos relativamente independientes: el de prestación de ayuda, la policía, la administración pública en el nivel local y el sistema judicial en el nivel local. En el nivel *internacional* encontramos de nuevo tres de estos compartimientos: la policía, la administración pública (Comisión de Estupeficientes, Consejo Internacional de Control y Consejo Económico y Social —ECOSOC— y la prestación de ayuda 'Organización Mundial de la Salud' —OMS—). El compartimiento más desarrollado en este cuarto nivel es la policía. Este compartimiento dispone también de la mayor cantidad de recursos financieros y personales. Un Fondo de las Naciones Unidas —UNFDAC— suministra parte importante de estos recursos\*.

El compartimiento de administración pública es, en este nivel internacional, principalmente un centro de deliberación y de consulta entre los sectores especializados del tercer nivel, en los diversos órdenes nacionales. Mediante la consagración jurídica en la ley internacional, estos sectores especializados pueden imponer "legalmente" los resultados de sus deliberaciones sobre otras partes del sector público (niveles primario, secundario y terciario).

\* (J. WARNER, 1975).

Influencia en la estructuración del mundo vital: culturas juveniles, estructura de heroína, prostitución, barrios, escuelas, asociaciones de adictos (junkies) y de padres, espectáculo de drogas.  
 Mundo vital: consumidores de drogas, padres, traficantes, tenderos, niños, trabajadores, mujeres

Tentativas estructuradas para influir la política de drogas desde el nivel social: asociación de junkies, de padres.  
 Liga Coornhert (para la reforma penal)

Política local Segundo nivel	Política nacional Tercer nivel	Política internacional Cuarto nivel
Ministerio Público Juez de Instrucción Tribunal - Cárcel Penitenciaria Alcaldes Funcionarios municipales Teniente de alcalde de salud pública Teniente de alcalde de asuntos sociales Funcionarios municipales	Ministerio de Justicia Ministerio de Salud Pública y Bienestar Servicios inspección de salud pública Bienestar (asistencia social) Ministerio de Asuntos Exteriores y otros relacionados	Cooperación policial especializ. internac. —contactos norteamericanos mundiales en ámbito policial Drug Enforcement Agency —Interpol —Eurostop (cooperación policial regional europea) —Otra cooperación policial bilateral y regional UNFUNDAC Fondo de las NU para de abuso de drogas N.U. Comisión Estupefacientes Consejo Int. de Control ECOSOC OMS Deliberación Pompidou (Consejo de Europa)
PARLAMENTO		
Consejo Municipal		
Nivel de coordinación nacional (ISD)		
Grupo municipal de coordinación		
Brigada de estupefacientes — — POLICÍA — Policía uniformada Policía vecinal Instituciones de ayuda Terapéutica médica y asistencia soc. espec. Servicio social		

**MEDIOS DE COMUNICACIÓN**

Sistemas generales de bienestar y salud pública. Asistencia social; médicos; hospitales. Policía y sistema judicial, sistema penal; reglas y prácticas locales sobre orden público. Sistemas generales de educación y de enseñanza; investigación científica.

Con respecto al tercer compartimiento (el de prestación de ayuda) se puede decir que se orienta principalmente en el sentido médico. El papel de la Organización Mundial de la Salud respecto de la política de drogas está determinado, en gran parte, por la Convención Única. La OMS debe aconsejar sobre los peligros de las sustancias en un contexto "universal" (y, por ende, principalmente médico-farmacológico). Esto hace que el desarrollo de una política de la OMS en una dirección diferente, que vincule los riesgos para la salud de la droga con el contexto social del consumo, se hace muy difícil.

El nivel internacional de la política de drogas tiene en su sector policial contacto directo y frecuente con los niveles primario y secundario de la política de drogas en los diferentes países. El Consejo Internacional de Control y la Organización Mundial de la Salud tienen (menos frecuentes) contactos con el tercer nivel.

Luego de estos comentarios al esquema, corresponde plantear nuestra pregunta esencial: *¿Cómo influye la política de drogas las esferas vitales?*

En primer lugar, mediante la intervención directa con "palabras" (discursivamente) y "hechos" (no discursivamente) del primer nivel de la política de drogas en el mundo vital. *Actividades de la policía:* alejamiento de los junkies; arresto de junkies y traficantes; vigilancia de los lugares en que viven los junkies; cierre o conminación con el cierre de los bares frecuentados por consumidores de drogas. *Actividades de las organizaciones de prestación de ayuda:* concentración de los consumidores de heroína en determinados lugares, sea para suministro de metadona o para tratamiento; sometimiento de los clientes a exámenes de orina; actividades sicoterapéuticas; asistencia a clientes que buscan casa o trabajo; influencia en las relaciones entre consumidores de heroína y sus padres; suministro de refugio seguro a sus clientes.

Junto a esta influencia directa en los mundos vitales, la política de drogas puede tener también una influencia indirecta. El impacto de esta influencia indirecta puede ser más profundo y duradero que el de las intervenciones directas. Las maneras indirectas en que una política de drogas se hace sentir en los mundos vitales son muy complejas. No trataré de dar aquí un cuadro detallado: solo intentaré explicar con ejemplos algunos importantes procesos.

*Cambios en la interacción entre el nivel primario del sector colectivo y las esferas vitales.* Como hemos visto, los niveles segundo y tercero de control ejercen una influencia estructuradora y orientadora sobre el primer nivel de control (cuáles son las prioridades para los agentes de policía que patrullan los vecindarios, cómo será entrenada esta policía, qué tipo de organizaciones de prestación de ayuda serán desarrolladas, cuál será su método de trabajo). Como vimos en el capítulo tercero, cuando hablamos de los problemas secundarios de drogas, los cambios estructurales en la organización de la policía motivados por la política de drogas pueden afectar la relación entre la policía y las esferas vitales. Una política de drogas ceñida al modelo de las convenciones internacionales tiende a hacer menos sensible a la policía frente a las necesidades comunitarias y a inducir la hacia formas de acción más represivas. Lo mismo vale para las organizaciones de prestación de ayuda. Tal proceso puede desarrollarse bien de manera más abierta o ya disimulada. Cuando

la policía se hace menos sensible a los requerimientos del vecindario, porque su prioridad consiste en perseguir a los traficantes de drogas, la relación es abierta. En otros casos puede ser más disimulada. Si el tratamiento forzado se acepta para los consumidores de droga, resulta más fácil aplicarlo también a otras categorías de personas. El deseo de controlar la disponibilidad de drogas ilegales en las prisiones puede cambiar profundamente el régimen de dichas prisiones. Las autoridades locales en Holanda tienen la tendencia a extender sus poderes en el campo del orden público para ser capaces de contener las consecuencias negativas que para el vecindario acarrea el espectáculo del consumo de drogas. La extensión de los poderes en este campo puede tomarse como precedente para ejercerlos en otros terrenos. Este tipo de influencia indirecta de la política de drogas sobre los sistemas generales (que situamos en la parte más baja del esquema) es en Holanda el más espectacular en el terreno de la justicia criminal. En 1970, el porcentaje de las penas de prisión mayores de o iguales a un año constituía el 2.6 de la cantidad total de sentencias de prisión. En 1982 este porcentaje subió al 10.5. Alrededor del 25% de esas sentencias se basaba en la ley sobre narcóticos. Este aumento de las penas más largas puede atribuirse principalmente a otros dos factores indirectos, relacionados con la política de drogas. El primer factor se manifiesta en que los jueces se inclinan a crear cierta cohesión entre la extensión de las penas impuestas a las diferentes categorías de casos. El hecho de que penas más largas se hayan introducido en el terreno de la ley de narcóticos aumenta, de esta manera, la extensión de las penas que se imponen en otras áreas. El segundo reside en que esta política de drogas crea en Holanda —como ya lo hiciera desde la época de la prohibición en los Estados Unidos— un mundo de ilegalidad en el que surgen más eventos considerados por la policía y la judicatura como crímenes graves. El aumento de las penas largas de prisión es aún más espectacular y aún más relacionado con la ley de narcóticos si se miran las condenas de tres años y superiores. En 1971 se pronunciaron 41 condenas de ese tipo en Holanda. En 1982 había 200. El 35% de dichas sentencias se encontraba en relación con la ley de narcóticos.

*Mitificación, medios de comunicación de masa, autorrealización de las propias fantasías.* Las actividades discursivas y no discursivas del primer nivel y las actividades discursivas del segundo, tercero y cuarto niveles encuentran su camino hacia los medios de comunicación de masas. Estos medios de comunicación crean “noticias” sobre la base de tales actividades discursivas y no discursivas. Esas “noticias” tienen una influencia *doble* en esferas vitales.

Extensas áreas urbanas del mundo industrializado se caracterizan por la segregación social extrema que ocurre dentro de ellas. Se segrega en alto grado una clase de otra, el joven del viejo, el rico del pobre. Esto crea una situación de ignorancia masiva y ya no es asequible una información directa acerca de muchos aspectos de la vida y de lo que está sucediendo en tal “sociedad”. En dicho estado de cosas, cada uno depende en gran medida de los medios de comunicación de masas en cuanto a sus opiniones sobre la “sociedad” en que vive. Esto es verdad para en la medida en que otras esferas vitales estén comprometidas, y es igualmente verdad para las diferentes esferas sistematizadas en la medida en que ellas tengan,

en el primer nivel, contactos directos con las diferentes esferas. Esta dependencia de la información de los medios de comunicación de masas es particularmente grande en los casos en que determinadas actividades son fuertemente criminalizadas. El riesgo de criminalización obliga a la gente a ocultar esas actividades. La información directa sobre lo que está sucediendo en la esfera vital en que tales actividades ilegales tienen lugar se hace, por consiguiente, más difícil de obtener.

Sin embargo, el tipo de información que se describe por los medios de comunicación es aquello “digno” de noticia. En una palabra, ella selecciona acontecimientos que son *atípicos*, los presenta de una manera *estereotipada* y los pone en contraste con un telón de fondo de normalidad *supratípica* (J. LEA y J. YOUNG, 1984). Los “hechos” que los medios de comunicación toman de quienes actúan en los niveles primario y secundario de la política de drogas (principalmente de la policía, pero, hasta cierto punto, también del sector de prestación de ayuda) se interpretan y presentan dentro del cuadro y del lenguaje figurado sobre el mundo (de la droga) construido en los discursos de política de los niveles segundo, tercero y cuarto. Los “hacedores de política” ven de esta manera confirmadas por los medios de comunicación aquellas suposiciones que subyacen en la política, de la misma manera que, en el pasado, los sacerdotes veían confirmada su visión de la vida, como estaba desarrollada en sus discursos moral-teológicos, por medio de la confesión. No por completo, se entiende, y no ocurre siempre así, pero ello es válido en alto grado.

La mitificación acerca del mundo de las drogas ilegales y el temor de él tiene consecuencias reales. Las fantasías se transforman en realidad. Estas mitificaciones y temores tienen perniciosos efectos en sí mismos. A veces los temores resultan multiplicados.

De igual manera las esferas vitales y los mundos sistematizados obtienen una visión mitificada del mundo de las drogas ilegales, por su dependencia de los medios de comunicación de masas, los cuales dependen, a su vez, en gran parte, para sus noticias y para la “modelación” de estas, de los diferentes niveles de la política de drogas. Estas visiones mitificadas, tal como entran, a través de los medios de comunicación, en los mundos vitales, son reforzadas por las visiones mitificadas de los mundos sistemáticos que están en contacto directo con la esfera vital en el nivel primario de política (de drogas y otra). Esto conduce, en cierto grado, a una *autorrealización de las propias fantasías*, en las visiones mitificadas. Los padres tienen buenas razones para temer que sus hijos pasen a formar parte del mundo de las drogas ilegales, pero no por las *propiedades míticas que a estas sustancias se atribuyen*, sino por las circunstancias sociales que rodean ese consumo y que están creadas, en gran parte, por la política de drogas. El efecto principal de este proceso es que ayuda a la segregación social ya existente.

*Cambios estructurales en las esferas vitales.* Los procesos de autorrealización de las propias fantasías antes descritos pueden conducir a cambios estructurales en las esferas vitales, los que, a su vez, pueden influir profundamente en otras esferas vitales: un espectáculo de drogas y una estructura de heroína originan cierta degradación vecinal.

Luego de estas ilustraciones sobre la manera en que la política de drogas ejerce influencia sobre las esferas vitales, nos corresponde dedicar alguna atención a la *dinámica interna* de la política de drogas y, más específicamente, a cómo ella opera dentro de los cuatro niveles de política de drogas en la parte central del esquema. Estos cuatro niveles han sido representados en el esquema de modo horizontal y no vertical. Si miramos las relaciones entre estos niveles desde un punto de vista legal-burocrático, veremos que existen entre ellos niveles "más altos" y "más bajos", esto es, relaciones jerárquicas. Las interacciones reales entre estos diferentes niveles pueden desviarse, sin embargo, de manera importante, respecto de este modelo organizativo formal. La influencia de un nivel "más bajo" sobre un nivel "más alto" puede ser, en ciertos casos, más fuerte en la dirección contraria. De ello se sigue que es imposible evaluar la política de drogas en un determinado país sobre la base del conocimiento de la política en el tercer nivel. Para hacer una evaluación realista es preciso conocer además la política de los niveles primero y segundo. En todos los países en los cuales hemos hecho investigación comparada sobre política de drogas, había importantes diferencias entre las políticas locales del mismo país. Esto implica que no hay base empírica para una comparación de política de drogas entre países, en tanto cuanto dicha comparación pretenda cubrir la totalidad de la política de drogas.

Cabe hacer un último comentario relacionado con la *adaptabilidad* de la política de drogas. ¿Hasta qué punto es posible cambiar y adaptar la política de drogas a la luz de la información de que los propósitos de la política no han sido alcanzados o que efectos negativos secundarios no deseados son consecuencia de esta política? Es claro que las mejores posibilidades de ser receptivos a las señales provenientes de las diferentes esferas vitales y de adaptar la política consecuentemente se hallan en los niveles primero y segundo de la política de drogas. Como hemos visto en el capítulo II, un "elemento de pequeña escala" es una condición necesaria para una estructura participativa. Y a su vez una estructura participativa es una condición necesaria para la adaptabilidad de la política en este terreno. Esto implica que los niveles primero y segundo de la política de drogas necesitan un alto grado de libertad en su relación con los niveles tercero y cuarto.

Las posibilidades de adaptación del tercer nivel de la política de drogas depende naturalmente de muchos factores. Uno de esos factores es la presencia de esfuerzos estructurados para influir la política de este nivel desde las esferas vitales. La creación de asociaciones de adictos (*junkies*) ha contribuido ostensiblemente a aumentar la adaptabilidad del tercer nivel de la política de drogas de los Países Bajos.

El cuarto nivel de la política de drogas ocupa un lugar especial respecto de este punto de la adaptabilidad. Dichos niveles reciben, en el presente, datos muy incompletos y muy poco confiables sobre el grado en que se alcanzan los propósitos de la política de drogas. No se recibe información acerca de las consecuencias secundarias no deseadas de esta política. La organización disponible a este respecto no es de una naturaleza tal que pudiera habilitar para procesar información acerca de tales efectos secundarios no deseados de la política que se persigue. Aun si esta organización se pudiera cambiar de tal manera que fuera capaz de procesar tal

tipo de información, los procedimientos prevalecientes no ofrecen posibilidades reales para reaccionar adecuadamente frente a tal información. La actitud crispada de este cuarto nivel tiene como consecuencia que él forma una fuerza que opera en contra de toda adaptación de política que se haya desarrollado en los primeros tres niveles de la política de drogas. *La orientación del cuarto nivel implica por ello inamovilidad de la política de drogas.*

## 6. LA POLÍTICA DE DROGAS EN LOS PAÍSES BAJOS

Ya se han hecho referencias a la actual política holandesa sobre drogas ilegales y a su historia. Me propongo reunir ahora estos antecedentes en un cuadro de conjunto.

*Cannabis.* El primer período de la política de drogas holandesa apuntaba a la *cannabis* y comenzó alrededor de 1965. El grupo que se tuvo en mira fue el de muchachos holandeses, la mayoría de los cuales pertenecía a familias de las clases medias que consumían la *cannabis* como una suerte de sacramento de la cultura alternativa. La reacción de la justicia criminal en contra de este consumo (y del tráfico no profesional que lo acompañaba) fue, para las normas holandesas, relativamente severo. Muchos jóvenes fueron enviados a prisión y también resultó comprometido el sector médico-social. En el período entre 1965 y 1970 una cantidad considerable de jóvenes fueron "tratados" por su consumo de la *cannabis*. En el momento de su introducción en el escenario de la juventud holandesa, no se disponía de experiencia acerca de esta. La política relativamente dura y la reacción de la justicia hacia el consumo de la *cannabis* no detuvo su rápido desarrollo. Hacia 1971 un 20% aproximadamente de la juventud holandesa había consumido *cannabis*.

Esta confrontación con una forma de política de drogas completamente desconocida en Holanda condujo a expertos de diversas disciplinas a comenzar el examen de los fundamentos de esta política. Pronto apareció claro que ella no estaba fundamentada —como se pretendía— en un conocimiento científico, digno de fe, de naturaleza médico-farmacológica. También quedó claro que esta política producía efectos contrarios a los perseguidos. Un movimiento de oposición a dicha política se desarrolló con gran rapidez. En tal movimiento jugaron un papel activo, representantes del sistema de la justicia criminal (más específicamente los fiscales del Ministerio Público). La justicia criminal comenzó alrededor de 1970 a hacerse receptiva a esta oposición. Muchos fiscales ya no perseguían casos por consumo de *cannabis* o por posesión de aquella para su consumo. El sector médico-social descubrió que el "tratamiento" de los consumidores de *cannabis* era una impostura y rehusaron continuar tales prácticas. El sector médico-social comenzó a participar, en cambio, en actividades originadas en el movimiento juvenil, destinadas a dar mejor información acerca de los riesgos y maneras de consumir drogas como la *cannabis*, el LSD y las anfetaminas. El enfoque del sector médico-social no estaba destinado ya a separar a la gente, contra su voluntad, del uso de las nuevas drogas, sino a ayudarlas si surgían dificultades. Algunos de los medios de comunicación de masas compartieron este enfoque y dieron una contribución importante a su éxito.

La defensa de la política severa de acuerdo con la Convención Única no provino del Ministerio de Justicia y de la magistratura, sino que se concentraba principalmente en los círculos policiales y en el Ministerio de Salud. Ya en 1973 había tenido lugar un alto grado de descriminalización *de facto* del consumo de la *cannabis*. Había también una mayoría política dispuesta a llevar a cabo esta descriminalización *de facto* con un cambio en la ley. La posición de dicha mayoría consistía en que el consumo de *cannabis* debía ser descriminalizado *de jure*. La fórmula encontró fuerte oposición de diversos gobiernos y grupos europeos (principalmente en Alemania Occidental y Suecia) y de otras ramificaciones del *establishment* internacional de la droga. Esta posición condujo al siguiente compromiso. Legalmente el consumo y la posesión para el consumo se cambiaría de la categoría de delito a la de falta, la policía y los fiscales recibirían instrucciones para no ser activos en este terreno y las penas que amenazaban a los traficantes internacionales serían disminuidas. Los Países Bajos tratarían de lograr internacionalmente un cambio en la Convención Única, de tal manera que la *cannabis* dejara de ser sustancia prohibida en el sentido de esa Convención. Luego de que este cambio se hubiera efectuado la *cannabis* sería completamente descriminalizada *de jure*. Parte de ese compromiso fue también que la venta de la *cannabis* sería tolerada sin interferencia de la policía y de la justicia en algunos centros juveniles. Para apaciguar la oposición de algunos otros gobiernos europeos y del *establishment* internacional de la droga, se acordó instituir una política mucho más severa respecto de las drogas duras, más específicamente de la heroína. En la época en que se optó por esta alternativa, el consumo de la heroína no se hallaba extendido en los Países Bajos.

La descriminalización *de facto* del consumo de la *cannabis* fue un gran éxito. Los problemas secundarios de las drogas en este terreno han desaparecido completamente después de la descriminalización *de facto*. Los problemas primarios de droga han disminuido considerablemente. El consumo de *cannabis* en círculos juveniles ha disminuido. Los mundos vitales son generalmente capaces de resolver ellos mismos los problemas que surgen, muy rara vez se pide apoyo a las organizaciones profesionales que prestan ayuda y cuando esta se solicita, dichas organizaciones pueden funcionar en mejores circunstancias.

Una comparación de la situación de la *cannabis* en Holanda con respecto a la de otros países europeos proporciona una interesante información sobre la naturaleza y las consecuencias de la política de drogas en un sentido más general. Las opiniones y las imágenes acerca de la *cannabis* que prevalecen en el mundo de la política de drogas y en los respectivos "sistemas madres" cambiaron en Holanda completamente después de la descriminalización *de facto* y del cambio de la ley. Tal cambio no ha tenido lugar en los países circundantes. En algunos de esos países vecinos es posible observar ciudades (como Berlín y Londres) en que el nivel local del grado de descriminalización *de facto* no difiere mucho de la situación holandesa. Pero esta descriminalización *de facto* en el nivel local, en esos países, no está confirmada en el tercer nivel de la política de drogas. Esto tiene consecuencias importantes para el discurso oficial en el tercer nivel y también para las opiniones con respecto a la *cannabis* en el sector médico-social. Ello muestra que el sector médico-social

en muchos países está muy orientado en el sentido de las definiciones de la justicia criminal. Tales definiciones de la justicia criminal parecen jugar un papel clave en la política de drogas. Dicha comparación muestra también el grado en que los funcionarios de muchos países que se desempeñan en los niveles primario y secundario de la política, se orientan por las opiniones y discursos de los niveles tercero y cuarto y están desconectados de la realidad concreta de las diferentes esferas vitales.

*La experiencia holandesa respecto de la cannabis es también esclarecedora, porque da un ejemplo persuasivo de las posibilidades de desviarse del modelo de política de drogas que fundamenta la Convención Única, sin cambiar esa Convención y aun en condiciones en las cuales los países vecinos no se muestran dispuestos a cooperar en ese cambio.*

*Política sobre la heroína.* El cambio en la ley sobre narcóticos de 1976, que confirmaba la descriminalización *de facto* de la *cannabis*, incluyó también un determinado número de cambios que ratificaban la solidaridad con la política internacional, de drogas en el terreno de las drogas duras. Las penas máximas para todas las formas de tráfico de drogas duras se aumentaron considerablemente. Junto con el cambio de la ley se publicaron pautas para los fiscales, que tenían como finalidad garantizar una política uniforme a través del país. En estas pautas se indicaban las escalas de penalidad que debían reclamarse cuando se llevaran casos ante los tribunales. El nivel de castigo para el tráfico y la posesión que se indicaban en esas pautas eran, para las normas holandesas, particularmente altas y se ajustaban a las penas impuestas en los países vecinos. Esos países tienen, como ya hemos visto, un nivel general de punición mucho más alto que el de Holanda. El cambio de la ley —y también las pautas— expresaba la decisión política de evitar, en lo posible, la criminalización de personas que fueran meros consumidores. Las pautas indicaban que los consumidores debían ser preferentemente referidos al sector médico-social. Junto con estas medidas legales se adoptaron medidas organizativas. Se formaron equipos especiales sobre drogas, a la vez que se hizo más estrecha la cooperación policial con los sectores especializados sobre drogas, de los países vecinos y con la American Drug Enforcement Agency (organismo norteamericano encargado de asegurar la observancia de la legislación en materia de drogas). Siguiendo los ejemplos de este organismo se apostaron policías holandeses en las regiones productoras.

La ejecución de esta política (en la que se asigna primera prioridad al tráfico internacional de drogas duras, segunda al tráfico profesional nacional de drogas duras y tercera al tráfico ocasional de drogas duras por parte de consumidores) no mostró un fruto que correspondiera a estas prioridades. En 1981 señalaban las estadísticas que únicamente 29 personas fueron condenadas por tráfico internacional, 217 por tráfico nacional, que fue considerado como profesional, y 1.069 por posesión no especificada de drogas duras. La mayoría de las personas en esta última categoría fueron probablemente consideradas como pertenecientes a la tercera prioridad. Las pautas de penalización se observaron generalmente, lo que tuvo, sobre el nivel general de las sentencias en Holanda, la antes descrita influencia. La política severa que se ha seguido en relación con el tráfico y posesión de drogas

duras, y los considerables recursos que se han puesto en acción no han sido muy exitosos. El mercado holandés de la heroína continúa creciendo rápidamente después de la introducción de esta nueva política. Las estimaciones sobre la cantidad de heroína disponible anualmente en este mercado varían entre los 5.000 y los 10.000 kilos. Las estimaciones acerca del porcentaje de heroína incautada varía entre el 2 y 10%.

El propósito de la política oficialmente adoptada era evitar en lo posible la criminalización de los consumidores de droga dura. A ellos se les trataría en el sistema médico-social. A este respecto la ejecución de la política falló completamente. Hay tres maneras por las cuales se puede incriminar a un consumidor: 1) sobre la base de una infracción en contra de la ley de narcóticos; 2) sobre la base de la droga relacionada con un delito (hurto, robo); 3) sobre la base de infracciones en contra de las regulaciones locales concernientes al orden público. Una criminalización plena tiene lugar cuando una persona es condenada realmente por un juez por una de estas infracciones. No obstante, también en otros casos se puede someter a un consumidor a procesos de criminalización. Cuando contemplamos las estadísticas criminales, la cantidad de sentencias en contra de consumidores por infracción a la ley de narcóticos no es particularmente alta. Como vimos, la mayoría de las condenas por posesión no especificada de drogas duras se refiere probablemente a consumidores que están también comprometidos moderadamente en el tráfico. No parece que, de acuerdo con las estadísticas en general, se persiga ante los tribunales el consumo como tal. Pese a ello, un gran número de consumidores es sometido a intenso proceso de criminalización. En primer lugar por las detenciones frecuentes con apoyo en la ley de narcóticos y por las regulaciones locales concernientes al orden público, que no conducen a una sentencia. En segundo lugar, porque muchos consumidores de drogas son habitualmente perseguidos y condenados por delitos relacionados con las drogas. A ello debe agregarse que muchas actividades de la policía en contra de los consumidores se llevan a cabo sin referencia formal a la ley penal, sino con referencia a la tarea de la policía de mantener el orden público. De este modo se expulsa a los consumidores de heroína, de un barrio a otro y de una ciudad a otra. Todo esto conduce a una *marginalización* extremada, para los criterios holandeses, de determinados grupos de consumidores de heroína. Ellos han pasado a ser los leprosos de la sociedad holandesa moderna.

Veamos ahora el estado del sector médico-social, referido a esta nueva política sobre drogas duras. Cabe distinguir al respecto dos fases. La primera comienza en 1976 y termina en 1981. En la actualidad nos hallamos en la segunda fase.

*Primera fase.* El modelo de política de drogas que se aplica en la Convención Única, implica —como hemos visto— que la *demanda* de drogas duras se controla por la vía de controlar al consumidor. Este es “malo” o “loco”; ya sea mediante la pena o mediante el tratamiento hay que impedirle que *pida* drogas duras. La política holandesa ha rechazado el castigo como medio para impedir que se pidan las drogas. La idea detrás de esta política es que el sector médico-social cumpla esa tarea mediante el tratamiento. La política no ha ido tan lejos, con todo, como para que se imponga legalmente un tratamiento forzado. El sector médico-social rechazó, durante la segunda fase del período de la *cannabis*, el enfoque sobre los

consumidores que sirve de fundamento a la Convención Única. La prestación de ayuda no está centrada en tratar de alejar a la gente de las drogas ilegales contra su voluntad. Este enfoque cambió después de la introducción de la nueva política sobre heroína. La mayoría del sector médico-social —hubo excepciones— aceptó, en mayor o menor grado, el enfoque de la Convención Única. La cura del enviciamiento, el alejamiento de la gente de la heroína pasó a ser el foco central de las actividades médico-sociales. Proliferaron espectacularmente a la vez las organizaciones especializadas en esta forma de tratamiento. Esa proliferación se evidenciaba en el número de personas empleadas en dichas actividades y en la variedad de los métodos utilizados. Como en el caso de las actividades policiales, este desarrollo estaba fuertemente vinculado a la experiencia realizada en los Estados Unidos. Para forzar a la gente a que contra su voluntad se aleje de la heroína, se introdujeron muchos tipos de control en la interacción entre prestadores de ayuda y sus clientes. Después que el suministro de metadona pasó a ser uno de los instrumentos en la estrategia de la prestación de ayuda, el sector médico-social se vio enfrentado a la necesidad de prevenir el crecimiento de un mercado negro de metadona. Esto se añadía a la tendencia hacia el control en la relación entre prestador de ayuda y cliente. De esta manera, muchos consumidores de heroína pasaron a mirar al sector médico-social, en primer término, como un órgano de control. Los controles ejercidos por los prestadores de ayuda tenían un mayor impacto en sus vidas y se los veía, en muchos aspectos, como más amenazantes que los controles ejercidos por la policía y por el sistema judicial. De ahí que se desarrollaran estrategias de resistencia contra esta forma de control. Esa resistencia llegó a la elaboración de contraestrategias de parte de las instancias de asistencia. Una de esas contraestrategias ha consistido en aconsejar a las familias de los consumidores de heroína que no den ningún apoyo a estos. La idea de esta contraestrategia es que, de ese modo, el consumidor de heroína se verá forzado a aceptar las condiciones de ayuda y los controles de las organizaciones de asistencia.

Al adoptar este enfoque, el sector médico-social ha contribuido, más que las intervenciones directas de la policía y la justicia penal, en la primera fase de la política holandesa sobre la heroína, a la *marginalización* intensa y aislamiento de los consumidores de heroína y al “espectáculo” de la heroína. Las actividades del sector médico-social tuvieron esos efectos secundarios no deseados porque se orientaron por la justicia penal, inspirada en la política de drogas de la Convención Única. Las relaciones entre las instituciones asistenciales y los consumidores de heroína que hemos comprobado en el curso de nuestras investigaciones en esta área son comparables, en muchos aspectos, a las relaciones entre los que prestan ayuda y los reclusos sometidos a tratamiento forzado en el sector de las prisiones. Prestadores de ayuda y clientes se ven ligados por una relación aparente y ambos fingen que la relación existe.

Como dijimos antes, la orientación del sector médico-social, en el modelo de la Convención Única, nunca ha sido completa. Hay ejemplos de fuerzas contrarias en los niveles primero y segundo de la política de drogas. Estas fuerzas contrarias, sin embargo, no se ven respaldadas por el tercer nivel de control de las drogas. El

tercer nivel continúa dando su apoyo a una asistencia que apunta específicamente a curar el enviciamiento.

*Segunda fase.* El fracaso de esa política y el aumento de los problemas secundarios de drogas trajeron consigo, a comienzos de los años 80s, un cambio en la orientación de una importante parte del sector médico-social. En alguna medida esto fue una repetición del desarrollo que hemos descrito antes respecto de la política de la *cannabis*. El surgimiento de las asociaciones de *junkies*, que comenzaron a organizarse a denunciar colectiva y públicamente la política actual, fue un factor importante en este cambio de política. Las asociaciones de *junkies* fueron apoyadas por interesados no consumidores (padres, expertos en diferentes disciplinas y trabajadores del sector médico-social). En la nueva orientación ya no se hizo depender la asistencia de la disposición para abandonar el consumo de heroína. La embestida principal de este nuevo enfoque del sistema médico-social se dirige a revertir el aislamiento y *marginalización* de los consumidores de heroína y a hacerlos menos dependientes del mercado ilegal. En este orden, se volvió también importante transferir una parte considerable de las actividades de ayuda al sistema general de asistencia, a fin de evitar los efectos del aislamiento o concentración de los consumidores de heroína en establecimientos especializados de asistencia. El suministro "incondicional" de metadona fue aceptado y en Amsterdam se incluyó a médicos generales en el suministro de metadona y en programas de asistencias. El cambio en la política asistencial de comienzos de los años 80s ha tenido consecuencias importantes. El suministro incondicional de metadona hizo a los consumidores de heroína menos dependientes del mercado ilegal y les permitió tomar una parte más activa en la vida social. Esto fue una condición necesaria para el surgimiento de las asociaciones de *junkies*. El hecho de que estas fueran reconocidas como partícipes en la adopción de decisiones de los niveles segundo y tercero de control de drogas fue de gran importancia para revertir el proceso de aislamiento y *marginalización*. La aparición de los consumidores de heroína como "actores" en la discusión pública los puso de manifiesto como uno de los muchos grupos que entran en dificultades en el presente desarrollo de nuestra sociedad. Una investigación, subvencionada por el Ministerio de Salud, acerca del consumo de heroína en los Países Bajos (JANSSEN y SWIERSTRA, 1981), contribuyó a la inversión del proceso de *marginalización*, porque esta pesquisa usó un enfoque cualitativo en el modelo de la sociología interpretativa.

La nueva orientación de la política asistencial se confirmó en el tercer nivel de la política de drogas, por medio de una carta del Ministro de Salud, en abril de 1983. De acuerdo con esta carta, la tendencia principal de las actividades en el sector médico-social no debería apuntar ya a la cura del enviciamiento individual, sino a revertir la posición marginada de los consumidores de heroína y a desmitificar las opiniones e imágenes acerca de la heroína y su consumo que se han desarrollado en la sociedad holandesa.

La manifestación más reciente es un proyecto de las autoridades locales de Amsterdam para comenzar en forma experimental el suministro de heroína. El tercer nivel de la política de drogas se opone hasta el momento a este proyecto.

La oposición principal se encuentra en el Ministerio de Justicia. En este sentido, los papeles del Ministro de Justicia y del Ministro de Salud, que vimos en el periodo de la *cannabis*, se han invertido. Ahora es el Ministro de Justicia el que se encuentra en la posición conservadora y el Ministro de Salud aparece más inclinado a apoyar el cambio. El proyecto de experimentación con el suministro de heroína se ajusta muy bien, como se lo ha formulado, a los propósitos de la nueva política del sector médico-social. Uno de los principales argumentos que se usan en el tercer nivel de la política de drogas, en contra de esta proposición, es que podría interpretarse como en contradicción con las obligaciones legales que emanan de la Convención Única.

Al no soportar la oposición al cambio, que tiene su origen en el cuarto nivel de la política de drogas y que se apoya en el compartimiento de policía y justicia, tomará ímpetu probablemente en los próximos años un cambio en la política holandesa de drogas que se apartará del modelo de la Convención Única. La política severa en contra de la heroína, como se instituyó en 1976, ha sido obviamente un fracaso. La cantidad de consumidores de heroína y la importancia de su comercio no han cesado de aumentar durante todo el periodo en que se ha perseguido esta política. Los problemas secundarios de drogas causados por esta política han sido enormes.

## 7. CONCLUSIÓN

Los datos expuestos en los capítulos precedentes apoyan, según pienso, mi tesis inicial: la política de drogas con arreglo a la Convención Única puede verse como una forma de "colonización" de elementos verdes de una sociedad, por parte de modelos azul y rojo de desarrollo; tal colonización es una fuente de problemas respecto de las drogas y un vehículo de represión. Ya que los Países Bajos son "más verdes" que muchos de los países vecinos, la introducción de la política de drogas de acuerdo con el modelo de la Convención Única crea allí más problemas secundarios de drogas y enfrenta una resistencia mayor. El cambio de política en Holanda con respecto a la *cannabis* es un ejemplo exitoso de resistencia en contra de esa forma de colonización. Esta resistencia pasa ahora a tomar fuerza respecto de la política sobre la heroína.

Nuestro análisis ha mostrado también el papel clave que juega la justicia criminal en esa forma de colonización. Este papel clave no reside, en primer lugar, en sus intervenciones directas en la vida de los consumidores y traficantes de drogas ilegales, sino en el hecho de que orienta la visión y las prácticas de los que hacen la política y de los que ejecutan esa política en el ámbito de diversas disciplinas, desde las realidades concretas de las diferentes esferas vitales hacia una parte del sistema mundial en el cual se carece de información sobre el resultado y efectos de esa política. Y porque crea, con ayuda de los medios de comunicación de masas, una imagen falsa del mundo en que vivimos. Y porque socaba la solidaridad (que es necesaria para que continúe la vida humana en este planeta) haciendo creer a la gente que el débil es la fuente principal de los problemas humanos y que

la solución consiste en su exclusión. Una análisis de la política de drogas es, de este modo, un fuerte argumento en favor de la abolición de la justicia criminal\*.

¿Hacia dónde dirigir la política de drogas? no es posible esbozar una política alternativa de drogas en un artículo que ya se hace demasiado extenso. Podríamos, con todo, mencionar algunas ideas claves. Una política alternativa de drogas debe orientarse al aspecto *social* del consumo de drogas. Esto no excluye una contribución desde la perspectiva médico-farmacológica. Pero esta contribución no debiera ser predominante, ya que una política alternativa de drogas tiene como mira los aspectos sociales del consumo. Tiene que ser *descentralizada*. Esa descentralización no impide la cooperación local e internacional. Una política como la mencionada debe ser *participativa*. De otra manera no se puede garantizar la necesaria información acerca de su resultado. Ella debe invitar a los directamente comprometidos, a asumir el tratamiento de sus propios problemas, pero debe también *prestar ayuda* a quienes no puedan manejarse con dichos problemas. Debe así mismo *prevenir la comercialización y las técnicas agresivas de venta*. Esto pide, por una parte, formas administrativas de control del tipo de las actualmente en uso, respecto de la producción y comercio de los alimentos y respecto de la industria farmacéutica. Pide, por otra parte, una forma flexible de intervención estatal para prevenir el surgimiento de mercados ilegales que no respeten las reglas administrativas anteriormente mencionadas. Sin embargo, no es recurriendo a la criminalización como se puede prevenir el surgimiento de un mercado ilegal, sino quitando la perspectiva de lucro a tal mercado. Esto significa que en determinados momentos y en determinados lugares, el sector colectivo tiene que ofrecer sustancias *sicotrópicas*, puesto que, de no hacerlo, surgiría un mercado ilegal. En mi opinión, no hay lugar en una "buena sociedad" para la justicia criminal, en la forma como se ha desarrollado en los últimos siglos en el mundo industrializado. Mientras continúen existiendo remanentes de la justicia criminal, ellos deberían jugar un papel marginal en una política alternativa como la planteada en estas ideas claves. La tarea principal que tenemos delante, en forma inmediata, es cómo sacar a la justicia criminal de su papel dominante en las actuales políticas en materia de drogas.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BRUUN, E.A.: *The gentleman's club, U.P.*, Chicago, 1975.
- CHATTERJEE, S.K.: *Legal aspects of drug control*, The Hague, 1981.
- EDWARDS, G.: *Unreason in an age of reason*, Royal Society of Medicine, London, 1971.
- GALTUNG, J.: "What kind of development and what kind of law", in *Development, human rights and the rule of law*, International Commission of Jurists (ed.), Pergamon Press, Oxford, 1981.

\* ZAFFARONI, 1983.

- HULSMAN, L.: "Die Entwicklung der Cannabisdiskussion in Holland 1964-1980", in *Haschisch: Prohibition oder Legalisierung*, ed. Burian/Eisenbach-Stangl, Weinheim und Basel, 1982.
- HULSMAN, L. AND RANSBEEK, H.V.: *Evaluation critique de la politique des drogues. Deviance et Société*, vol. VII, núm. 3, Gêneve, 1983.
- JANSSEN, O. AND SWIERSTRA, K.: *Heroïnegebruikers in Nederland*, Groningen, 1982.
- LEA, J. AND YOUNG, J.: *What is to be done about law and order*, págs. 61-65, Penguin, 1984.
- MANNING, P. K.: *The narc's game, Organisational and informational limits on drug law enforcement*, Cambridge, Mass., 1980.
- PETERS, A. A. G.: "Authority in the Dutch administration of criminal justice", in *Contemporary problems of criminal justice*, Yuhikako, Tokyo, 1983.
- PLANT, M. A.: *Drugs in perspective*, London, 1981.
- STAATSSECRETARIS VAN VOLKSGEZONDHEID, 15 april 1983, letter to the second chamber of Parliament (T. K., nr. 17867, nr. 1).
- TAYLOR, A. H.: *American Diplomacy and the Narcotics traffic 1900-1939*, North Carolina, 1969.
- WARNER, J.: "Die Konzeption der D. E. A. zur weltweiten Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels", in *Die Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels unter Berücksichtigung des Situation in den Nachbarländer*, Hiltrup, 1975.
- ZAFFARONI, E. R.: "El abolicionismo penal de Louk Hulsman (Aproximación a algunas observaciones al reciente realismo penal verde)", en *Doctrina Penal*, año 6, núm. 22.

#### ALGUNAS RECOMENDACIONES ADICIONALES DE LECTURA:

- Drogenelend, Cannabis, Heroin, Methadon. Für eine neue Drogenpolitik*, S. Quensel, Campus Verlag, Frankfurt/Main, 1982.
- Drogenpolitik zwischen Therapie und Strafe*, R. Mader (ed.), Wien, 1980.
- Drugs abuse control*, R. L. Rachin (ed.), Lexington, Mass., 1975.
- Drugs and politics*, P. E. Rock (ed.), N. Brunswick, 1977.
- Drugs, crime and politics*, A. S. Trebach (ed.), New York, 1978.
- Licit and illicit drugs*, E. Brecher and the editors of consumer reports (ed.), Boston, 1972.
- Polizeiliche Drogenbekämpfung* (ed. BKA), Wiesbaden, 1981.

## LOS PSICOTRÓPICOS, LA PASIVIDAD Y LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA\*

Dra. BETSY ETTORE  
(Traducción: Profesora ROSA DEL OLMO)

### 1. LAS MUJERES, LA SALUD PÚBLICA Y EL DETERIORO ECONÓMICO

El "Estado Benefactor" ha traído a la Gran Bretaña la revalorización del bienestar humano y de los valores sociales aparentemente más humanos que los de los años anteriores de la economía del *laissez-faire*. Esto se ha reflejado en el crecimiento de la responsabilidad estatal por la salud, la educación y la seguridad social. Para finales de la década de los setentas estos servicios sociales cubrían la mitad de todo el presupuesto estatal<sup>1</sup>.

Desde 1948 el Estado ha financiado un sistema organizado de asistencia médica, el *Servicio Nacional de Salud* (NHS) basado en la idea de que la inversión directa en el cuidado de la salud destaca la "prosperidad nacional", o, más específicamente, "la salud pública". Con el desarrollo del Servicio Nacional de Salud se ha establecido "el bienestar como un derecho social". La unión entre el bienestar social y la salud pública cobijados por el NHS tiene una importante consecuencia: el derecho de cada individuo a su propio bienestar se considera administrado y resguardado por el Estado.

Durante los últimos 30 años la posición de las mujeres como beneficiarias del cuidado de la salud se ha visto afectado por varios cambios sociales. En primer lugar, ha habido un considerable aumento del número de mujeres casadas que ingresan en la fuerza de trabajo. En 1951, una de cada cinco mujeres casadas tenía trabajo; en 1976 era una de cada dos. En 1981, dos de cada tres mujeres empleadas eran casadas<sup>2</sup>. En segundo lugar, las definiciones sociales de las mujeres han cambiado, y hoy es más aceptable socialmente definir a las mujeres como trabajadoras y madres. Se han sugerido<sup>3</sup>, sin embargo, mientras que las definicio-

\* Este ensayo forma parte del libro de ANTHONY HENMAN, ROGER LEWIS y otros, intitulado *Big Deal: The politics of the illicit drugs business*. London, Pluto Press, 1985.

<sup>1</sup> IAN GOUGH, *The Political Economy of the Welfare State*, London, Macmillan, 1979.

<sup>2</sup> A. OAKLEY, *Subject Women*, London, Fontana, 1981.

<sup>3</sup> LESLEY DOYAL, with IMOGEN PENNELL, *The Political Economy of Health*, London, Pluto Press, 1979.

nes de la feminidad se han "liberalizado", ha habido poco cambio en el criterio de la sociedad sobre la identidad de la mujer como esencialmente doméstica y subordinada, criterio tradicionalmente sostenido en la sociedad y actualmente desafiado por las mujeres investigadoras<sup>4</sup>. En tercer lugar en años recientes el desempleo de las mujeres ha aumentado tres veces más que el de los hombres<sup>5</sup>.

En la actual recesión económica, estos tres cambios han colocado a las mujeres en una posición económica vulnerable y en peligro de volverse deprimidas, de ser consumidoras del bienestar o involucrarse en el mundo de las drogas. La investigación ha demostrado que los síntomas médico-siquiátricos en las mujeres están relacionados con el aislamiento en la tensión del hogar producido por la pobreza y la falta de trabajo, así como por sucesos cotidianos tensos<sup>6</sup>. Es más, las mujeres tienen una mayor incidencia en la depresión que los hombres, estando su depresión más arraigada en rabia no expresada relacionada con sus funciones sociales subalternas.

En una sociedad supuestamente basada en el bienestar individual, se censura el surgimiento de la depresión, la tensión mental, la ansiedad o cualquier otro síntoma. No obstante, la posición de la mujer y la naturaleza del rol femenino tal como está construido conduce a la enfermedad mental. Las mujeres son las principales consumidoras del cuidado de la salud dentro del Servicio Británico Nacional de Salud. Es más, las mujeres tienen una y media veces más probabilidades de ingresar en un hospital siquiátrico en algún momento de sus vidas que los hombres<sup>7</sup>. En efecto, las mujeres son catalogadas más frecuentemente que los hombres como "deprimidas", "siconeuróticas", "sicóticas" o "afectadas por algún trastorno no especificado<sup>8</sup>.

Como grupo selecto de consumidoras de la beneficencia, las mujeres son más vulnerables que los hombres a los cambios en los servicios sociales. El Estado Benefactor en parte gira en torno a lograr que las no trabajadoras como las esposas desempleadas participen en la economía consumiendo los servicios del Estado. Este tipo de participación se considera como una alternativa al retraining, una opción que OFFE considera que implica la dependencia de "subculturas, drogas o comunas"<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> NANCY CHODOROW, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, Berkeley, University of California Press, 1978.

<sup>5</sup> I. BRUEGEL, "Women as a Reserve Army of Labour: a Note on Recent British Experience", en E. WHITELEGG et al. (eds.), *The Changing Experience of Women*, London, Open University Press, 1982.

<sup>6</sup> G. W. BROWN and T. HARRIS, *Social Origins of Depression: A Study of Psychiatric Disorder in Women*, London, Tavistock, 1978.

<sup>7</sup> G. B. HILL, "The Expectations of Being Admitted to a Mental Hospital in DHSS Psychiatric Hospitals in England and Wales", in *Patient Statistics from the Mental Health Enquiry, 1970*, London, HMSO, 1972.

<sup>8</sup> S. LIPSHITZ, "Women and Psychiatry", in J. CHETWYND and O. HARTNET (eds.), *The Sex Role System*, London, Routledge and Kegan Paul, 1978, págs. 93-108.

<sup>9</sup> C. OFFE, "Advanced Capitalism and the Welfare State", *Politics and Society*, 2, 1972, págs. 479-489.

La prescripción de drogas sicotrópicas dentro del Servicio Nacional de Salud, y con el apoyo de la industria farmacéutica, puede ser una manera mediante la cual el Estado les permite a las mujeres ejercer la opción del retraimiento exhibiendo aun el control sobre esta opción particular (dependencia de drogas). Por otra parte, la autoprescripción de sicotrópicos, ya sean obtenidos lícita (es decir, alcohol o prescripciones del NHS) o ilícitamente (es decir, barbitúricos, opiáceos, etc., del "mercado negro"), puede significar para algunas mujeres el rechazo a ser manipuladas por el Estado en su elección del "retraimiento". Así el uso de drogas implique la adquisición y consumo de una mercancía ilegal y/o legal, se ha sugerido que el consumo internacional de drogas ha alcanzado el nivel más alto de todos los tiempos<sup>10</sup>. Es más, en los Estados Unidos el mercado ilegal de drogas se ha ampliado en años recientes para incluir drogas como el Diazepam (Valium, Librium, etc.), que anteriormente solo podrían ser adquiridas por prescripción médica. En este aspecto, es importante destacar que las benzodiazepinas no están incluidas en ninguna convención internacional sobre prohibición.

## 2. CONSUELO EN LA BOTELLA: SALUD PÚBLICA VS. GANANCIA ESTATAL

Examinemos brevemente la estructura del mercado del alcohol: sus efectos en las mujeres, quienes como grupo han aumentado el consumo de alcohol en relación con los hombres<sup>11</sup> y la ganancia económica que el Estado recibe del consumo de alcohol.

En la Gran Bretaña, los consumidores gastan aproximadamente entre 7 y medio y 8 mil millones de libras anuales en alcohol. Esto representa el 8% del gasto total del consumidor. El Estado recibe aproximadamente 2.500 millones de libras al año por impuestos al alcohol<sup>12</sup>. Hay un mercado global de alcohol de 70 mil millones de dólares, dominado por 27 principales corporaciones multinacionales, cada una de las cuales tiene ventas por encima de un mil millones de dólares por año, con subsidiarias en ocho de las principales naciones industrializadas<sup>13</sup>. En la Gran Bretaña se encuentran nueve de estas 27 corporaciones.

Durante la recesión económica de fines de los setentas, estas multinacionales británicas fueron obligadas a expandir y crear nuevos mercados locales y foráneos. Se buscaron mercados en el Tercer Mundo, mientras que localmente el crecimiento del mercado se generó por medio del desarrollo de las ventas de alcohol en múltiples cadenas de tiendas como Marks & Spencer, Sainsburys, Tesco, Safeways, o la Inter-

<sup>10</sup> T. MALYON, "The Production and Consumption of Illegal Drugs", in *Behind the News*, 1984, págs. 131-137.

<sup>11</sup> S. SHAW, "The Causes of Increasing Drinkings Problems amongst Women in Camberwell", in COUNCIL ON ALCOHOLISM, *Women and Alcohol*, London, Tavistock, 1980.

<sup>12</sup> K. BRUNN (ed.), *Alcohol Control Policies in the United Kingdom*, Stockholm, Sociologiska Institutet, 1982.

<sup>13</sup> J. CAVANAGH and F. CLAIRMONTE, *Alcoholic Beverages, Dimensions of Corporate Power*, Geneva, World Health Organization, 1983.

national Stores, subsidiaria de la British American Tobacco. El alcohol se ofreció al por menor a precios inferiores, y para 1977 aproximadamente la mitad de los supermercados británicos tenían licencias para vender alcohol<sup>14</sup>. Una de las principales consecuencias de esto ha sido que las mujeres son elegidas cada vez más como consumidoras por los productores y minoristas.

Descontando lo que el Estado denomina las "pérdidas del alcohol" (cuyos estimativos oscilan entre 400 y 650 millones de libras esterlinas), obtiene una ganancia de por lo menos 1800 millones de libras anuales de los impuestos del alcohol. Oficialmente el tratamiento de los alcohólicos le cuesta al Servicio Nacional de Salud 8 millones de libras por año<sup>15</sup>.

Aunque las ganancias del Estado por consumo de alcohol son prioritarias a la salud pública, cualquier persona que tenga problemas individuales relacionados con el consumo de alcohol es etiquetada como "abusadora". Las mujeres han perdido, no solo por ser el principal blanco de las estrategias del mercado del alcohol, sino también por tener menos probabilidad que los hombres de recibir tratamiento si abusan de la bebida<sup>16</sup>.

## 3. LAS MUJERES COMO CONSUMIDORAS DE LA ASISTENCIA A LA SALUD: UNA INVERSIÓN EN LA PASIVIDAD

En términos económicos, una de las contribuciones más significativas del capital privado al Servicio Nacional de Salud ha sido a través de la industria farmacéutica. Esta es fundamentalmente multinacional, con un pequeño número de firmas como Hoffman La Roche dominando el mercado mundial. En este contexto, la salud pública puede tener más que ver con una industria farmacéutica "sana" que lo considerado anteriormente.

Como la información producida cada año por la *Prescription Pricing Authority* (PPA) sobre cuáles drogas son prescritas por el NHS (en términos de marcas, cantidades y precios) se mantiene secreta por el DHSS, es difícil establecer la relación exacta entre el NHS y la industria farmacéutica. Sabemos sin embargo que en 1949 y en 1983 todas las prescripciones del NHS alcanzaron a 225.1 millones y 386.3 millones respectivamente, y que el número de prescripciones aumentó proporcionalmente en esos 35 años<sup>17</sup>. También sabemos que en 1977 la cuenta por medicamen-

<sup>14</sup> S. OTTO, "Women, Alcohol and Social Control", in B. HUNTER and G. WILLIAMS (eds.), *Controlling Women: the Normal and the Deviant*, London, Croom Helm, 1981, págs. 154-167.

<sup>15</sup> A. MAYNARD and R. McDONNELL, "The Cost of Alcohol Misuse", in *British Journal of Addiction* (forthcoming).

<sup>16</sup> J. WHITE, *Women and Alcohol*, unpublished paper presented at two-day conference, Left Alive, in London 2,3,4 November 1984.

<sup>17</sup> OHE, *Office of Health Economics Compendium of Health Statistics*, 5th Edition, London, OHE, 1984.

tos del NHS llegó a 596 millones de libras<sup>18</sup>; en 1981 a 1.067.6 millones y en 1982 a 1.233.2 millones<sup>19</sup>.

En 1984 los sicotrópicos representaron el 15% de todas las prescripciones elaboradas por los médicos<sup>20</sup>, y el 17% de todas las prescripciones del NHS. El Instituto para el Estudio de la Dependencia de Drogas (ISDD) ha recogido información sobre una variedad de encuestas locales y nacionales sobre drogas sicotrópicas. Una encuesta de 1971 sobre el consumo de tranquilizantes/sedantes demostró que el 14% de la población adulta había consumido esas drogas y que dos veces más eran mujeres que hombres, lo cual significa que una de cada cinco mujeres y uno de cada diez hombres habían consumido esas drogas durante ese año<sup>21</sup>.

Otro estudio en 1977 dio por resultado que el 12% de la población adulta de Inglaterra y Gales había tomado una droga sicotrópica prescrita en los quince días anteriores al estudio, y que al 7% se le había prescrito esa droga hacía más de un año<sup>22</sup>. MIND<sup>23</sup> señala que miles de personas han estado consumiendo estas drogas hasta por 15 años y que el 1.5% de la población de la población adulta las ha consumido por más de un año. El cuadro nacional del consumo de drogas sicotrópicas es particularmente deprimente respecto de las mujeres. En él se ve cómo el consumo de sicotrópicos por parte de las mujeres, que es de dos veces mayor que el de los hombres. El punto máximo se encuentra entre mujeres mayores, de clase media, y frecuentemente es a largo plazo.

Entre 1965-70 hubo un aumento del 19% en prescripciones de drogas sicotrópicas<sup>24</sup> y entre 1961 y 1971 fue del 48%. LADER<sup>25</sup> también destacó el índice mayor de consumo entre mujeres tanto en lo nacional como en lo internacional.

En los años 60s, los médicos prescribieron anfetaminas como antidepresores diurnos, y barbitúricos como sedantes nocturnos. Algunas de estas drogas adquirieron popularidad en el mercado ilícito de las drogas; a comienzos de los 70s las políticas formuladas estaban dirigidas contra los "abusadores" que obtenían las drogas en el mercado negro<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> *Lancet*, vol. 12, 1978, pág. 946.

<sup>19</sup> R. LACBY, "Prescriptions-What Price Official Secrecy?", in *Open Mind*, núm. 9, 1984, pág. 13.

<sup>20</sup> A. CLARE, "Psychotropic Drug Use in General Practice", in G. TOGNONI, C. BELLANTUONO and M. LADER (eds.), *Epidemiological Impact of Psychotropic Drugs*, Amsterdam, Elsevier/North Holland Biomedical Press, 1981, págs. 189-201.

<sup>21</sup> ISDD, *Prevalence of Psychotropic Drug Taking Amongst Women in the UK*, London, ISDD, 1980.

<sup>22</sup> ISDD, *Surveys and Statistics on Drug Taking in Britain*, London, ISDD, 1984.

<sup>23</sup> MIND, National Association for Mental Health, "What the Patient Ought to Know But Is Not Told: the True Price of Tranquillity", Press release, London, Mind, National Association Mental Health, 1 february 1984.

<sup>24</sup> P. PARISH, "The Prescribing of Psychotropic Drugs in General Practice", in *The Journal of the Royal College of General Practitioners*, Supplement núm. 4, 1971, 21, 92.

<sup>25</sup> M. LADER, "Benzodiazepines-the Opium of the Masses?", in *Neuroscience*, vol. 3, 1978, págs. 159-165.

<sup>26</sup> A. JAMIESON, A. GLANZ and S. MACGREGOR, *Dealing with Drug Misuse: Crisis Intervention in the City*, London, Tavistock, 1984.

Los propios médicos instauraron en 1975 la Campaña sobre el Uso y Restricción de Barbitúricos (CURB) para ayudar a reducir la prescripción de barbitúricos. Mientras que en los años 70s los adictos a barbitúricos no podían obtener tranquilizantes para sustituir su hábito a las drogas, las amas de casa en los años 80s podían conseguir fácilmente tranquilizantes para sustituir el suyo.

Entre 1970 y 1975 el número de prescripciones de barbitúricos y estimulantes disminuyó, mientras que el de tranquilizantes y antidepresores aumentó<sup>27</sup>. WILLIAMS señala que las estadísticas sobre prescripción de sicotrópicos no incluyen las drogas prescritas a pacientes externos e internos, por lo cual deben interpretarse con cautela. Es más, las benzodiazepinas pueden prescribirse como tranquilizantes, hipnóticos o anticonvulsivos, y estas prescripciones pueden incluirse en diferentes encabezamientos de grupos de drogas.

No obstante, los cambios en la práctica de la prescripción pueden sugerir que los médicos formulan cada vez más drogas clasificadas como antidepresores y tranquilizantes para la sedación nocturna. Los tranquilizantes menores, como las benzodiazepinas, fueron comercializados con propiedades tanto de tranquilizantes diurnos, como de sedantes nocturnos. Se creía que las benzodiazepinas eran más eficaces y seguras que los barbitúricos para elevar la ansiedad y la tensión al ocuparse de "la extensión de la ansiedad clínica en la sociedad"<sup>28</sup>.

Sin embargo, las benzodiazepinas, al igual que los barbitúricos, han sido relacionadas con la dependencia física y psicológica<sup>29</sup>, y el Comité de Revisión de Medicinas informó en 1980<sup>30</sup> lo siguiente: "la falta de evidencia firme sobre la eficacia que pudiera apoyar el consumo a largo plazo de las benzodiazepinas en el insomnio y la ansiedad". Recientemente se planteaba que el problema de la dependencia de tranquilizantes es particularmente pertinente a las mujeres, pues consumen estas drogas y enfrentan problemas de dependencia dos veces más que los hombres<sup>31</sup>.

Con casi 40 millones de prescripciones de benzodiazepina a un costo de 30 millones de libras al Servicio Nacional de Salud (NHS) y dado el costo "invisible" para las vidas de miles de mujeres consumidoras, el consumo de benzodiazepinas debe considerarse como un asunto social digno de prestarle la atención crítica que merece. El asunto tiene que ver con una creciente inversión por parte del NHS en la imagen de la mujer como "consumidora pasiva". También tiene que ver con las agresivas estrategias de mercado de la industria farmacéutica que, al igual que la industria del alcohol, tienen como blanco a las mujeres. Para las mujeres el resultado es la perpetuación de su pasividad y domesticidad.

<sup>27</sup> P. WILLIAMS, "Recent Trends in the Prescribing of Psychotropic Drugs", in *Health Trends*, 12, 1980, págs. 6-7.

<sup>28</sup> OHE, "Medicines and the Quality of Life", in *OHE Briefing*, núm. 19, 1982.

<sup>29</sup> M. LADER, "Dependence on Benzodiazepines", in *Journal of Clinical Psychiatry*, 44, 4, 1983, págs. 121-127.

<sup>30</sup> COMMITTEE ON THE REVIEW OF MEDICINE, "Systematic Review of the Benzodiazepines", in *British Medical Journal*, 29 March, 1980, págs. 910-912.

<sup>31</sup> M. LADER, "Introduction", in C. HADDON, *Women and Tranquillizers*, London, Sheldon Press, 1984.

RELEASE, una organización nacional preocupada por el problema de los tranquilizantes y la forma como se relacionan con las mujeres, estima que el dinero invertido por la industria farmacéutica en la publicidad y la promoción representa el doble de lo gastado en investigación y desarrollo<sup>32</sup>. Es más, hay un representante de compañías de drogas por cada ocho médicos internistas en la Gran Bretaña. MELVILLE<sup>33</sup> informó que de 115 anuncios de drogas para tranquilizantes en el *British Medical Journal*, 91 se referían directamente a mujeres pacientes. El mensaje de la mayoría de los anuncios de drogas sicotrópicas dirigido a las mujeres se basa en que las tensiones cotidianas son un problema médico. La intervención se orienta hacia el individuo que está bajo tensión y no hacia una sociedad que necesita cambio<sup>34</sup>. Las mujeres se han convertido en un mercado principal para los sicotrópicos; durante los períodos de depresión económica, la sociedad necesita mantener su creciente número de no-trabajadoras (mujeres) en sus funciones tradicionales de amas de casa, madres, cuidadoras y alimentadoras.

El consumo de drogas sicotrópicas por las mujeres puede verse, al igual que la "depresión"<sup>35</sup>, como un "escape" de la naturaleza opresiva del papel doméstico ubicado dentro de una esfera social útil. En posiciones estructuralmente sin carácter de esposa-esposo o de paciente-médico<sup>36</sup>, las mujeres están entrenadas para ganar cualquier comodidad, alegría o placer que puedan. El suministro de sicotrópicos es permitido por el Estado, promovido por la industria farmacéutica y demandado por la paciente, quien pregunta: "¿Doctor, me podría dar algo para sentirme mejor, menos angustiada y menos deprimida?". En realidad, la pregunta oculta es: "¿Doctor, puede ayudarme a sentirme menos inferior socialmente?" frecuentemente la respuesta a ambas preguntas es una píldora.

La relación entre las mujeres y la profesión médica puede verse históricamente como una relación de control social<sup>37</sup>. La consecuencia de este desarrollo es que las mujeres sean más dependientes que los hombres de la institución de la medicina, y la relación entre una mujer que consume tranquilizantes y su médico puede revelar un proceso de colusión. Dentro de este proceso, a una mujer le puede ser negado —y ella también lo puede negar— un papel activo en mantener su suministro de drogas. Por otra parte, el consumo a largo plazo puede ser consistente con la propia expectativa social de la mujer de "seguir las órdenes médicas". Con la actual tendencia a restringir el suministro de parte del Estado, una campaña de los medios, bien

<sup>32</sup> RELEASE, *Trouble with Tranquillizers*, London, Release, 1982.

<sup>33</sup> JOY MELVILLE, *The Tranquillizer Trap*, London, Fontana, 1984.

<sup>34</sup> G. V. STIMSON, "The Message of Psychotropic Drug Ads", in *Journal of Communication*, 25, 3, 1975, págs. 153-160.

<sup>35</sup> K. NAIRNE and G. SMITH, *Dealing with Depression*, London, The Women's Press, 1984.

<sup>36</sup> M. BARRET and H. ROBERTS, "Doctors and their Patients: The Social Control of Women in General Practice", in C. SMART and B. SMART (eds.), *Women, Sexuality and Social Control*, London, Routledge & Kegan Paul, 1978.

<sup>37</sup> B. EHRENREICH and D. ENGLISH, *Complaints and Disorders: The Sexual Politics of Sickness*, London, Compendium, 1974.

simbolizada por el libro y la reciente película *I'm dancing as fast as I can*, induce a la culpa y a la vergüenza en las mujeres consumidoras de drogas. La respuesta de la industria farmacéutica ha sido la de promover productos socialmente más aceptables, como las vitaminas, que tienen una aceptación mayor de consumo.

#### 4. LA JERARQUÍA DE LAS DEPENDENCIAS: DESEOS PROHIBIDOS Y TABÚ SOCIAL

Cuando los problemas de las mujeres relativos al consumo de drogas sale del dominio privado, los expertos de la sociedad frecuentemente fracasan en la búsqueda de las razones por las cuales ellas consumen drogas de manera diferente de los hombres. El consumo de drogas por parte de las mujeres puede verse más como un problema social que el consumo por parte de los hombres, porque implica la "desestabilidad" de la familia. No hay ambientes públicos, contextos o mecanismos por medio de los cuales las mujeres puedan enfrentar sus experiencias en términos de las elecciones que pueden hacer o los beneficios que reciben del consumo de drogas. Subyacente en la invisibilidad de su consumo, se encuentra el tipo de consumo de drogas voluntario, activo y creativo que HARPWOOD describe e ilustra tan bien<sup>38</sup>.

Como blanco de la codicia de la industria de las drogas y de la ignorancia de la profesión médica, las mujeres han surgido en su actitud tradicional: consumidoras pasivos. A no ser que las mujeres tomen cabal conocimiento de su necesidad de placer, y quizá por su necesidad de mayor placer con o sin drogas, se perpetuará su condición de consumidoras pasivas. La consideración de nociones como "volverse una consumidora activa" o "asumir el autocontrol del consumo de drogas" puede ser un comienzo adecuado si las mujeres consumidoras desear desafiar su actual situación.

Dentro de la sociedad, el consumo de drogas lícitas como ilícitas implica una jerarquía socialmente construida, que abarca desde "las drogas buenas" en la cima de la jerarquía, hasta "las drogas malas" en el fondo. En la jerarquía de las adicciones los tranquilizantes se consideran "buenos" y socialmente necesarios para mantener la felicidad doméstica o la estabilidad de la familia. Es interesante notar que no ha habido investigación sobre tranquilizantes que enfatice el punto de vista del consumidor. Esta falta puede existir porque las mujeres aparecen como "consumidoras primarias". La prescripción de la sociedad según la cual las mujeres deben ser dependientes, eclipsa cualquier experiencia que ellas tengan, ya sea individualmente o en grupo, como seres independientes<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> D. HARPWOOD, *Tea and Tranquillizers*, London, Virago Press, 1982.

<sup>39</sup> LYN PERRY, autor de *Women and Drug Use: an Unfeminine Dependency* (London, ISDD, 1979), suministró valioso asesoramiento y apoyo en la elaboración de este trabajo.

**SECCIÓN  
DE  
LEGISLACIÓN**

## DECRETOS DE ESTADO DE SITIO EN MATERIA DE ARMAS, ESTUPEFACIENTES Y MOTOCICLETAS

DECRETO 3664 DE 1986\*  
(diciembre 17)

por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público

*El presidente de la República de Colombia,*

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

DECRETA:

**Art. 1º.**—Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y en el decomiso de dicho elemento.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando el hecho se cometa en las circunstancias siguientes:

- a) Utilizando medios motorizados.
- b) Cuando el arma provenga de un hecho ilícito.

c) Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.

d) Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.

**Art. 2º.**—Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y en el decomiso del material correspondiente.

La pena mínima anteriormente dispuesta se elevará al doble cuando concurren las cir-

\* Mediante decisión del 12 de marzo del presente año, la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Mag. JESÚS VALLEJO MEJÍA, por una amplia mayoría de 16 votos contra 8, declaró inexecutable este decreto en cuanto otorgaba facultades a los jueces militares para juzgar a civiles, reiterando su decisión del 5 de marzo. Con tal cambio en la Jurisprudencia, se han hecho realidad las aspiraciones de la doctrina y de la judicatura democráticas, de erradicar la amañada y peligrosa interpretación que durante cerca de cuarenta años se dio al art. 170 C.N., pese a que su tenor era, y es claro. Se reivindica así el postulado del *Juez Natural* (art. 26-1 C.N.), tan venido a menos en los últimos tiempos (FERNANDO VELÁSQUEZ V.).

cunstances determinadas en el inciso 2° del artículo 1° de este decreto.

**Art. 3°.**—Los infractores del artículo 1° de este decreto cuando el hecho se realice con cualquiera de las circunstancias previstas en su inciso 2° y quienes infrinjan el artículo 2° de esta misma norma, no tendrán derecho a la libertad provisional ni a condena de ejecución condicional.

**Art. 4°.**—Se atribuye el conocimiento de las infracciones anteriores, a los comandos de brigada, fuerza naval o base aérea, mediante el procedimiento especial del artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar.

**Art. 5°.**—Los fallos de primera instancia proferidos sobre las conductas de que trata este decreto, serán consultadas con el Tribunal Superior Militar, si no fueren apelados.

**Art. 6°.**—Los comandantes de brigada, unidad táctica, base naval o aérea, podrán suspender los salvoconductos ordinarios otorgados para portar armas de defensa personal a quienes consideren necesarios o en las zonas que así lo determine el orden público.

**Art. 7°.**—Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los hechos cometidos a partir de su vigencia.

**Art. 8°.**—Este decreto rige desde la fecha de su publicación, deroga los decretos 1056 y 1058 de 1984 y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 17 de diciembre de 1986.

#### DECRETO 3665 DE 1986

(diciembre 17)

por el cual se dictan medidas sobre control y tráfico de estupefacientes.

*El presidente de la República de Colombia,*

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

DECRETA:

**Art. 1°.**—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, elévase a la condición de delito la contravención descrita en el artículo 64 de la ley 30 de 1986 y las demás previstas en los literales b), c) y d) del artículo 65 de la misma ley, los cuales serán sancionables con pena de prisión de tres (3) a diez (10) años.

**Art. 2°.**—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, las unidades especia-

les de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, destinadas al control de estupefacientes, podrán desarrollar procedimientos para inutilizar pistas de aterrizaje, destruir plantaciones de marihuana, coca y adormidera en los casos previstos por la ley 30 de 1986, cuando las operaciones se realicen en áreas rurales donde no se pueda contar con la presencia inmediata de autoridades judiciales o de representantes del ministerio público, debiendo presentar el correspondiente informe inmediatamente a la autoridad competente.

**Art. 3°.**—Las mismas autoridades de que trata el artículo anterior, están facultadas para destruir los insumos químicos y demás sustancias que se hayan utilizado en el procesamiento de estupefacientes, en los casos autorizados por la ley 30 de 1986 y cuando la operación se realice dentro de las circunstancias que señala el artículo 2° de este decreto.

**Art. 4°.**—Los elementos decomisados o aprehendidos en desarrollo de los procedimientos señalados en los artículos 2° y 3° del presente decreto, serán puestos a disposición del comandante de unidad táctica o unidad operativa o del comandante del departamento de policía, según corresponda, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al decomiso o la aprehensión.

**Art. 5°.**—Los bienes muebles o inmuebles utilizados en la comisión de delitos o contra-

venciones relacionados con estupefacientes, quedarán fuera del comercio y no podrán ser negociados hasta tanto se ejecutorie el fallo judicial definitivo.

**Art. 6°.**—Los informes o dictámenes que rindan a las autoridades los servicios especiales de control de estupefacientes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán el carácter de prueba judicial con sujeción a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

**Art. 7°.**—Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende parcialmente los artículos 43, 64, 65 y 77 de la ley 30 de 1986 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 17 de diciembre de 1986.

#### DECRETO 3667 DE 1986

(diciembre 19)

por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

*El presidente de la República de Colombia,*

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

DECRETA:

**Art. 1°.**—Facúltase a los comandantes de unidades operativas, bases navales y aéreas, para disponer la suspensión de las licencias al personal aeronáutico, marítimo, fluvial y terrestre y los permisos de operación, de acuerdo con los indicios graves que posean provenientes de los organismos de inteligencia, sobre actividades de personas, aeronaves, vehículos marítimos y terrestres, y

operación de aeródromos o pistas, puertos, muelles o terminales marítimos, fluviales y terrestres, vinculados al tráfico de estupefacientes.

**Art. 2°.**—Este decreto rige desde la fecha de su publicación, y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E. a 19 de diciembre de 1986.

DECRETO 3668 DE 1986  
(diciembre 19)

por el cual se modifica parcialmente el Estatuto Nacional para el Control y Comercio de Armas, Municiones, Explosivos y sus accesorios.

*El presidente de la República de Colombia,*

en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

Que la multiplicidad de hechos de violencia que aumentan el deterioro del orden público y atentan contra la vida ciudadana y las instituciones, requiere medios tendientes a contrarrestarlas.

Que es necesario ejercer un control efectivo sobre el porte de armas de fuego en todo el territorio nacional.

Que mediante decreto ejecutivo número 1663 de 1979 (06 julio), se expidió el Estatuto Nacional para el Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, modificado por los decretos 2670 de 1981 y 2003 de 1982.

DECRETA:

**Art. 1º.**—La vigencia de los salvoconductos que amparen el porte de armas de fuego

de defensa personal, será de tres (3) años, y para los que amparen armas de fuego automáticas, será de un (1) año, contados a partir de la vigencia de este decreto o de la fecha de la expedición del respectivo salvoconducto, si fuere posterior.

**Art. 2º.**—Quienes a partir de la vigencia del presente decreto posean armas con salvoconductos cuya expedición exceda de tres (3) años para armas de defensa personal o un (1) año para armas automáticas, deben revalidar el respectivo salvoconducto antes de noventa (90) días ante la autoridad militar competente.

**Art. 3º.**—Este decreto rige desde su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 19 de diciembre de 1986.

DECRETO 3669 DE 1986  
(diciembre 19)

por el cual se dictan normas restrictivas sobre la comercialización, locomoción y registro de motocicletas y se modifican los decretos números 1030 y 1540 de 1985.

*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 de 1984,

DECRETA:

**Art. 1º.**—Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, las agencias vendedoras o distribuidoras

de motocicletas tendrán la obligación de informar al comando de estación o subestación de policía de la jurisdicción, a más tardar dentro de las 24 horas hábiles siguientes, sobre la venta de cualquier vehículo de este tipo,

suministrando las características e identificación numérica de este y los datos del comprador.

**Art. 2º.**—Prohíbese la venta de motocicletas a particulares, con un cilindraje mayor de 125 cc.

Se exceptúan de la presente prohibición, las destinadas a usos comerciales como: la distribución o repartición de víveres y mercancías, y a competencias deportivas, en cuyo caso estarán debidamente registradas a nombre de la casa comercial propietaria o de la liga o club deportivo respectivo.

**Parágrafo.**—Cuando la motocicleta esté destinada a usos comerciales o actividades deportivas, sus propietarios quedarán obligados a que el vehículo lleve los símbolos o colores que permitan identificar la entidad comercial o deportiva a que pertenece o esté afiliado.

**Art. 3º.**—Las secretarías de tránsito y transportes de los departamentos y las inspecciones de tránsito municipal, estarán en la obligación de informar a los comandos de estación o subestación de policía de su jurisdicción, dentro de las veinticuatro (24) horas hábiles siguientes, las nuevas matrículas o traspasos que se realicen en sus dependencias respecto de motocicletas, indicando las características del vehículo y los datos de su propietario.

**Parágrafo.**—El incumplimiento por parte de las autoridades a que se refiere este artículo,

lo, constituirá causal de mala conducta, sancionable con la destitución del cargo.

**Art. 4º.**—Los conductores de motocicletas que requieran desplazarse a departamento diferente a aquel en que se hallen matriculadas, deberán proveerse previamente de un permiso para hacerlo, que será expedido por la Inspección de Tránsito del lugar de residencia, en el cual se anotará el motivo del desplazamiento y la fecha de regreso a su lugar de origen, así como el nombre y documento del titular del permiso.

**Parágrafo.**—Las motocicletas matriculadas en el Distrito Especial de Bogotá, podrán circular libremente en él y en el Departamento de Cundinamarca<sup>1</sup>.

**Art. 6º.**—La violación de las normas contenidas en los artículos 1º, 2º, 4º y 5º, constituyen, contravención que se sancionará en los términos establecidos en el artículo 3º del decreto 1540 de 1985 y por las autoridades y procedimientos señalados en el mismo decreto.

**Art. 7º.**—El presente decreto rige desde su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 19 de diciembre de 1986.

DECRETO 3671 DE 1986\*  
(diciembre 19)

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 de 1984,

DECRETA:

**Art. 1º.**—El conocimiento de los delitos a que se refieren los artículos 32, 33, 34 y 35 de la

ley 30 de 1986, corresponde a la justicia penal militar, la cual los juzgará por el procedimiento señalado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, cuyos fallos serán consultables.

<sup>1</sup>En la edición oficial no incluye el artículo 5º que al parecer se omitió sin explicación alguna. Una muestra más de la improvisación (!) (FERNANDO VELÁSQUEZ V.)

\* La Corte Suprema de Justicia, mediante decisión de marzo 5 del año en curso, act 007, con ponencia del Mag. JESÚS VALLEJO MEJÍA, por una mayoría de 16 votos contra 8, declaró la inexistencia de la competencia a los jueces castrenses para juzgar a civiles. En virtud de lo anterior el Gobierno Nacional, mediante el D. 466/87, expedido en uso de las atribuciones

Tendrán competencia para conocer y juzgar de los anteriores delitos los comandantes de brigada, fuerza naval, base aérea "Germán Olano" y Comando Unificado del Sur.

**Parágrafo.**—La competencia adscrita a la justicia penal militar, por razón del presente decreto, se circunscribirá a las siguientes cantidades de semillas, plantas y droga:

a) Respecto de las semillas a las cuales se refiere el inciso 1° del artículo 32, la jurisdicción penal castrense conocerá únicamente de los procesos que deban iniciarse por la incautación de dos (2) kilos o más.

b) En relación con las plantas a las cuales se refiere el inciso 2° de ese mismo artículo, dicha competencia se limitará a los procesos que deban iniciarse por la incautación de mil (1000) plantas o más.

c) En cuanto se refiere a las diferentes modalidades de droga, mencionadas en el artículo 33, la competencia se circunscribirá a los procesos que deban iniciarse por la incautación de mil (1000) gramos o más.

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

**Art. 3°.**—Los infractores del artículo 1° de este decreto, no tendrán derecho a la libertad provisional ni a condena de ejecución condicional.

DECRETO 3673 DE 1986  
(diciembre 19)

por el cual se dictan medidas tendientes a combatir la impunidad.

*El presidente de la República de Colombia,*

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

DECRETA:

**Art. 1°.**—Quien suministre a la autoridad informes que permitan hacer efectivo el cum-

**Art. 4°.**—Los jueces de instrucción criminal podrán instruir los procesos contra particulares por los delitos a que se refiere el artículo 1° del presente decreto.

Para estos efectos los directores seccionales de instrucción criminal comisionarán a los jueces de instrucción criminal previa solicitud de los comandantes de brigada, fuerza naval, Base Aérea "Germán Olano" y Comando Unificado del Sur.

**Art. 5°.**—La captura y detención preventiva se regirán por las normas pertinentes del Código de Justicia Penal Militar. El término establecido en el artículo 521 del Código de Justicia Penal Militar, será de diez (10) días si fuere uno solo el indagado, y si hubiere dos (2) o más en el mismo proceso, el término será de veinte (20) días.

**Art. 6°.**—Para efectos del presente decreto asignase jurisdicción y competencia, con relación a particulares, al comandante del Comando Unificado del Sur.

**Art. 7°.**—Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los procesos iniciados a partir de su vigencia.

**Art. 8°.**—El presente decreto rige a partir de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 19 de diciembre de 1986.

plimiento de órdenes de captura dictadas con ocasión de la comisión de delitos en el territorio nacional o fuera de él, podrá ser beneficiario de una recompensa monetaria.

del art. 121 de la C. N., creo 39 juzgados especiales antinarcóticos, cuyos cargos deben ser proveídos por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial allí señalados, antes del 10 de abril del presente año.

Igualmente, mediante el D. Extraordinario 468/87 se estableció que las conductas contempladas en el decreto derogado, se seguirían tramitando mediante el procedimiento establecido en el cap. II de la ley 2/84 (FERNANDO VELÁSQUEZ V.)

TÍT. II.—TEORÍA DE LA POSESIÓN

Esta misma recompensa podrá ser reconocida a la persona que suministre informaciones y pruebas eficaces que fundamenten la responsabilidad penal del sindicado o permitan hacerla extensiva a otras personas.

**Art. 2°.**—El Consejo Nacional de Instrucción Criminal recomendará al director general de instrucción criminal los casos en los cuales se reconocerán las recompensas, su cuantía y la oportunidad de su pago.

**Art. 3°.**—En casos especiales, el Consejo Nacional de Instrucción Criminal podrá recomendar que las ofertas de recompensa sean hechas públicas.

Así mismo, cuando lo juzgue conveniente, el Consejo Nacional de Instrucción Criminal podrá autorizar la determinación anticipada del monto de las recompensas.

**Art. 4°.**—El gobierno nacional podrá tomar medidas especiales para proteger a las personas que aporten las informaciones y pruebas eficaces a que se refiere el artículo 1° de este decreto. Estas medidas podrán consistir en la sustitución de los documentos de registro civil y de identidad de la persona, así como la provisión de los recursos económicos indispensables para que las mismas puedan cambiar de domicilio y ocupación, tanto dentro del país como en el exterior.

**Art. 5°.**—Las recompensas de que trata este decreto podrán ser pagadas dentro del país o fuera de él.

**Art. 6°.**—Los actos y providencias que expidan el gobierno nacional, el Consejo Nacional de Instrucción Criminal y el director de instrucción criminal para la ejecución del presente decreto, estarán amparados por la reserva legal.

**Art. 7°.**—El valor de la recompensa se imputará al presupuesto de gastos del Departamento

Administrativo de Seguridad, para lo cual se abrirá una cuenta especial cuyo manejo será absolutamente reservado. El gobierno queda autorizado para realizar todas las operaciones presupuestales necesarias.

El ordenador del gasto para los efectos anotados será el jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, quien no podrá delegar, esta facultad, y deberá rendir informe periódico al contralor general de la República sobre la cuantía y oportunidad de las recompensas pagadas; solamente el contralor general de la República auditará el manejo de la cuenta especial cuyos ingresos también podrán estar constituidos por donaciones.

**Art. 8°.**—A quien fuera de los casos de flagrancia, confesare el hecho durante su primera versión, si fuere condenado se le reducirá la pena hasta en una tercera parte, cuando tal confesión fuere el fundamento de la sentencia.

También podrá ser rebajada la pena hasta en la mitad, cuando de la confesión se derive la condena de otro responsable.

**Art. 9°.**—Los mandatos del artículo anterior también se aplicarán respecto de quienes con sus informaciones permitan la ejecución de órdenes de captura.

**Art. 10.**—Si el informante o colaborador favorecido con el beneficio de la rebaja de la pena reincidiere o cometiere cualquier conducta delictiva, cesarán los efectos de la rebaja de pena.

**Art. 11.**—Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase,

Dado en Bogotá, D. E., a 19 de diciembre de 1986.

# ESTATUTO PENAL ADUANERO

DECRETO 51 DE 1987  
(enero 13)

por el cual se expide el Estatuto Penal Aduanero.

*El presidente de la República de Colombia,*

en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 2º de la ley 52 de 1984 y consultada la Comisión Asesora que ella estableció,

DECRETA:

ESTATUTO PENAL  
ADUANERO

LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO

**Art. 1º.**—*Finalidad de este estatuto.* El Estatuto Penal Aduanero comprende los hechos cuya investigación y fallo corresponde a la justicia penal aduanera que es una rama especial del poder jurisdiccional del Estado.

**Art. 2º.**—*Principios rectores.* Este Estatuto se regirá por los principios rectores de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

TÍTULO II

LA PUNIBILIDAD

CAPÍTULO I

*Las penas*

**Art. 3º.**—*Penas principales.* Son penas principales la prisión, el arresto y la multa.

**Art. 4º.**—*Penas accesorias.* Son penas accesorias, las siguientes:

- 1) Restricción domiciliaria.
- 2) Prohibición de ejercer el comercio.
- 3) Interdicción de derechos y funciones públicas.
- 4) Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio.
- 5) Expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

**Art. 5º.**—*Duración de las penas.* La duración máxima de las penas es la siguiente:

- Prisión, hasta ocho años.  
Arresto, hasta cinco años.  
Restricción domiciliaria, hasta tres años.

Interdicción de derechos y funciones públicas, hasta ocho años.

Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, hasta cinco años.

La expulsión del territorio nacional tiene carácter permanente.

**Art. 6º.**—*La multa.* La multa consiste en la obligación de pagar al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, una suma comprendida en moneda nacional entre cinco y un mil gramos de oro.

**Art. 7º.**—*Amortización mediante trabajo.* La multa puede amortizarse con trabajo, en la forma señalada por el Código Penal.

**Art. 8º.**—*Conversión de multa en arresto.* La pena de multa no pagada dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, se convertirá en arresto a razón de un día de detención por el equivalente al doble del salario mínimo legal diario.

Cuando se convierta la multa en arresto, este no podrá exceder de dos (2) años. El arresto cesará cuando se satisfaga la parte de la multa que no se haya cumplido con privación de la libertad.

El juez, en casos especiales, podrá fijar plazos y cuotas para el pago de la multa de acuerdo con el Código Penal.

La multa se pagará en la oficina seccional del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia o en la entidad que este señale, y el recibo correspondiente deberá agregarse a los autos.

**Art. 9º.**—*Penas accesorias a la de prisión.* La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de ejercer el comercio, por un período igual al de la pena principal. Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14.

**Art. 10.**—*Penas accesorias a la de arresto.* Al imponer la pena de arresto, el juez podrá aplicar las accesorias que considere convenientes teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14.

**Art. 11.**—*Expulsión del territorio nacional.* La expulsión del territorio nacional se dispon-

drá en la sentencia que condene al extranjero a pena de prisión y se ejecutará una vez cumplida esta.

**Art. 12.**—*Prohibición de ejercer el comercio.* La prohibición para el ejercicio del comercio implica la cancelación de la inscripción en el registro respectivo y la clausura del establecimiento del condenado por el tiempo que señale la sentencia, para lo cual se oficiará a las cámaras de comercio del país y a las demás autoridades competentes.

**Art. 13.**—*Condena de ejecución condicional.* Al otorgar la condena de ejecución condicional, el juez impondrá las obligaciones a que se refiere el artículo 69 del Código Penal, con excepción de la contenida en el numeral tercero, a menos que se trate de delito conexo que haya ocasionado perjuicios.

CAPÍTULO II

*Dosificación de la pena*

**Art. 14.**—*Criterios para fijarla.* El juez fijará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación, la personalidad del agente, su capacidad económica, el valor de la mercancía, el monto de los impuestos burlados, la calidad de empleado oficial, la de tramitador de aduanas y los demás criterios señalados en el Código Penal.

**Art. 15.**—*Cooperación del agente.* La pena se disminuirá hasta en la mitad cuando el agente confiese en forma espontánea, veraz y oportuna, su participación en la comisión del hecho punible o cuando colabore eficazmente en la aprehensión del contrabando o la identificación o captura de otros responsables.

CAPÍTULO III

*Prescripción de la acción y de la pena*

**Art. 16.**—*Término de extinción de la acción.* La acción penal y la pena por el delito de contrabando prescribirán en cinco (5) años.

La acción penal y la pena por contravención penal aduanera prescribirán en dos (2) años.

**Art. 17.—Iniciación del término de prescripción.** La prescripción de la acción comenzará a contarse, para los hechos punibles instantáneos, desde el día de la consumación; para los tentados o permanentes, desde la perpetración del último acto y cuando se desconozca la fecha de realización del hecho, desde aquella en que se haya aprehendido la mercancía.

#### CAPÍTULO IV

##### Decomiso de bienes

**Art. 18.—Concepto.** El decomiso es el acto en virtud del cual pasan a poder del Estado las mercancías declaradas de contrabando, los instrumentos con que se haya cometido el hecho, los medios de transporte y las cosas y valores que provengan de su ejecución.

No habrá decomiso de los medios de transporte y demás elementos utilizados en la comisión de los hechos, si se acredita la buena fe de quienes tengan derecho sobre ellos.

### LIBRO SEGUNDO

#### PARTE ESPECIAL

### TÍTULO III

#### EL HECHO PUNIBLE ADUANERO

#### CAPÍTULO I

##### Delitos

**Art. 19.—Contrabando de régimen prohibido.** El que importe o exporte mercancía de prohibida importación o exportación, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

**Art. 20.—Contrabando por fuera de la Aduana.** El que importe o exporte mercancía sin presentarla o declararla ante la autoridad adua-

nera, o por lugares no habilitados, incurrirá en prisión de dieciocho (18) meses a cinco (5) años.

**Art. 21.—Contrabando cualificado.** El que importe o exporte mercancías valiéndose de documentos falsos, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

**Art. 22.—Contrabando por sustracción.** El que sustraiga del control de la Aduana, mercancía que no haya sido despachada para consumo, incurrirá en prisión de dieciocho (18) meses a cinco (5) años.

La pena será de tres (3) años a ocho (8) años de prisión, cuando la sustracción se haga valiéndose de documentos falsos.

**Art. 23.—Contrabando interno.** El que sin ser partícipe de cualquiera de los delitos descritos en los artículos anteriores, transporte, almacene, tenga, posea, adquiera, venda, permute, oculte, use, dé o reciba en depósito, destruya o transforme mercancía introducida al país de contrabando, incurrirá en arresto de seis (6) meses a cinco (5) años.

A la misma sanción quedarán sometidos los propietarios, administradores o tenedores de trilladoras o tostadoras de café que funcionen sin autorización de la Dirección General de Aduanas.

**Art. 24.—Depósito y transporte no autorizados de café.** El que tenga, posea o almacene café en lugares no autorizados, o lo transporte por rutas distintas de las autorizadas, o en medios de transporte no inscritos en la Dirección General de Aduanas, sin la guía de tránsito o el certificado de revisión, incurrirá en prisión de dieciocho (18) meses a cinco (5) años.

La pena se aumentará hasta en la mitad cuando se trate de café desnaturalizado o semitostado.

**Art. 25.—Contrabando por matrícula irregular de automotores.** El que, sin permiso de autoridad competente, intervenga en la matrícula o traspaso de automotor importado temporalmente o de contrabando, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

**Art. 26.—Contrabando de mercancía de circulación restringida.** El que, sin permiso de autoridad competente, ponga en libre circula-

ción mercancía importada temporalmente para reexportación en el mismo estado o para perfeccionamiento activo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco (5) años.

#### CAPÍTULO II

##### Contravenciones

**Art. 27.—Cambio de destinación.** El que destine mercancía despachada para consumo restringido a lugares, personas o fines distintos de los autorizados, incurrirá en multa de cinco a un mil gramos oro.

**Art. 28.—Tenencia o posesión extemporáneas.** El que tenga o posea mercancía importada temporalmente, vencido el plazo de permanencia en el país, incurrirá en multa de cinco a un mil gramos oro.

**Art. 29.—Alteración de identificación.** El que altere la identificación de mercancía que no se encuentre en libre circulación, incurrirá en multa de cinco a un mil gramos oro.

### LIBRO TERCERO

#### PARTE PROCEDIMENTAL

### TÍTULO IV

#### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

#### CAPÍTULO ÚNICO

**Art. 30.—De la jurisdicción penal aduanera.** Ejercen la jurisdicción penal aduanera:

- 1) La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- 2) El Tribunal Superior de Aduanas.
- 3) Los jueces superiores de aduanas.
- 4) Los jueces de instrucción penal aduanera.
- 5) Los jueces de distrito penal aduanero.
- 6) Los jueces de instrucción criminal y los municipales, penales o promiscuos, en los casos y circunstancias establecidas en el artículo 38 de este Estatuto.

**Art. 31.—Competencia de la Corte Suprema de Justicia.** La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, conoce:

- 1) De los recursos extraordinarios de casación y revisión.
- 2) De los recursos de hecho cuando se deniegue el de casación.

**Art. 32.—Competencia del Tribunal Superior de Aduanas.** El Tribunal Superior de Aduanas tiene competencia en todo el territorio nacional y conoce:

- 1) En segunda instancia por apelación, consulta o por virtud del recurso de hecho, de los procesos por el delito de contrabando y los delitos conexos, de que conocen en primera instancia los jueces superiores de aduanas.
- 2) De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos penales aduaneros, entre jueces superiores de aduanas.
- 3) De los cambios de radicación en los procesos penales aduaneros. El Tribunal decidirá en Sala Plena.

**Art. 33.—Competencia de los jueces superiores de aduanas.** Los jueces superiores de aduanas conocen:

- 1) En primera instancia, de los procesos por los delitos de contrabando cuya cuantía exceda de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales y de los delitos que se cometan en connexidad con el de contrabando, sin consideración a la cuantía, salvo los que requieran la intervención del jurado, caso en el cual la jurisdicción penal aduanera conocerá del delito de contrabando y la ordinaria del delito conexo.

- 2) En segunda instancia, de los recursos de apelación y de hecho de las consultas en los procesos de que conocen en primera instancia los jueces de distrito penal aduanero.
- 3) De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos penales aduaneros, entre los jueces de distrito del respectivo circuito.

**Art. 34.—Competencia de los jueces de distrito.** Los jueces de distrito penal aduanero conocen:

- 1) En única instancia de los delitos de contrabando y de las contravenciones penales aduaneras cuya cuantía sea hasta de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales.

2) En primera instancia de los delitos de contrabando cuya cuantía exceda de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales y hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales.

3) En primera instancia de las contravenciones penales aduaneras cuya cuantía exceda de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales.

**Art. 35.—Ajuste de cuantías.** El ajuste de cuantías se aplicará sin que en ningún tiempo se afecte la competencia en los procesos iniciados. Cuando se determinen las cifras aquí previstas, se aproximarán a la menor decena de mil pesos (\$ 1.000) más cercana.

**Art. 36.—Competencia de los jueces de instrucción.** Los jueces de instrucción penal aduanera tienen competencia en el territorio de su jurisdicción, pero podrán practicar diligencias fuera de él, cuando la urgencia e interés para los fines del sumario que adelantan, lo hagan aconsejable.

Los jueces de instrucción penal aduanera investigarán los delitos de que conocen en primera instancia los jueces superiores de aduanas.

**Art. 37.—Jueces de instrucción penal aduanera ambulantes.** Los jueces de instrucción penal aduanera ambulantes tienen competencia en todo el territorio nacional e investigan los delitos de contrabando de que conocen en primera instancia los jueces superiores de aduanas, por comisión de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, a petición del juez competente o del ministerio público.

**Art. 38.—Otros funcionarios de instrucción.** Los jueces penales municipales y promiscuos adelantarán la instrucción de los hechos punibles aduaneros, que se cometan en el territorio de su jurisdicción, mientras la asume el juez de instrucción competente.

Los jueces de instrucción criminal adelantarán la investigación de los delitos de contrabando por decisión del respectivo director seccional de instrucción criminal, tomada a solicitud del juez del conocimiento o del mi-

nisterio público, cuando así lo aconsejen la gravedad y características de la infracción.

**Art. 39.—Competencia por concurso de delito y contravención penal aduanera.** Del concurso de un delito de contrabando y una contravención de la misma índole, conocerá el juez competente en razón del delito.

En caso de concurso de una contravención penal aduanera y un delito común, el juez que conozca de aquella enviará copia de lo necesario al juez penal competente para conocer del delito.

**Art. 40.—Competencia territorial.** Son competentes en razón del territorio, el juez del lugar donde se haya aprehendido la mercancía; aquel por donde se haya importado o exportado, cuando no se produzca aprehensión, y cualquiera a prevención en los demás casos.

## TÍTULO V

### PROCEDIMIENTO

#### CAPÍTULO I

##### *Procedimiento de primera y segunda instancias*

**Art. 41.—Iniciación y trámite.** Los procesos de competencia de los jueces superiores de aduanas se iniciarán y tramitarán de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

**Art. 42.—Segunda instancia por apelación o consulta.** Recibido el expediente será repartido al magistrado sustanciador, quien correrá traslado inmediatamente al agente del ministerio público por cinco (5) días, para concepto de fondo, y luego a las demás partes en secretaría por el término común de cinco (5) días.

Al día siguiente de surtido el traslado, el expediente pasará al despacho del ponente,

quien dispone de diez (10) días para registrar proyecto y la Sala de otros tantos para resolver.

La segunda instancia para los procedimientos abreviados, y la apelación contra las providencias que decidan sobre la detención o la libertad del procesado, se tramitarán y resolverán en la forma señalada en el Código de Procedimiento Penal.

El trámite de segunda instancia en los juzgados superiores de aduana, será el mismo previsto en este artículo en cuanto sea pertinente.

**Art. 43.—Libertad provisional.** Además de los casos contemplados en el Código de Procedimiento Penal, habrá lugar a conceder la libertad provisional:

1) Para los capturados en flagrancia, en los procesos de competencia de los jueces de distrito penal aduanero.

2) En los procesos de única instancia.

#### CAPÍTULO II

##### *Procedimiento ante juez de distrito penal aduanero*

**Art. 44.—Primera instancia.** El procedimiento de primera instancia ante juez de distrito penal aduanero será el mismo de los procesos que deben adelantarse ante los jueces superiores de aduanas, pero los términos se reducirán a la mitad.

Los jueces de distrito penal aduanero instruirán los procesos de su competencia y dictarán las resoluciones a que haya lugar, de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal.

**Art. 45.—Única instancia.** Abierta la investigación por el juez de distrito penal aduanero, se citará al sindicado, se le oír en indagatoria, si no compareciere se le declarará ausente, se le nombrará defensor de oficio y se practicarán las pruebas conducentes, todo en término que no exceda de treinta (30)

días. En el mismo auto que resuelva la situación jurídica se concretarán cargos al inculpa-

do y se citará para audiencia dentro de los quince (15) días siguientes. La sentencia debe ser dictada dentro de los cinco (5) días siguientes a la celebración de la audiencia.

Si no hubiere mérito para formular cargos, se ordenará cesar el procedimiento en favor del sindicado.

## TÍTULO VI

### PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO

#### CAPÍTULO I

##### *Sujetos procesales*

**Art. 46.—Quiénes son.** Los sujetos procesales son:

1) El ministerio público.

2) El procesado y su defensor.

3) El director general de aduanas y los administradores de aduanas en caso de ser abogados, o por medio de apoderado que sea funcionario de la Dirección General de Aduanas, para la petición y práctica de pruebas, la presentación de alegatos y la interposición de recursos, respecto del carácter de contrabando de la mercancía.

4) Los aprehensores y denunciantes particulares, por conducto de apoderado, con el fin exclusivo de aportar o pedir pruebas para demostrar la calidad de tales y la materialidad de la infracción.

5) Por medio de apoderado, los terceros de buena fe que tengan derecho patrimonial sobre los bienes involucrados en el proceso. Su intervención se tramitará como incidente, de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal.

6) La parte civil, para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito conexo.

## CAPÍTULO II

### El ministerio público

**Art. 47.—Representantes.** El ministerio público se ejerce por el procurador general de la Nación, por los fiscales del Tribunal Superior de Aduanas, por los fiscales de los juzgados superiores de aduanas, por los fiscales de los juzgados de circuito, por los personeros municipales y por agentes especiales del ministerio público, designados conforme a la ley.

**Art. 48.—Su ejercicio.** El procurador general de la Nación, por intermedio de sus delegados, ejerce las funciones de ministerio público ante la Corte Suprema de Justicia; los fiscales del Tribunal Superior de Aduanas, ante dicha entidad; los fiscales de juzgados superiores de aduanas ante sus respectivos jueces y ante los jueces de instrucción penal aduanera y los fiscales de circuito y los personeros municipales, según el caso, ante los jueces de distrito penal aduanero y ante los jueces de instrucción penal aduanera, cuando estos actúen fuera de su sede.

El ministerio público se ejercerá ante los jueces de instrucción criminal por los fiscales de juzgado superior de aduanas, cuando investiguen delitos de competencia de los jueces superiores de aduanas; por los fiscales de circuito cuando investiguen delitos de competencia de los jueces de distrito penal aduanero, y por los personeros municipales cuando actúen fuera de su sede o en lugar donde no exista fiscal de juzgado superior de aduanas o de circuito.

## TÍTULO VII

### CAPÍTULO I

#### Recursos y consulta

**Art. 49.—Apelación.** El recurso de apelación procederá y se tramitará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Penal.

Además, serán susceptibles del recurso de apelación, las siguientes providencias:

#### A. En efecto suspensivo:

- 1) La que declare de contrabando la mercancía.
- 2) La que ordene entregarla definitivamente.
- 3) La que ordene ponerla definitivamente a disposición de la Aduana.
- 4) La que ordene la entrega definitiva de los medios de transporte.

#### B. En efecto diferido:

- 1) La que decreta la enajenación de la mercancía.
- 2) La que ordene destruirla.
- 3) La que reconozca o niegue el derecho a conservarla, en el caso del artículo 73.
- 4) La que ordene la entrega provisional de los medios de transporte y de la maquinaria destinada a la industria en funcionamiento.

**Art. 50.—Consulta.** Son consultables, cuando no se hubiere interpuesto el recurso de apelación dentro del término legal, la sentencia absolutoria y las providencias que ordenen la entrega definitiva de la mercancía o de los medios de transporte o de sus precios.

**Art. 51.—Casación.** Habrá recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por el Tribunal Superior de Aduanas, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad, cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años y la mercancía tenga un valor superior al equivalente en moneda nacional a cinco mil gramos oro.

También habrá recurso de casación, cuando el Tribunal hubiere dictado sentencia por uno o más delitos conexos en relación con los cuales proceda el recurso conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal.

## CAPÍTULO II

### Cuerpo Técnico de Policía Judicial

**Art. 52.—Cuerpo Técnico de Policía Judicial.** Además de las autoridades ordinarias, ejercerán esta función el director general de aduanas, los administradores de aduanas, los funcionarios de la División de Investigaciones Especiales de la Dirección General de Aduanas y los comandantes y agentes del Resguardo, en la forma y dentro de los términos del Estatuto del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

## TÍTULO VIII

### MERCANCÍA Y PARTICIPACIONES

#### CAPÍTULO I

##### Mercancía

**Art. 53.—Aprehensión.** Toda persona que aprehenda mercancía por contrabando la entregará en depósito inmediatamente, en el Fondo Rotatorio de Aduanas, junto con los medios de transporte, y comunicará los hechos al juez dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Los gastos indispensables para la movilización y depósito de la mercancía, correrán por cuenta del presupuesto del Fondo Rotatorio de Aduanas, salvo los relacionados con el café, que corresponden al Fondo Nacional del Café.

**Art. 54.—Excepciones.** En la forma señalada en el artículo anterior se procederá con las armas, municiones, explosivos, pero se entregarán al Departamento de Material de Guerra del Ministerio de Defensa; el café a la seccional de Almacafé S. A. o a la inspección cafetera más cercana; las partes del cuerpo humano y drogas de uso humano, al Ministerio de Salud; las sustancias químicas y drogas de uso animal, al Ministerio de Agricultura; los isótopos radioactivos al Instituto Nacio-

nal de Asuntos Nucleares y los bienes que conforman el patrimonio arqueológico, histórico, artístico y cultural del país, al Instituto Colombiano de Cultura, todo de acuerdo con el reglamento que expida el gobierno nacional.

**Parágrafo.**—Cuando no fuere posible depositar las mercancías en estas entidades, serán entregadas al Fondo Rotatorio de Aduanas que procederá a distribuirlas de acuerdo con la destinación que corresponda, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes.

**Art. 55.—Retención.** Las mercancías y medios de transporte cuya retención haya sido ordenada por un juez de aduana, quedarán a órdenes suyas, de acuerdo con los artículos anteriores, aunque sean objeto de otras sanciones.

**Art. 56.—Custodia.** El Fondo Rotatorio de Aduanas y demás depositarios tienen el deber de custodia y administración de los bienes que les hayan sido entregados en depósito, de conformidad con los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

**Art. 57.—Inventario.** Los depositarios recibirán la mercancía por inventario detallado del cual enviarán dos copias al juez dentro de los cinco (5) días siguientes. El juez respectivo informará a la entidad depositaria, el número de radicación del proceso.

**Art. 58.—Depósito de otros elementos.** Los objetos utilizados para la comisión de delitos conexos al de contrabando, serán depositados según el Código Penal y su restitución se tramitará de acuerdo con el de Procedimiento Penal.

**Art. 59.—Orden de reconocimiento y avalúo.** El juez en el auto cabeza de proceso, o luego, al día siguiente de la aprehensión, designará perito para el avalúo y reconocimiento de la mercancía y de los demás efectos retenidos.

Los dictámenes sobre café deben ser rendidos por perito de la Oficina de Control de Calidades de la Federación Nacional de Cafeteros.

**Art. 60.—Dictamen de reconocimiento.** El perito identificará la mercancía por su natu-

raleza, características, estado, cantidad, peso, volumen, medida, origen nacional o extranjero y la evaluará por su precio comercial en el país, dando cuenta y razón de su dictamen. Si fuere imposible aprehender la mercancía, el perito dictaminará con base en los elementos de juicio aportados a la investigación.

**Art. 61.—Dictámenes técnicos.** El juez acudirá a técnicos de la Dirección General de Aduanas, de los laboratorios oficiales o de cualquier otro organismo idóneo, para establecer la clasificación arancelaria, el origen, naturaleza, características de la mercancía y monto de los derechos de aduana dejados de cubrir al Estado.

Tales dictámenes deberán rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el hecho de la firma, y serán apreciados conforme a las reglas de la sana crítica.

**Art. 62.—Traslado.** Los dictámenes se pondrán en conocimiento de todas las partes, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal.

**Art. 63.—Orden judicial de venta.** El juez, en providencia motivada, dentro de un término que no puede exceder el de la instrucción y siempre que aparezca prueba de la materialidad del hecho punible, decretará la enajenación de la mercancía.

Quando transcurra el término aquí previsto y no fuere posible identificar al autor o partícipe de los hechos, la Policía Judicial enviará las diligencias preliminares al juez competente para que ordene la enajenación de la mercancía. Ejecutoriada esta providencia el juez devolverá las diligencias a la Policía Judicial.

El juez comunicará esta decisión y el avalúo de la mercancía, al Fondo Rotatorio de Aduanas.

**Art. 64.—Venta directa.** En cumplimiento de la orden judicial, se dará preferencia a la venta directa de mercancías a las entidades oficiales, de economía mixta, de beneficencia y cooperativas debidamente constituidas, por el Fondo Rotatorio de Aduanas que entregará los dine-

ros recaudados a quien ordene el juez, cuando este decida que la mercancía no es de contrabando. En todo caso se debe informar al juez sobre el destino que se haya dado a la mercancía.

**Parágrafo.—**Las cosas perecederas serán enajenadas directamente y los más pronto posible, sin necesidad de orden judicial, por la entidad depositaria que entregará su producto al Fondo Rotatorio de Aduanas. Son cosas perecederas los equipos de computación y sus elementos periféricos.

**Art. 65.—Remate.** De no ser posible la venta directa, el juez, por auto de sustanciación ordenará el remate de la mercancía y medios de transporte, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, sobre la base del avalúo judicial, por conducto del Fondo Rotatorio de Aduanas o de Martillo legalmente autorizado.

**Art. 66.—Destino del café.** La Federación Nacional de Cafeteros adquirirá definitivamente el café y el que actualmente se encuentre en sus bodegas, al precio del día de la aprehensión.

Quando se declare que el café aprehendido no es de contrabando, se ordenará la devolución de su precio.

**Art. 67.—Excepciones.** No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el gobierno nacional, cuando las condiciones económicas del país lo hagan necesario, señalará otro destino a los bienes y las participaciones serán cubiertas por el Tesoro Nacional, todo de conformidad con el reglamento que expida para estos efectos.

**Art. 68.—Destrucción.** Cuando se establezca que la mercancía puede afectar la salubridad pública, será destruida por orden del juez, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, previo informe técnico al respecto.

En la misma forma se procederá cuando se trate de café no apto para consumo humano.

**Art. 69.—Declaratoria de contrabando.** La declaración de que una mercancía es de contrabando, se hará en el auto inhibitorio, en el que dispone la cesación de procedimiento o en la sentencia.

**Art. 70.—Entrega de mercancías.** Cuando se declare que la mercancía no es de contrabando, el juez ordenará la entrega de ella o de su precio a quien demuestre derechos sobre la misma.

**Art. 71.—Importadores de buena fe.** Cuando el retiro de la mercancía se haga sin el pago de los derechos de aduana, el importador podrá demandar nuevo despacho para consumo, con la presentación de los documentos que acrediten su buena fe en la importación y retiro de la mercancía.

Tramitado el incidente, el juez pondrá la mercancía en forma definitiva a disposición de la aduana respectiva y ordenará que prosiga la investigación contra los partícipes de los hechos.

**Art. 72.—Terceros adquirentes de buena fe.** Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará en lo pertinente, respecto de los terceros adquirentes de buena fe.

**Art. 73.—Derecho a conservar la mercancía.** En los casos previstos en los dos artículos anteriores, si la mercancía se encuentra en poder del importador o del tercero, la conservará en depósito mientras acredita su buena fe, previa constitución de garantía bancaria o de seguros por el valor comercial de ella.

**Art. 74.—Bienes de uso oficial.** No habrá lugar a aprehensión cuando la mercancía y los medios de transporte se hallen bajo responsabilidad de entidades de derecho público, al momento de cometerse el hecho.

**Art. 75.—Entrega provisional.** Los medios de transporte de empresas de servicio público regular y la maquinaria destinada a la industria que se encuentre en funcionamiento, se depositarán por el juez a su propietario una vez se acrediten tales requisitos y previa constitución de garantía que cubra el valor de los bienes, con vigencia hasta la terminación del proceso. El juez decidirá de plano por auto motivado.

## CAPÍTULO II

### Participaciones

**Art. 76.—Titulares.** Los particulares, denunciadores o aprehensores, tendrán derecho

a percibir el diez por ciento (10%) del producto líquido del remate o venta directa de los bienes decomisados.

En caso de pluralidad de denunciadores o aprehensores, la participación correspondiente se dividirá entre ellos por cabezas.

Quando fueren aprehensores los empleados oficiales, se reconocerá a favor del Fondo de Bienestar Social o fondo interno de la entidad correspondiente, como única participación, el veinte por ciento (20%) del producto líquido del remate o venta directa, de los bienes decomisados, y si intervinieren entidades diferentes se repartirá entre ellas por partes iguales.

Realizado el pago de las participaciones, el remanente ingresará en forma definitiva al patrimonio del Fondo Rotatorio de Aduanas, incluidos los casos previstos en el artículo 54.

**Art. 77.—Participaciones anticipadas.** Los cuerpos armados del Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior y con el reglamento que expida el gobierno, podrán recibir hasta un cincuenta por ciento (50%) como anticipo de participación por la aprehensión de café y el remanente cuando se ordene el decomiso.

Los gastos de movilización, depósito y pago de participaciones anticipadas no se descontarán cuando se declare que el café no es de contrabando.

**Art. 78.—Reconocimiento.** En la misma providencia que declare de contrabando la mercancía, se reconocerán y graduarán las participaciones y se ordenará su pago por el Fondo Rotatorio de Aduanas como responsable de ellas.

El gobierno nacional por resolución ejecutiva podrá destinar al servicio oficial los bienes y medios de transporte decomisados, caso en el cual las participaciones serán de cargo del Tesoro Nacional.

**Art. 79.—Denunciadores.** Son denunciadores las personas que oportunamente, pero en todo caso antes de la aprehensión de la mercancía, informen a la autoridad sobre los hechos.

**Art. 80.—Aprehensores.** Son aprehensores quienes directa o indirectamente, pero de manera eficaz, colaboren en los actos materiales propios para interceptar la mercancía.

**Art. 81.—Orden judicial de cumplimiento inmediato.** El pago de los participaciones, el reintegro de bienes o de su precio, se hará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la comunicación del juez, por el Fondo Rotatorio de Aduanas o la entidad correspondiente, con fundamento en las copias de lo pertinente de la resolución jurisdiccional ejecutoriada.

**Art. 82.—Campañas para prevenir el contrabando.** Anualmente se destinará una partida del presupuesto del Fondo Rotatorio de Aduanas, superior al cinco por ciento (5%) [sic] del recaudo líquido por concepto de enajenación de mercancías y demás elementos decomisados, ajustada al año inmediatamente anterior, para adelantar campañas públicas tendientes a prevenir el contrabando, educar en este aspecto a los ciudadanos y crear estímulos entre las personas que sobresalgan en combatirlo.

## TÍTULO IX

### CAPÍTULO ÚNICO

#### *Aplicación de otros estatutos y vigencia del ordenamiento*

**Art. 83.—Disposiciones transitorias de emergencia.** El juez superior de aduanas ordenará cesar todo procedimiento a favor de los sindicatos respectivos o en relación con la investigación, según el caso, siempre que la situación jurídica esté consolidada antes de la vigencia transitoria de esta norma, mediante auto interlocutorio que resuelva, además, la situación de la mercancía, medios de transporte e instrumentos involucrados en el proceso, y archivará el expediente, en los siguientes casos:

1) Cuando transcurridos más de veinticuatro (24) meses después de la realización del hecho punible, no se hubiere calificado definitivamente la actuación. El término se contará a partir del momento en que la autoridad competente conociere de la realización del hecho.

2) Cuando hubieren transcurrido más de dieciocho (18) meses de haber sido oída una persona en indagatoria, sin que haya sido posible aportar prueba suficiente para decretar su detención, o esta hubiere sido revocada. Este término se contará a partir de la ejecutoria de la decisión que ordenó la revocatoria.

3) Cuando hubieren transcurrido más de dos (2) meses de haberse ejecutoriado el archivo del sumario, sin que se hubiere calificado definitivamente.

4) Cuando hubieren transcurrido más de doce (12) meses, a partir de la ejecutoria de la acusación correspondiente, o de su aceptación, o del auto de llamamiento a juicio, sin que se hubiere dictado sentencia de primera instancia.

5) Cuando transcurridos más de sesenta (60) días de investigación, no se hubiere identificado o individualizado al autor o partícipe de los hechos.

**Parágrafo 1.—**En los eventos en que no se hubiere abierto investigación y ella se acomode a la situación contemplada en el ordinal primero de este artículo, se dictará auto inhibitorio.

**Parágrafo 2.—**Los jueces de distrito penal aduanero, en los asuntos de su competencia, decidirán en los casos enumerados en este artículo.

**Parágrafo 3.—**Para tomar las decisiones previstas en los casos enumerados en este artículo, no se requerirá concepto del ministerio público. Tales determinaciones no serán consultables, salvo las que ordenen entregar la mercancía.

**Parágrafo 4.—**Los fiscales a quienes se les hubiere vencido o se les venzan los términos

Para rendir concepto, durante la vigencia de esta norma, dejarán constancia en el expediente y lo devolverán en el acto al funcionario competente.

**Parágrafo 5.—**Las disposiciones transitorias anteriores, estarán vigentes hasta el treinta (30) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

**Art. 84.—Aplicación de otros Códigos.** En las situaciones no reguladas por el presente Estatuto, se aplicarán las normas de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en cuanto les sean pertinentes.

**Art. 85.—Derogatoria.** Deróganse los decretos-leyes 955 de 1970, 520 de 1971, la ley 21

de 1977 y las disposiciones especiales que sean contrarias a este Estatuto, excepto la ley 55 de 1985 que continúa vigente.

**Art. 86.—Vigencia de este Estatuto.** El presente Estatuto entrará en vigencia el primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) y se aplicará a los procesos en curso que se encuentren en la etapa de investigación y a los que se inicien con posterioridad a ella. Los demás continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, D. E., a 13 de enero de 1987.

## MODIFICACIONES AL DECRETO 50 DE 1987

DECRETO 155 DE 1987

Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público.

*El presidente de la República de Colombia,*

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

### CONSIDERANDO:

Que es necesario contar con cuerpos especializados en la lucha contra la delincuencia organizada.

Que se están adelantando los estudios necesarios para poner en funcionamiento el Cuerpo Técnico de Policía Judicial previsto en los decretos 50 y 54 del presente año.

Que es indispensable dictar las normas que garanticen una adecuada defensa de los intereses ciudadanos y que sirvan para erradicar los hechos que perturban el orden público, para lo cual el Estado debe contar, en épocas de excepción con toda clase de organismos especializados,

### DECRETA:

**Art. 1°.**—La Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación ejercerá funciones de policía judicial en la misma forma que el artículo 331 del decreto 50 de 1987 lo establece para la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

**Art. 2°.**—El procurador general de la Nación o, por designación suya, el procurador delegado

para la Policía Judicial, coordinará las actividades del personal de Policía Judicial a que se refiere el artículo anterior con el director nacional de instrucción criminal.

**Art. 3°.**—El porte de armas por el personal de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, estará subordinado a la expedición del salvoconducto respectivo, la cual se hará a petición del procurador delegado para la Policía Judicial.

**Art. 4°.**—De conformidad con el decreto 1663 de 1979, artículo 4°, la adquisición y abastecimiento de armas, municiones y material de guerra para servicio de la Procuraduría General de la Nación, estará a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, así como el control de sus existencias y conservación, que efectuará a través del Comando General de las Fuerzas Militares y la Industria Militar, como empresa vinculada a dicho Ministerio.

**Art. 5°.**—Los gastos que demande el cumplimiento de este decreto, serán sufragados con cargo al presupuesto de la Procuraduría General de la Nación.

**Art. 6°.**—Este decreto rige desde su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Corte Suprema de Justicia

### INCOMPETENCIA DEL JURADO PARA RECONOCER LA INIMPUTABILIDAD

La Corte reitera la jurisprudencia anterior en el sentido de que el jurado de conciencia no puede pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado, aunque con la variante de que el veredicto que la declare se considera inexistente, pues obra una causal suprallegal de nulidad. Afirma la responsabilidad penal de los inimputables y concibe la inimputabilidad como fenómeno residual.

Magistrado ponente: Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME  
(octubre 28 de 1986)

El tema que han propuesto el señor defensor y el señor procurador delegado en lo penal, ha dado lugar a diversos pronunciamientos de carácter jurisprudencial, de modo que para resolver el caso que ahora se examina podría ser suficiente la reproducción de alguno de los planteamientos mayoritariamente aceptados en oportunidad precedente. No obstante la Sala estima pertinente hacer algunas precisiones, habida cuenta de la importancia del problema planteado.

1º) *La respuesta tradicional.* En reiteradas ocasiones esta corporación ha dicho que el jurado de conciencia no está facultado legalmente para referirse a la inimputabilidad de los procesados cuyo juzgamiento se le ha encomendado y, por lo tanto, el juez de derecho puede prescindir de aquella parte del veredicto que aluda a ese punto en concreto. Los fundamentos de esta decisión quedaron con-

signados, entre otras, en la sentencia del 14 de octubre de 1980, cuando la Sala, con ponencia del honorable magistrado Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, dijo: (...)\*

En aquella oportunidad salvó su voto el h. magistrado Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ con los siguientes razonamientos: (...)\*\*.

2º) *La responsabilidad penal de los inimputables.* Desde la vigencia de la precedente codificación penal (ley 95 de 1936), y aún luego de la expedición del actual Código penal (decreto 100 de 1980), se ha discutido y se continúa polemizando sobre la responsabilidad penal que corresponde al inimputable que ha realizado conducta descrita en la ley penal. El tema no ha sido tratado con absoluta claridad en la ley y su solución no es pacífica en la doctrina.

Durante la vigencia del Código Penal de 1936, de corte marcadamente positivista, la

\* \*\* Transcribe aquí la Corte la decisión que publicáramos en el *núm. 9* de esta Revista (págs. 115 y ss.), lugar al cual remitimos a nuestros lectores, donde puede consultarse también el salvamento de voto respectivo.

responsabilidad se basaba en la actividad sícofísica del agente con un criterio de defensa social y con fundamento en la peligrosidad del procesado. Ciertamente que en aquella codificación no se empleaba el término "imputabilidad", aun cuando este concepto y el de inimputabilidad se deducían de la interpretación lógica de algunos de sus textos. En efecto, en el art. 29 se disponía que quienes al momento de la realización del hecho se encontrasen en estado de enajenación mental, de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, se les aplicarían medidas de seguridad. A su vez el art. 30, derogado por la ley 83 de 1946, establecía similares medidas cuando quien realizaba el hecho era menor de 18 años (16 años, a partir de la expedición de la ley 75 de 1968).

Por su parte el art. 12 de la citada codificación preceptuaba que las infracciones cometidas por personas no comprendidas en las previsiones del art. 29 son intencionales o culpadas, de donde se infiere que con relación a los inimputables no era dable el estudio de la culpabilidad, o, más exactamente, no procedía analizar el dolo o culpa de su actuar. A su vez el art. 11 estatúa que "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal es responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código"; de modo que como los casos en los cuales estaban consagradas las excepciones de responsabilidad residían en los arts. 23 y 25 (causas de justificación y de inculpabilidad) y dichas causas eran pertinentes frente a todo el que realizara conducta legalmente descrita, resultaba obvio entender que también las personas a quienes aludía el art. 29 podían actuar justificadas o inculpablemente.

Conclúyese de lo dicho que a la luz de la legislación penal de 1936 los imputables respondían penalmente y, por lo tanto, se hacían acreedores a una pena cuando realizaban conducta típica, antijurídica y culpable.

Con relación a los inimputables, la imposición de medidas de seguridad procedía cuan-

do realizaban conducta típica, antijurídica y no concurría causal de exclusión de la culpabilidad.

La nueva legislación penal adopta una terminología diferente, a más de que emplea distinto sistema en relación con la imputabilidad, aun cuando sustancialmente las soluciones que ofrece son bienes semejantes a las de la anterior codificación.

En efecto, en la parte general consagra un capítulo en donde trata de la inimputabilidad, de la cual da una noción al atribuir esta característica a quien, al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. Destácase de esta concepción que la calidad de inimputable no se deriva exclusivamente de la presencia de una inmadurez psicológica o de un trastorno mental; requiérese, además, que exista concomitancia temporal entre ellos y la realización del hecho legalmente descrito y, lo que es de suma importancia, que no debe tratarse de cualquier clase de inmadurez o trastorno, sino que ellos deben ser de tal entidad que impidan un comportamiento adecuado, en cuanto anulen la capacidad de comprensión o de correcta autodeterminación. En otras palabras, es indispensable que la situación de inmadurez o de trastorno hayan dado lugar al comportamiento de que se trate.

En estas condiciones es evidente que frente a los inimputables no puede indagarse sobre el dolo o culpa con el cual pudieran haber procedido, pues el aspecto positivo de la culpabilidad exige claridad de conciencia y libre autodeterminación. De una parte porque si el dolo es la realización del hecho típicamente antijurídico, querido y sabido por el agente, no puede hablarse de esta manifestación de la culpabilidad respecto de quien no está en condiciones de comprender o de determinarse adecuadamente; y con relación a la culpa debe hacerse similar planteamiento, porque aun cuando en el delito culposos el agente no quiere la producción del resultado dañoso, debe

conocer y querer la conducta imprudente, imperita, negligente o violatoria de normas legales o reglamentarias de la cual se deriva el resultado.

No existe ningún obstáculo, sin embargo, para aceptar que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica pueda actuar justificadamente o que en su acción ha concurrido circunstancia de exclusión de la culpabilidad, sin que sea dable calificarlo solo por ese padecimiento como inimputable. Con relación a las causas de justificación por cuanto son de naturaleza preponderantemente objetivas y frente a las causas de inculpabilidad porque si ellas realmente se presentaron, la causa determinante del hecho no fue ni el trastorno mental o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el art. 40 del C. P., esto es, porque en este supuesto no se da la necesaria relación causal entre la inimputabilidad y el hecho, que conduzca a destacar su incapacidad de ser culpable, sino que fue una razón diversa como el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción o el error, la que condujo a esa persona a la realización de comportamiento típicamente antijurídico.

En estas condiciones, dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980, también puede predicarse la responsabilidad penal de los inimputables sobre el supuesto de que realicen conducta típicamente antijurídica y siempre que no haya concurrido causal de exclusión de la culpabilidad.

*El caso planteado:* A pesar de que con frecuencia se ha indicado que no es propio que el jurado de conciencia se refiera a la inimputabilidad del procesado, en algunas ocasiones los jueces de hecho suelen hacer referencia a este tema dando con ello lugar a algunas dificultades interpretativas que deben ser objeto de aclaración.

Destácase, en primer lugar, que el fenómeno de la inimputabilidad es concepto de naturaleza jurídico-penal y que, por lo tanto, su alcance corresponde no solo a una realidad fáctica, sino que es necesario, además, deter-

minar el sentido que le da la normatividad. En este orden de ideas es obvio que una respuesta que no aluda al fenómeno en su integridad fáctico-jurídica, será incompleta y por ende insuficiente para inferir que el jurado se refirió de manera inequívoca al fenómeno que se estudia. En efecto, si por ejemplo el jurado responde: "Si es responsable, pero padecía trastorno mental" o utiliza cualquier fórmula semejante, dicha veredicción será incompleta y de ella no puede inferirse que se concluyó sobre la inimputabilidad del agente, pues, como atrás se indicó, para que un sujeto sea inimputable no basta que tenga trastorno mental o inmadurez psicológica, requiérese además la concomitancia temporal con el hecho y, lo que es más importante, que su estado lo haya puesto en condiciones que le impedirían conocer la antijuridicidad de su conducta o de comportarse adecuadamente de acuerdo con esa comprensión, esto es, que haya relación causal entre la personalidad anormal y el hecho realizado. Una contestación incompleta que no permite deducir claramente situación de inimputabilidad solo conduce a inferir que el sujeto es responsable como imputable, salvo que la realidad procesal y el debate de audiencia permitan desentrañar el veredicto, entendiéndose que los jurados quisieron ubicar al procesado actuando en condiciones de inimputabilidad.

También puede ocurrir que el jurado de conciencia conteste en forma completa e inequívoca sobre la inimputabilidad del enjuiciado y que del estudio del proceso el juez llegue a la conclusión de que, evidentemente, la realidad probatoria indica que el procesado bien podría hallarse en dicha situación en el momento de la comisión del hecho. En un caso como estos lo que ocurre es que el juez omitió dar cumplimiento al mandato del art. 411 del C. de P. P. que le impone la obligación de disponer el examen del procesado por parte de peritos médicos o, en otras palabras, que no dio cumplimiento estricto a las formas propias del juicio, tal como en forma reiterada lo ha resuelto la Sala, con la indicación de

que la nulidad constitucional en este caso, debe ser decretada a partir del auto que abrió el juicio a prueba (ver casaciones de julio 23 de 1982, octubre 25 de 1983 y julio 26 de 1985, entre otras).

Pero puede acontecer que el jurado reconozca claramente una situación de inimputabilidad que carezca de todo apoyo en la realidad probatoria. En estos casos la jurisprudencia mayoritaria de la Corte ha señalado, como atrás quedó indicado con la transcripción correspondiente, que habida cuenta de que el jurado de conciencia invadió una órbita legalmente reservada al juez de derecho, este puede válidamente hacer caso omiso de aquella parte del veredicto que suponga intromisión en temas que la ley le ha vedado. Esta postura jurisprudencial reclama nuevo planteamiento conforme a los cargos formulados en la demanda y las juiciosas apreciaciones del procurador delegado.

Aceptar un veredicto en estas condiciones y proferir la sentencia tomándolo como supuesto lógico-procesal del fallo es incurrir en una contradicción y en violación de normas de carácter procesal. En efecto, la contradicción parte del supuesto de que los jueces de hecho no pueden juzgar inimputables y sin embargo, si se aceptara el veredicto se reconocería su capacidad juzgadora en un caso donde la ley veda su intervención y, si se toma en cuenta el veredicto bajo la consideración de que no se contradice abiertamente a la realidad probatoria, se desconocerían las normas procesales que regulan el juzgamiento, porque terminaría prohibiéndose un fallo dado en conciencia cuando la ley impone que debe ser proferido en derecho.

Lo que resulta incuestionable es que a pesar del mandato legal, los jurados de conciencia se ocupan, con razón o sin ella, de la inimputabilidad de los procesados en respuestas que casi siempre son inexistentes desde el punto de vista jurídico. En efecto, si se acepta la tesis tradicional de la Sala, se partirá del contrasentido de que la respuesta se acoge en forma parcial y se desestima en aquello que haga

referencia a la inimputabilidad por falta de competencia del jurado para ocuparse de este tema. Sin embargo, la ausencia de competencia del jurado no puede llevar al juez de derecho a fragmentar de tal modo la veredicción que termine por adoptar una que no es en manera alguna producto de la voluntad de los jurados, pues aun cuando se acepte su incompetencia para juzgar a los inimputables, lo que no puede desconocerse es que la afirmación de la responsabilidad está condicionada a dicha calidad a la cual expresamente se refirió la veredicción.

Cuando se afirma la responsabilidad pero se aclara que el sujeto es inimputable, de tomarse únicamente la primera parte, esta vendría incompleta, pues la calificación dada lleva a situación de perplejidad sobre la culpabilidad del agente ya que, como se advirtió, no es dable frente a esta clase de sujetos estudiar el dolo o culpa con que hayan actuado, lo que impediría su condena por delito doloso, culposo o preterintencional, pues el que se suprime por razones de competencia la segunda parte del veredicto, no lleva a negar su existencia en la respuesta y la incidencia que esta parte tiene sobre el tema atinente a la responsabilidad.

Tiéndose entonces que una respuesta como la indicada no puede servir de sustento para sentencia de condena en la cual se afirma el proceder doloso del agente, porque la segunda parte de la respuesta deja insalvables dudas sobre el tema, que conducen necesariamente a la conclusión de que el veredicto es incompleto y, por lo tanto, inexistente, lo que lleva a la nulidad supralegal de toda la actuación ulterior.

En gracia de discusión podría aceptarse que a falta de sustento probatorio que demuestre la inimputabilidad lo procedente sería la declaratoria de contraevidencia del veredicto. Esta solución tampoco parece acertada porque es requisito previo de la declaratoria de contraevidencia, la existencia jurídica del veredicto y como se vio, en un caso como el planteado tal supuesto no se da, de donde resulta improcedente esta respuesta procesal.

Tomados los razonamientos precedentes para resolver el caso concreto que ahora ocupa la Sala se tiene que ante un cuestionario por la comisión de un homicidio voluntario, el jurado respondió: "Sí es responsable, pero en estado de enajenación mental transitoria". La primera observación que se insinúa ante esta respuesta, es la de que este sería un veredicto insuficiente para inferir que el jurado se refirió de manera inequívoca al fenómeno de la inimputabilidad, porque enajenación mental no es sinónimo de inimputabilidad, sino que se requiere, como ya se ha señalado, que dicha enajenación o trastorno sea de tal entidad que impida al sujeto su capacidad de comprender o de actuar adecuadamente.

Podría pensarse entonces que tal referencia a la inimputabilidad, debe desecharse si no fuera porque como lo ha aceptado la Corte para desentrañar el sentido de un veredicto es pertinente acudir a la realidad procesal y a los temas debatidos en audiencia, no es descartable aceptar en este caso que los jurados quisieron ubicar al ahora recurrente dentro de la situación solicitada por su defensor.

Pero si esto es así y por lo tanto no puede dejarse de estimar la segunda parte de la respuesta, es obvio que el jurado invadió un campo que legalmente le está vedado, no siendo posible por ello aceptar la segunda parte de la veredicción, lo cual hace que el pronunciamiento del jurado, recortado en su integridad, resulte inane por cuanto carece de acertividad en relación con la culpabilidad del agente en atención a los argumentos que fueron precedentemente esbozados. Dicho de otra manera, que en esas condiciones el veredicto es incompleto y consecuentemente, inexistente, por cuanto destaca la responsabilidad, pero deja interrogantes insolutos en relación con la culpabilidad de donde se impone la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, a partir del auto que dispuso el sorteo de jurados, a fin de que se obtenga un nuevo pronunciamiento de distinto jurado que permita poner fin al proceso.

Esta nulidad de carácter constitucional aparece claramente insinuada en la demanda y el ministerio público la reclama con razones que la Sala prohija.

Es evidente que la solución ahora planteada supone en alguna medida una pequeña corrección en relación con la anterior postura jurisprudencial que no obstante permanece inmodificable en otros aspectos.

#### SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DRS. GUILLERMO DUQUE R.  
Y GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

Considero que la sentencia ocurrida debió casarse, pero no con base en una supuesta nulidad jurisprudencial o constitucional que a mi modo de ver no existe, sino con fundamento en la causal segunda del art. 580 del Código de Procedimiento Penal, esto es, porque el fallo está en desacuerdo con el veredicto emitido por el jurado; en consecuencia, debió de haberse dictado la sentencia de sustitución (art. 583-1 ibídem), determinándose la medida de seguridad que habría de imponerse al procesado.

La anterior conclusión, como es obvio deducirlo, descansa sobre la premisa de que el jurado sí tiene competencia para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado. En relación con este tema, desde hace mucho tiempo debatido en forma amplia, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, prácticamente ya se han expuesto todos los argumentos en favor y en contra de la capacidad del *juri* para pronunciarse sobre este particular aspecto. Lo único novedoso, que en realidad no lo es tanto, parece ser la solución que quienes sostienen la incompetencia del *jurado*, plantean frente a la realidad de una veredicción que reconoce la inimputabilidad del acusado.

En la decisión de la mayoría y bajo el epígrafe de "La respuesta tradicional", se transcribe una sentencia de la Corte (14 de octubre

de 1980) de la cual fue ponente el honorable magistrado doctor ALFONSO REYES ECHANDÍA. En ella se exponen los principales argumentos que permiten sostener que el jurado es incompetente para pronunciarse sobre la inimputabilidad del enjuiciado. Igualmente y a manera de réplica, se trasunta el salvamento de voto del honorable magistrado doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, que yo comparto integralmente.

En efecto, no entiendo cómo ni por qué, del ordinal 5º del art. 34 del Código de Procedimiento Penal se deduce una prohibición que él no contiene. La norma se limita a señalar que el juez superior conoce, sin intervención del jurado, "de los delitos señalados en los numerales 1, 2 y 3 de la parte primera de este artículo, cuando el imputado se hallare en las circunstancias del artículo 29 (hoy 31) del Código Penal". Significa lo anterior, que cuando la inimputabilidad del sindicado esté suficientemente demostrada, su juzgamiento compete al juez de derecho, exclusivamente. Desde luego que si en estas condiciones, el juicio se hiciera con intervención del jurado, cualquier decisión de este sería nula, por la clara incompetencia. Pero si en el auto de proceder el juez superior considera que el procesado es imputable, su juzgamiento debe hacerse con intervención del jurado, como lo dispone el mismo art. 34. Y si de conformidad con el art. 533 del Código de Procedimiento Penal, corresponde al *juri* pronunciarse sobre la responsabilidad del acusado ("el cuestionario que el juez someterá al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: *El acusado N.N. es responsable de los hechos...*") y si esta únicamente se da, en estos casos, cuando el jurado llega a la convicción íntima de que el procesado realizó culpablemente un comportamiento típico y antijurídico, no se entiende cómo puede exigírsele esta convicción, si de antemano se le dice que no puede negar la imputabilidad del enjuiciado, que es presupuesto necesario del obrar culpable y por ende de la responsabilidad. Con este modo de pensar, se va a obligar al jurado

a que niegue la culpabilidad, por falta de convicción sobre su presupuesto indispensable (imputabilidad) y a que, en consecuencia, niegue también la responsabilidad del acusado. Por este obligado camino el procesado que según el *juri* sea inimputable nunca será sometido a pena ni a medida de seguridad, porque si el primer veredicto fuere declarado contraevidente (nunca desconocido ni declarado nulo, pues nadie desconoce la competencia del jurado para pronunciarse sobre la inculpabilidad), el segundo es de obligatoria aceptación (art. 565 del C. de P. P.).

La tesis que hoy acoge la Sala, disponiendo que se convoque a un nuevo jurado para que vuelva a pronunciarse sobre la responsabilidad del acusado, aparenta ser más justa y técnica que la anterior, en virtud de la cual se aceptaba la afirmación de la responsabilidad y se desconocía todo lo referente a la inimputabilidad del procesado. Pero esta apariencia dista mucho, en mi sentir, de obedecer a una realidad, porque en el fondo conduce a lo mismo aunque por un camino más dilatado y que teóricamente podría llevar a la prescripción de la acción penal, ya que cuantas veces el jurado repita el mismo veredicto, será necesario desconocerlo y convocar uno nuevo. Esto se reitera hasta que el *juri* se limite en su veredicto a un "sí es responsable", y entonces se le impondrá la misma pena que desde la primera vez y sin tanto gasto procesal, se le hubiere impuesto con base en la doctrina anterior de la Corte que se cambia con la decisión mayoritaria de la cual disiento.

Guillermo Duque Ruiz. Adhiero, Gustavo Gómez Velásquez.

#### SALVAMENTO DE VOTO

DR. JAIME GIRALDO ÁNGEL

Disentimos de la decisión adoptada por la mayoría, en los siguientes puntos:

1. Se dice en la ponencia que "dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980,

también puede predicarse la responsabilidad penal de los inimputables sobre el supuesto de que realicen conducta típicamente antijurídica y siempre que no haya concurrido causal de exclusión de la culpabilidad".

Dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980 no hay culpabilidad sin imputabilidad (art. 36 del C. P.), no hay delito sin culpabilidad (art. 5º del C. P.), y no hay pena (responsabilidad) sin delito (art. 2º del C. P.).

Esto no implica, claro está, que el juez no pueda sobreeser definitivamente a un inimputable cuando actúe dentro de algunas de las causales de exculpación del hecho, pero esto es un problema muy distinto a (sic) lo aseverado en la ponencia.

2. Partiendo de la misma definición que se da en la doctrina de la Corte citada en la ponencia, del concepto de "circunstancias" como "aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuye a la descripción de un tipo legal", ya sea integrándose a la conducta, "como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual", o mencionándose separadamente para atenuar o agravar la sanción punitiva sin afectar la estructura del tipo al cual se refieren, consideramos que dicho término incluye tanto las circunstancias que inciden en la existencia o tipo de delito cometido, y las que solo afectan aspectos secundarios del mismo. Bien podría agregar el jurado en el veredicto circunstancias tales como la legítima defensa y la insuperable coacción ajena, que excluyen la responsabilidad penal del sindicado; o que el hecho lo realizó con "sevicia", modificando la especie delictiva; o que en la conducta hubo "preparación ponderada del hecho punible", estableciendo una simple circunstancia de agravación específica de la pena.

Hay sin embargo algunos de estos campos que le son absolutamente vedados al jurado, como son los relacionados con las circunstancias genéricas de agravación y atenuación punitivas (art. 534 del C. de P. P.), o el referente a la inimputabilidad del sindicado.

Como el caso *sub examine* hace relación específicamente a este último punto, nos referiremos más ampliamente al mismo.

Dispone el art. 411 del C. de P. P. que desde el momento mismo de la captura, y aun antes de la indagatoria si no es procedente la captura, el funcionario de policía judicial o el instructor que observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del art. 29 del C. P., ordenarán su examen por los peritos médicos.

Si se encontrare que el sindicado padece de alguno de los trastornos mentales a que se refiere el mencionado art. 29, deberá el funcionario que estuviere conociendo del proceso disponer que sea detenido preventivamente en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial para anormales (art. 444 del C. de P. P.), y dispondrá que el proceso se adelante sin intervención de jurado (art. 34, num. 5 de la 2ª parte).

Como se puede observar, la ley ha reservado expresamente la declaratoria de inimputabilidad y de sus consecuencias al juez de derecho, exigiéndole inclusive que lo haga con base en una pericia médica. No puede el juez de hecho, por consiguiente, decidir sobre la inimputabilidad del sindicado, porque la ley no le ha dado atribuciones para ello, como no puede hacerlo con ninguna de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, por mandato expreso del art. 534 del C. de P. P.

3. No compartimos la tesis de la providencia de que por razón de la incompetencia del juez de hecho para decidir sobre la inimputabilidad, el remedio adecuado cuando ello ocurre es la declaratoria de nulidad "a partir del auto que fijó fecha para el sorteo de jurados".

La razón de ello es bien clara: el art. 4º del C. de P. C., aplicable al procedimiento penal por disposición expresa del art. 8º de este estatuto, dispone que "al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto del procedimiento es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".

Por esta razón, al decretar una nulidad se deberá tener cuidado de no afectar actuaciones extrañas a ella, así formen parte de un acto procesal complejo. Tal ocurre por ejemplo al adelantar un proceso contra varios sindicados o por varios delitos, en los que la nulidad que se presente con relación a uno de ellos no tiene por qué afectar las decisiones tomadas con relación a los otros, así aparezcan consignadas en la misma providencia. Igual para cuando en una misma providencia se toman diferentes decisiones con relación a un mismo sindicado, alguna de las cuales puede ser declarada nula, sin que esta determinación afecte las demás.

En el caso en estudio, en el que el jurado responde: "Sí es responsable, pero padecía trastorno mental", se tienen dos decisiones

sobre un mismo sindicado, la segunda de las cuales es claramente anulable por carencia absoluta de competencia para hacer tal declaración, debiéndose haber circunscrito la anulación a esta sola parte y disponiendo reponer únicamente las actuaciones que dependan directamente de la decisión afectada, si a ello hubiere lugar. Conviene reiterar el mandato imperativo del art. 212 del C. de P. P. según el cual el juez "decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal", y no desde etapas muy anteriores a ella.

Hacer lo contrario es desconocer el principio de la economía procesal, y desconocer el derecho sustantivo deshaciendo situaciones jurídicas consolidadas, y que no fueron afectadas por el vicio de nulidad que dio origen a la correspondiente declaratoria.

\* \* \*

#### COMENTARIO

La decisión anterior constituye una de las jurisprudencias más importantes de los últimos tiempos en materia de inimputabilidad, no siendo óbice para reconocerlo, el hecho de que no se comparta el fondo principal de lo que en ella se ha sustentado.

En la providencia deben distinguirse dos situaciones bien delimitadas: un aspecto sustancial y un aspecto adjetivo. En relación con el *aspecto sustantivo* hay que destacar el hecho del reconocimiento de las causales de justificación y de inculpabilidad para los sujetos que padecen inmadurez psicológica o trastorno mental, a condición de que el hecho en verdad sea un reflejo de la patología del sujeto; o, como dice la Corte, si se da por caso, una causal de inculpabilidad, "la causa determinante del hecho no fue ni el trastorno mental o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el art. 40 del C. P.", lo cual coincide con lo que he venido sosteniendo desde hace tiempo, en el sentido de que la inimputabilidad es un *fenómeno "residual"*. Además, de manera expresa destaca la incorporación la nítida tesis siguiente: frente al nuevo Código Penal no debe confundirse la *causa* que conduce a la inimputabilidad (como incapacidad de comprender y/o determinarse) con la inimputabilidad misma; es posible admitir una causal de justificación o de inculpabilidad frente a un sujeto inmaduro o que padezca trastorno mental, "sin que sea dable calificarlo solo por ese padecimiento como inimputable". Aquí la tesis de la inimputabilidad, como *fenómeno derivado* no puede estar más claramente expuesta en pocas palabras. En fin, en relación con el aspecto sustancial, la Corte toca otros temas: el de la no culpabilidad de los sujetos inimputables, el de la responsabilidad penal de ellos frente al Código Penal de 1980, etc.

En lo atinente al aspecto adjetivo, la providencia de la Corte trata y decide un problema bastante polémico: el de la capacidad del jurado de conciencia para pronunciarse sobre

la inimputabilidad del procesado y las consecuencias procesales cuando, no obstante su supuesta incompetencia para hacer pronunciamientos de este tipo (tal es la tesis adoptada), el jurado lo hace. La Corte reitera la doctrina expuesta en la casación de octubre 14 de 1980, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA<sup>1</sup>, según la cual por ser la inimputabilidad un fenómeno sustancial en el delito y no una circunstancia, y debiendo el jurado limitarse (por mandato del art. 535 del C. de P. P.) a responder que el sujeto es o no es responsable pero pudiendo agregar a dicha respuesta alguna *circunstancia*, no siendo la inimputabilidad circunstancia, se insiste, no puede el jurado pronunciarse sobre dicho tema.

Pero aunque la providencia diga que en relación con dicha sentencia, la más reciente, la del 28 de octubre de 1986, supone una "pequeña corrección", lo cierto es que, a mi manera de ver, presenta una variación protuberante: mientras que en la casación de 1980 el agregado del jurado en el veredicto, por caso, "Sí es responsable, pero estando el sujeto en trastorno mental transitorio", llevaba a dividir el veredicto para *aceptar* la primera parte (el "Sí es responsable") y condenar según el cuestionario redactado conforme al auto de proceder, y *rechazar* la segunda parte (lo del trastorno mental) en cuanto se refiere a la inimputabilidad, la nueva jurisprudencia me parece que procede con lógica al hacer lo siguiente: rechaza todo el veredicto y decreta una nulidad para que se lleve al sujeto a nueva audiencia, dado que, no pudiendo el jurado de conciencia pronunciarse sobre la inimputabilidad del sujeto, el veredicto resulta *inexistente* en su totalidad.

Consultando la lógica interna del razonamiento de la Corte, me parece que llega a una conclusión correcta desde su punto de vista. Empero, como lo he señalado antes en esta misma publicación<sup>2</sup>, opino que el asunto por discutir es, si en realidad el jurado no puede pronunciarse sobre la inimputabilidad del sujeto. He venido sosteniendo que, lamentablemente, la honorable Corte, desde la providencia de REYES viene cayendo en un sofisma de petición de principio, según el cual se da por demostrado lo que se trata de demostrar: la tesis de la Corte sería correcta si se estableciera previamente que nuestra legislación utiliza previamente la expresión lingüística "circunstancia" con el rigorismo de la técnica dogmática. Que es precisamente lo que no acontece: si, circunstancia es no esencial, lo que es circunvecino, lo que está cerca (*circum*, círculo y *stare*, estar), lo que puede darse o no darse sin que desaparezca lo estructural o esencial, no podría haber "circunstancias personales del autor... que disminuyan o *excluyan* la punibilidad". Insisto, el art. 25 del Código Penal habla de "circunstancias" que llegan hasta *excluir* la responsabilidad del autor. ¡Lo cual quiere decir que hay "circunstancias" que son de una trascendencia tal que no son circunstancias! Sí, pues, el Código Penal de 1980 no maneja el lenguaje con la técnica dogmática a pesar de haber sido redactado en gran medida por el profesor REYES (padre de la providencia de 1980), ¿cómo vamos a exigirles esa técnica a los autores del Código de Procedimiento Penal? En fin, aquí solo reitero la contraargumentación central ya expuesta en otros lugares, en diversas oportunidades.

Solo me parece del caso relevar el gran inconveniente práctico de la decisión que puede llevar al imputado a un proceso *ab aeterno*. Supóngase que frente al veredicto "No es respon-

<sup>1</sup> Véase *Revista Nuevo Foro Penal*, número 9, Medellín, Edit. Acosta, 1981, págs. 115 a 127.

<sup>2</sup> Puede verse mi artículo "Problemas prácticos del trastorno mental transitorio: Reconocimiento por el jurado de conciencia y por el juez de derecho", en *Revista Foro Penal*, número 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 230 a 251.

sable, porque obró en estado de trastorno mental transitorio", se proceda como ordena la Corte. Se declara la nulidad y se convoca a nueva audiencia, en la que el jurado reitera el veredicto anterior; y así una segunda vez y una tercera... Se llega al absurdo de un proceso de nunca acabarse, a no ser que de antemano se esté significando que el llamamiento a responder ante jurado se repetirá hasta cuando el procesado sea condenado. Con todo respeto, me parece que las consecuencias prácticas son absurdas, y una tesis tal no puede ser correcta.

De todas formas, queda la impresión de que temas que hasta hace unos 10 años eran demasiado abstrusos, como este de la inimputabilidad, hoy se van exponiendo de manera clara y asequible por nuestra más alta corporación de justicia en decisiones que, aunque no las compartamos en su totalidad, no podemos dejar de resaltar su importancia.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

## Tribunal Superior de Medellín

### LA TENTATIVA EN LA EXTORSION

En la extorsión no es suficiente la acción amenazante, es menester además su idoneidad para constreñir y el constreñimiento como efecto a manera de resultado psicológico, o sea el doblegamiento de la voluntad por cuya virtud la víctima se allana a cumplir (tolerar u omitir) determinada conducta, generalmente de entregar dinero, bienes o cosas. Como se trata de un delito pluriofensivo es preciso examinar el bien jurídico, sobre el cual detuvo su atención el legislador, esto es el patrimonio económico, indagando en cada caso a partir de tal baremo qué fue lo exigido, para saber cuándo se produce la consumación.

Magistrado ponente: Dr. MARIO SALAZAR MARÍN

Diciembre 18 de 1986.

Los hechos que dieron lugar a esta decisión fueron narrados por la corporación así:

"D.B.R., de 49 años, fue amenazado me diante una nota manuscrita que su hijo R.D. B., de 18 encontró «colgada en una estaca» a la vera del camino el sábado 5 de abril de este año, a una distancia aproximada de ciento cincuenta metros de su casa-finca «La Benancia», del Municipio de Montebello (Ant.). Se le exigía allí a nombre del M-19 la suma de \$ 200.000.00, que debería dejar en el «banqueo» situado de allí a dos kilómetros el próximo sábado 12 de abril, o sea a los ocho días, a las cinco y media de la mañana. El señor D.B.R. en efecto fue constreñido, porque se le hizo allí la premonición [sic] de darle muerte «a todos» si no accedía a la entrega o acudía a las autoridades. Sin embargo se dirigió a ellas oportunamente y se acordó el plan de dejar ahí, a la hora y fecha señaladas, un «paquete» que simulara el dinero exigido, en tanto varios agentes se apostarían en lugares estratégicos. Así ocurrió en verdad y pronto se acercó allí un hombre que tomó el fajo, pero que no pudo ser capturado en ese mo-

mento porque burló el cerco y los disparos que los policías le hicieron, pero a pocas horas fue capturado e identificado como D.P.C., un vecino y hasta amigo suyo".

Las consideraciones de la Sala fueron las siguientes:

Lo que sí ha sido discutido últimamente es lo atinente al momento consumativo del delito de "extorsión", controversia que resultó del actual texto del art. 355 del Código Penal, no obstante tener una fisonomía análoga a la del art. 406 del Código Penal de 1936, bajo cuya vigencia se tenía pacíficamente aceptado que se consumaba con la entrega o con el cumplimiento de cualquiera otra de las exigencias del sujeto activo.

Esta Sala plantea y resuelve la polémica en los siguientes términos:

1. La controversia actual no se resuelve con el pensamiento de si la extorsión es de pura conducta o de resultado, por lo siguiente:

a) Porque todo comportamiento que daña real o potencialmente derechos jurídicamente tutelados tiene trascendencia en el mundo externo y por eso es de alguna manera de resul-

tado, en tanto este no se entienda siempre en sentido material o naturalístico, pues la manifestación de voluntad y con ello el "resultado" ha de tener siempre una connotación jurídica. Luego no es el carácter transitivo de las acciones el que hace que los delitos sean de resultado, en contraposición a los de mera conducta que lo serían por el carácter intransitivo de los verbos o frases rectoras. Siempre las acciones injustas parten del sujeto activo y trascienden o se manifiestan en contra del sujeto pasivo al lastimar su derecho; matar (verbo 'transitivo') implica suprimir la vida de otro, pero fugarse (verbo 'intransitivo') comporta un deterioro contra la administración de justicia (véase en contrario a ALFONSO REYES ECHANDÍA *La tipicidad*, 4ª. ed., ed. Univ. Externado de Colombia, págs. 73, 74; y a RODOLFO MANTILLA JÁCOME, *Nuevo Foro Penal*, núm. 31, págs. 41 y 43). Tipo e injusto no deben separarse para facilitar la tarea del intérprete.

La distinción entre hechos punibles de resultado y de mera conducta debe perder el papel preponderante que hasta ahora ha tenido, puesto que además se ha demostrado la insuficiente capacidad de rendimiento de la causalidad, en vista de que apenas si explica satisfactoriamente los delitos de resultado naturalístico, mas no los omisivos y aquellos que no ocasionan resultados en el mundo fenomenológico, pero sí en el mundo social, denominados actualmente formales o de pura conducta. En lugar de causalidad se habla ahora de *imputación objetiva*, con más amplio espectro.

Debe darse cabida en cambio a la distinción entre delitos *unisubsistentes*, en los cuales basta un acto único para consumarse (cohecho por ofrecer, v. gr, art. 143 C. P.), en los cuales no es posible la tentativa, y delitos de *ejecución compuesta* o *plurisubsistentes*, que requieren varios actos para cumplir el mínimo recorrido exigible del *iter criminis* y en los cuales sí es posible la tentativa, como por ejemplo el homicidio, que tras el propósito de matar y la acción homicida requiere el resultado

(consúltese a SEBASTIÁN SOLER en *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires, Ed. TEA, 1978, pág. 163.

b) Porque aun partiendo de la clasificación de pura conducta y resultado, en la extorsión no es suficiente la acción amenazante sino que es menester además su idoneidad para constreñir y el constreñimiento como efecto a manera de *resultado psicológico*, o sea el doblegamiento de la voluntad por cuya virtud la víctima se allana a hacer (tolerar u omitir) alguna cosa, *generalmente a entregar dinero, bienes o cosas*.

2. Las dificultades doctrinarias y jurisprudenciales para precisar si la extorsión se consuma o no una vez se produce el constreñimiento radican, a nuestra manera de ver, en dos aspectos:

a) En los alcances de los términos utilizados por el legislador, puesto que el art. 355 del Código Penal simplemente dispone que la extorsión la comete "el que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa", lo que sugiere en el intérprete la idea de que una vez el sujeto se haya sentido constreñido u obligado a hacer lo que el sujeto activo quiere, obviamente con el ánimo de ilícito provecho, la infracción se ha consumado. B amenaza y doblega la voluntad de C para que le entregue dos millones de pesos en el lugar X y a la hora Y. A primera vista cualquiera examina la estructura genérica de todo tipo delictivo, junto al tipo específico de la extorsión, y puede pensar que como su núcleo es "constreñir", una vez el sujeto activo logra que el sujeto pasivo se sienta obligado, la infracción está consumada, puesto que de ahí en adelante está a su merced por virtud de la violencia. Por eso se ha dicho con alguna insistencia que no es menester para ello el *segundo resultado*, por cierto de carácter material. Solo que entonces la infracción sería más grave, toda vez que aparte del menoscabo a la libertad individual, se produce el daño al patrimonio económico.

b) En el hecho de que frente a tipos de conducta pluriofensivos el intérprete puede

entender, por la genérica conformación de toda descripción de comportamientos injustos, que producido uno de los daños (el atinente a la autonomía personal en este caso) la ilicitud se ha consumado, así el otro u otros (el patrimonio, aquí) no se haya ocasionado, real o potencialmente.

Ante estos obstáculos la Sala estima que en los delitos complejos y pluriofensivos se *hace menester examinar el bien jurídico sobre el cual puso el acento el legislador*, en orden a saber cuándo se consuma la infracción, por ser precisamente la manera como se descubre el juicio del Estado al crear el modelo de conducta y el modo como se establecen los parámetros del injusto.

Al respecto cabe repetir con JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA que la "elección de los módulos legales está teñida de arbitrariedad" puesto que el creador de las leyes unas veces "pone el acento en los componentes y otras en los finales" (*Derecho penal español*, 8ª ed., Madrid, Ed. Artes Gráficas Carasa, 1981, pág. 349).

O sea que mientras el legislador, por ejemplo, en el art. 221 del Código Penal puso el énfasis en la fe pública, en el art. 355 lo hizo —por la ubicación asignada— sobre el patrimonio económico, y esa manifestación debe respetarla el juez en homenaje al principio irreductible de la legalidad. Por eso tiene razón el magistrado JORGE AUGUSTO LOZANO DELGADO cuando dentro del tipo les otorga importancia mayúscula a los bienes jurídicos, para lo cual remite a algunos autores, donde destaca la expresión de MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, según la cual el objeto jurídico es "el faro que alumbró con luz penetrante el alcance y significado del tipo que se interpreta". (Ver *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, núms. 27-28, pág. 219).

También el mismo JIMÉNEZ HUERTA dice en otra parte de su obra: "El bien jurídico es la razón de ser del tipo legal, el espíritu que lo hace vivir y aquel que fija sus confines... El bien jurídico que cada figura tutela... está

latente en su integración, pues no es solo la fría estructura mecánica de la figura típica lo que interesa al jurista, sino también su espíritu y metas, sus motivos y propósitos" (*Derecho penal mexicano*, t. I, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1985, págs. 116-117).

Para la determinación del injusto y su consumación resulta axial el examen de los bienes jurídicos tutelados y el relieve puesto allí donde subrayó el legislador. Como en el art. 355 del Código Penal se describe en su primera parte el mismo modelo de comportamiento descrito en el art. 276 del mismo estatuto, referido al derecho de la libertad individual, no cabe duda que el mayor peso del injusto descansa en la segunda parte de la norma, destinada a salvaguardar los derechos de significación patrimonial, dado que la extorsión está deliberadamente incorporada en el título XVI, cuyas disposiciones se ocupan precisamente de ese bien jurídico.

Si de infracción contra el patrimonio se trata, será menester la consumación en torno a este, aspecto que está directamente vinculado a lo que el sujeto activo busca conseguir consciente y voluntariamente, como ocurre con los demás tipos de conducta por naturaleza análogos, como el hurto, la estafa, abuso de confianza, etc. Si ha buscado la firma de un documento, pues obviamente la consumación será en el momento en que la víctima lo rubrique; si va tras la destrucción de un título-valor, en el instante en que sea destruido; si se trata de la entrega de una suma determinada de dinero, pues en el momento de la entrega en las condiciones exigidas. En este último caso —que sin duda es el más frecuente porque la extorsión se caracteriza casi siempre por la finalidad del enriquecimiento— la consumación requiere la entrega efectiva, dado que *entregar* significa "Poner en manos de otro, en su poder o a su disposición... una cosa", como apunta el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. III, 14ª ed., Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1979, pág. 133). Solo el victimario *tiene en su poder o a su disposición* la cosa cuando está fuera de la esfera de

vigilancia de la víctima, como ocurre en los delitos contra el patrimonio. Naturalmente que la consumación así entendida no exige ni implica agotamiento, que supone el aprovechamiento real y que puede fracasar.

No resulta entonces suficientemente claro afirmar, en forma meramente postulativa, que el ilícito en cuestión se consuma cuando se constriña a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, toda vez que se hace necesario indagar en cada caso qué fue lo exigido para saber cuándo se produce la consumación. Así lo tiene dicho la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera.

Cabe citar por ejemplo a LUIS CARLOS PÉREZ, quien refiriéndose igualmente al origen del actual art. 355 expresa que "procede del párrafo 253 del Código Alemán de 1971, en cuanto este sanciona «al que para procurarse a sí mismo o a un tercero un ilícito provecho patrimonial, constriña con violencia o amenece a otro para ejecutar una acción o para tolerarla u omitirla»... La razón del tipo es, tanto para los alemanes como para los italianos, la necesidad de proteger, de un lado, la facultad de autodeterminación, y del otro el patrimonio, que se afecta con el ilícito constreñimiento. Se trata, pues, de un hecho punible pluriofensivo, si bien se le da particular relieve a la defensa de la propiedad colocándola bajo la misma tutela" (*Derecho penal*, partes general y especial, t. V, Bogotá, Ed. Temis, 1986, págs. 430, 435).

El reparo que hace el magistrado LOZANO DELGADO, según el cual tiene mayor importancia la libertad individual que el patrimonio, está fundado en la mera apariencia que brinda la literatura de las leyes, pero la realidad institucional enseña que el patrimonio está protegido con mayor énfasis. Luego para no agudizar la hipotética protección patrimonial no parece atinado ubicar la extorsión, como proclama él, en el título de los delitos contra la libertad individual, en tanto esta sigue recibiendo adecuada tutela, sin descuidar tampoco el patrimonio. Por cierto el sistema por su filosofía protege la libertad, pero

lo hace con especial interés respecto del patrimonio.

En definitiva no parece que obedezca a una razón de técnica jurídica que la extorsión, por fuera de los marcos propios de los demás delitos de su elenco, se entienda perfecto con el solo daño potencial al patrimonio por el peligro que para él comporta el constreñimiento (delito de peligro), cuando todos los demás de su categoría frente a la consumación exhiben generalmente un daño real (delito de lesión), salvo claro lo atinente al agotamiento, que como tal escapa a la estructura misma de la infracción penal. Ello naturalmente no comporta un proceso de prohibida analogía *in malam partem*, sino un relieve de la ley sobre el bien jurídico ubicado en el extremo, cuyo daño potencial por la amenaza idónea apenas si debe ser tentativa, en tanto el daño real por la entrega deba corresponder a la consumación. No se trata del verbo rector "constreñir", sino de las frases rectoras "constreñir a hacer", "constreñir a tolerar" y "constreñir a omitir".

Aunque el texto de la norma da lugar a la perplejidad por referirse primero al constreñimiento y luego al resultado, el juez siempre deberá lograr una interpretación sistemática, en la cual deberá hacer del injusto típico su principal protagonista.

Los distinguidos magistrados de la Corte que salvaron el voto a la decisión de la mayoría del 8 de abril último, con ponencia del magistrado LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, mediante la cual se exige el daño real al patrimonio para la consumación, ofrecieron como ejemplos de consumación mediante el constreñimiento, sin necesidad de resultados materiales, los casos previstos en los arts. 140, 164, 276, 277 y 309 del Código Penal. Pero la verdad es que estas disposiciones, en primer término, consagran delitos de *resultado cortado*, que son "aquellos en que el sujeto tiene en mira un hecho que debe producirse, una vez completada su conducta, sin su intervención. El delito ha quedado consumado con la conducta, pero esta se ha llevado a cabo

para que se produzca un hecho ya sin intervención ulterior del agente. Si el tipo no estuviere así estructurado y el *hecho fuese un fin típico*, tendríamos en estos supuestos un caso de tentativa «acabada» del delito *al cual pertenece el fin típico*". (EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1973, pág. 316). Y en segundo lugar los intereses salvaguardados en forma accesorio no deciden el momento consumativo por ser un resultado secundario.

Sucede que en los anteriores ejemplos los objetivos buscados por el sujeto no son  *fines típicos* —entendiendo por tales, aquellos de ineludible y real efecto en el tipo objetivo para la consumación y que muy bien pueden estar impulsados por ánimos especiales— porque los daños que con ellos se busca ocasionar no están referidos a los derechos prioritariamente tutelados, que son la administración de justicia y la libertad de las personas. Solo los arts. 140 y 309 tienen anexo el interés pecuniario, pero para su consumación no es menester el menoscabo real de este. Es lo mismo que ocurre con el art. 221, para cuya consumación no resulta imprescindible el daño real al patrimonio, por no ser el principal bien protegido.

En la extorsión, en cambio, el daño al patrimonio es un  *fin típico*, por ser el derecho principalmente amparado, con necesaria y material repercusión en el tipo objetivo, donde se aloja el resultado material. Por eso no es delito de *resultado cortado*, toda vez que el segundo resultado es la espina dorsal del tipo. Lo que se hace más notorio en los actos de entrega, en los cuales la actividad del sujeto activo es de suma importancia  *para lograr adquirir el poder de disposición*.

3. Lo anterior demuestra que los ánimos especiales no son los que determinan que el delito sea de "mera conducta" o de "resultado natural", unisubsistente o de ejecución compuesta. El propósito de ilícito provecho, que como ánimo especial está incorporado en el tipo subjetivo, nada tiene que ver con el tipo objetivo, donde se encuentra localiza-

do el resultado, determinante del daño real o efectivo del derecho. Una cosa es que el comportamiento objetivamente apreciado tenga que estar gobernado por un fin especial (mal denominado "dolo específico") para distinguirlo de otros en apariencia parecidos, y otra, tan diversa como equivocada, que ese ánimo pueda influir en la clasificación de los delitos como de "pura conducta" o de "resultado", también llamada a ser revaluada, por lo dicho. Sobre el punto es elocuente el magistrado RODOLFO MANTILLA JÁCOME, en el ensayo citado (*Nuevo Foro Penal*, núm. 31, págs. 44 y 45).

De suerte que la Sala se aparta de la tesis del juez *a quo*, quien apoyado en ANTONIO VICENTE ARENAS y en otras consideraciones, concluye en el "delito formal o de simple conducta". Pero también del esmerado planteamiento del señor fiscal del circuito, quien apartándose de su propia convicción y "a manera de analogía con el principio de aplicación de la ley más favorable", por razón de la disputa reclama el reconocimiento de la tentativa, allí donde considera él que no existe. Si la hay y con base en ello se modificará el fallo.

Con fundamento entonces en estos exámenes; en los atinados que hace la honorable Corte en la citada providencia de casación; en los de HERNANDO BAQUERO BORDA, HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ y otros, la Sala reducirá la pena principal y la interdictiva a quince (15) meses de prisión, con arreglo a los arts. 22, 61 y 67 del Código Penal, teniendo en cuenta que si bien el procesado no registra antecedentes, el fenómeno de la cuantía —que incrementa la gravedad del hecho— lo dejó por fuera el fallador con el argumento de que el monto exigido (superior a \$ 100.000.00, art. 372 C. P.) no se tradujo en verdadero daño, concepto que va en contravía de su pensamiento que torna irrelevante el resultado naturalístico y que contraviene la norma de la tentativa que amplía la conducta (no el tipo), que reduce consecuentemente la pena por la no producción del daño

que se quiso realizar. En palabras distintas: si de algo sirve la ampliación del comportamiento por virtud del art. 22 del Código Penal, es para partir de la pena del resultado querido y reducirla en la proporción allí autorizada por la no producción del daño real.

Por razón de lo expuesto, El Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confir-*

ma la sentencia condenatoria que por apelación se revisa, pero la pena principal para el reo D.A.P.C. se reduce a *quince (15) meses de prisión*, en lugar de los veinticuatro (24) meses impuestos en primera instancia.

En la misma proporción se reduce la pena interdictiva.

En lo demás gobierna el fallo, incluyendo la negación de la condena condicional.

*Cópiese, Notifíquese y Devuélvase.*

\* \* \*

### COMENTARIO

La anterior providencia se inscribe dentro de los marcos trazados por la H. Corte en decisión de abril 8 de 1986, en cuanto sostiene que la extorsión como delito de resultado, admite tentativa, es pluriofensivo (atenta contra el patrimonio económico y la autonomía personal), aunque hace hincapié en el patrimonio económico como se deduce de la ubicación dada por el legislador a la figura.

Las dificultades que ha venido generando el tipo delictivo de la extorsión y que ha dado ocasión a copiosa literatura<sup>1</sup> y a discusiones jurisprudenciales<sup>2</sup> parecieran no tener trascendencia alguna si se piensa, como lo sostiene el H. Tribunal en la providencia transcrita, que durante la vigencia del C. P. de 1936 no hubo lugar a ellas, pese a tratarse de un tipo penal similar al actual<sup>3</sup>. Sin embargo tal argumento es más aparente que real, si tenemos en cuenta la nítida y preocupante diferencia entre ambas disposiciones, como que el actual

<sup>1</sup> HERNANDO BAQUERO BORDA, "El delito de extorsión", en *Estudios de derecho penal*, Cali, Ed. Feriva, 1981, págs. 19 y ss.; LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Ed. Temis, 1982, págs. 16 y ss.; HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra los intereses económicos particulares*, Bogotá, Publicaciones Cultural, 1984, págs. 110 y ss.; ÁLVARO ORLANDO PÉREZ, "Delitos contra el patrimonio económico", en *Derecho penal especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, págs. 342 y ss.; JORGE AUGUSTO LOZANO DELGADO, "Constreñimiento ilegal extorsivo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núms. 27-28, Bogotá, Librería del Profesional, 1985-1986, págs. 217 y ss.; RODOLFO MANTILLA JÁCOME, "El delito de extorsión: momento consumativo y tentativa", en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 31, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 41 y ss.; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. V, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 429 y ss.

<sup>2</sup> Entre las cuales debe destacarse la sentencia de abril 8 de 1986, con sus respectivos salvamentos de voto, en J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, *Jurisprudencia penal 1986*, Medellín, Señal Editora, 1986, págs. 379 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. art. 406 del C. P. de 1936: "El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años.

"En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".

art. 355 es un *tipo penal abierto* que encaja dentro de una peligrosa tendencia, propia del Código Penal de 1980, encaminada a la indeterminación de los tipos penales, mientras que el texto del viejo art. 408 nos sitúa ante un *tipo penal cerrado*, por ende tributario de otra filosofía<sup>4</sup>.

La jurisprudencia que se comenta a pesar de partir de la premisa aquí criticada, acertadamente circunscribe la discusión a otro ámbito de suyo muy saludable y del cual nos ocuparemos luego.

Todo el mar de tinta hasta ahora derramado tratando de aprehender la "esencia dogmática" del tipo penal vertido en el art. 355 del C. P., no tiene sentido si se descuida el punto neurálgico desde donde debe ser abordado el problema. En efecto, el C. P. de 1980 a pesar de haber consagrado en su art. 3° el *principio de taxatividad*, o de *certeza*, o de *determinación*, o de *tipicidad* como también se le denomina, haciendo gala de una filosofía liberal y hasta democrática, se abstuvo de desarrollarlo adecuadamente en la Parte Especial, consagrando tipos indeterminados que atentan contra la seguridad jurídica; figuras gaseosas, vagas, verdaderas cláusulas generales, o "portillos abiertos" por donde se cuelan diversas conductas que se quieren reprimir, dependiendo de la voluntad del tirano de turno o del detentador del poder<sup>5</sup>. Con ello se desconoce, también, el *principio de igualdad* de tratamiento de todos los ciudadanos ante la ley.

Obviamente, esta consagración de tipos abiertos de manera generalizada obedece a claras razones políticas, abriendo así el paso a filosofías represivas en desmedro de los postulados liberales. Bien vale la pena recordar lo que HANS WELZEL, muchas veces citado, ha postulado: "¡El verdadero peligro que amenaza el principio *nulla poena sine lege* no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!"<sup>6</sup>.

Un ejemplo claro de indeterminación, pues, es el art. 355 del C. P., que tantas perplejidades viene suscitando en muchos de nuestros dogmáticos, anclados en discusiones de lógica abstracta, pero olvidados del transfondo político; al contrario, un evento en el cual se respetaban las ideas liberales en la órbita de la Parte Especial, era el art. 406 del anterior estatuto. Ello explica por qué no fue objeto de polémicas acaloradas ni de decisiones encontradas de los tribunales.

El legislador de 1936, para despecho de muchos críticos, fue más liberal en algunos aspectos que el de 1980, a diferencia de que este consagró una hermosa portada intitulada "De las Normas Rectoras de la Ley Penal Colombiana" para atraer a los creyentes y desilusionar a los que descubren el verdadero cariz ideológico, mientras que aquel no se preocupó de las poses, tan de moda ahora, desarrollando a cabalidad el postulado de legalidad en este punto.

Sumado a esta indeterminación y vaguedad del tipo, en la extorsión se halla el incremento punitivo desmesurado de que fue objeto en el C. P. de 1980, pues el tope mínimo se incrementó en más de un 100% con respecto al anterior Código —de 8 meses en el C. P. 36 se pasa a 2 años en el C. P. 80— y del 100% para el tope máximo —de 5 años a 10—, con el grave peligro de la posibilidad de aplicar una agravante que no existía antes, de conformidad con la cual se incrementa la pena hasta en tres cuartas partes cuando se presentan las circunstancias que, igualmente en forma vaga y gaseosa, describe la ley. Así, entonces, se llega al

<sup>4</sup> Acertadamente la casación citada en la nota 2, plantea este contraste. Ob. cit., págs. 381 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, "El principio de determinación del hecho punible", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit. nota 1, pág. 143.

<sup>6</sup> HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos-Yáñez, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 40.

absurdo de equiparar en el aspecto penológico la tutela de bienes jurídicos de importancia mayúscula, como la vida y la integridad personal, con los intereses jurídicos que protege la disposición, que, como lo señala el H. Tribunal, prioritariamente es el patrimonio económico.

Y como si lo anterior fuera poco, se establece para estas hipótesis delictivas —como también para el secuestro extorsivo y el terrorismo—, un *procedimiento especial* caracterizado por la ostensible reducción de los términos legales ordinarios para la instrucción y el juzgamiento, el recorte de importantes garantías procesales y el establecimiento de diversas cortapisas para la obtención de la libertad del procesado, como son el número limitado de las causales de excarcelación (art. 21 de la ley 2ª de 1984) y la imposibilidad de conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 33 ídem).

Todo esto es testimonio de una configuración notoriamente discriminatoria y clasista de nuestra legislación penal y procesal, que trata de institucionalizar en forma ordinaria y permanente una política que en el pasado solo pudo fructificar de manera transitoria y excepcional, al amparo del estado de sitio, con la adscripción de estos delitos a la justicia penal militar y el incremento punitivo dispuesto en las normas expedidas por el ejecutivo, con base en las facultades que tal estado de excepción le otorgaba<sup>7</sup>.

Regresando a la providencia objeto de este comentario, es preciso afirmar que en ella hay un muy buen manejo, dogmático, complementado con precisas consideraciones de orden político-criminal. Con certeza plantea que la manera más viable de enfrentar los tipos abiertos —como el vertido en el art. 355— es mediante una *interpretación sistemática* que haga del injusto su principal protagonista, haciendo hincapié en el bien jurídico tutelado para poder descubrir “el juicio político del Estado al crear el modelo de conducta y el modo como se establecen los parámetros del injusto”; y, concretamente, con respecto a la extorsión se precisa que “el sistema por su filosofía protege la libertad, pero lo hace con especial interés respecto del patrimonio”.

Se pone así al bien jurídico a jugar un papel basilar no solo dogmática sino político-criminalmente; se reivindica el postulado de lesividad o principio del bien jurídico (C. P., art. 4º) como guía y norte de la interpretación judicial. Semejante planteamiento tiene hondas repercusiones y es un verdadero filón para una sistematización del C. P. que consulte en mejor forma los planteamientos provenientes de la política criminal, que las caprichosas construcciones de lógica abstracta más o menos coherentes.

Hoy se entiende el bien jurídico como una “síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”<sup>8</sup>, que constituye un “límite al poder punitivo del Estado, a su intervención sobre los ciudadanos, sobre su actividad social”<sup>9</sup>, y dándole una base material al concepto político general de la necesidad de la pena. Lógicamente, llegar a esta conclusión supone toda una estructuración del derecho penal a la luz de determinados presupuestos políticos y filosóficos de los que, por razones obvias, no se ocupa el Tribunal.

Otro aspecto importante de la providencia, dentro del mismo contexto, es que da ocasión de abrir entre nosotros el debate en torno a la causalidad. Hasta ahora, y creemos ser fieles a los antecedentes, ni doctrinaria ni jurisprudencialmente se había planteado la *teoría de la imputación objetiva*, como posible vía para un mejor entendimiento del pro-

<sup>7</sup> EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 48 y ss. También GERMÁN SILVA y E. M. HERNÁNDEZ, “Los dilemas de la justicia penal”, en *La realidad del “sí se puede”. Demagogia y violencia*, Publicación del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, 1984, págs. 67 y ss.

<sup>8</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Barcelona, Edit. Ariel, 1984, pág. 63.

<sup>9</sup> Ídem, pág. 63.

blema<sup>10</sup>. De igual modo, se rechaza por antifuncional la clasificación de los tipos penales que los divide en de conducta y de resultado, como criterio que permita explicar el tipo de extorsión, y se reivindica la distinción entre tipos unisubsistentes y plurisubsistentes, como directriz más segura.

Partiendo, pues, de semejantes enfoques podrá comprender el lector por qué en el caso concreto se reconoció el dispositivo amplificador del tipo (tentativa), como que evidentemente se reunían los presupuestos del art. 22 del C. P. No se discutió, sin embargo, aunque se entrevé en la providencia, a más del problema probatorio, la posibilidad de la inidoneidad de la tentativa dadas las especiales circunstancias que rodearon la comisión del hecho, y que al parecer no fueron suficientemente aclaradas.

La jurisprudencia aquí publicada es una muestra más de la alta jerarquía a que ha llegado la judicatura antioqueña, lo cual la ha llevado a ocupar las posiciones de comando que hoy ostenta.

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO  
FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

<sup>10</sup> Sobre la teoría de la imputación objetiva, cfr. CLAUD ROXIN, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid, Edit. Reus, 1976, págs. 128 y ss.; y últimamente ENRIQUE GIMBERNAT, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, Univ. Santiago de Compostela, 1987, págs. 169 y ss.

## Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín.

### LAS CONDUCTAS INOCUAS FRENTE AL CONCEPTO DOGMÁTICO DE DELITO

Para poder afirmar la antijuricidad de una conducta, es indispensable que se configure un daño material. Este postulado adquiere especial trascendencia en tipos penales abiertos, como el consagrado en el art. 370 del C. P., en los cuales esa amplia facultad de complementación que se da al juez, no lo puede llevar a violentar el principio de legalidad, predicando la antijuricidad sin la presencia de un daño material al bien jurídico.

Dr. ANDRÉS FERNANDO NANCLARES A.  
Junio 4 de 1986.

El caso fue narrado así por el *ad quem*: "F.C. vive en la calle 50, N°. 76-141, de esta ciudad. L.E.S., a su vez, reside en la carrera 77 A, N°. 49 B-5. El primero de los nombrados, según L.E.S., acostumbra a dejar estacionado en frente de su casa, hasta quince días continuos, su automóvil. Como el comandante de la Cuarta Brigada no permite el parqueo de vehículos en esa zona, continuamente van los soldados a la casa de L.E.S. a solicitarle que retire ese carro de allí.

"Pero como L.E.S. no es el dueño, les ha dado a los soldados las explicaciones del caso. Les ha dicho que ese automotor no es suyo sino de su vecino F.C.

"En vista de los continuos requerimientos de que ha sido objeto L.E.S por parte de los soldados, él se ha sentido molesto con F.C. Por eso, en razón de que F.C. se negó a retirar

el vehículo de allí, pese a las explicaciones dadas, L.E.S. optó en compañía de F.M., por desinflarle las cuatro llantas. F.C., por esta razón, los denunció a ambos por el delito de daño en cosa ajena".

Algunas de las *consideraciones jurídicas* que tuvo en cuenta el despacho fueron las siguientes:

#### C. La antijuricidad:

Este es el tema que define el meollo del problema jurídico planteado. Para que emerge la plenitud de lo que el despacho quiere sostener, es necesario analizar este punto en consonancia con el ya tratado sobre el tipo objetivo de la conducta.

El art. 370 del Código Penal es uno de los denominados *tipos abiertos*. ¿Por qué motivo? Porque es un tipo que no describe sufi-

cientemente la conducta prohibida. ¿Por qué no es suficiente esa descripción? Porque no establece si la inutilización del bien ajeno, como se vio en el aparte sobre el tipo objetivo, debe ser definitiva o solo momentánea. A este tipo le *falta algo* para dar la real descripción de una acción prohibida. Y por eso, porque el legislador no ha definido *íntegramente* los elementos propios del tipo, es que se denomina un tipo abierto. Es el juez quien debe completar el tipo penal en este caso. Es el juez quien debe definir si la inutilización momentánea de las llantas de un carro se adecua o no a la norma.

( . . . )

Este es un caso típico que demuestra que el efecto indiciario de la tipicidad tiene sus límites. Por principio se dice que el tipo penal tiene un efecto indiciario de la antijuricidad cuando no hay una causa de justificación. O dicho en otros términos: si no hay una causa de justificación, la adecuación de la conducta al tipo penal implica antijuricidad. Esto es lo que se ha llamado el efecto indiciario de la tipicidad. Pero este efecto, como se anotó, tiene sus límites. Uno de ellos es el de la adecuación social de la conducta y otro el de los tipos abiertos.

El juzgado de primera instancia consideró que la acción atribuida a los procesados no tenía relevancia jurídica por su insignificancia. Estimó, pues, que el hecho de desinflar las llantas de un vehículo ajeno no era alcanzado por la descripción del tipo penal contenido en el art. 370 del Código. Dada su insignificancia, para el señor juez de primera instancia este acto era "adecuado socialmente". En consecuencia, consideró justificada la conducta de los procesados. Pero no tuvo en cuenta que la "adecuación social" no constituye justificación.

El problema, cree este juzgado, debe enfocarse, no desde el punto de la "adecuación social", sino desde la perspectiva de los tipos abiertos como uno de los límites del efecto indiciario de la tipicidad. El art. 370 del Cód-

igo Penal no describe suficientemente la conducta prohibida, como ya se dijo. "Inutilizar" un bien ajeno es un elemento que tiene realidad solamente en la conciencia del autor. Pertenece al tipo subjetivo. Para unos puede ser simplemente un daño momentáneo y para otros un daño liso y llano.

( . . . )

Hubo, como ya se vio, un daño formal en la cosa mueble ajena. Y ese daño, como fue momentáneo, no alcanzó la categoría de antijurídico. Lo que equivale a decir que no hubo un resultado antijurídico. Faltando la antijuricidad, no cabe hablar de delito. Se desdibuja su esquema.

En aras de sintetizar su posición, el juzgado expondrá lo siguiente:

Que no resulta ajustado al derecho y a la justicia absolver a los procesados con fundamento en que la insignificancia carece de relevancia social. Lo adecuado a la dogmática jurídica es que el juez, por tratarse de que el art. 370 del Código Penal es un tipo penal incompleto o abierto, puede complementarlo aduciendo que los daños formales y momentáneos no originan la antijuricidad de la acción. La base de esta consideración es la teoría de los tipos abiertos, que ha sido tratada, entre otros, por el profesor JESCHECK en los siguientes términos:

"La teoría de los tipos «abiertos» sostiene que en derecho penal existen tipos de los que no cabe deducir de forma completa, sino solo parcial, los elementos de injusto de la correspondiente clase de delito. El resto debería completarse mediante elementos positivos de antijuricidad situados fuera del tipo. Reciben el nombre de tipos abiertos aquellos preceptos penales «en los que falta una guía objetiva para completar el tipo», de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal". (*Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, pág. 325.

\* Publicamos aquí algunos apartes de la providencia por medio de la cual se puso fin al proceso penal desatado, luego de surtida la segunda instancia.

Esto es lo que se da exactamente en el caso presente. En la práctica es imposible definir si desinflar las llantas de un carro ajeno es un comportamiento que encaja en el art. 370 del Código Penal. El daño causado por la acción no aparece con toda nitidez. Se torna brumosa la existencia de ese elemento esencialísimo del tipo penal. En opinión de este despacho esa lesión fue solo formal. La acción no afectó las llantas en su condición intrínseca. No hubo daño en sentido material sino una simple modificación de la forma del bien ajeno. Pero como de todas formas esa modificación causó un sobresalto en el derecho de propiedad del ofendido, surge el equívoco de su tipicidad. Como el art. 370 del Código Penal no ofrece con claridad los elementos del injusto, en este caso particular debe el juez *completar* el tipo.

( . . . )

El principio de legalidad impide hacer la deducción contraria en el sentido de que ese daño, aunque sea formal e insignificante, de-

be considerarse antijurídico. Si así se procediera, se estaría penando a los procesados por un delito no previsto en la ley penal. El art. 370 del Código Penal, entre su hipótesis de comportamiento, no prevé la modificación o daño formal de la cosa mueble ajena. Y si no lo prevé, lo sensato es presumir que el legislador, al referirse al daño en bien ajeno, tuvo en mente una lesión de índole material y no una modificación de su forma.

Por lo expuesto, entonces, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia por medio de la cual el Juzgado 25 Penal Municipal, el 10 de abril de 1986, *absolvió* a Fredy Robert Mesa y Luis Esteban Saldarriaga por el delito de daño en bien ajeno que se les había atribuido inicialmente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El juez,

ANDRÉS FERNANDO NANCLARES ARANGO.

El Secretario,

Diego Orozco Grisales.

\* \* \*

## COMENTARIO

Mientras que la señora Juez 25 Penal Municipal —en el fallo anterior— fundamenta la absolución en la falta de “incidencia social” de la conducta, por considerarla jurídicamente irrelevante dada su insignificancia, el señor Juez 1° Penal del Circuito la fundamenta en el *daño formal*, en contraposición al *daño material*, que para él en este caso no se produjo. La utilización instantánea de los neumáticos al ser desinflados produjo apenas —dice— un daño en la *forma* del bien jurídico y no en su materia.

Pero la distinción entre daño formal y material es algo extraño en la dogmática, puesto que el daño solo lo divide esta en *real* y *potencial*, entendido el primero como daño efectivo al derecho y el segundo como peligro de daño al mismo. Esto indica que la realización del daño es, sin más, *antijuridicidad material*, algo incompatible con el mal llamado *daño formal*.

En la temática carrariana el delito estaba constituido por la contrariedad de la conducta del sujeto con el ordenamiento jurídico del Estado<sup>1</sup>. Con base en ello algunos han dicho que eso es la *antijuridicidad formal*, con poca precisión, porque luego CARRARA explica el daño del delito con diversas y amplias connotaciones<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Programa, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1971, págs. 43 y 45.

<sup>2</sup> Ídem, caps. IV, V y VI, págs. 109 y ss.

Vendría después la doctrina alemana con su planteamiento de que no basta la antijuridicidad formal sino que es además menester la antijuridicidad material para la incursión en un injusto penal, lo que sin duda hizo retroceder el concepto de la mera violación a la norma positiva —sin daño real o potencial— como fundamento del comportamiento delictivo<sup>3</sup>.

Tal vez el señor juez hizo la trasposición de términos y entendió que la antijuridicidad formal podía denominarse daño formal, en tanto que la antijuridicidad material se llamaría daño material. Pero mientras que lo último no subvierte flagrantemente el lenguaje de la dogmática, lo primero sí se torna completamente heterodoxo.

La inutilización transitoria de las llantas del vehículo fue en verdad algo real, aunque de reducido grado frente a la escala de lo injusto, de tal suerte que amerite un reproche y una pena. Pero no significa que esa conducta sea conforme al derecho u ontológicamente justa. Es todo lo contrario: es esencialmente injusta porque nadie sin justa causa puede inutilizarle de ese modo el vehículo a otro. A tal punto que puede perfectamente comportar una grave e injusta provocación como fundamento de la atenuante del estado de ira (art. 60 C. P. colombiano), que debe apoyarse sin duda en un injusto material. Otro problema es el de las ofensas recíprocas y el daño que uno de los protagonistas le ocasiona a otro, cuyo manejo no fue objeto de examen en las instancias.

De manera que injusto material sí hay. Empero, al observar el grado de daño se aprecia que su poca significación no alcanza a fundamentar el reproche jurídico-penal necesario para que se pueda imponer una pena. Ello corresponde a los llamados “delitos bagatela” que surgen de pequeños daños que no se compadecen con la pena como última razón del Estado (*ultima ratio*) para contrarrestar la violación más grave del derecho, que se llama delito. El “principio bagatela”, ideado por TIEDEMANN<sup>4</sup>, corresponde al “principio de insignificancia” de ROXIN<sup>5</sup>, o a los denominados “delitos inocuos” que citan otros autores.

Y aunque la señora juez de primera instancia se refiere impropiaemente a la “adecuación social” de la conducta como fundamento de la absolución, puesto que por tal debe entenderse la actividad que, con todo y peligrosa para los bienes jurídicos, se estima apropiada en bien del desarrollo de los pueblos (tráfico automovilístico, aéreo o ferroviario, energía nuclear, procesos febriles, etc.), conforme a los apuntes de WELZEL<sup>6</sup> y JESCHECK<sup>7</sup>, acierta sin embargo cuando se refiere a la insignificancia.

En efecto, como expresa el señor juez de segunda instancia, el problema no debe enfocarse por la vía de la conducta socialmente adecuada, pues esta no encierra justificación del hecho ni constituye por sí misma una acción formalmente típica.

Es menester, en nuestra opinión, el estudio del injusto típico para mensurar su gravedad o su insignificancia, puesto que el derecho penal no debe ocuparse de fruslerías o bagatelas, que como injustos leves no constituyen delito por su inocuidad.

El mérito de estas providencias radica en la búsqueda de una solución por conducto de la dogmática, herramienta de coherente aplicación del derecho penal, que garantiza la justa seguridad jurídica.

MARIO SALAZAR MARÍN

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín  
Sala Penal

<sup>3</sup> VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, 18ª ed., vol. II, Madrid, Ed. Reus, pág. 336.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1981, pág. 554.

<sup>5</sup> *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, 1972, pág. 53.

<sup>6</sup> *Derecho penal alemán*, 11ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chole, 1970, pág. 83.

<sup>7</sup> *Tratado de derecho penal*, vol. I, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, pág. 341.

**SECCIÓN  
DE  
BIBLIOGRAFÍA**

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: *Derecho penal fundamental*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1986, 378 + XX págs.

Cuatro años después de la primera edición, aparece ahora una nueva, proyectada en dos volúmenes, el primero de los cuales me propongo reseñar para nuestros lectores.

Este tomo comprende las dos primeras partes de la obra original, esto es, de un lado, las "Bases del derecho penal y evolución y crítica de la doctrina del delito", que abarca la exposición de las ciencias del crimen, las fuentes del derecho penal y los ámbitos de validez de la ley penal (material, temporal, espacial y personal); y, del otro, la "Dinámica de la teoría del delito", en la cual expone el concepto de delito y la evolución del concepto dogmático de delito (esquemas clásico, neoclásico, finalista y posfinalista).

La obra, dedicada a la esposa del autor y a sus dos pequeñas hijas, así como a "los jueces demócratas de Colombia y América Latina", especialmente a los mártires del holocausto del Palacio de Justicia, se hace eco de la honda conmoción que en la historia nacional —vvida por el autor en su calidad de juez—, ha causado tan horroroso genocidio, cuyos autores no han sido todavía debidamente procesados ni sancionados. Por ello, como homenaje a los caídos, la Editorial TEMIS la ha lanzado al mercado el pasado seis de noviembre, un año después de tan dolorosos hechos que, como dice FERNÁNDEZ CARRASQUILLA en su proemio, "fuerzan a Colombia y América Latina a prestar mayor atención, en el derecho y en la política, a los límites del poder legítimo y por tanto a la construcción de una doctrina general a cuyo amparo no sea posible seguir calificando como medidas jurídicas a los desbordamientos irracionales de una fuerza que arrasa con la digni-

dad del ser humano y confunde en la misma reacción violenta a los agresores y a sus víctimas. *En un estado de derecho, el crimen no puede ser la respuesta al crimen*" (pág. XV, subrayo).

En esta oportunidad el volumen ha sido prologado por el profesor de la Universidad de Barcelona JUAN BUSTOS RAMÍREZ, quien, sin ningún ambage, afirma que "se trata de una obra de gran profundidad, que, como ninguna otra en Latinoamérica, intenta una total renovación del Derecho Penal, sobre la base de nuestra realidad sociopolítica y no, como sucede a menudo, desde una perspectiva ajena, como la europea, que al fin y al cabo significa hacer metafísica y no Derecho Penal" (pág. X).

No crea el lector que se trata de una mera reimpresión de la edición inicial. Por el contrario, después de recorrer una a una sus páginas, se puede concluir que no hay una sola del texto original que no haya sido sometida, con profunda vocación científica, a revisión y actualización; la redacción ha sido depurada y se han eliminado textos que perdieron vigencia o actualidad; la bibliografía ha sido notablemente mejorada e incrementada; los conceptos en lo posible remozados; los temas más complejos colocados en letra menor para facilitar la lectura y el entendimiento de los mismos; los índices debidamente reelaborados; y la numeración continuada valiéndose de capítulos, párrafos y páginas.

Aunado a lo anterior encontramos un pulcro manejo de las citas y de las notas de pie de página; a manera de ayudas para el lector se incluyen aproximadamente treinta y dos cuadros cuidadosamente diseñados que, seguramente, contribuirán a que el texto sirva como "Libro de Estudio" para el análisis de la parte general del derecho penal contemporáneo, como lo quie-

re el expositor; hay, pues, en contraste con la primera edición, profundas transformaciones de tipo metodológico, rayando con lo impecable. A tan saludables cambios han contribuido, como afirma el autor, el diálogo vivo con catedráticos nacionales y extranjeros, las sugerencias de los recensionistas, las aportaciones de los estudiantes, jueces y abogados en ejercicio; pero sobre todo el afán del profesor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA de perfeccionar su libro para colocarlo en el sitio que ha alcanzado.

Abordando ahora las modificaciones, ya no de forma sino de contenido que el nuevo volumen presenta, tendríamos:

La pretensión de suprimir el concepto de culpabilidad como reproche o "reprochabilidad"; la profundización del contraste entre objetivismo y subjetivismo penal, alertando "más larga y vivamente contra los peligros que el último representa"; la exposición decidida y radicalmente liberal; la postulación de que las garantías penales son la única posibilidad a disposición del individuo para escapar a penas arbitrarias e inhumanas y de que el sistema penal es injusto, desigual y doloroso, por lo cual la única postura que cabe frente a él es reducirlo al mínimo; el esfuerzo por mantener una actitud crítica frente al derecho penal postulando un "derecho penal de la liberación" frente al "derecho penal de la represión", para lo cual clama por el Estado Material de Derecho; la negativa a contemplar la criminalidad como un fenómeno ontológico, concibiéndola como producto del sistema social; y, en fin, la afirmación de que el inimputable es un ser humano, poseedor de una racionalidad distinta de la hegemónica, y no un ser cuyos actos para el derecho se asemejan a un "toro bravío", como pretendió algún desacreditado sector de la doctrina.

Las anteriores modificaciones se siguen inscribiendo en un esquema del delito que supone una construcción bifronte, que cobija

tanto a los imputables como a los inimputables (págs. 202 y 215), entendiendo el hecho punible como "la acción u omisión típicamente antijurídica y típicamente culpable, cuya principal consecuencia es una pena criminal para el sujeto imputable, o una medida de seguridad para el sujeto inimputable peligroso" (pág. 202). Este concepto se asienta en BINDING, como lo reconoce el expositor (pág. 214, nota 28).

Quizás cabría observar que las preocupaciones de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, orientadas hacia la construcción de un derecho penal crítico de corte objetivista, las cuales comparo, encuentran algunos escollos provenientes no tanto de su posición sino de la sistemática del delito en general. A título de ejemplo, creo que mal puede llamarse objetivista y liberal un derecho penal que para los inimputables impone medidas de seguridad indeterminadas con fundamento en la "peligrosidad" (cfr. págs. 13 y 220).

Una obra que acoge las críticas a la culpabilidad como fundamento de la pena, haciéndose eco del movimiento juridicopenal actual, también con una preocupación garantista, debiera enfrentar semejante monstruo político. Si no está demostrada la culpabilidad, que por lo menos ha jugado un papel de garantía para el individuo, mal puede estarlo un fundamento altamente ideológico, propio de las concepciones que instauraron el terror estatal, como la peligrosidad. Lo que asombra, y la crítica cabe a gran parte de la doctrina penal contemporánea, es que los defensores de un derecho penal liberal no hayan caído en cuenta de semejante contrasentido.

Por ello he venido planteando, más por motivos políticos que de otra índole<sup>1</sup>, que el derecho penal que suscribimos tiene que afrontar semejante reto, pues, de no hacerlo, entraría a guardar un silencio cómplice. No se puede construir un derecho penal que para los impu-

tables muestra una elegante fachada, mientras que, amenazador, esgrime sus garras contra los inimputables. Y esta preocupación es válida en Colombia, si se tiene en cuenta el crimen de lesa humanidad que se ha venido cometiendo contra tales sujetos penales.

No quiero decir, y que ello quede muy claro, que el autor no comparta también estas motivaciones; él, como ningún otro, desde una judicatura muchas veces tributaria del peligrosismo y del positivismo (que entre nosotros se campea en la formación universitaria en sus diversas variantes), ha planteado semejante desafuero. Sin embargo, cree que la peligrosidad sigue jugando un papel de garantía para el inimputable, lo cual no se compadece con las avanzadas premisas ideológicas que le sirven de punto de partida; valdría la pena que FERNÁNDEZ CARRASQUILLA replantea este punto, y a ello lo invito desde esta tribuna, con el mejor ánimo de entablar una sana polémica.

Tampoco parece totalmente cierto, entonces, que "la hora del peligrosismo ha pasado también entre nosotros" como se afirma (pág. 357). Y no lo es, porque el peligrosismo no ha pasado; antes, por el contrario, se encuentra elegantemente incrustado en la judicatura, en la doctrina, en la jurisprudencia, en la práctica judicial; todavía se sigue legislando con semejantes criterios. Para la muestra un botón: la ley 30 de 1986 y su decreto reglamentario 3788 del mismo año, los decretos 3664, 3665, 3667, 3669, 3671 y 3673 de 1986, consagradorios, la primera, del Estatuto Nacional de Estupefacientes, y los segundos de la regulación de estado de sitio (¿permanente?) en materia de armas y estupefacientes.

Aún más: el Código Penal de 1980, que trae un título dedicado a las normas rectoras, de hondo contenido democrático y liberal, no respeta los postulados de los que dice partir; lo mismo la legislación penal especial (piénsese solo en el Código Penal Militar), a veces tributaria de tal filosofía.

Una cosa es, pues, el paso que con extraordinaria claridad política y filosófica propone FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, constitutivo de un verdadero "programa ideológico" para la transformación del derecho penal colombiano, y otra cosa muy distinta es la cruda realidad que palpamos a diario; sin pecar de pesimista, me atrevo a afirmar que la lucha contra el peligrosismo (en todas sus variantes) apenas se ha empezado a librar entre nosotros, pudiendo decirse lo mismo del subjetivismo penal. Basta pensar como, todavía en círculos muy extendidos, las construcciones dogmáticas —sobre todo si son críticas y portadoras de una concepción democrática, como la que propone FERNÁNDEZ CARRASQUILLA— son vilipendiadas. Cuando, como dice E. GIMBERNAT, las decisiones judiciales son producto del azar, o mera cuestión de lotería, y no es posible aun una "aplicación segura y calculable del Derecho Penal"<sup>2</sup>.

Otro gran escollo que encuentra la obra objeto de este comentario, para el logro cabal de sus pretensiones, es la dogmática juridicopenal misma. Para nadie es un secreto (desde BINDING hasta nuestros días), que la dogmática juridicopenal está emparentada ideológicamente con las corrientes filosóficas del idealismo alemán, que van de KANT a HEGEL, y que las construcciones posteriores —incluso el movimiento político-criminal de ROXIN de corte neohegeliano—, son desarrollos de tal vertiente del pensamiento. La dogmática juridicopenal está transida de idealismo, lo cual ha permitido a NINO calificarla como de "ideología dogmática"<sup>3</sup>. Por ello, una dogmática totalmente objetivista y radicalmente comprometida con las transformaciones sociales no parece posible mientras no haya un cambio de paradigma; lo que se podrá hacer con tales limitantes filosóficas, que también son políticas, será construir una dogmática más o menos objetiva, más o menos subjetiva, pudiendo llegar hasta la Escuela de Kiel que, al legitimar el horror nazi, hizo un derroche de subjetivismo nunca igualado.

<sup>1</sup> Así en FERNANDO VELÁSQUEZ V., "El principio de legalidad juridicopenal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 263. También, con claridad, JUAN OBERTO SOTOMAYOR: "Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 33, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 297 y ss.

<sup>2</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Edit. Civitas, 1981, pág. 126.

<sup>3</sup> Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Edit. Ariel, 1983, págs. 321 y ss. El mismo: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, págs. 9 y ss., 103 y ss.

Tal vez debamos reconocer que el instrumento dogmático, pese a cumplir las importantes funciones que con maestría le ha asignado FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (págs. 19 y 22), está definitivamente en crisis, pues, como puntualiza NINO, "a pesar de esta extraordinaria influencia, la Dogmática jurídica está empezando a ser cuestionada, siendo objeto de reclamos porque se proceda a una revisión profunda de sus presupuestos y de sus métodos de justificación de soluciones"<sup>4</sup>.

Pasando a otros tópicos, quiero referirme a un par de consideraciones que hace la obra:

En primera instancia, sin que logre encajar dentro del contexto global del trabajo, en materia de derecho penal contravencional, se sostiene con no mucha claridad que "lo más indicado sería sacar las contravenciones del ámbito penal y llevarlas al derecho policivo" (pág. 168), como mecanismo de descriminalización. Si algo parece evidente es que la policía es un órgano administrativo, con lo cual se perdería la garantía jurisdiccional invocada en el párrafo anterior a la transcripción; además, estaríamos posibilitando que la administración impusiera penas privativas de libertad, lo que es frecuente entre nosotros, olvidando la advertencia de RODRÍGUEZ MOURULLO: "La posibilidad de que la Administración imponga penas privativas de libertad es absolutamente intolerable y radicalmente incompatible con un Estado de Derecho"<sup>5</sup>.

Tampoco se garantizará la descriminalización sino la represión, como ha sucedido recientemente con el porte de estupefacientes en dosis de consumo personal que, de ser considerada como "delito" (art. 38 del decreto 1188 de 1974), pasó a ser considerada como "contravención especial" (art. 6° de la ley 55 de 1984), y luego "contravención" (ley 30 de 1986, art. 51), desplazando la competencia de los jueces, a las autoridades de policía, y luego a los gobernadores, intendentes, comisarios y al Alcalde Mayor de Bogotá, según

el caso (art. 68 de la ley 30 de 1986), con una segunda instancia en el Ministerio de Gobierno (una persona jurídica de derecho público). Se trata del fenómeno antiliberal calificado por ZAFFARONI como la "minimización formal para la represivización material"<sup>6</sup>, según el cual, mientras se minimiza formalmente el hecho se incrementa la represión penal.

Lo que debe hacerse entre nosotros es distinguir entre *hechos punibles* (delitos y contravenciones penales) cuya competencia es de la rama jurisdiccional en todo caso, la única que puede imponer penas privativas de libertad, y *faltas administrativas*, cuya competencia es de los órganos administrativos (entre ellos la policía), que en ninguna circunstancia deben ser sancionadas con penas privativas de libertad; de los primeros debe ocuparse el derecho penal (delictual o contravencional), de las segundas, el derecho administrativo (en su rama administrativa penal). En estas condiciones sí podría hablarse de descriminalización, pues sería quitarles a determinados hechos el carácter de punibles, para someterlos a sanciones benignas (pequeñas multas, amonestaciones, apercibimientos, etc.), garantizando el debido proceso.

En cuanto a la pretensión de suprimir el concepto de culpabilidad como reproche (pág. XI), no parece que el autor llegara hasta donde el enunciado lo sugiere, pues luego dirá que "la culpabilidad penal es, en el estado actual de la ciencia y la política, un mal necesario del derecho penal, que se sostiene técnicamente, pero con fundamentos políticos, con el mayor grado posible de depuración con respecto a la culpabilidad moral, y aún a la pura culpabilidad psicológica... Lo que no puede mantenerse es la culpabilidad como reproche ético-social" (pág. 339). Para dar a entender más adelante que sí puede concebirse como reproche (pág. 220).

De la profunda reelaboración que ha recibido la obra, llama la atención la manera como se ha sistematizado la evolución del concepto dogmático de delito, presentando cada

uno de los esquemas y haciendo un estudio profundamente crítico, por medio del cual el autor va sentando sus posiciones personales. Semejante exposición es de un grado científico inmejorable, y difícilmente, a lo largo de los años, se encontrará un trabajo similar en nuestro derecho penal.

Cabe destacarse las críticas que el autor hace al Finalismo, otrora profesado por él, a pesar de lo cual, con honradez académica, reconoce que tal concepción "aparece casi desde su origen, ligada a la ideología antipositivista y por tanto ligada a la lucha contra la omnipotencia y la arbitrariedad del legislador penal, ligamen que ciertamente lo vincula de modo estrecho a la tradición garantista del derecho penal liberal" (pág. 285). Obviamente, su visión del finalismo es compartible en alguna medida: tal corriente, sobre todo con los desarrollos, posteriores a WELZEL, ha llegado a postular una eticización insoportable del derecho penal, olvidando el papel del bien jurídico (desvalor de resultado) para la construcción del injusto; históricamente, dicha concepción cumplió un papel importante en la lucha contra la Escuela de Kiel y el autoritarismo, cuarenta años atrás; su construcción en materia de los hechos culposos y omisivos ha sido objeto de críticas que deben atenderse; sus desarrollos en materia de la teoría del error (la llamada teoría estricta de la culpabilidad), pueden llevar a soluciones injustas si se sacrifica la justicia material, etc.

Pero lo anterior no significa que la sistemática finalista está mandada a recoger; antes bien, debe ser objeto de profundas controversias y revisión, para lo cual los medios que brinda la política criminal se han tornado en valiosos auxiliares; los ejemplos de STRATENWERTH y ZIPF, así lo confirman.

A diferencia del autor, creo que la ley penal colombiana resiste cualquiera de los dos enfoques otrora discutidos, pues si de sostener la "ideología dogmática" se trata, con las funciones que se le vienen asignando, da lo

mismo adherir a uno u otro esquema; lo decisivo es el papel de primera línea que se otorgue a la política criminal, la cual tiene que llevar a sacrificar las formulaciones abstractas en aras de la realización de la justicia material. Inclusive, partiendo de una concepción dualista en materia de la teoría de las normas, se podría sostener perfectamente un esquema mixto del delito que, de un lado, evite los excesos del Finalismo, y del otro, llene los vacíos del Causalismo; un esquema que permita al bien jurídico jugar un papel basilar en la construcción del injusto, siempre y cuando, insisto, no se olviden las elaboraciones político-criminales, las cuales deben tener su limitante en el catálogo de Derechos Humanos que es hoy, patrimonio de la Comunidad de Naciones.

Lógicamente, la tentativa de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA encaminada a dotar al derecho penal latinoamericano de una sistemática propia que se compadezca con nuestra realidad, es uno de los pasos que estábamos en mora de dar. Su construcción está llamada a marcar un hito fundamental que, de seguro, se irá abriendo camino al menos en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia. Como es de suponerse, ello no asegura sino que posibilita el mantenimiento y el afianzamiento de la democracia en el continente, pues si algo queda claro en la historia latinoamericana reciente, en general, y en la colombiana en particular, es que el irracionalismo y el ejercicio incontrolado del poder pueden barrer de un plumazo los cruentos avances que se logran en la lucha por la liberación de los pueblos.

La revista *Nuevo Foro Penal* y su equipo de trabajo, obviamente no comprometido con las consideraciones aquí formuladas de las cuales soy el único responsable, saluda con alborozo la aparición de este primer volumen e invita a todos los estudiosos de estas disciplinas en nuestro medio a que se sumen a este movimiento transformador en el cual estamos embarcados.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Medellín, enero de 1987

<sup>4</sup> NINO, *Introducción*, cit., pág. 339.

<sup>5</sup> GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*. Parte general, Madrid, Edit. Civitas, 1978, pág. 31.

<sup>6</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "El sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represivización material", en *Criminología crítica*, I Seminario, Medellín, Univ. de Medellín, 1984, págs. 105 y ss.

CARLOS MARÍA, ROMEO CASABONA: *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Barcelona, Edit. Bosch, 1986, págs. 199.

Esta obra del profesor de la Universidad de Zaragoza (España), trata sobre el controvertido tema de la peligrosidad en materia penal. En primera instancia, no deja de tener razón el autor cuando manifiesta que la "complejidad" del concepto de peligrosidad "contrasta con la poca atención dedicada al mismo por nuestra literatura jurídica" (pág. 13), pues a pesar de que en los últimos tiempos se ha prestado especial atención al tema, los estudios realizados<sup>1</sup> se refieren casi exclusivamente a las medidas de seguridad, olvidando un poco su fundamento tradicional, la peligrosidad, a la que toman como algo cierto e incontrovertible. El presentar nuevamente esta temática para su discusión es quizá el aspecto más rescatable de esta obra, pues si bien el autor pretende con ello "contribuir a disminuir ese olvido y confusión" (pág. 13), creemos que esto último no lo logra.

Formalmente la obra está dividida en dos partes. La primera de ellas, sobre los "Presupuestos teóricos", consta de cuatro capítulos, en los cuales el autor expone sobre el "Concepto, origen y problemática que plantea", según él, la peligrosidad (cap. I), las "Clases de peligrosidad" (cap. II), "Ámbito de aplicación" (cap. III), y sus "Consecuencias: las medidas de seguridad" (cap. IV). De esta parte llama nuestra atención, por no tener noticias de que se haya tratado en Colombia, lo referente a la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad a las personas jurídicas. En este sentido, el autor manifiesta que "parece aconsejable la imposición a las personas jurídicas de medidas de seguridad de diversa

índole, sobre el elemento asociativo *stricto sensu*, sobre su fin u objeto, o bien sobre las cosas o el patrimonio de la sociedad: disolución, suspensión, revocación de permisos y licencias, prohibición de residencia, publicación de la sentencia, intervención de la gestión de la empresa, exclusión de subvenciones, etc." (pág. 72). Estas medidas tendrían una naturaleza administrativa y estarían fundamentadas en la "peligrosidad objetiva" de la persona jurídica, entendiéndose por ello la "idoneidad para la producción de delitos" (pág. 72). Obviamente, para llegar a tal conclusión, se debe haber resuelto primero, de manera afirmativa, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De todas formas, no parece que este tipo de medidas constituyan propiamente *medidas de seguridad*, las cuales exigen la previa comisión de un injusto que la persona jurídica no está en capacidad de cometer, por lo que no dejarían de ser medidas estrictamente administrativas y, por tanto, ajenas al ámbito del derecho penal.

La segunda parte de la obra está dedicada a "La peligrosidad en el derecho español", donde trata la temática referida al Código Penal español vigente, al Proyecto de C. P. de 1980, a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo C. P. de 1983 y a la "Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social", terminando con un capítulo dedicado a las "Consideraciones finales", en el que expone sus ideas sobre la problemática tratada.

El enfoque que el profesor ROMEO CASABONA da a la peligrosidad y a las medidas de seguridad no difiere del tradicional, razón por la cual su aporte al esclarecimiento de esta problemática resulta bastante limitado,

<sup>1</sup> Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo", en *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, págs. 51 y ss.; GONZALO QUINTERO OLIVARES, "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el proyecto de código penal", en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 571 y ss.; JUAN TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981; AGUSTÍN JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, 1976; IGNACIO MUÑAGORRI, *Sanción penal y política criminal*, Madrid, 1977; MARINO BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980.

pues no profundiza en aspectos tan definitivos como el de la *validez actual* del concepto de peligrosidad y la crisis de la teoría normativa de la culpabilidad (basada en el "libre albedrío), por ejemplo. El autor, por el contrario, sigue entendiendo la culpabilidad como un juicio de reproche personal dirigido al sujeto por no haber actuado conforme a derecho, pudiendo hacerlo y, por tanto, la retribución como función esencial de la pena. En consecuencia, sostiene la vigencia del sistema *dualista* puro para el imputable "peligroso", el *vicarial* para los semimputables y el *monista*, como regla general, en los demás casos: penas para los imputables ("no peligrosos") y medidas de seguridad para los inimputables (pág. 181).

A las anteriores consideraciones no encontramos una justificación distinta a la de intereses "defensistas" que no compartimos. Si entre penas y medidas de seguridad no existen diferencias fundamentales, teniendo en cuenta que ambos conceptos obedecen a un mismo presupuesto (comisión de un injusto), cumplen una misma función (protección de bienes jurídicos) y tienden a un mismo fin (la resocialización)<sup>2</sup>, no hay razón para seguir manteniendo el sistema dualista, ni siquiera en su variante vicarial. Además, no sobra insistir en los peligros que para las garantías fundamentales constituye seguir aceptando una clase de sanciones diferentes de las penas, no sujetas a los límites propios de estas<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 12 y 225.

<sup>3</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, ob. cit., págs. 60 y 61. Sobre las particularidades de la problemática en Colombia, véase especialmente a JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 320 a 329; NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1984; J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por los locos", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 549 a 565; JUAN O. SOTOMAYOR ACOSTA, "Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 33, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 297 y ss.

<sup>4</sup> De igual forma, en Colombia, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 518. En contra, SOTOMAYOR ACOSTA, ob. cit., pág. 308.

a la personalidad del propio individuo, el principio de la peligrosidad no puede suponer una garantía frente a la exacerbación del recurso a las medidas de seguridad"<sup>5</sup>. Por esta razón hemos sostenido que, en sociedades como la nuestra, en última instancia se tiene en cuenta es el *status social* del sujeto porque, como ha puesto de presente la nueva criminología, "la criminalidad es un «bien negativo» distribuido desigualmente según las diferencias establecidas por el sistema socioeconómico y según las diferencias sociales entre los hombres"<sup>6</sup>. De esta manera, el binomio *peligrosidad-medidas de seguridad*, desde sus orígenes, no ha sido más que un mecanismo de selección y marginación de quienes no comparten los valores del grupo dominante, puesto que lo "peligroso" siempre será lo "diferente", lo contrario a las normas establecidas, es decir, al *status quo* (lo cual es

especialmente válido en relación con los sujetos catalogados de inimputables)<sup>7</sup>.

Queremos pues reafirmar nuestro criterio en el sentido que conceptos como el de peligrosidad pierden total vigencia en un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso de principios como el de igualdad y dignidad de las personas, legalidad, proporcionalidad, etc.

Finalmente, si, como hemos expresado a través de esta corta reseña, son muchos los motivos que nos llevan a alejarnos del tratamiento que el profesor ROMEO CASABONA da a tan polémico tema, es válida en cambio su preocupación por el mismo, pues, repetimos, este ha sido frecuentemente olvidado por la doctrina actual, que tal vez evita de esta forma comprometerse en un tema de tan oscuro trasfondo político.

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA  
Salamanca, noviembre de 1986

<sup>5</sup> ANGEL DE SOLÁ DUEÑAS, "Consideraciones críticas a las medidas de seguridad en el proyecto de Código Penal de 1980", en *Estudios jurídicos en honor al profesor Octavio Pérez-Vitoria*, t. II, Barcelona, 1983, pág. 897.

<sup>6</sup> ALESSANDRO BARATTA, "Criminología crítica y política criminal alternativa", en *Derecho penal y criminología*, núm. 5, Bogotá, 1979, pág. 46.

<sup>7</sup> Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología", en *El pensamiento criminológico*, t. II, Barcelona, 1983, págs. 16 a 18; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, 1985, págs. 29 a 43.

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN  
LOS TALLERES GRÁFICOS DE NOMOS  
IMPRESORES EL DÍA 8 DE JUNIO  
DE 1987

LABORE ET CONSTANTIA

## ÚLTIMAS PUBLICACIONES

DELMAS-MARTY, M./LABRUSSE-RIOU, C.: <i>Matrimonio y divorcio</i> , XIV + 120 páginas. Rústica .....	\$ 1.050.00
ESCOBAR, JOSÉ FÉLIX: <i>Arrendamiento de locales comerciales</i> (M. J. 51), 2ª edición, X + 76 páginas. Rústica .....	290.00
GUZMÁN DÍAZ, CARLOS A.: <i>Procedimiento civil aplicado</i> , 4ª edición, X + 788 páginas. Pasta .....	3.200.00
NARANJO MESA, VLADIMIRO: <i>Teoría constitucional e instituciones políticas</i> , 2ª edición, XXIII + 392 páginas. Pasta .....	2.400.00
ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo</i> , 15ª edición (comentada), 1082 páginas. Pasta	4.000.00
ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código de Procedimiento Civil</i> , 16ª edición (bolsillo) 680 páginas. Pasta .....	1.400.00
OLANO VALDERRAMA, CARLOS A.: <i>Derecho constitucional e instituciones políticas</i> , 2ª edición, XX + 468 páginas. Pasta .....	2.900.00
REYES ECHANDÍA, ALFONSO: <i>Derecho penal</i> . Parte general, 11ª edición, XVI + 330 páginas. Rústica .....	1.880.00
RUIZ PÉREZ, JOAQUÍN S.: <i>Juez y Sociedad</i> , VIII + 192 páginas. Rústica	1.100.00
VALENCIA ZEA, ARTURO: <i>Derecho civil</i> , t. II. Derechos reales, 8ª edición, XVII + 557 páginas. Pasta .....	3.100.00
VILLEGAS SIERRA, HERNÁN: <i>De la sociedad de responsabilidad limitada</i> , 2ª edición, XVI + 360 páginas. Pasta .....	2.500.00

## DE PRÓXIMA APARICIÓN

- ALIMENA, Bernardino: *El delito en el arte*.  
 ALTAVILLA, Enrico: *La culpa*, 3ª edición.  
 ALZATE, Helí: *Sexualidad humana*, 2ª edición.  
 ARENAS, Antonio Vicente: *Procedimiento penal*, 6ª edición.  
 BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*.  
 BENÍTEZ, Hernán Darío: *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano*.  
 HENAO HIDRÓN, Javier: *Constitución Política de Colombia*, 7ª edición.  
 MONROY CABRA, Marco G.: Régimen jurídico de la extradición.  
 ORTEGA TORRES, Jorge: *Código Penal* (decreto 100 de 1980), 8ª edición.  
 ORTEGA TORRES, Jorge: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*, 19ª edición (bolsillo).  
 ORTEGA TORRES, Jorge: *Código Contencioso Administrativo*, 5ª edición (bolsillo).  
 ORTEGA TORRES, Jorge: *Código de Comercio*, 12ª edición (bolsillo).  
 ORTEGA TORRES, Jorge: *Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo*, 21ª edición (bolsillo).  
 PÉREZ, Luis Carlos: *Derecho penal*, tomo I, 2ª edición.  
 REYES ECHANDÍA, Alfonso: *Criminología*, 8ª edición.  
 VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho civil*, tomo I. Parte general y personas, 11ª edición.