

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR

Coordinador

Leihgabe Prof. Ambos

EDITORIAL

J. Héctor Jiménez Rodríguez. In memoriam.

Rubén Darío Pinilla Cogollo

46

DERECHO PENAL

Introducción a la imputación objetiva.

Elena Larrauri Pijoan

POLÍTICA CRIMINAL

Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal.

Alessandro Baratta

Por una cárcel humanitaria.

J. Guillermo Escobar Mejía

LEGISLACIÓN

Decretos 1855, 1856, 1857, 1858, 1859, 1860, 1861, 1866,
1893, 1894, 1895, 1896 de 1989.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Derecho a la condena de ejecución condicional y prohibición de excarcelación.

Comentario de Miguel Ángel Pedraza Jaimes.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN: La esencia de la decisión (auto control de legalidad)

en el procedimiento ordinario.

Comentario del Dr. J. Héctor Jiménez Rodríguez.

JUZGADO DECIMOSEXTO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN: Usurpación de marcas y patentes.

Comentario de Fernando Velásquez V.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN:

Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

CO/XIV

F/Z

2345

OCTUBRE • NOVIEMBRE • DICIEMBRE

1989

Director

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Coordinador

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ

MARIO SALAZAR MARÍN

HERNANDO LEON LONDOÑO BERRIO

CARLOS AUGUSTO GALVES ARGOTE

CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.

JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO

IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ

HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.

Auxiliares

SANDRA CRISTINA MORA S.

MARIO ALBERTO ARENAS

SERGIO UPEGUI KAUSEL

FRANCISCO VALBUENA

LUZ MARÍA MEJÍA S.

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1989

A. A. 53006 Medellín

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

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

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

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

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

J. Héctor Jiménez Rodríguez. *In memoriam*. Rubén Darío Pinilla Cogollo 419

DERECHO PENAL

Introducción a la imputación objetiva. Elena Larrauri Pijoan 425

POLÍTICA CRIMINAL

Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Alessandro Baratta 443

Por una cárcel humanitaria. J. Guillermo Escobar Mejía 459

LEGISLACIÓN

Decomiso y ocupación de bienes. Decreto 1856 de 1989 475

Competencia y procedimiento para el decomiso de bienes. Decreto 1893 de 1989 477

Extradición gubernamental por narcotráfico y delitos conexos. Decreto 1860 de 1989 478

Retención e incomunicación de personas. Decreto 1859 de 1989 480

Control de pistas de aterrizaje. Decreto 1896 de 1989 481

Rebelión y sedición. Decreto 1857 de 1989 484

Proselitismo armado. Decreto 1858 de 1989 485

Enriquecimiento ilícito de particulares. Decreto 1895 de 1989 485

Fondo de Seguridad de la rama jurisdiccional. Decreto 1855 de 1989 486

Revisión constitucional de decretos legislativos. Decreto 1894 de 1989 488

Trámite de procesos de competencia del Tribunal Superior de Orden Público. Decreto 1966 de 1989 489

Modificaciones al Código de Procedimiento Penal. Decreto 1861 de 1989 490

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Derecho a la condena de ejecución condicional y prohibición de excarcelación.
Comentario de Miguel Ángel Pedraza Jaimes 503

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN: La esencia de la decisión (auto control de legalidad) en el procedimiento ordinario.
Comentario del Dr. J. Héctor Jiménez Rodríguez 509

JUZGADO DECIMOSEXTO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN: Usurpación de marcas y patentes.
Comentario de Fernando Velásquez V. 518

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego 527

BIBLIOGRAFÍA 533

EDITORIAL

J. Héctor Jiménez Rodríguez **In memoriam ***

“Nadie es una isla completa en sí mismo; cada hombre es un pedazo del continente, una parte de la tierra; si el mar se lleva una porción de tierra, toda Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio, o la casa de uno de tus amigos, o la tuya propia; la muerte de cualquier hombre me disminuye, porque estoy ligado a la humanidad; y por consiguiente, nunca hagas preguntar por quién doblan las campanas; doblan por tí”.

JOHN DONNE

José Héctor, maestro y amigo:

¿Cómo siquiera imaginarlo, hace tantos y tan pocos años? Convocado yo, el menor de todos, a la última cena; llamado por lazos entrañables a evocarte, a despertarte del sueño, para impedir que la memoria nos traicione; y llegado aquí, al pie tuyo, solo un enorme silencio me acompaña; y ante la tumba recién abierta, un inconmensurable vacío me conmueve y sobrecoje.

¡Cuánta orfandad! Cuánta orfandad la de tus hijos: Héctor, Jorge, hechos a imagen y semejanza tuya; Ángela, a quien parecía que solo le bastaba con amarte; Gladys, la madre de tus nietos más cercanos y adorados; Nancy, tan lejos cuando se mira a la distancia, pero tan próxima en el corazón; ellos, que hallaron en tí a un padre preocupado por su suerte y acogedor en el calor del hogar, en quien siempre encontraron sus brazos abiertos y con el que se podía jugar como en un carrusel de sueños.

* Discurso pronunciado por el Dr. RUBÉN DARÍO PINILLA COGOLLO en los funerales del Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, insigne Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, profesor universitario y permanente colaborador de “Nuevo Foro Penal”, a quien queremos dedicar, a manera de homenaje, el presente número de la Revista.

Cuánta orfandad la de tu esposa, Blanca: compañera inseparable, anhelada siempre, como si no pasaran los años; de quien te bastaba escuchar la voz del otro lado del teléfono para hacer más dulce la diaria tarea de la justicia; de quien no exigías "más que el rostro del ser y el hechizo de la ternura en el corazón", porque eras de aquellos que, con el cronista, "pensaba que este mundo sin amor es un mundo muerto" y, más aún, lo practicabas.

Y la nuestra; la de todos los que en las aulas de la Universidad escuchamos tus lecciones y fuimos tus discípulos bienamados y que luego acogiste en el seno de la justicia; casi sin darnos cuenta, nos ibas moldeando con las manos como el alfarero amasa el barro y construye la obra que perdurará por siempre; y al final, reconocíamos en tí al padre y al maestro.

Aún ayer se me acercaban a decirme: Nos mataron al papá. ¡Y cuánta razón tenían! Al fin de cuentas, "el nombre es la bandera" y tú te llamabas José, como el carpintero, a cuyo lado se fue formando la imagen de Jesús, de cuyas manos sencillas y laboriosas surgió convertido en hombre.

Solo un corazón pródigo y generoso como el tuyo puede albergar a un tiempo a tantos hijos y quererlos entrañablemente; y ese corazón, que era lo mejor de tí, fue el que sin misericordia partieron en dos tus asesinos.

Con ello quisieron destruir el símbolo. Porque en esta Colombia de finales de siglo se asesinan los símbolos; los que son la imagen de la paz; los que son el emblema del valor y los principios; los que encarnan la esperanza y el futuro; los que representan lo mejor de lo que somos.

Tú eras uno de ellos; en Antioquia, entre nosotros, tú eras la encarnación de la justicia. No en vano le habías dedicado toda una vida con abnegación y sacrificio y recién habías cumplido veinticuatro largos años, casi un cuarto de siglo, al frente de ella en el Tribunal Superior, primero en Yolombó y luego en Medellín, como el Magistrado limpio, como el Magistrado recto, como el Magistrado sabio, al que siempre nos acercábamos para disipar con sus luces nuestras dudas. ¡Y cuánto brillaba tu palabra! ¡Y cuánto valía tu consejo!

Con suficientes méritos, entonces, te exaltaron al más alto honor: el de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Por eso no es menester preguntar por qué tú. No, en una época en que la justicia se volvió incómoda para quienes trafican con la juventud y con la vida, para los mercaderes de la conciencia, de los hombres y de sus destinos.

Eras, bien lo sabemos, el blanco fácil, el más indefenso, el desamparado por una sociedad que se acostumbró a vivir en medio de la opulencia y el poder de pocos, que abrió sus puertas y dejó crecer a su amparo a los traficantes de la droga, que convivió largo tiempo con los mensajeros de la muerte, casi sin pestañear siquiera, y que siempre olvidó a sus jueces.

¡Qué ironía! Asesinados por los unos y olvidados por los otros.

Esa es la tragedia de la justicia. Y aun así continua enhiesta. Y aun así continuar siendo patrimonio de Colombia mientras haya Magistrados y jueces como tú. Porque estamos vivos, porque no podrán acallarnos, porque no cejaremos en el empeño.

Frente a ellos, nos bastará repetir con León Felipe, el poeta prometeo:

"Ay del que se armó tan solo
para defender su granero
y no se armó para defender
el pan de todos primero.
Ay del que dice todavía
nos proponemos conservar lo nuestro".

Y recordar con Miguel Hernández, en el corazón:

"De dónde saldrá el verdugo
martillo de estas cadenas.
Que salga del corazón
de los hombres jornaleros.
De aquellos que antes de ser hombres
son y han sido niños yunteros".

¡Las campanas están doblando; y doblan por tí, Colombia, y por tus hijos!
¡Vosotros, nosotros, somos los jornaleros de la justicia. Y toda la patria entera!

No nos vamos a dejar ganar esta batalla, la de la desesperanza, ni vamos a darnos por vencidos; seguiremos creyendo en la paz y en el porvenir.

Para eso estás tú, y está y estará siempre, con quien lo creyera, tu alegría; aún recuerdo cómo te solazabas con el dialecto costeño, y cómo descendiste al filo de la medianoche a buscar la presa que no habíamos cazado, cómo recorrías el camino y casi retozabas en medio de nuestras sonrisas; y tantos momentos que el olvido no podrá arrancarnos.

En tí se hacía came, y permíteme recordarlo de nuevo, él también fue testigo, la enseñanza que Miguel Hernández, reducido a la prisión, dirigía a su hijo:

"Desperté de ser niño,
nunca despiertes.
Triste llevo la boca,
ríete siempre...
Defendiendo la risa
pluma por pluma".

José Héctor, maestro y amigo:

Déjame recordarte como signo del valor y la esperanza; esa esperanza "que impide a los hombres abandonarse a la muerte y que no es más que obstinación de vivir"; y ese valor que te permitiría decir, con el personaje de Hemingway, "entonces sal de esta cama; no hay sitio para mí, para tí y para tu miedo. Somos demasiados".

Y sobre todo, déjame recordarte como el símbolo de la vocación por la administración de justicia; ella te costó la vida.

José Héctor, maestro y amigo:

Perdona lo opaco de mi palabra, pero cuando se muere el maestro se empaña la luz; y déjame que te recuerde así, amigo, padre, maestro y símbolo, para no olvidar, para no olvidarte; para poder decir, al cabo del tiempo y de los años, con el personaje de Camus: "Hace ocho años que no puede decir que murió; solamente se borró un poco más que de costumbre, y cuando me volví a mirarlo, ya no estaba allí".

RUBÉN DARÍO PINILLA COGOLLO
Magistrado - Sala Penal
Tribunal Superior de Medellín

Introducción a la imputación objetiva

Elena Larrauri Pijoan

Profesora Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona (España)

Para desarrollar el tema de la imputación objetiva hemos dividido la exposición de este ejercicio en tres partes.

- 1^a) Por qué se llega a la moderna teoría de la imputación objetiva.
- 2^a) Cuáles son los criterios de imputación objetiva.
- 3^a) Los puntos discutibles de la imputación objetiva.

1. PRECEDENTES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Al tratar la lección correspondiente a la tipicidad señalamos que el tipo legal tenía una función motivadora, indiciaria y garantizadora. Indicamos asimismo que ello expresaba la necesidad de determinar con exactitud y precisión los comportamientos prohibidos. De esta forma observamos que en los tipos legales se conminan determinadas actividades (matar, falsificar, injuriar, etc.) con una pena.

Un segundo aspecto surge cuando se plantea la necesidad de subsumir determinados comportamientos del mundo real en el tipo legal. O, expresado de otro modo, se trata de averiguar si determinada actividad es típica.

Esta delimitación de actividades típicas ha sido históricamente atribuida a las teorías de la causalidad; de tal forma se entiende que mata quien causa una muerte, o que lesiona quien causa un perjuicio a la integridad física.

Sin embargo, que ello sea así no viene impuesto por mandato legal. En efecto, el Código Penal se limita a señalar: "El que matare

a otro será castigado" (art. 407). Pero nada dice respecto de la forma de cómo debe determinarse quien mata¹.

Las razones por las cuales se entendió que la relación que mediaba entre una conducta y un resultado debían ser relaciones de causalidad, pueden, sin embargo, entenderse al amparo de la preeminencia de la *teoría de la acción causal*.

Una teoría que afirma que es acción todo aquel movimiento corporal voluntario que causa un resultado, y que paralelamente concibe los tipos penales como mera descripción de acciones causales que produzcan una lesión de los bienes jurídicos.

Tres fueron, en consecuencia, las repercusiones de relegar la determinación de la acción típica a las teorías causales: a) el traslado de esta tarea a ciencias extrajurídicas; b) la proliferación de múltiples y diversas teorías causales; c) la imposibilidad de establecer límite alguno, basado en criterios estrictamente causales, del número de acciones típicas.

A continuación expondremos las teorías causales que mayor difusión han tenido en la doctrina, para comprender las limitaciones a las cuales estaban sometidas en su intento de determinar las actividades típicas.

En primer lugar surge la teoría de la *equivalencia de las condiciones*. De acuerdo con esta teoría, es causa de un resultado toda condición negativa o positiva que interviene en la producción de un resultado. Puesto que toda condición tiene un valor equivalente en la producción del resultado, todas pueden considerarse causa del mismo, siendo imposible diferenciar entre causas y condiciones. El procedimiento para averiguar cuándo se está en presencia de una causa es la fórmula de la *conditio sine qua non*, la cual establece que si se suprime mentalmente determinada condición y el resultado desaparece, dicha condición es causa del mismo (condición sin la cual el resultado no se habría producido).

Múltiples fueron las críticas dirigidas a esta teoría, las cuales reseñaremos brevemente:

1. Fracasa en procesos denominados de "causalidad hipotética", "de reemplazo", "anticipada" o "acumulativa". En todos estos casos, aun cuando se suprime mentalmente determinada condición, el resultado se sigue produciendo en virtud de otra condición.

2. Asimismo fracasa en los casos de causalidad general, en los que por desconocerse la relación causal no puede afirmarse con certeza qué sucede si se suprime determinada condición. Son los célebres casos de la Talidomida planteados por ARMIN KAUFMANN, en los que, al desconocerse el efecto de dicho medicamento sobre el organismo humano, no puede afirmarse qué sucede si se suprime su uso.

3. Tropieza con insuperables dificultades en los delitos de omisión, en los que resulta inviable predicar del sujeto que omite —que nada hace— que ha causado un resultado. A lo sumo puede afirmarse que si el sujeto hubiese actuado probable-

¹ Así podría sostenerse que ni todo aquel que causa una muerte mata, ni todo aquel que mata causa una muerte —principio de elevación del riesgo—. ROXIN versus KAUFMANN, ejemplo del médico; ejemplo de la Talidomida.

mente el resultado se hubiese evitado, esto es, se establece una relación de causalidad hipotética, a la que precisamente se objeta que no constituye verdadera causalidad.

4. Es también impracticable en los delitos imprudentes, ya que en estos el injusto no queda constituido por la mera lesión causal sino que requiere que el daño causado sea previsible, ya que de lo contrario difícilmente puede exigirse a la persona que adopte determinadas normas de cuidado. Adicionalmente, si dos sujetos causan un determinado resultado relevante, aparece solo la persona que haya lesionado la norma de cuidado.

5. Y, por último, se objeta que conduce a una desmesurada ampliación del injusto. En efecto, debido a que el mundo está unido por una serie infinita de fenómenos causales, resulta imposible pensar en un resultado que no esté concadenado a múltiples acciones causales.

Dos fueron los correctivos ideados para corregir esta desmesurada extensión: la prohibición de retroceso y el correctivo de la culpabilidad. Señalemos solamente que por medio de la prohibición de retroceso se aludía a la improcedencia de considerar factores que no hiciesen referencia al supuesto concreto enjuiciado. Pero el problema era, precisamente, decidir cuál era el supuesto concreto enjuiciado. Además, aun cuando se pretenda ignorar el resto de condiciones, subsiste la tipicidad de las mismas.

Por lo que respecta al correctivo de la culpabilidad, esto es, la exigencia de que adicionalmente a la causación de un resultado existiese una relación de dolo o culpa respecto del mismo, se criticó, entre otros argumentos, la improcedencia de tener que declarar típicas todas aquellas acciones que hubiesen ocasionado la lesión de un bien jurídico, ya fuese esta lesión objetivamente imprevisible o previsible, pero actuando dentro de los márgenes del riesgo permitido. Como observara GIMBERNAT, "Si exageramos la nota: Adán el primer hombre habría cometido todos los delitos ejecutados en la tierra en concurso ideal al procrear a sus hijos; las distintas procreaciones no fueron acciones culpables, pero típicamente antijurídicas sí que lo fueron". Recordemos que la declaración del carácter de injusto de determinados comportamientos envuelve ya la posibilidad de imponer determinadas medidas penales y sanciones civiles. Adicionalmente deja de tener sentido seguir predicando el carácter indiciario o garantizador de la tipicidad desde el momento en que infinidad de acciones son declaradas típicas.

Estas críticas e insuficiencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones originaron la elaboración de la *teoría de la causalidad adecuada*. De acuerdo con esta teoría, no toda condición que produzca un resultado puede ser considerada causa del mismo, sino solo aquella que conforme a la experiencia es adecuada para producir un resultado típico.

Para saber cuándo estamos en presencia de una causa adecuada se realiza un juicio de probabilidad por el juez, que debe situarse en el momento de la acción. Este juicio se basa en dos tipos de conocimientos, el ontológico, que toma en consideración las condiciones conocidas y cognoscibles por un hombre prudente, así como los conocimientos específicos del autor; y el nomológico, que incorpora las leyes

de la naturaleza conocidas al tiempo de la acción. Con base en este juicio se determina finalmente como causa aquella que aparece adecuada —objetivamente previsible— para producir el resultado.

Efectivamente, la teoría de la causalidad adecuada permite excluir desde un inicio las conductas de las cuales se deriva un resultado objetivamente imprevisible. Sin embargo, también tropezó con diversos inconvenientes:

1) La afirmación de que las acciones inadecuadas no son causales denota el recurso a un concepto de causa jurídico-penal distinto del utilizado en el resto de las ciencias empíricas.

2) Para delimitar cuándo se está en presencia de acciones inadecuadas se introducen criterios valorativo-normativos (la previsibilidad); pero con ello se abandona el terreno puramente causal, configurándose en realidad como una teoría de la responsabilidad.

3) Se afirma la causalidad si el sujeto conoce determinados factores que influyen en la producción del resultado; por el contrario, las mismas acciones, si el sujeto desconocía estos factores intervinientes, deben ser consideradas inadecuadas. Así, imaginemos por ejemplo que alguien pretende matar a otro enviándole a realizar unas compras en un supermercado. Con los elementos que proporciona el juicio de adecuación debiéramos negar que dicho comportamiento constituya causa adecuada del resultado. Imaginemos, por el contrario, que el sujeto posee información de que un grupo terrorista ha puesto una bomba en el interior del supermercado, que explotará al cabo de una hora. En este caso podríamos afirmar que su comportamiento sí constituye causa adecuada del resultado. Lo sorprendente, sin embargo, es que en ambos casos la actividad ha sido la misma. De nuevo en palabras de GIMBERNAT, "El dolo puede cambiar muchas cosas en derecho penal, lo que no puede hacer es crear una relación de causalidad material donde esta no existe".

4) La gran imprecisión de los criterios utilizados para medir el juicio de adecuación. Qué condiciones debían o podían ser cognoscibles por un hombre medio, qué grado de probabilidad debía exigirse, qué grado de generalización del resultado se requiere, etc.

En vista de tamañas dificultades surge otra teoría alternativa que pretende superar dichas contradicciones. Nos referimos a la *teoría de la relevancia*. Esta teoría, presentada en ocasiones como el precedente inmediato de la imputación objetiva, distingue claramente los dos ámbitos en los que a partir de entonces se desarrollará la determinación de las acciones típicas. Por un lado, por lo que respecta al problema causal no duda en acoger la teoría de la equivalencia de las condiciones, única teoría que se considera correcta desde un punto de vista causal. Sin embargo establece a continuación que no todas las causas intervinientes en un suceso son jurídicamente equivalentes². Por consiguiente, dos serán los requisitos necesarios para afirmar la tipicidad de un comportamiento: el nexo causal (determinado confor-

me a la teoría de la equivalencia) entre la acción y el resultado, y la relevancia de este nexo causal.

Para dictaminar el carácter relevante de un comportamiento se acogerá el criterio de adecuación; de tal forma se considerará relevante aquello generalmente adecuado —objetivamente previsible— para producir un resultado. De acuerdo con MEZGER, a diferencia de la teoría de la causalidad adecuada, no se niega el carácter causal del resto de condiciones concurrentes sino exclusivamente su relevancia.

A partir de este momento se distinguen los dos ámbitos por los que va a discurrir la discusión, esto es, un primer plano causal, y un segundo plano en el que deben elaborarse unos criterios normativos con base en los cuales adscribir determinados comportamientos al tipo legal. Sin embargo, si este fue un mérito de la teoría de la relevancia fue, al propio tiempo, su mayor limitación, ya que la teoría de la relevancia no elaboró los criterios según los cuales debían considerarse determinados comportamientos como relevantes o irrelevantes.

Con estos precedentes surge la teoría de la imputación objetiva. Sin embargo quisiera mencionar que el proceso por el que se llega a ella no fue inmediato ni lineal. En efecto, si en la tipicidad se analizaba la acción que causa un resultado y los esfuerzos desarrollados hasta el momento para determinar la tipicidad de los comportamientos por medio de la causalidad se habían revelado inadecuados, los intentos se dirigieron en un segundo momento a intentar esta misma determinación recurriendo al segundo elemento del tipo: la acción. No voy a desarrollar aquí la discusión que se produjo entre los partidarios fundamentalmente de la acción causal y de la acción final, debido a que ello ya ha sido objeto de explicación en otra lección del programa; no obstante, quiero recalcar que los ataques que los defensores de la acción finalista dirigen a los criterios de imputación objetiva se basan principalmente en su comprensión de que la teoría de la imputación objetiva iniciada por LARENZ y HÖNIG, surge como un intento de restringir la ampliación a que había conducido la concepción de la acción causal. Sin embargo, ello es, en opinión de los partidarios del finalismo, superado nítidamente con la estructura finalista del delito. En efecto, al exigir la presencia del dolo y la culpa para afirmar la tipicidad de una conducta, ello permite ya poner en actividad una importante restricción en el ámbito de la tipicidad, frente a los hechos meramente causales o accidentales. El hecho de que la estructura finalista del delito necesite también del correctivo de la imputación objetiva será abordado en el tercer apartado de la exposición.

Veamos pues el trasfondo en el cual surge la moderna teoría de la imputación objetiva. Este cuenta con los siguientes elementos:

a) La reducción de la problemática causal a un escaso número de delitos, los *delitos de resultado*. Producto de la esterilidad de las discusiones entre las diversas teorías causales, la doctrina afirma que en definitiva estas discusiones solo son aplicables a los delitos en los que media una separación entre acción y resultado físico.

b) La aceptación de la teoría de la equivalencia como única teoría *causal*.

² MEZGER: "es un problema aparte el de establecer si y hasta qué punto la responsabilidad jurídico-penal se basa en las relaciones obtenidas de esta manera".

c) La comprensión de la relación de causalidad como un elemento del tipo y *presupuesto* de la imputación objetiva.

d) La necesidad de elaborar unos *criterios normativos* que permitan delimitar el número de acciones típicas, por lo cual no basta, en consecuencia, para afirmar la tipicidad, la mera causación del resultado (sino que se requiere adicionalmente una determinada relación de riesgo).

e) Y, por último, pero también importante, la aceptación por parte de un considerable sector de la doctrina de la sistemática finalista del delito, esto es, de la inclusión del dolo y la culpa en el tipo, la cual es admitida aun cuando no se comparta necesariamente el carácter final de la acción.

2. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

A continuación explicaremos los diversos criterios elaborados por ROXIN y aceptados por la doctrina española, sobre los cuales procede la imputación objetiva del resultado. Los enunciaremos con un ejemplo para hacer más fácil la comprensión, al tiempo que señalaremos las diversas objeciones que pueden realizarse a cada uno de ellos.

Es aceptado como principio general de imputación objetiva el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y este se haya realizado en el resultado. Ello requiere, por consiguiente, la comprobación de: a) la acción ha creado un riesgo (en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones); b) este riesgo es jurídicamente desvalorado; c) se ha plasmado en la realización del resultado típico.

Este procedimiento, por el cual se imputa un determinado resultado es, en opinión de ROXIN, independiente y anterior a la catalogación del comportamiento como doloso o culposo, y debe por consiguiente analizarse en el aspecto objetivo del tipo. La imposibilidad de imputar objetivamente el resultado impide, consecuentemente, el surgimiento del aspecto objetivo del tipo penal.

Con base en este principio general de imputación objetiva, ROXIN ha desglosado los siguientes criterios:

A) *Disminución de riesgo*. Ejemplo: A observa cómo una piedra va a dar en el cuerpo de B. No puede evitar que la piedra alcance a este, pero sí desviarla de tal modo que el golpe sea menos peligroso.

En este caso, de acuerdo con ROXIN, existe una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido. En consecuencia, no puede hablarse de acción *típica*, ya que lo que reduce la probabilidad de una lesión no puede concebirse como dispuesto finalmente para producir un menoscabo de la integridad física.

Tres objeciones fundamentales se le han dirigido a este planteamiento:

a) La posibilidad de aplicar este razonamiento en todos aquellos casos de menoscabo de un bien jurídico amparado por una causa de justificación, especialmente en la legítima defensa y en el estado de necesidad; con lo cual, en últimas, este criterio podría absorber el juicio de antijuridicidad.

b) La dificultad de afirmar que el riesgo se ha disminuido cuando se trata de dos bienes jurídicos distintos. Así, en este caso podría afirmarse que se ha disminuido el riesgo para el bien jurídico vida, pero podría sostenerse que se ha creado *ex novo* para la integridad física.

c) La dificultad de solucionar este caso sin tomar en consideración determinados elementos subjetivos. Así, por ejemplo, se pregunta ARMIN KAUFMANN: ¿Qué sucede si el sujeto podía desviar totalmente el golpe pero solo lo desvía parcialmente, pensando en dar un escarmiento a la víctima? ROXIN contestaría que en cualquier caso el riesgo ha sido disminuido. Sin embargo, surge cuando menos la duda razonable de si el sujeto debe responder por el resultado acaecido. Esto es, aun cuando con su conducta ha disminuido el riesgo, subsiste la posibilidad de imputarle el resultado acontecido, ya que este podía haber sido totalmente evitado.

B) *Creación de un riesgo jurídicamente relevante*. Ejemplo: A, sobrino y heredero de B, envía a este en viaje de avión con la esperanza de que el avión tenga un accidente en el cual muera el tío, cosa que efectivamente sucede.

De acuerdo con ROXIN, en estos casos la acción no ha creado un riesgo de lesión para el bien jurídico jurídicamente relevante. Por consiguiente, en el ámbito de las *acciones inadecuadas*, esto es, objetivamente imprevisibles, la presencia o ausencia de dolo es un fenómeno totalmente secundario.

Ello ha sido rebatido señalando que no es necesario, para solucionar estos casos, recurrir a novedosos criterios de imputación objetiva, debido a que la teoría del dolo brinda asimismo la solución adecuada. Así, se argumenta que falta el dolo, ya bien porque el sujeto no quiere el resultado sino que solamente lo desea, o porque este resultado no constituye voluntad realizada al no existir control sobre el curso causal, o incluso que el dolo, saber y querer de la realización típica (acción-curso causal-resultado), presupone un juicio de adecuación del curso causal, aspecto este inexistente en estas hipótesis.

Adicionalmente surge de nuevo el problema de ignorar la *intención* del sujeto. En efecto, al margen de que pueda coincidir en el hecho de que la mera intención del sujeto no basta para transformar el dato objetivo de la previsibilidad del daño, lo que sí parece claro es que en los procesos que implican un riesgo insignificante, la valoración será en todo caso distinta si el sujeto actuaba con intención de lesionar el bien jurídico o sin dicha intención.

El criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante sirve también para tratar eficazmente la problemática que presentan las *acciones adecuadas permitidas*, esto es, aquellas acciones de las cuales se deriva un riesgo —objetivamente previsible— de lesión para el bien jurídico pero que se mantienen en los márgenes del riesgo permitido.

Así, para seguir con el ejemplo del sobrino que envía a su tío en un viaje de avión con la esperanza de que este sufra un accidente, esta acción seguirá teniendo la consideración de impune aun cuando estadísticamente se demuestre la alta probabilidad de los accidentes aéreos. ¿Por qué? Porque la acción del sobrino se mantiene en el ámbito del riesgo permitido (del tráfico aéreo).

Obviamente, distinta sería la solución en el caso en que el sobrino tuviera conocimiento de que un terrorista ha colocado una bomba en el avión. Sin embargo, observemos que lo que fundamenta en este caso su punición no es la intención del sujeto, idéntica en ambos casos, sino que en la primera variante el sobrino no ha sobrepasado los márgenes del riesgo permitido, en tanto que en el segundo supuesto, al tener conocimiento de la bomba, ha vulnerado la norma de cuidado al incrementar con su acción el riesgo permitido.

En conclusión, la exigencia de la previsibilidad objetiva sirve para excluir aquellas acciones inadecuadas y el criterio del riesgo permitido para excluir aquellas acciones adecuadas en las cuales el sujeto se vale de una acción lícita para producir un resultado típico.

Pero como habremos observado, esta construcción plantea dos interrogantes inquietantes:

* En primer lugar, lo que se está realizando es un traslado de los dos elementos que sirven para afirmar el injusto culposo —previsibilidad objetiva, riesgo permitido— al delito doloso; esto supone exigir que además del dolo es necesario que de la acción del sujeto se derive un daño objetivamente previsible y que esta acción sobrepase los márgenes del riesgo permitido. Como es bien sabido, la aplicación y el alcance de estos dos criterios en el ámbito de los delitos dolosos es una cuestión ampliamente controvertida en la doctrina.

* En segundo lugar, plantea una situación aún más inquietante: si estos dos elementos son necesarios para afirmar la existencia de una acción imprudente típica, pareciera que dejan de tener autonomía como criterios de imputación. O que en cualquier caso debemos replantearnos el papel que juega la imputación objetiva, o bien esta es necesaria como elemento constitutivo del tipo imprudente, o bien solo afirmado este, surge la problemática de imputar objetivamente determinado resultado. Si se acoge la primera vía estaremos llamando criterios de imputación objetiva a lo que tradicionalmente eran elementos constitutivos del tipo culposo; si se acoge la segunda vía, estos criterios de imputación objetiva son inservibles en el ámbito de los delitos imprudentes, pues han sido utilizados previamente precisamente para constituir el tipo culposo.

C) *Aumento del riesgo permitido.* Ejemplo: A, fabricante —infringiendo los reglamentos—, entrega material no desinfectado para su manejo, a consecuencia de lo cual mueren cuatro trabajadoras. Se comprueba que la desinfección prescrita por los reglamentos tampoco hubiera eliminado la posibilidad de las muertes consecuencia de la infección.

Estas situaciones se caracterizan por: a) el sujeto activo ha actuado en forma incorrecta; b) el bien jurídico se ha lesionado; c) la lesión se hubiera producido de igual modo, aun cuando el sujeto se hubiera comportado irreprochablemente.

En estos casos, de acuerdo con ROXIN, procede afirmar la imputación objetiva del resultado, no por la mera infracción de los reglamentos, sino por el hecho, que debe comprobarse, de que al infringirse estos se ha aumentado el riesgo de lesión del bien jurídico, se ha sobrepasado el riesgo permitido.

Varias son las objeciones con las que tropieza este criterio:

* En primer lugar resurge la duda de si ello es un criterio de imputación objetiva, o bien un elemento constitutivo del tipo imprudente. En efecto, solo si se ha lesionado la norma de cuidado puede afirmarse que se ha sobrepasado el riesgo permitido; por consiguiente, renacen las consideraciones anteriores respecto del papel que juega la imputación objetiva.

* En segundo lugar, no se acierta a comprender la autonomía de este criterio respecto del analizado anteriormente, esto es, la creación de un riesgo jurídicamente relevante; las dudas surgen debido a que en el ámbito de los delitos culposos la creación de un riesgo jurídicamente relevante solo puede afirmarse cuando se ha sobrepasado el margen del riesgo permitido.

Es cierto que lo que pretende ROXIN es solucionar con este criterio la problemática de los cursos causales hipotéticos culposos. En estos, la situación se caracteriza por el hecho de que a pesar de haber existido una conducta imprudente, el resultado se hubiese producido igualmente aun cuando hubiese mediado un comportamiento prudente. La doctrina se ha mostrado tradicionalmente reacia a admitir la punición de estos supuestos por entender justamente que el resultado producido no es una plasmación del comportamiento imprudente. Pero si observamos bien, resulta que en estos casos también se determina previamente el carácter imprudente del comportamiento, ya que precisamente lo que se intenta fundamentar es por qué a pesar de existir una conducta imprudente, el resultado no aparece objetivamente imputable.

* Por último, el recurso a este criterio para solucionar los cursos hipotéticos culposos no siempre conduce a soluciones acertadas. Así, de acuerdo con GIMBERNAT, hay casos en los que el comportamiento imprudente ha supuesto un incremento del riesgo y sin embargo pareciera proceder su absolución (ejemplo: el guardabarreras, imprudentemente, no baja la barrera cuando va a pasar un tren, descuido que es aprovechado por un suicida para arrojararse ante la locomotora. Si el guardabarreras hubiese obrado prudentemente la muerte del suicida se habría evitado, ya que la barrera era tan alta que este no habría podido saltarla). En otros casos, por el contrario, la acción imprudente entraña el mismo riesgo que la prudente y sin embargo parece adecuado proceder a su punición (ejemplo: el asesino quiere envenenar a su víctima a las 7h de la tarde. A las 5h. va a la farmacia provisto de una receta del veneno que le ha entregado un amigo suyo médico, quien conoce las intenciones del autor. Para no comprometer a su amigo, el asesino está decidido a hacer uso de la receta solo si el farmacéutico se niega a despacharle el producto, pero el farmacéutico infringe el deber y vende el preparado venenoso sin exigir la presentación de la autorización médica).

La equivocidad de este criterio conduce a GIMBERNAT a propugnar su sustitución por el del ámbito de protección de la norma, cuarto y último criterio de imputación objetiva que desarrollaremos a continuación.

D) *La esfera de protección de la norma.* Dos situaciones se abordan al amparo de este principio:

a) Aquellos casos en los que el resultado *no* es una plasmación del riesgo creado.

Este criterio es aplicable en el campo de los delitos imprudentes; pensemos en el ejemplo anterior del guardabarreras, y también en el ámbito de los delitos dolosos, lo que es conocido como la problemática de las *desviaciones causales*.

Ejemplo: *A*, con intención de matar dispara contra *B*, ocasionándole una ligera herida. Sin embargo, este muere al ser trasladado al hospital, ya por un accidente de tráfico, ora por una intervención con bisturí infectado, o bien por un incendio del hospital.

En estos supuestos se afirma que el resultado acontecido no es una plasmación del riesgo creado sino que procede de fuentes de peligro diversas. La norma que prohíbe matar no ampara las muertes producidas por un incendio de hospital, resultado este que puede suceder independientemente del motivo por el cual el sujeto se encuentra en el hospital.

Lógicamente también este criterio ha sido objetado, señalándose que una correcta utilización de la teoría del dolo soluciona eficazmente estas constelaciones. Se arguye que en los supuestos en los que existe una desviación esencial del curso causal representado ello elimina el dolo. Por el contrario, podemos observar cómo para ROXIN estas desviaciones causales objetivamente imprevisibles impiden ya el surgimiento del aspecto objetivo del tipo, cuando señala que "Lo decisivo no es, por consiguiente, si el curso causal se ha desviado de lo representado sino si el peligro creado por él se ha realizado de forma adecuada. Y esto es una cuestión de imputación objetiva y no primariamente de dolo".

b) Segundo tipo de casos tratados al amparo de este criterio: aquellos supuestos en los que si bien el resultado es una plasmación del riesgo creado, se afirma que este cae fuera del ámbito de protección de la norma.

Esta problemática es lo que conocemos con el nombre de *consecuencias secundarias*, y puede aplicarse en el ámbito de los delitos dolosos y culposos.

Ejemplo de dolo: *A* incendia una propiedad; ello desencadena en el propietario de esta una crisis nerviosa o *shock* que le produce la muerte, o unas lesiones.

Ejemplo de imprudencia: *A* atropella imprudentemente a *B*, posteriormente, al comunicarle la noticia a la madre de *B*, esta sufre un *shock* nervioso, del que se deriva un resultado de lesiones o de muerte.

Como vemos, en ambos casos de lo que se trata es de contestar si estos daños secundarios son asimismo imputables al causante del primer daño. La respuesta debe ser, en opinión de ROXIN, negativa, ya que estos daños secundarios están fuera del alcance del ámbito de prohibición de la norma.

¿Cuál es el punto débil de este criterio? Como se habrá advertido con claridad, la dificultad surge al pretender dilucidar si el resultado es o no imputable, sin tomar en consideración el dolo o la imprudencia del sujeto. En efecto, pensemos qué sucede en los dos casos si el sujeto tiene dolo de matar y este es precisamente el camino ideado para ello. Claramente no puede afirmarse entonces que el resultado acontecido está fuera del ámbito de protección de la norma.

Ello es admitido por el propio ROXIN, quien señala que la particularidad de este criterio, a diferencia de lo que sucede en los anteriores, reside en su distinto alcance, en atención a si nos hallamos frente a un comportamiento doloso o culposo. Sin embargo ello plantea con crudeza la dificultad ya entrevista de determinar la imputación objetiva del resultado en el aspecto objetivo del tipo, desconociendo en cada caso cuál es la intención exteriorizada del sujeto, esto es, desconociendo la problemática del dolo o culpa.

En un último artículo presentado en las Jornadas de Derecho Penal celebradas en Mallorca en 1986, ROXIN elabora una serie de criterios adicionales, los cuales voy simplemente a enunciar, ya que, en mi opinión, no plantean una problemática distinta de la abordada anteriormente. Estos criterios constituyen un segundo nivel de imputación que permiten negar la imputación objetiva del resultado aun cuando se haya creado un riesgo jurídicamente relevante y este se haya plasmado en el resultado. Por consiguiente, característico de ellos es que ROXIN admite que en estos casos el aspecto objetivo del tipo sí está presente. Estos son:

1. *El principio de autonomía de la víctima*. Ejemplo: *A*, policía, sabe que su novia tiene intenciones de suicidarse. *A* deja olvidada una pistola en el asiento de su coche particular, olvido que es aprovechado por su novia para darse muerte.

Como observamos, pareciera que estas situaciones no difieren sustancialmente de las tratadas en el cuarto principio del "ámbito de protección de la norma".

2. *La atribución a distintos ámbitos de responsabilidad*. Ejemplo: *A*, conduciendo imprudentemente, ocasiona un accidente. Al ser trasladado *B* al hospital, muere a consecuencia de una intervención quirúrgica imprudente realizada por el médico. También estos ejemplos parecen similares a los desarrollados al amparo del cuarto criterio del "ámbito de protección de la norma".

3. *El plan del autor*. Este sí constituye un criterio distinto, ya que con él ROXIN pretende solucionar la compleja problemática de la *aberratio ictus*, el dolo general y las desviaciones causales adecuadas, esto es, objetivamente previsibles.

Lo característico de estas situaciones es la existencia de un dolo genérico (por ejemplo: el sujeto quería matar), pero este dolo no abarca las concretas vicisitudes de como se produce el resultado (por ejemplo: quería matar a *A* y mató a *B*, o quería matar de tal forma y el resultado se produce por un camino distinto). En estos supuestos la acción ha creado un riesgo jurídicamente relevante y por consiguiente existe la imputación objetiva al aspecto objetivo del tipo. Sin embargo, a juicio de ROXIN, posteriormente debe analizarse si el resultado ha realizado el plan del autor; solo entonces podemos señalar que el resultado ha sido abarcado por su voluntad e imputarlo a título de dolo. El plan del autor aparece por consiguiente como un criterio de imputación al ámbito subjetivo del tipo. Observemos no obstante que este criterio no dice relación con la problemática abordada hasta el momento, ya que en estas circunstancias el aspecto objetivo del tipo está completo, y lo que ROXIN propone es un criterio que permite imputar a título de homicidio doloso consumado, en vez del simple homicidio doloso en grado de tentativa.

3. PUNTOS DISCUTIBLES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Hasta el momento hemos explicado los criterios comúnmente utilizados para proceder a la imputación objetiva del resultado; también hemos señalado los aspectos controvertidos de los mismos.

Sin embargo, la propia novedad del tema trae consigo la existencia de una serie de aspectos globales que requieren de una mayor reflexión y que nos limitaremos a exponer en forma abreviada.

En primer lugar, subsiste la problemática planteada por la causalidad. Como hemos visto, la mayoría de la doctrina entiende que *presupuesto* de la imputación objetiva es la constatación de la relación causal. Sin embargo, no faltan voces autorizadas que abogan por la necesidad de proceder a la elaboración de unos criterios normativos que permitan superar definitivamente el dogma causal en el derecho penal.

Desde este punto de vista, defendido por el profesor BUSTOS, la tarea que debe acometerse en el ámbito de la tipicidad no es la determinación de la causalidad sino el desarrollo de unos criterios que permitan *atribuir* las actividades acontecidas al ámbito de los tipos legales. Las ventajas de esta propuesta son múltiples, especialmente en el campo de determinados delitos (pensemos en los delitos contra el medio ambiente o contra la salud pública; o incluso en delitos tradicionales como los casos de omisión), en los que la exigencia de la causalidad enturbia la pregunta decisiva de si queremos hacer responder a un determinado sujeto por la lesión a un bien jurídico, o por su no evitación. Tampoco podemos desconocer, sin embargo, que ello muestra la necesidad de delimitar exactamente cuándo se está frente a un problema de atribución de comportamientos al tipo legal, y cuándo frente a un problema de imputación objetiva.

Asimismo, la propia vinculación de la teoría de la imputación objetiva al dogma causal ha supuesto que su ámbito de aplicación se circunscriba a los delitos de resultado. Y, sin embargo, también son observables las reflexiones de sectores de la doctrina que defienden la conveniencia de extender la aplicación de los criterios de imputación objetiva más allá del estrecho margen representado por los delitos de resultado.

En segundo lugar, subsiste el problema entrevisto del papel que la imputación objetiva debe desarrollar. Esto es, de acuerdo con ROXIN, la imputación objetiva del resultado es un elemento *previo* a la afirmación del aspecto objetivo del tipo penal. Sin embargo, de esta forma se están empleando como criterios de imputación objetiva elementos comúnmente utilizados para constituir el respectivo tipo doloso o culposo, de donde surge una curiosa duplicidad.

¿Cómo se ha llegado a esta extraña situación? Para entenderlo debemos remontarnos a las intenciones de ROXIN cuando elabora la "moderna teoría de la imputación objetiva". Él pretende superar las contradicciones del concepto final de acción, que en su opinión era inservible para explicar adecuadamente los delitos imprudentes y elaborar una teoría unitaria que sirva para fundamentar el castigo de determinadas

conductas, independientemente del carácter final o causal de la acción. Por ello afirma que lo fundamental no es si la acción ha causado un resultado, lo fundamental tampoco es si la acción era final, sino si entre acción y resultado ha existido una determinada relación de riesgo, y esto se comprueba con los cuatro criterios mencionados que permiten imputar objetivamente el resultado y afirmar, por ende, la tipicidad de dicho comportamiento.

Ahora bien, el problema es que si cuando en España se acoge la teoría de la imputación objetiva, gran parte de la doctrina ha adoptado ya una sistemática finalista de ubicación del dolo y la culpa en el tipo y de la propia concepción del dolo y la culpa, aun cuando no necesariamente se acepte el carácter final de la acción o el resto de la doctrina finalista. Consecuentemente se produce esta superposición, se utilizan criterios de imputación objetiva en el aspecto objetivo del tipo y posteriormente, o incluso en ocasiones anteriormente, se recurre de nuevo a ellos para señalar que de todos modos tampoco existe dolo o culpa en el supuesto concreto enjuiciado.

La necesidad, como habremos observado a lo largo de la exposición, de tomar en consideración en frecuentes ocasiones la intención y el conocimiento del sujeto, junto con el deseo de evitar una duplicidad de criterios, hacen aconsejable, en nuestra opinión, utilizar los elementos de imputación objetiva a modo de segundo correctivo. Esto es, una vez comprobada la existencia de un comportamiento doloso o culposo, la imputación objetiva se emplea como un *segundo correctivo* para señalar que *a pesar* de dicho comportamiento el resultado no debe imputarse a la actividad del sujeto. De tal forma la imputación objetiva cumple efectivamente un papel adicional; así, en el ámbito del dolo se requeriría, además del conocer y querer, la previsibilidad objetiva, el aumento del riesgo permitido y el ámbito de protección de la norma. En el campo de los delitos imprudentes, al ser los dos primeros elementos constitutivos del tipo culposo, se utilizaría como principio de imputación objetiva el ámbito de protección de la norma.

Finalmente, debe seguirse profundizando en cuál es la ubicación sistemática de la imputación objetiva. Ya hemos observado cómo para ROXIN esta se sitúa en el aspecto objetivo del tipo. Por el contrario, para una posición que afirme su función a modo de segundo correctivo, constatado el dolo o la culpa, surge la problemática de determinar si procede realizar dicha operación en el ámbito de la tipicidad, o bien en el de la antijuridicidad.

Indudablemente la diversidad de situaciones tratadas al amparo de la imputación objetiva no facilita esta tarea de sistematización. En tanto que en unos casos pudiera dudarse de la existencia de un desvalor de acto (pensemos en los ejemplos en que a pesar de existir dolo el comportamiento se mantiene en los márgenes del riesgo permitido), en otros supuestos procede afirmar la presencia de un desvalor de acto, y lo que debe dilucidarse es si y hasta qué punto ello ha representado un incremento del desvalor de resultado (pensemos en los ejemplos citados de la existencia de un comportamiento imprudente en los que el resultado no es plasmación del riesgo creado).

Si largo ha sido el camino recorrido desde que se iniciaron las discusiones entre las diversas teorías causales, también extensos aparecen los aspectos que aún requieren de una mayor reflexión por parte de los estudiosos del derecho penal. Entiendo que el hecho de que la jurisprudencia esté ya actualmente acogiendo la moderna teoría de la imputación objetiva debe servirnos de acicate para proseguir esta discusión.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS, J. (1984): *Manual de derecho penal español*. Parte general, págs. 224-231, Barcelona.
 — (1987): "Significación social y tipicidad" en *Control social y sistema penal*. Barcelona.
 — (1988)*: "Die objektive Zurechnung (Methodologische und Systematische Fragen)" en *Homenaje a Armin Kaufmann*, en prensa.
 CASTALDO (1987)*: "Linee politico-criminali ed imputazioni oggettiva nel delitto colposo d'evento" en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
 CEREZO, J. (1985): *Curso de derecho penal español*, 3ª ed., págs. 280-291, Madrid.
 GIMBERNAT, E. (1962): "La causalidad en derecho penal", en ADP.
 — (1963): Comentario al libro de ROXIN, "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten", en ADP.
 — (1966): *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Edit. Reus.
 — (1987): "¿Qué es la imputación objetiva?", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela.
 — (1987)*: "Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento", en ADP, págs. 579-607.
 GÓMEZ BENÍTEZ (1984): *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal*, parte general, págs. 172-191, Madrid.
 HART, H. L. A. (1964): *Contributi all'analisi del diritto*, págs. 5-36, Milano.
 HONIG, R. (1930): "Kausalität und objektive Zurechnung", en *Festgabe für Reinhard von Frank*, nueva edic. 1969, Tübingen.
 HUERTA, S. (1983): "La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial", en *La Ley*.
 JESCHECK, H. H. (1981): *Tratado de derecho penal*. Parte general, vol. 1, págs. 377-394, Barcelona.
 KAUFMANN, ARMIN (1973): "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan", en *Nuevo Pensamiento Penal*, n. 1.
 — (1985): "¿Atribución objetiva en el delito doloso?", en ADP.
 LARENZ, K. (1927): *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der Objektiven Zurechnung*, nueva edic. 1970, Leipzig.
 LUZON, D. M. (1981): "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en *Actualidad Jurídica*.
 — (1984): "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales", en *Revista de Derecho de la Circulación*.
 MEZGER, E. (1955): *Tratado de derecho penal*, 1ª ed., trad. por Rodríguez Muñoz, Madrid.,
 MIR, S. (1985): *Derecho penal*. Parte general, págs. 176-194, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (1984): *Teoría general del delito*, págs. 21-27, Bogotá.
 NAGEL, E. (1981): *La estructura de la ciencia*, 1ª reimp., págs. 79-84, págs. 292-300, Barcelona.
 OCTAVIO DE TOLEDO, E.-HUERTA, S (1986): *Derecho penal*. Parte general, Teoría General del Delito, 2ª ed., págs. 81-117, Madrid.
 PUPPE, I. (1987): "Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfold bei den fahrlässigkeit sdelikten", en *ZStW 99*, Heft4.
 QUINTERO, G. (1986): *Derecho penal*. Parte general, págs. 326-333, Barcelona.
 REGLERO, F. (1987): "El nexa de causalidad y la socialización del riesgo", en *Revista del Poder Judicial*.
 RODRÍGUEZ MOURULLO (1978): *Derecho penal*. Parte general, págs. 289-305, Madrid.
 RODRÍGUEZ RAMOS L., (1984): *Compendio de derecho penal*. Parte general, págs. 165-169, Madrid.
 ROMERO G. (1983): "La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión", en *CPC*, núm. 19.
 ROXIN, C. (1976): "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal", en *Problemas Básicos de Derecho Penal*, Madrid.
 — (1976): "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", en *Problemas Básicos de Derecho Penal*, Madrid.
 — (1976): "Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes", en *Problemas Básicos de Derecho Penal*, Madrid.
 — (1986): *Die Problematik der Objektiven Zurechnung*, Palma de Mallorca, inédito.
 SAMSON, E. (1987): "Kausalitäts-und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht", en *ZStW*, 99 Heft 4.
 SCHÖNE, W. (1984): "El problema de la imputación objetiva", en *La Toga*, Revista estudiantil de Derecho y Ciencias Penales, Palma de Mallorca.
 SILVA, J. M. (1984): "Aberratio ictus e imputación objetiva", en ADP.
 — (1984): "Límites en la responsabilidad por imprudencia", en *La Ley*, núm. 1049.
 STRATENWERTH, G. (1982): *Derecho penal*. Parte general, El hecho punible, págs. 75-87, Madrid.
 TORIO, A. (1983): "Cursos causales no verificables en derecho penal", en ADP.
 — (1986): "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en ADP.
 — (1987): "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma", en *Estudios de Santiago de Compostela*.
 VIVES, T. S. - COBO DEL ROSAL, M. (1987): *Derecho penal*. Parte general, págs. 281-293, Valencia.
 WELZEL, H. (1976): *Derecho penal alemán*, págs. 66-71, Santiago de Chile,
 WESSELS, J. (1980): *Derecho penal*. Parte general, págs. 51-65, Buenos Aires.
 ZAFFARONI, E. (1981): *Tratado de derecho penal*. Parte general, págs. 277-282, Buenos Aires.

* Estos artículos aparecieron publicados cuando la redacción de este ejercicio estaba finalizada. Por ello, si bien han sido tomados en consideración, no han sido objeto de un estudio detallado.

POLÍTICA CRIMINAL

Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal

Por la pacificación de los conflictos violentos *

Alessandro Baratta

Director del Instituto de Sociología Jurídica y Filosofía Social de la Universidad del Saarland, Saarbrücken, R. F. A.

1. DERECHOS HUMANOS Y NECESIDADES REALES

Cuando hablamos de derechos humanos, utilizamos un concepto complejo integrado por dos elementos: hombre y derecho. Estos elementos están vinculados entre sí mediante una relación de complementariedad y de contradicción. Complementariedad en el sentido de lo que pertenece al hombre en cuanto tal según el derecho; contradicción en el sentido de que el derecho no reconoce al hombre lo que le pertenece en cuanto tal. Esta relación obedece al hecho de que en la historia de nuestra cultura, hombre y derecho son definidos desde el punto de vista ideal con una remisión recíproca.

La idea de hombre es definida en relación con la esfera de libertad (entendida como autonomía) y con los recursos que en la historia de los ordenamientos políticos son reconocidos como derechos de los individuos y de los grupos. La idea del derecho, o sea del derecho justo o de la justicia, es definida en relación con las libertades y con los recursos que deben ser reconocidos a las personas y a los grupos para que ellos satisfagan sus necesidades. En esta tensión entre lo que es y lo que debe ser, el concepto de derechos humanos indica

* Ponencia presentada en el I Encuentro Internacional de Criminología por los Derechos Humanos, Bogotá, 8 al 11 de agosto de 1989. Traducción de MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ - Universidad del Saarland, R. F. A.

no solo la posible divergencia entre el derecho como es y el derecho como debe ser, sino también entre lo que debe ser según el derecho que es (el derecho vigente o positivo) y lo que es (los hechos).

En el primer caso nos referimos a las injusticias del derecho, y más precisamente a determinadas normas que hacen parte del orden jurídico existente; en el segundo caso, a las ilegalidades de los hechos que violan normas del ordenamiento. Aquí es necesario hacer una distinción: tales hechos pueden ser "normativos", en particular acciones y decisiones de órganos competentes previstas en las reglas de producción del ordenamiento como fuentes de normas.

Piénsese, por ejemplo, en decisiones del legislador, de los jueces y de los órganos del gobierno y de la administración pública: no es raro que estas decisiones y las normas que ellas producen en el respectivo nivel del ordenamiento, estén en contraste con normas de grado superior del ordenamiento nacional o con normas del ordenamiento supranacional; que en particular decisiones judiciales y administrativas violen normas de leyes que tutelén derechos fundamentales; que decisiones del legislador no respeten normas constitucionales; que decisiones judiciales a cualquier nivel del ordenamiento nacional violen normas del derecho supranacional que tutelén derechos humanos.

Cuando no se trata de hechos normativos, las ilegalidades se refieren a comportamientos, situaciones y relaciones sociales que violan normas positivas del ordenamiento nacional, supranacional o internacional que tutelén o reconocen derechos fundamentales o derechos humanos. La diferencia entre tutelar y reconocer es más una diferencia de grado que de cualidad, y se refiere a la diversa naturaleza e intensidad de las consecuencias jurídicas (sanciones) que son previstas en los distintos ordenamientos para los casos de violación de normas y de medios jurídicos puestos a disposición de los interesados (personas, grupos o estados), para hacer valer frente a órganos de control jurisdiccional o políticos las propias pretensiones legítimas en el caso de violaciones de derechos fundamentales y derechos humanos.

A su vez, la presencia de normas que prevén sanciones y atribuyen facultades de recursos, así como la eficacia de estas normas y facultades; la existencia de estructuras adecuadas para impedir o sancionar la violación de derechos humanos, así como responder a las exigencias de las víctimas de tales violaciones, son un aspecto integrante de la fundamental tensión entre ser y deber ser que acompaña la historia de los derechos humanos. Se trata de la tensión entre la esfera de los hechos por un lado y, por otro, la esfera de las normas, sean estas de derecho positivo o normas de justicia.

Es precisamente porque, como se ha visto, la idea del hombre remite a la realidad del derecho y, por otra parte, la idea del derecho remite a la realidad concreta de las personas, de los grupos humanos y de los pueblos, por lo que hay en la historia de los derechos humanos un continuo excedente de normas respecto de los hechos; este es el valor contrafáctico de las normas que son válidas y a las cuales se puede apelar, precisamente porque los hechos las violan, sean ellas

normas de derecho o de justicia. Hay, sin embargo, al mismo tiempo, un continuo excedente de la realidad del hombre respecto de las normas.

Es la realidad la que produce la idea y no viceversa. Si la historia de los derechos humanos hubiera sido solamente la historia de una idea, ella se habría limitado a llenar de hojas escritas o impresas las bibliotecas, antes que llenar de violencia y de sangre el camino de los pueblos, como ha sucedido y sucede hoy en día.

Cuando hablo de realidad del hombre, me refiero a las personas, a los grupos humanos y a los pueblos en su concreta existencia dentro de determinadas relaciones sociales de producción. Considerado en una determinada fase del desarrollo de la sociedad, el hombre es un portador de *necesidades reales*. Desde este punto de vista histórico-social, las necesidades reales son un concepto correspondiente a una visión dinámica del hombre y de sus capacidades.

Cada persona, cada grupo, cada pueblo, es fuente de capacidades específicas de existir, de expresarse, de dar sentido a la vida y a las cosas. Estas capacidades individuales reciben su contribución en la historia de la interacción productiva del hombre con la naturaleza y con los otros hombres. En la medida en que crece la capacidad social de producción material y cultural, y con ella el grado de satisfacción de las necesidades, crecen también las capacidades de los individuos y de los grupos; las necesidades se vuelven más apremiantes, más diferenciadas. Al desarrollo de la capacidad social de producción corresponde entonces el desarrollo de las necesidades y de las posibilidades de satisfacerlas, y a esta satisfacción corresponde el ulterior desarrollo de las capacidades de los individuos, de los grupos y de los pueblos. Podemos así definir las necesidades reales como las potencialidades de existencia y de calidad de la vida de las personas, los grupos y los pueblos que corresponden a un determinado grado de desarrollo de la capacidad de producción material y cultural en una formación económico-social.

2. VIOLENCIA COMO REPRESIÓN DE NECESIDADES REALES Y DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son la proyección normativa, en términos de deber ser, de aquellas potencialidades, o sea, de las necesidades reales. El contenido normativo de los derechos humanos entendidos en esta concepción histórico-social, por tanto, excede cada vez, a sus transcripciones en los términos del derecho nacional y de las convenciones internacionales, así como la idea de justicia sobrepasa siempre sus realizaciones en el derecho e indica el camino hacia la realización de la idea del hombre, o sea, del principio de la dignidad humana. Pero la historia de los pueblos y de la sociedad, se presenta como la historia de los continuos obstáculos que dicho camino encuentra, la historia de la continua violación de los derechos humanos, o sea, del permanente intento, por reprimir las necesidades reales de las personas, de los grupos humanos y de los pueblos.

El sociólogo JOHN GALTUNG habla a este respecto de una discrepancia entre condiciones potenciales de vida y condiciones actuales. Las primeras son aquellas que serían posibles para la generalidad de los individuos en la medida del desarrollo

de la capacidad social de producción. Las segundas son debidas al desperdicio y represión de estas potenciales. Una concepción similar encontramos en la obra de MARX. Al desarrollo de las fuerzas productivas en la sociedad corresponde, como describen MARX y ENGELS en *La ideología alemana*, una "manera humana" de satisfacción de las necesidades; pero esta manera humana es obstaculizada por el intento permanente de imponer una "manera deshumana", o sea, aquella en la cual la satisfacción de las necesidades de los unos se produce a costa de la satisfacción de las necesidades de los otros.

En términos teóricos y con lenguajes diferentes, MARX y GALTUNG dan expresión a un mismo concepto. Para MARX la discrepancia entre condiciones potenciales y actuales de vida depende de la contradicción existente entre el grado de desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas y las relaciones de propiedad y de poder dominantes en la sociedad. Las relaciones injustas de propiedad y de poder impiden la "manera humana" de satisfacer las necesidades. Igualmente, en GALTUNG, la discrepancia entre situaciones actuales y potenciales de la satisfacción de las necesidades es efecto de la injusticia social.

Para GALTUNG "injusticia social" es, en este sentido, sinónimo de "violencia estructural". Si usamos esta definición, podemos sostener, que la violencia estructural es la represión de las necesidades reales y por tanto de los derechos humanos en su contenido histórico-social. Violencia estructural es una de las formas de violencia; es la forma general de la violencia en cuyo contexto directa o indirectamente encuentran su fuente, en gran parte, todas las otras formas de violencia. Podemos distinguir estas otras formas, según el agente, en "violencia individual", cuando el agente es el individuo; "violencia de grupo", cuando el agente es un grupo social que a su vez se sirve de individuos particulares; a este tipo de violencia pertenece la violencia realizada por grupos paramilitares. Podemos hablar además de "violencia institucional", cuando el agente es un órgano del Estado, un gobierno, el ejército o la policía. A este tipo de violencia pertenecen el terrorismo de Estado y las distintas formas de dictadura y de represión militar. En fin, podemos hablar de "violencia internacional" cuando el agente es la administración de un Estado, que se dirige con determinadas acciones a través de órganos propios o de agentes sostenidos por aquella, contra el gobierno y el pueblo de otro Estado. A este tipo de violencia pertenecen los crímenes internacionales, como el mercenarismo, el sabotaje económico, etc. Otras distinciones posibles en el concepto de violencia hacen relación a las formas en que ella es practicada (violencia directa e indirecta, física, moral, etc.) y a los sujetos contra quienes ella es practicada (minorías étnicas, miembros de movimientos políticos y sindicales, grupos marginales, obreros, campesinos, mujeres, niños, homosexuales, etc.).

En todas sus formas, la violencia es represión de necesidades reales y por tanto violación de derechos humanos. Las Declaraciones modernas de derechos y las Constituciones han hecho una amplia distinción entre diversas categorías de derechos humanos, pero sobre ellos no considero oportuno detenerme en esta ocasión. Me limitaré a señalar una posible clasificación que se deriva de la definición

extralegal de derechos humanos que he propuesto aquí en términos de necesidades reales. Definiendo las necesidades reales en términos de esfera de autonomía y recursos, podemos clasificar dos grupos fundamentales de derechos humanos, que a su vez pueden ser posteriormente diferenciados. Al primer grupo pertenecen el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, a la libertad de opinión, de expresión, de religión, pero también los derechos políticos. Al segundo grupo pertenecen los derechos llamados "económico-sociales", entre los cuales están el derecho al trabajo, a la educación, etc. Otras distinciones tienen en cuenta las necesidades específicas de los sujetos. En este caso se distinguen los derechos de las personas, de los grupos, como por ejemplo minorías étnicas, y los derechos de los pueblos entre los cuales el derecho a la autodeterminación y el derecho al desarrollo.

Frente a una fenomenología global (entendida como represión de las necesidades reales y derechos humanos) de la violencia, se presentan en la perspectiva de la criminología crítica cuatro órdenes de consideraciones que tienen relación con el papel del derecho penal y las alternativas a él.

La primera consideración se refiere a los límites del sistema de la justicia criminal como reacción a la violencia y defensa de los derechos humanos; la segunda consideración se refiere al sistema de violencia institucional; la tercera al control social alternativo de la violencia, y la cuarta a la concepción de la violencia y la defensa de los derechos humanos en el contexto de los conflictos sociales. En lo que respecta a los tres primeros puntos me limitaré a algunas indicaciones, remitiéndome a algunos de los resultados a los cuales he llegado en mi trabajo al interior de la criminología crítica.

3. "CONSTRUCCIÓN" Y CONTROL DEL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA EN EL SISTEMA DE LA JUSTICIA CRIMINAL

3.1 La manera como es percibida la violencia en el sistema del derecho penal es parcial, o sea, es "construida" como problema social. De todas las formas de violencia anteriormente mencionadas, en el sistema de la justicia criminal son tomados en consideración solo algunos tipos de violencia individual. La violencia de grupo y la violencia institucional son consideradas solo en relación con las acciones de personas particulares, y no en el contexto del conflicto social que ellas expresan. La violencia estructural y, en su mayor parte la violencia internacional, quedan fuera del horizonte del concepto de crimen. Por esto, desde el punto de vista de las previsiones legales, la violencia criminal es solo una pequesísima parte de la violencia en la sociedad.

3.2 El modo como el sistema de la justicia criminal interviene sobre este limitado sector de la violencia "construido" con el concepto de criminalidad, es estructuralmente selectivo. Esta es una característica de todos los sistemas penales. Existe enorme discrepancia entre el número de situaciones sobre las cuales el sistema es llamado a intervenir y aquel sobre el cual puede intervenir y efectivamente interviene.

El sistema de la justicia penal está completa y constantemente dedicado a administrar un reducidísimo porcentaje de infracciones que seguramente es muy inferior al 10%. Esta selectividad depende de la estructura misma del sistema, o sea, de la discrepancia de los programas de acción previstos por las leyes penales y posibilidades reales de intervención del sistema. La inmunidad y no la criminalización, es la regla en el modo de funcionamiento de este sistema.

Inmunidad y criminalización son realizadas generalmente por los sistemas punitivos según la lógica de las desigualdades en las relaciones de propiedad y de poder. La sociología juridicopenal y la experiencia cotidiana demuestran que el sistema punitivo dirige su acción principalmente hacia las infracciones de la parte más débil y marginal de la población; que grupos en la sociedad están en capacidad de imponer al sistema la casi completa impunidad de sus propias acciones criminales; la impunidad de los crímenes más graves es cada vez más elevada, en la medida en que crecen la violencia estructural y la prepotencia de minorías privilegiadas que pretenden satisfacer sus propias necesidades en desmedro de las necesidades de los otros y reprimir con la violencia física las demandas de progreso y de justicia, así como a las personas, a los grupos sociales y a los movimientos, que son sus intérpretes.

3.3 Aun si el altísimo porcentaje de inmunidad impuesta al funcionamiento de la justicia penal por su misma estructura fuera repartido con una lógica opuesta a aquella antes descrita; si la intervención del sistema punitivo pudiera ser concentrada en las infracciones más graves, la respuesta a la violencia permanecería, de todas formas, inadecuada para defender a los más débiles de la prepotencia de los más fuertes. La respuesta penal es, ante todo, una respuesta "simbólica" y no "instrumental". Esto depende del mismo modo en que son elaborados los programas de acción del sistema, o sea, las figuras de delito y las normas procesales. Cabe a este respecto resaltar cuatro formas:

a) El control penal interviene sobre los efectos y no sobre las causas de la violencia, o sea, sobre determinados comportamientos con los que se manifiestan los conflictos, y no sobre los conflictos mismos.

b) El control penal interviene sobre personas y no sobre situaciones. La persona es considerada por el derecho penal como una variable independiente y no como una variable dependiente de las situaciones.

c) El control penal interviene de manera reactiva y no preventiva. Esto quiere decir que él interviene cuando las consecuencias de las infracciones se han producido, mas no para evitarlas. Cualquier progreso que se pueda lograr sobre la ampliación de los derechos de las víctimas, los sujetos destinados a soportar lo peor en las situaciones conflictivas de las que la justicia penal se ocupa, aparecerán frente a esta solo cuando se han transformado en víctimas y no antes de serlo. Las consecuencias de la violencia no pueden ser eliminadas efectivamente, sino simbólicamente; por esto, el sistema de la justicia punitiva se presenta como una forma institucional y ritual de venganza. Así como la venganza, él interviene en forma de violencia, con la pena, para compensar simbólicamente un acto de violencia que ya ha sido realizado.

d) Finalmente, el retraso de la intervención penal respecto de las situaciones contra las cuales él reacciona, trae como consecuencia también el hecho de que el individuo responsable, en el momento del juicio, sea considerado como el mismo individuo del momento de la comisión del delito; pero sabemos que esta es una ficción, la ficción de la identidad del sujeto, que no corresponde a la realidad.

Por todos estos aspectos, que he señalado sucintamente, la respuesta penal se presenta como una respuesta simbólica. La pretensión de que ella pueda cumplir una función instrumental, o sea, de defensa social y de efectivo control de la criminalidad, en la cual se basan las teorías de la pena, como la de la prevención general y de la prevención especial, debe considerarse a la luz de las investigaciones empíricas como falsificada o no verificada. No sabemos entonces si la amenaza penal o la sanción de algunos infractores pueda representar efectivamente una contramotivación para otros potenciales infractores. Sabemos que, generalmente, intervenciones penales estigmatizantes, como la cárcel, producen efectos contrarios a la llamada "resocialización" del condenado. De igual manera, en un hipotético sistema de justicia criminal que funciona según los principios constitucionales, del Estado de derecho y los principios del derecho penal liberal, la pena no puede representar una defensa adecuada de los derechos humanos en relación con la violencia. Ella no puede tener un efecto relevante en la disminución del número de infracciones a las normas, sino, si acaso, la de confirmar su validez, no obstante su infracción. Las teorías sociológicas de la pena que han colocado al centro de la atención esta función simbólica, como la de DURKHEIM y la actual teoría de la llamada prevención-integración, reconocen implícita o explícitamente que las penas no cumplen las funciones de eliminar los delitos; DURKHEIM incluso consideraba que los delitos son "funcionales" dentro de ciertos límites para la realización de la función simbólica de la pena: si no hubiera infracciones, no se confirmarían las normas y los valores vigentes a través de la reacción social contra ellas.

4. EL SISTEMA PUNITIVO COMO SISTEMA DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Sostener que la pena no puede cumplir una función instrumental relevante, sino solo una función simbólica, significa negar que se realicen las funciones "útiles" declaradas de los sistemas criminales, precisamente la de defender los bienes jurídicos, reprimir la criminalidad, condicionando la actitud de los infractores reales o potenciales o neutralizando a los primeros.

Esto no quiere decir, sin embargo, que en lugar de las funciones instrumentales declaradas, el sistema de la justicia penal no produzca efectos y no cumpla funciones latentes. Estos efectos y funciones inciden negativamente en la existencia de los individuos y en la sociedad, y contribuyen a reproducir las relaciones desiguales de propiedad y de poder. Desde este punto de vista, la pena se presenta como violencia institucional que cumple la función de un instrumento de reproducción de la violencia estructural.

4.1 La pena es violencia institucional: ella es represión de necesidades reales. La suspensión de los correspondientes derechos humanos en relación con las personas consideradas responsables penalmente, es justificada en la teoría tradicional del *ius puniendi* con las funciones instrumentales y simbólicas que la pena debe cumplir y con la infracción cometida por el sujeto declarado responsable. Sin embargo, sabemos que tales funciones útiles no se realizan y que tal suspensión de derechos se cumple en un grandísimo número de casos respecto de imputados en espera de juicio; que en la mayor parte de los sistemas punitivos el indiciado, desde su primera relación con la policía, cumple una pena anticipada; igualmente, que esto sucede generalmente respecto de los procesados provenientes de los grupos más débiles y marginales de la población, los cuales, de todas formas, son los clientes fijos del sistema de la justicia criminal.

4.2 La violencia de la pena ha sido estudiada sobre todo en relación con la cárcel. También la cárcel que respondiera a los *standards* mínimos establecidos por los acuerdos internacionales para tutelar los intereses del condenado —o sea, la cárcel que prácticamente no existe—, produciría un estado de privación y sufrimiento que se extendería más allá de la persona del detenido, hasta su ambiente social más cercano. Pero la cárcel no solamente es violencia institucional, también es un lugar de concentración extrema de otras formas de violencia: violencia interindividual y violencia de grupo. Ya FOUCAULT, en su libro *Vigilar y castigar*, insistía en la circunstancia de que las garantías del derecho reconocidas por el derecho penal liberal, se detienen generalmente antes de la puerta de la cárcel, que ella es una zona franca de arbitrio en relación con los detenidos.

No obstante los progresos alcanzados por las legislaciones penitenciarias más modernas, esta situación, de hecho, no ha cambiado sustancialmente en la mayor parte de los Estados. El arbitrio y la violencia en la cárcel tienden a aumentar hasta grados extremos, con el aumento, en la sociedad externa, de la violencia estructural y con la suspensión de hecho o de derecho, de las reglas de la democracia. La cárcel es un lugar privilegiado de violación de derechos humanos.

4.3 El estudio de las funciones latentes de la cárcel, y en general de la justicia penal, así como los análisis históricos de los sistemas punitivos, muestran la relación funcional que subsiste entre él y la reproducción del *statu quo* en las relaciones sociales. Desde sus inicios, la institución carcelaria moderna, en las formas en que ella todavía no se distinguía de las casas de trabajo o de asilo para los pobres y marginados, ha sido siempre una institución de disciplina de los grupos marginados en la sociedad. También hoy la mayor parte de la población carcelaria es reclutada entre los sectores más vulnerables y marginados de la población.

Para la mayor parte de sus clientes, la internación carcelaria es una forma "secundaria" de marginación que sigue a la marginación "primaria", debida sobre todo a su ubicación separada del mercado de trabajo.

A estas funciones materiales de reproducción, de institucionalización de la desigualdad social, se agregan funciones simbólicas no menos importantes. La selección de una pequeña población reclutada sobre todo entre las capas más bajas y dentro

de un número mayor de infractores distribuidos en todas las clases sociales, condiciona un estereotipo de criminal que actúa tanto en el sentido común como en las instancias mismas del sistema de la justicia penal con dos efectos principales de legitimación: en primer lugar, la legitimación de la misma forma selectiva de obrar del sistema, dado que el estereotipo de criminal corresponde sobre todo a las características de los individuos pertenecientes a las clases más bajas y marginadas. En segundo lugar, una legitimación de las relaciones sociales de desigualdad, de la situación de desventaja de los grupos más bajos en la escala social, porque precisamente en estos grupos se encontrarían las tendencias a realizar acciones penalmente relevantes; en general, la imagen de la criminalidad, promocionada por la cárcel, y la percepción de ella como una amenaza para la sociedad debido a la actitud de personas y no a la existencia de conflictos en la sociedad, produce una desviación de la atención del público, dirigida en modo privilegiado al "peligro de la criminalidad", antes que a la violencia estructural. En este sentido, la violencia criminal adquiere para el público, el puesto que debería corresponder a la violencia estructural, y en parte contribuye a esconderla y mantenerla. Sobre todo en momentos de crisis de los gobiernos y de la democracia, el "peligro" de la criminalidad utilizado en las campañas de "ley y orden", se convierte en instrumento de producción de consenso de las mayorías silenciosas frente a las relaciones de poder existentes. A este tipo particularmente perverso de intento por legitimar la injusticia en las relaciones sociales, la represión violenta de la demanda de justicia pertenece el uso público de la doctrina de la "seguridad nacional" y de la pena legal y extralegal como guerra al "enemigo interno".

4.4 Observando los sistemas penales como efectivamente son y funcionan, y no como deberían ser, sobre la base de las normas legales y constitucionales que los sostienen, podemos decir que en la mayor parte de los casos, más que sistemas de protección de derechos humanos, son sistemas de violación de ellos. En innumerables situaciones locales, estudios y controles realizados por instituciones y comisiones de defensa de los derechos humanos, nacionales e internacionales, han puesto de manifiesto las graves y hasta gravísimas violaciones ocasionadas por el funcionamiento de la justicia criminal en relación con casi todas las normas previstas para la defensa de los derechos humanos en este campo en la legislación local y en las convenciones internacionales. Se trata de graves y gravísimas ilegalidades cometidas por parte de órganos de policía, en el proceso penal y en la ejecución de las penas. En no pocos casos se trata de desviaciones de leyes y reglamentos nacionales frente a principios de derecho penal liberal nacionales e internacionales. Un ejemplo reciente de legislación y praxis punitiva fundamentalmente desviada de los más elementales principios del derecho penal del Estado de derecho nos lo presenta la legislación especial llamada "antiterrorista" en algunos países de Europa Occidental en los años setenta y actualmente en países de América Latina. También en los países de regímenes democráticos regidos por las reglas del Estado de derecho, el funcionamiento de los órganos de la justicia criminal al margen de la legalidad, es frecuente. Pero el traspaso de la función punitiva de los límites de la ley, de

la Constitución y de los derechos humanos, es la norma en el caso de sociedades en las cuales de hecho o de derecho, las reglas del juego democrático han sido suspendidas y en situaciones de profundas desigualdades sociales en las cuales los grupos dominantes ejercen a través de las instituciones del Estado o al lado de ellas, una acción de represión dirigida al mantenimiento violento de sus privilegios.

4.5 En estos casos, la degeneración de los sistemas de la justicia criminal puede alcanzar grados de extraordinaria gravedad, en presencia de los cuales es más realista hablar de un sistema penal extralegal, de penas extrajudiciales, antes que de inaplicación de las normas que regulan el sistema penal legal. Si la obra de grupos armados de represión, de grupos paramilitares o de los llamados "de autodefensa", es tolerada por los órganos del Estado o incluso admitidos por algunas normas excepcionales; si vejámenes, intimidaciones, torturas, desapariciones forzadas hacen parte de un plan determinado en las oligarquías en el poder con el apoyo directo o indirecto del ejército y la inmunidad garantizada por los órganos del Estado que deberían sancionar aquellos comportamientos, nos encontramos entonces frente a un fenómeno que podemos estudiar como el ejercicio extralegal de la violencia penal de grupos o de la violencia institucional para el mantenimiento de la violencia estructural y la represión de las personas y de los movimientos que intentan reducirla.

5. LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE VIOLENCIA INSTITUCIONAL Y VIOLENCIA ESTRUCTURAL

De lo que hemos visto hasta ahora, resulta que los derechos humanos no pueden encontrar en el derecho penal una adecuada protección; que, por el contrario, muchas violaciones de ellos se presentan al interior de la función punitiva legal o extralegal. La criminología crítica toma conciencia de esta doble dimensión de la violencia que amenaza los derechos humanos: la violencia penal y la violencia estructural.

5.1 La teoría del derecho penal mínimo, que es una propuesta de política criminal alternativa en la perspectiva de la criminología crítica, es ante todo un programa de contención de la violencia punitiva a través del derecho basado en la más rigurosa afirmación de las garantías jurídicas propias del Estado de derecho, en el sistema de la justicia penal y de los derechos humanos de todas las personas, y en particular de los sindicados y condenados frente a dicho sistema. En segundo lugar, su programa consiste en una amplia y rigurosa política de descriminalización y, en una perspectiva final, en la superación del actual sistema de la justicia criminal y su sustitución por formas más adecuadas, diferenciadas y justas de defensa de los derechos humanos frente a la violencia.

5.2 La intervención del sistema de la justicia penal sobre los conflictos y problemas es sobre todo una intervención simbólica que no puede representar una efectiva solución de ellos. Eso no quiere decir que en ciertas circunstancias también la función simbólica ejercida por un correcto y riguroso uso de la justicia penal, no pueda representar un momento de la acción civil y política para la defensa de derechos

humanos y su reafirmación después de que se hayan consumado en la impunidad, formas de violación generalizada y constante. Dos ejemplos actuales, aunque diversos entre sí, son las acciones por la reforma de las normas sobre la violencia sexual llevadas a cabo por movimientos feministas en ciertos países; el gran movimiento popular que se ha sostenido inmediatamente después del regreso a la democracia en Argentina, los procesos contra los generales responsables de las violaciones de los derechos humanos durante la guerra sucia. También la demanda civil democrática de eliminar la impunidad de la que gozan grupos paramilitares y de sicarios en los países en los que ellos están al orden del día, puede representar un llamado a la función simbólica de la pena, un elemento de una acción dirigida al restablecimiento de la legalidad y de la paz.

Pero existen ejemplos bastante actuales en sentido contrario, que permiten palpar los límites y también los gravísimos costos sociales que van ligados a intentos por usar el sistema penal para el control de situaciones de indudable negatividad social; piénsese por un lado en la prohibición penal de ciertas drogas, que ha agregado a los graves problemas de la toxicoddependencia otros nuevos y no menos graves, que ha dado ocasión al desarrollo de un colosal mercado ilegal de dimensiones universales, del cual se alimentan grupos poderosos capaces de condicionar en ciertos países la acción del gobierno y de competir con el poder y la autoridad de los órganos legítimos del Estado. Por otro lado, se puede poner el ejemplo de la intervención del sistema penal en el campo de la ecología, que parece traducirse paradójicamente en una situación de menor y no de mayor defensa ecológica. En efecto, como sabemos, la intervención penal en este campo es substancial o formalmente accesoria a las normas y a las decisiones administrativas. O sea, esto presupone que los comportamientos lesivos del ambiente deban ser irregulares desde el punto de vista de la disciplina administrativa para poder ser objeto de sanciones penales. Pero sabemos también que la gran mayoría de perjuicios ecológicos no provienen de comportamientos irregulares desde el punto de vista de las normas administrativas y penales, sino de comportamientos regulares que hacen parte de un sistema de producción y de explotación de los recursos naturales, que se desarrolla independientemente de las necesidades reales de los productores y de todos los individuos. Por lo tanto, así como en el campo de la droga, también en el de la ecología la intervención del sistema penal produce una concentración de la atención y de los recursos en políticas de control que no tienen por objeto las situaciones en las que realmente surgen los problemas que se pretende resolver, contribuyendo en cambio a disminuir antes que a aumentar las defensas de los derechos humanos.

6. EL CONTROL ALTERNATIVO DE LA VIOLENCIA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si la criminología crítica se ha dedicado al análisis de las contradicciones y los límites del sistema de la justicia criminal, si su fundamento epistemológico mismo está ligado al reconocimiento de que la criminalidad no es una cualidad natural

de sujetos y de comportamientos, sino una cualidad atribuida a ellos por medio de procesos de definición, esto no significa que ella no se mida con la exigencia de poner en práctica estrategias de control social más justas y eficaces frente al "referente material" de aquellas definiciones, cuando él exista; o sea frente a todas aquellas situaciones de negatividad social, estén o no en la base de las normas penales, que representan represión de necesidades reales y violaciones de derechos humanos. Se trata de contribuir al proceso a través del cual la mayoría de los miembros de una sociedad organiza defensas públicas eficaces frente a la violencia de minorías prepotentes y a la negatividad social. Este control social alternativo deberá tener características opuestas a las que son propias del sistema de la justicia criminal para evitar la injusticia y la ineficacia que caracterizan las intervenciones de este sistema.

6.1 Debe ser un control basado en una estrategia global que tenga en cuenta toda la fenomenología de la violencia y no solo una pequeña parte de ella; globalidad no significa, naturalmente, homogeneidad de los instrumentos usados por el control, sino adecuada diferenciación entre ellos, aun al interior de una estrategia general.

6.2 El control debe basarse en los principios de la igualdad y de la legalidad, es decir, debe evitar estratégicamente la descriminalización de los más débiles y la impunidad de los más fuertes y funcionar según reglas generales como garantía de las personas que pueden volverse objeto de él para evitar arbitrariedades y la formación de posiciones de poder conectadas con una excesiva discrecionalidad de la intervención. También en la defensa de los derechos humanos se deben respetar los derechos humanos hasta donde sea posible.

6.3 Debe ser un control eficaz y no simbólico. Esto implica por lo menos tres consecuencias:

a) Se dirige a las causas y no solo a las manifestaciones de los conflictos y de la violencia;

b) Tiene por objeto las situaciones y no solo los comportamientos de los actores implicados en él;

c) Sin negar formas de compensación y de restitución frente a las víctimas, cuando sean posibles y necesarias, el control social alternativo de la violencia debe ser sobre todo un control social activo o contextual a la agresión. Esto corresponde a un "principio general de prevención".

7. CONFLICTOS SOCIALES Y NEGATIVIDAD SOCIAL

He planteado anteriormente que todas las formas de violencia pueden generalmente relacionarse directa o indirectamente con la violencia estructural. Aunque fuera posible excluir situaciones particulares de violencia que no tengan relación con ella, es posible sostener que la violencia estructural es la forma general de la violencia. La aplicación del principio general de prevención significa también y ante todo una estrategia de contención de la violencia basada en el control de su forma general. Esto significa una estrategia de justicia social. Pero la prevención

de la violencia estructural es al mismo tiempo parte del conflicto social y de la acción política a su interior.

7.1 Una característica general de la construcción de los conflictos al interior de las categorías del pensamiento penal y criminológico tradicional, es su "despoliticación" en términos de una supuesta ciencia del comportamiento individual y de una técnica de respuestas a él. Los sujetos y comportamientos por controlar son los "criminales" y los "crímenes"; las técnicas de respuesta son la "pena" como disuación o como tratamiento y, en general, la "política criminal". Frente a esta visión tradicional y restringida, la criminología crítica se presenta como una crítica de la criminología. Ella demuestra que los comportamientos definidos como criminales no son diversos de los otros, que en la producción de conflictos y de violencia estructural solo ocasionalmente intervienen los factores definidos socialmente como criminales o como tales definibles en el ámbito de las leyes penales. Por esto la criminología tradicional, la penología y la política criminal son, generalmente, discursos inadecuados para una política de control eficaz de los conflictos y de la violencia. Se trata, ante todo, de restituirles a los conflictos y a las situaciones conflictivas su dimensión política al interior de un análisis realista de los conflictos sociales. Problemas "criminológicos" de grandes dimensiones como la corrupción, la criminalidad organizada, la criminalidad económica, las graves desviaciones de los órganos estatales, la actividad de grupos paramilitares y el terrorismo, son ante todo problemas políticos que no pueden ser afrontados confiándoselos a "técnicos" o, por lo menos, que no pueden ser confiados solo a ellos. Se trata de problemas que tienen que ver con la actividad de los órganos de representación política y con todos los ciudadanos, los partidos políticos, los sindicatos, los movimientos sociales, en función de participación política; problemas que hacen parte del objeto de la lucha de las clases subalternas para liberarse de la opresión de las clases dominantes, de la lucha por la justicia social y por la democracia. El principio general de prevención corresponde entonces a la estrategia de un control democrático de la violencia. Esto significa que los portadores de las necesidades reales, de derechos humanos, se unen para producir una articulación autónoma de las propias necesidades y de sus propios derechos y formas públicas de defensa de aquellos que actúen efectivamente a su favor. El principio de "la autonomía de articulación de las necesidades y de los derechos", se realiza mediante una comunicación libre del poder entre los portadores y presupone la construcción y el mantenimiento de la democracia representativa y participativa. O sea, presupone que el ejercicio de los poderes públicos y la actividad de los órganos del Estado no sean expresiones de un poder alienado de la voluntad popular y de los intereses generales.

7.2 Hablar de intereses generales no significa descuidar la existencia de conflictos de intereses en la sociedad, de grupos sociales contrapuestos o concurrentes, no significa negar la existencia de un conflicto social fundamental entre clases subalternas y clases dominantes, entre las mayorías portadoras de la fuerza de trabajo y minorías detentadoras de la propiedad y del poder. La historia de los derechos humanos es también la historia de este conflicto social, la historia de la violencia

que cotidianamente busca reprimirlos. La afirmación de los derechos humanos sobre bases de democracia, es al mismo tiempo, la vía para la superación de la violencia. Creo que para contribuir a la superación de la violencia es necesaria una acción intelectual, civil y política, la cual, en sus premisas teóricas, debe escapar a dos errores contrapuestos: el relativismo y el dogmatismo. Para escapar del relativismo se puede utilizar el "principio de la universalización de los intereses"; se puede resolver, al menos en parte, el contraste histórico entre intereses de grupos en conflicto y buscando individualizar los intereses potencialmente más generales, o sea, los que corresponden a un avance hacia relaciones sociales que permitan una forma humana de satisfacción de las necesidades.

Para superar el dogmatismo, es necesario apartarse de la idea de que los intereses generalizables sean expresados en una determinada fase de la vida de una sociedad, por un solo grupo social, por un solo sujeto histórico. En la historia de la liberación hay espacio para una pluralidad de sujetos. El respeto al pluralismo de los sujetos en la lucha contra la violencia es el presupuesto para que esta lucha no alcance, como frecuentemente ha sucedido, falsas metas, y se instauren en el sitio de las viejas dominaciones, otras nuevas; en el sitio de viejos grupos privilegiados, nuevos grupos que se autoproclaman con violencia sobre todos los demás como el "verdadero sujeto histórico".

7.3 Cuando el conflicto social alcance niveles extremos de violencia, el principio de la universalización de los intereses puede traer en sí la definición de objetivos intermedios. Se puede hablar en este sentido de "pacificación de los conflictos", es decir, del llamado a los sujetos implicados en ella para establecer un acuerdo que permita transformar la lucha armada en lucha política con reglas de juego concordadas.

En el marco de la contradicción fundamental entre trabajo y capital se desarrolla una pluralidad de conflictos dependientes e independientes de aquel, y actúa una pluralidad de personas, grupos y movimientos que se colocan y se desplazan, cada vez más, en nuevos frentes que no pueden ser simplemente reducidos a la contraposición fundamental; esta adquiere al mismo tiempo contenidos específicos en diferentes áreas. Los frentes del conflicto son muchos, porque las percepciones de los actores implicados son heterogéneas y cambiantes. La lógica de la historia es más rica que cualquier esquema lógico. Dentro del conflicto general para mantener o para cambiar la forma de satisfacer las necesidades, o sea, las relaciones sociales de producción y de distribución, es posible que se formen convergencias parciales de intereses y de proyectos entre grupos ubicados en frentes políticos diversos, convergencias basadas en la necesidad de la paz y del orden civilizado que puede ser en un determinado momento, la necesidad más generalizable y más general, por ser condividida por la mayor parte de los miembros de una sociedad.

Es posible, así, que portadores de intereses diversos se unan por la defensa de este interés general en el frente de la paz y del respeto por la vida, para aislar a los portadores del proyecto de barbarie, para poner fin a la violación de los

más elementales derechos humanos e imponer el respeto a reglas del juego acordadas con el fin de hacer más humana y civilizada la forma de conflicto.

La "pacificación de los conflictos" que puede ser de esta manera una frontera avanzada de la resistencia popular contra la violencia, y al mismo tiempo una batalla en la que son vencedoras las fuerzas progresistas y liberales de toda sociedad, independientemente de su colocación en los conflictos. En esta frontera común, el objetivo inmediato se llama: un espacio seguro para la vida. En ciertos casos se trata, incluso, de una frontera nacional. Esto se verifica cuando los contenidos del conflicto y las formas de represión de los derechos humanos son condicionados o también inmediatamente impuestos por una lógica de violencia punitiva y estructural cuyo centro está fuera del país. En estos casos la lucha por los derechos humanos coincide con la lucha por el interés general de una nación.

Por una cárcel humanitaria

J. Guillermo Escobar Mejía

Profesor de las Universidades de Antioquia y de Medellín

María Claudia Pulido Escobar

Asesora de la Procuraduría delegada para los Derechos Humanos

1. ORACIÓN POR LA CÁRCEL HUMANITARIA *

Muy Ilustre Profesor Giacomo Barletta: permitidme que, en nombre de todos, os entregue una salutación de patria hospitalaria;

Señores que integráis la comisión de reclusos de "La Modelo" y "La Picota": Hacedme un campo dentro de vosotros. Pertenezco a vuestro equipo: no he venido como conferencista, sino como gladiador de tantos derechos cruelmente negados. ¡Vengo a reclamar el respeto de vuestras familias y el reconocimiento de la dignidad de vuestras mujeres!

Señores organizadores del Congreso:

Saludo desde acá —y ojalá me esté escuchando— a la Dra. Norma Myriam: ayer me encontré con ella, no la veía desde cuando en Cali, ante el Colegio de Abogados Penalistas, pronuncié mi "Súplica por el lumpenproletariado". Ella fue mi guía en la noble ciudad. Ahora me conmueve su sufrimiento: el accidente automovilístico que dejó maltrecho su cuerpo y con mayor herida a su alma ... Quisiera decirle: personas como ella son como las abejas: en la flor del altruismo encuentran las mieles de todas las cicatrizaciones ...

* Ponencia del Dr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA al Congreso Penitenciario celebrado en Bogotá, el 31 de agosto de 1989.

Saludo a la Dra. Rosa Irene Velosa: ella representa a toda la juventud que siente náuseas morales, y por ello son el símbolo de la resurrección.

A vos, Dr. Héctor Peña, claro que también os saludo, pero en evocación. No al de ahora: vestido para la solemne ocasión, impertérrito, disertor, sereno, en el centro del acto de poder ...; nó, os saludo en la angustia del ayer: año de 1985. Vos y yo examinando "El pozo de la hediondez", en la cárcel de Bellavista. Ese horrible, ese espantoso, ese dantesco lugar: sitio de castigo para los niños de 16 años ... ¡Liliputienses de la desnutrición! ¡Se abre una puerta de hierro y se tiene acceso a un lugar sin luz, enrarecido el aire por la pudrición de todos los excrementos carcelarios que en una poceta abierta, e indecente, sobreguan y poco a poco se deshacen en insoportable fetidez! Allí estuvimos ... queríamos confirmar la palabra del director de la cárcel: "Desde hace un mes a nadie encerramos allí". Así lo dijo. ¡Mentiras! Vos mismo, Dr. Peña, encontrásteis la prueba: en un rincón una hez fresca, reciente. De uno de los niños cautivos, sacados solo por el anuncio de nuestra visita. Recordad cómo sobre nuestras camisas caía el berrinche que goteaba desde las tuberías perforadas por la herrumbre ... Y yo, que sé que el único sepulcro que tiene siete llaves es el del Cid Campeador, pedí entonces que tapiáramos el ignominioso lugar. Y nadie escuchó, ni escucha. Allí está esa cuenca oscura mirando a los derechos humanos. A su puerta yo la llamo "El párpado del dolor". Allí está: ¿Por qué?

Saludo al guardián, al guardián honesto. Solo a él. El "Movimiento de Derechos Humanos Penitenciarios", que destruyó la persecución oficial, los amó porque son "presos *sui generis*". Con salarios de hambre que, en veces, se permiten no pagar en lapsos hasta de 4 meses ¡Asedio de necesidades sobre su moral!

Saludo a los directores de cárceles ... ¡Solo a los honestos! A los que tienen como arquetipo al Sr. Quiceno, ex director de la cárcel general de Itagüí, quien perdió su puesto por un delito: ¡Su honestidad!

En fin, queridos estudiantes, señoras, señores:

Pienso que las cárceles de Colombia son nuestros remordimientos encadenados. Que este Congreso puede ser: o un acto de penitencia, cuya autenticidad tiene por piedra de toque actos de poder y de purificación; o, por el contrario, resultará informal, informativo e intrascendente. Y, entonces, saldremos de acá más enferma la Ética y más vanidosa nuestra prepotencia; encubiertos y engalanados por ese fulgor de apariencias que siempre cubre a la hipocresía; y, en tal caso, diremos: nos hemos reunido porque amamos los derechos humanos penitenciarios; ¡hemos sido disertos, analíticos, inclusive, dialécticos!

Encontramos, como tesis, la cárcel pútrida; la postema que mana pus y mancha las togas: desde aquella del juez insensible o mecanicista y/o la del abogado indolente; hasta los reverenciados: las togas de la Corte Suprema de Justicia, que jamás se han conmovido ante el horror dantesco, ni han comprendido que "la justicia nace del dolor", en enseñanza de CALAMANDREI, y que cuando este llega hasta la inclemencia, quedan rotas, por la misma impiedad, las tablas de graduación penológicas: los peldaños jurídicos que escalan la tasación de las penas. Y ello exige, en una

legislación día a día más represiva, una jurisprudencia iluminada e iluminante, que determine, como regla general, la inaplicabilidad de penas distintas de la mínima; reconociendo, como motivación, que nuestras cárceles son, arquitectónicamente, adefesios de corredores largos, kafkianos, cortados en forma de cruz; y ... sus patios enjaulan, increíblemente, los espacios de libertad: con rejas agresivas, sembradas por doquier; y transpiran esos patios el vaho maloliente del más absurdo e inquietante hacinamiento de seres enfermos, exasperados y sucios.

Eso hemos hecho de nuestras cárceles, y ello no es ni civilizado, ni cristiano; ni tiene inteligencia ante la luz de una sana política criminal, cuyo objeto científico es tramontar la exabrupta realidad y proyectarse al futuro inmediato, para que este tenga por perspectiva no la enseñanza del crimen, ni el aniquilamiento físico y moral, sino la calidez de una palabra forjada por el sol del humanismo: resocialización, vocablo de surco, de labranzas en el espíritu y *saudades* trascendentes y germinales, cuya sinonimia es: resurrección, posible solo cuando se mira hacia las cárceles con AMOR.

Esa es la gran transformación que se requiere en la política penitenciaria: romper el estigma, desprender de nosotros —del alma, del corazón, del cerebro, de las manos, del cuerpo todo— nuestros celos y nuestros actos de estigmatizadores.

Menester es destruir, por falso y encubridor, el tabú del peligrosismo, *per se*, de las cárceles; para aceptar que es hechura nuestra, que la violencia de los presos es una respuesta por la espantosa violencia institucional que se les infiere cotidianamente.

Responden a nuestra conducta genocida que los va destruyendo paulatinamente: les hemos quitado hasta el sol —en las guayanas pasan hasta 2 años sin recibir sobre la piel su calor, ni su fulgor—; la alimentación es deficiente en proteínas y calorías, viven en crónica hambruna. En el motín de Bellavista, acaecido el 18 de mayo, que conmueve con sus 16 muertos y más de 10 heridos graves, la población penitenciaria que, al escuchar los primeros disparos se amotinó, por espontaneidad que aprovechaba la oportunidad, no atacaba las puertas hacia la libertad, no, muchos desafiaban la muerte atacando un bongo de arroz —que alguien dejó abandonado en mitad del patio de notificaciones— y peleaban entre sí por sustraer a puñadas esa comida indecente. ¡Allí cayeron cuatro! Y en ese momento se produjo la radiografía exacta de lo que son nuestras cárceles.

¿Para qué agregar entonces que los piojos, las carrangas y las pulgas los devoran? (Una vez, un preso, para demostrarle esa situación al Movimiento de Derechos Humanos Penitenciarios de Antioquia, tomó en su mano izquierda uno de esos tubitos de plástico que, merced a una lente agranda y embellece los pequeños retratos, ese objeto que los fotógrafos ambulantes, con ingenua hipérbole, denominan: "Telescopio fotográfico", mientras, con su mano derecha, se rascó las vellocidades del pecho y las axilas; luego se limpió las uñas; parecía en su esmero, que las espulgaba; finalmente, depositó lo que encontró en la tapita de telescopio, lo selló y nos lo entregó para que miráramos: Y —¡qué horror!— Qué vergüenza, queridísimo profesor italiano ... vimos cuatro piojos negros, gordos; y una carranga blanca, trans-

parente, que, a manera de adorno, en el lomo tenía un puntito rojo: transparencia del buche lleno ...).

Nada debo agregar, por impedimento de asepsia, que proviene de tan hermosa audiencia femenina y, claro está, por todo este pulquerrimo conglomerado, sobre ... los penes hinchados, rojizos y goteantes de pus blenorragica; menos aún de los oscuros chancros sifilíticos o de los chancros blandos que en llagas los carcomen ... eso, en esta conferencia, es repulsivo, produce náuseas, trae la idea de contagio.

Por esto cierro diciendo, a nombre del "Movimiento de Derechos Humanos Penitenciarios", que fuera extinguido por la persecución oficial, que fui testigo ático de ello y que esto duele. Porque es verdad que acusa y transfiere el cargo: ellos no son leones, son mendicantes de su condición humana: este, harapiendo o semidesnudo, desdentado y de pútrido aliento, reclama una moneda; aquel, absor-to, está enfermo. En un 80% requieren del psicólogo o del psiquiatra: ya en la pupila brilla la anomalía o arde la brasa rojiza de la locura, por sufrimientos.

Todos son mendigos: unos de comida; otros, de resoluciones jurídicas; aquel, que está asustado, de protección. ¡Todos, todos de amor! Nadie los quiere; cada uno de ellos sufre un *a priori* equimótico: es peligroso, sucio e indeseable. Algunos los odian tanto que sueñan pesadillas de homicidio. Preparan cruces anónimas para sus horizontes de libertad. Olvidan, cuando farfullan credos sociales, que la muerte del ladrón —la rata, así les dicen— es trueque sociológico que nos deja un asesino, cuya impunidad va extendiendo, como una mancha de aceite multiforme, la más siniestra corrupción que, luego, a la instancia, no se detendrá ante el crimen político o del simplemente pagado. ¡Se han deshumanizado!

Debo recordarles, en todo caso, que fue un ladrón quien recibió la palabra inefable: "Hoy estarás conmigo en el Paraíso".

Así, en medio de la noche, han perdido su propia estima; su dignidad se les va cayendo a pedazos; mañana, si no se quieren a sí mismos, ¿cómo podrán respetar a los demás? El amor propio y el sentimiento de vergüenza son pilares de la virtud. Este régimen cosifica y oprime y desnaturaliza al hombre. Es tanta su tortura que hace exclamar con ANTONIO BERISTAIN IPIÑA: "Si Cristo volviera a nacer, no con un látigo sino con mil, destruiría, uno a uno, los ladrillos de las cárceles".

Bueno ... levantemos los hombros ... y escuchemos las voces de los inexorables; dirán: "los pregoneros de sensiblería; los apocalípticos, los líricos de la palabra, los que hacen discursos de amor, también olvidan: ellos delinquieron, hicieron daño y por tanto, en derecho, nos pertenece el platillo de la retribución, ¡no faltaba más!".

Tal legitimación hace retrogradar la civilización; tiene en su contexto, y a ultranza, el elogio de la barbarie. Es involución histórica. Por tanto, hace llorar a la diosa de la Criminología.

Otros, los pseudofilántropos, se expresan melifluamente: "Quisiéramos tenerlos a las mil maravillas, construir cárceles como edenes científicos, pero ... el Estado tiene tantos gastos. No hay presupuesto ¡Qué le vamos hacer!".

Estos son los peores. Su resignación es acomodamiento burocrático y su llorona compasión es argucia de la crueldad. Su discurrir menosprecia a la justicia y es

confesión de la carcoma estructural del sistema. A ellos, y claro que también a los primeros, voy a preguntarles:

¿Y qué excusa puede aducirse —y esa es la ponencia que se me ha encomendado— en relación con el maltrato a todos los derechos humanos que, a título de transferencia de pena, sufren los seres amados, las familias de los presos, que en cada visita penitenciaria, sin haber delinquirado y siendo inocentes y siendo parte esencial de la política legal de la resocialización, se ven sometidos a violencias físicas, violencias morales, escarnio, deshumanización y estigmatización?

Aquí, al amor; al vínculo inexorable de la sangre; en fin, a la ternura y a los sacrificios, oponemos el reglamento del odio, del desprecio o del abuso, todo a nombre de una disciplina de seguridades absurdas.

Yo le decía a la doctora María Claudia Pulido —¡y voy a cumplirle!— que lo esencial de mi ponencia ya estaba escrito en "Nuevo Foro Penal", en el editorial del N° 43:

Señor Procurador General de la Nación
 Doctor *Horacio Serpa Uribe*
 Bogotá, D. E.

Muy distinguido señor Procurador:

Dice alguna fábula que en tiempos de "María Castañas", una mujer quiso entrar a la cárcel, para su amante, una navaja automática. La llevaba en su amplia vagina. Alguna contracción oprimió el mecanismo del arma que, abriéndose, le produjo graves e internas lesiones.

Desde entonces, las autoridades carcelarias han pensado que la vagina de cada mujer (señora, señorita y aun de las niñas) que visiten a un detenido, es utilizada para tan anodino propósito: ser el estuche anatómico de un arma; hueco oscuro que debe hurgarse con los dedos. Y vino la droga y aquí sí que arreció el pseudomoral: alguna vez en Bellavista, hace un lustro, se descubrió una bolsita de plástico acomodada en la vagina que contenía tres gramos de marihuana "proletaria"; perdón; una mísera dosis personal paupérrima y lumpenesca.

¡Vaya si se justificaría la requisa íntima!

Y el pudor, ese tesoro milenario de la íntima dignidad de la mujer, vino a menos. Necesita abogado. Mejor: exige la presencia del Señor Procurador General de la Nación.

Es todo un proceso estigmatizante y kafkiano.

En fila, cada domingo, dos mil mujeres. A veces, por la visita de los hijos, cuatro o cinco mil personas; muchas de ellas, niñas.

Cada mujer debe ir con una falda corta, arriba de la rodilla, en chanclas, porque no autorizan los zapatos; y en la mano un pañuelo blanco. Esperan, al sol y al agua, desde el amanecer. Vociferan y pelean entre sí por los turnos. Todas están irritadas y nerviosas. Saben que llegada la hora de la entrada, nadie las respeta-

rá. Por cualquier motivo serán despedidas implacablemente. Los guardianes las llaman, despectivamente, "las vacas".

Después de presentar sus documentos de identificación y los permisos judiciales son selladas, reiterativamente, en los brazos; sus alimentos requisados (convertidos en informes amasijos); y, paulatinamente, perdiendo dinero al juego de "voluntarios impuestos"; al fin llegan a donde las guardianas, encargadas de la requisa vaginal, que reciben el pañuelo blanco para utilizarlo a manera de guante del dedo índice y penetrarlas, en veces con enfermiza lujuria: un grito; ¿qué digo? Un alarido se escuchó, un día, en Bellavista. Una jovencita con los muslos bañados en sangre había perdido su virginidad. La guardiana sonreía con el pañuelo manchado, entre sus manos. Después se disculpó: accidente. Un estremecimiento de motín sacudió a la cárcel. Se apaciguó por la impotencia y el miedo. Todo se congeló en la pesadilla que aún no puede olvidar el "Movimiento de Derechos Humanos Penitenciarios" que ahora, repite el ulular del dolor y de la ira para despertar la conciencia moral y civilizada.

Señor Procurador:

En la cárcel todo preso está armado, sin necesidad de la complicidad de sus mujeres. Han fabricado armas "hechizas": punzones, latas afiladas, etc. Otros las compran a los guardianes: cuchillos a tres mil o a diez mil pesos; en veces hasta revólveres.

En cuanto a la droga, nadie ignora que en las cárceles hay montones de toda especie, por vía y razón de la corrupción administrativa. Inclusive aguardiente y whisky.

En consecuencia, solo nos queda pensar en "chivos expiatorios". Entender que la requisa vaginal es inútil e irracional; y, claro está, afirmar que ella es una violación de los derechos humanos de las mujercitas humildes sometidas a pena de escarnio, por amor a sus seres queridos. Todo a nombre de la fábula que inventó la insania moral y la insensibilidad institucionalizada, dependiente, ello es obvio, de la coonestación o de la dolosa pasividad.

Un acto de poder moral es suficiente: a nombre de los Derechos Humanos Penitenciarios, debéis prohibir la "requisa vaginal" y colocar la prohibición bajo custodia del ministerio público. Y entonces tendréis la gloria de la democracia real que vence a la palabrería de oropel.

Respetuosamente,

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

OTROSI: Esta carta, por ser de representación altruista, es "Documento de Derechos Humanos".

RESPUESTA

Doctor
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
Medellín (Ant.)

Cordial saludo. Leí con mucha atención su carta que comparto en su interesante contenido. Desde nuestra conversación en Medellín he venido trabajando sobre el particular.

Atentamente,

HORACIO SERPA URIBE
Procurador General de la Nación
Noviembre 24 de 1988

Y ... NADA!!!

Empero, hoy rielan en mi alma todas las suaves claridades del alba. Tal vez sea más exacto decir que una luz dominante, como de plenilunio, ha derrotado la entraña oscura e ignominiosa de la noche histórica. Toda su gloria (gloria de los Derechos Humanos Universales) pertenece al Dr. JAIME CAMACHO FLÓREZ, director general de prisiones. Es mi alegría el anunciarlo: ¡mi ponencia ha llegado tarde, pertenece al pasado ... ya no es necesaria! La afrenta tiene ya su fin: de labios del Dr. CAMACHO FLÓREZ he oído su propósito irreducible de suprimir las requisas "anales" y "vaginales" de las cárceles. ¡Bendito sea! ¡Un susurro de dignidad comienza a cantar el Hosanna!

Se ha despertado el dios del Pudor, del Honor, de la vergüenza! Atrás ha quedado un oscuro mundo de sufrimiento.

Así las cosas, debo terminar. Y quiero hacerlo reproduciendo un brevísimo discurso que escuché a don Jaime Montoya, cuando estuvo detenido en Bellavista. Su tenor es tan hermoso que pudiera merecer la envidia de SARTRE, por su profundidad; la de UNAMUNO, por su energía; y estamparse como epígrafe en aquella obra inmortal que escribiera DOSTOIEVSKI, lastimado por un lustro de presidio siberiano: *Memoria de la Casa de los Muertos*. Dice así:

"Nosotros hemos perdido la esperanza, por nuestras largas condenas. Hemos perdido la dignidad, por nuestros vicios. Estamos en miserable condición: sin bienes de fortuna, sin salario y sin libertad. Solo poseemos a los seres amados que también nos quieren y nos visitan: NO POR LO QUE FUIMOS O POR LO QUE SEREMOS, SINO POR LO QUE SOMOS!"

Señores intelectuales: solo la humildad conduce a la justicia. De ella estaremos en lejanía si, infatuados por el sentimiento de líderes que nos obsesiona e inquieta existencial y profesionalmente, no ubicamos el papel exacto que nos corresponde: acercarnos respetuosamente a los desposeídos. Porque ellos —los débiles y los humildes— son el único crisol que puede atomizar nuestro egoísmo y transformar nuestro oportunismo y vanagloria en Dignidad y AMOR SOCIAL.

2. REGLAMENTACIÓN HUMANITARIA DE LA VISITA CARCELARIA

(Comentario a la ponencia del profesor J. Guillermo Escobar) *

A) *Requisa vaginal*. Antes de precisar algunas observaciones sobre la brillante intervención del profesor J. GUILLERMO ESCOBAR, parece necesario advertir que el problema de la requisita vaginal carcelaria presenta dos aspectos centrales: el primero toca la dignidad humana comprometiendo derechos mínimos que, como el de la privacidad derivada del pudor, no podrían ser desconocidos ni siquiera en defensa de la seguridad; y el segundo gira sobre la realidad y existencia de los hechos que justifican ese bárbaro sistema de prevención. Sobre el primer punto la intervención del profesor J. GUILLERMO ESCOBAR no solo ha sido evidente sino conmovedora, pues ha demostrado hasta qué punto se humilla, degrada y veja la dignidad humana en defensa de derechos significativamente menos sagrados, de modo que solo resta por examinar el segundo aspecto del problema, que nos llevará a plantear como premisa el eterno tema de la etiología jurídica o contradicción entre dos o más derechos.

El fundamento de este arcaico sistema de inspección estriba, según dicen sus partidarios, en la necesidad de evitar que los reclusos obtengan armas o sustancias alucinógenas que pongan en peligro la seguridad de las cárceles o fomenten el consumo desestabilizador de estupefacientes o drogas de circulación prohibida. De hecho, no se encontraría otra razón para justificar la práctica de esa requisita interior, como no fuera la de posibilitar a inspectoras inescrupulosas el ejercicio de una concupiscencia censurable. Para entender el grado de abuso a que puede llegarse basta pensar en la simple posibilidad que este bárbaro examen abriría para quienes, prevalidos en él, ejercen una sexualidad atrofiada. Si resulta molesta una simple requisita corporal exterior, cuya legitimidad jurídica se encuentra en tela de juicio en tanto no se ha encontrado un estatuto que la legitime y por involucrar un agravio a la intimidad, una de esta naturaleza será sencillamente estigmatizante.

Ahora bien: admitiendo que en muchos casos la vagina haya sido utilizada para ingresar en los penales armas o drogas, también debe admitirse que la frecuencia de esa práctica no es significativa ni pone en peligro la seguridad colectiva del

* Ponencia de la Dra. MARÍA CLAUDIA PULIDO ESCOBAR al Congreso Penitenciario celebrado en Bogotá, el 31 de agosto de 1989.

establecimiento. Para ello basta acudir al sentido común, preguntándose qué tipo de armas podría transportarse por ese medio y colocar en real situación de apremio a los guardias que se suponen dotados de instrumentos necesarios para conjurar un ataque sorpresivo. Si se temiera por la seguridad de los guardianes, debiera pensarse más bien en que un ataque colectivo sería mucho más eficiente que el del recluso que porta un cuchillo presumiblemente obtenido mediante el concurso de una mujer. Y si por lo que se teme es por la integridad de los otros reclusos, no olvidemos que ningún sistema ha logrado evitar que los propios internos fabriquen armas cortopunzantes partiendo de los elementos que las mismas estructuras carcelarias les ofrecen. En tales condiciones, probadas una y otra vez a lo largo de la historia, resulta poco sólido el argumento que ve en la requisita vaginal una medida eficaz para contrarrestar el peligro de un eventual uso de armas.

De otra parte, el argumento de la droga tampoco es convincente. A pesar de que ciertamente la requisita ha propiciado la incautación de marihuana y basuco, sustancias que normalmente se obtienen por conductos públicamente conocidos, las cantidades confiscadas no justificarían por sí solas el mantenimiento de ese denigrante sistema.

En los casi nueve meses que van corridos del año la Dirección General de Prisiones ha reportado la incautación de 206.10 gramos de marihuana y 150 gramos de basuco (este último caso en la Reclusión de Mujeres de Medellín y Bogotá), registrando solo en tres casos, óigase bien, la utilización de la vagina como medio de transporte, pues queda claro que las nada significativas cantidades anotadas son el resultado de todos los sistemas de registro y no solo del vaginal. Esta simple estadística demuestra que el costo moral es inconmensurablemente alto frente al beneficio que en materia de prevención pudiera recibirse, permitiendo concluir que casi sería preferible tolerar los márgenes de inseguridad que el sistema trata de evitar para preservar un bien mayor, en este caso el de la dignidad humana.

En la solución de la ecuación costo-beneficio, aceptada universalmente como uno de los mejores sistemas de evaluación, los resultados de este análisis son persuasivos en extremo, y conducirían al convencimiento de que el costo en materia de derechos humanos es tan alto que, como se dijo antes, resulta preferible manejar el problema de la drogadicción dentro de ciertos guarismos de flexibilidad, hasta donde la realidad de las cosas lo permitan. Aquí cabe advertir que los ebrios no se acaban cerrando las tiendas. Mientras no se establezcan planes de rehabilitación para drogadictos y a la vez no se ejecuten programas serios de educación y trabajo, los internos seguirán viendo en el consumo de estupefacientes la única válvula de escape para su desesperación.

Dentro del tratamiento del problema, sin saberse exactamente por qué, la tecnología se encuentra descartada como solución. En desarrollo de este trabajo consultamos a expertos sobre la posibilidad de aplicar algún sistema que, dentro del máximo respeto de los derechos del ser humano, garantice resultados, desde luego mucho

más eficaces, en el control de las armas o drogas que eventualmente pudieran ingresar en los centros de reclusión. Como era previsible, constatamos que un simple ecógrafo, de especificaciones mínimas, constituiría solución inmejorable frente al objetivo de detectar los objetos y sustancias ocultas en la vagina.

De esta manera cualquier argumento resultaría caprichoso, máxime si se toma en cuenta que el costo del ecógrafo a que nos referimos no superaría el millón de pesos, cifra insignificante no solo frente al oprobio de un sistema infrahumano, sino también ante el costo hora-hombre de quienes tienen a su cargo la innoble tarea que censuramos. Si lo que se quiere es racionalizar costos, ahí existe otra buena razón para hacerlo. Aún más, la ecografía que se realiza sobre la superficie del bajo vientre no genera efectos secundarios, proporciona mayor agilidad y evita abusos de cualquier índole.

Ante la crisis de la justicia, francamente no vemos cómo puede insistirse en el uso de sistemas que como el de la inspección vaginal constituye una grave afrenta para quienes por cualquier circunstancia tienen el anhelo de visitar a parientes y amigos en una cárcel. Como lo expusieron algunas reclusas de la cárcel de mujeres de Bogotá, con el sistema de la requisita no solo se prejuzga a terceros, sino que se les somete a vejaciones e irrespetos condenándolos a sufrir con ellas la consecuencia de sus delitos.

Para demostrar la inmoralidad de prácticas semejantes, recordamos ahora un sonado caso de la justicia penal norteamericana: en cierta ocasión un joven negro fue detenido a la salida de un almacén por la sospecha de haber introducido en su chaqueta ciertos artículos; se le intentó hacer una requisita en presencia de quienes en esos mismos instantes hacían cola para pagar sus compras y que, pendientes del escándalo, azuzaban al vigilante para que requisara las ropas del muchacho. Ante la negativa de este a dejarse esculcar, y menos en presencia de cientos de personas, alegando una clara violación de sus derechos humanos y una sindicación indebida, tuvo que intervenir la policía. Una vez indagados los hechos, el policía americano llamado a intervenir y formado dentro de la cultura del respeto a los derechos humanos, propuso al administrador del almacén la única solución aceptable para el caso, consistente en permitir la requisita del presunto ladrón solo a condición de que si no se le encontraba nada, la importante cadena de almacenes comprometida en el asunto, indemnizaría moral y materialmente el escarnio de que el joven fuera víctima. En su momento la Corte Suprema de Justicia en USA examinó la reclamación presentada por el joven, a quien durante la requisita no se le encontró ningún objeto. Mediante la censura del procedimiento que significaba un sistema arbitrario en la fórmula de imputaciones, condenó a la cadena de almacenes a pagar una cuantiosa indemnización, dando así ejemplo de hasta qué punto deben protegerse la honra ciudadana y los derechos humanos en cualquiera de sus expresiones.

B) *Visita conyugal*. En la actualidad resultaría bizantino discutir sobre el ejercicio pleno del derecho a la sexualidad femenina, y como prácticamente se descono-

ce la importancia que tiene este tema frente al desarrollo de la vida familiar y social, las reflexiones centrales de esta breve exposición se limitarán a analizar la reglamentación que la Dirección Nacional de Prisiones ha señalado para la visita conyugal femenina.

Como lo han expresado las reclusas de la cárcel "Buen Pastor" de Bogotá, y en ello encontramos argumentos contundentes, la limitación del ejercicio de este derecho no solo estimula el lesbianismo destruyendo de paso su estabilidad emocional y familiar, sino que las discrimina en forma injusta frente al tratamiento que sobre igual derecho se adopta en las cárceles de hombres, donde las relaciones sexuales están permitidas con mayor flexibilidad.

Mediante la resolución 1031 de 1987 se estableció el reglamento para la visita conyugal femenina que, como se explicará, resulta sencillamente impracticable. Entre las observaciones que podrían hacerse al llamado con razón "tapabocas reglamentario", resaltamos las siguientes:

a. En primer lugar, se establecen tratamientos diferentes para las internas sindicadas y las condenadas, como si unas tuvieran más derechos sexuales que las otras o la calificación penal influyera sobre el ejercicio de un derecho derivado de la naturaleza humana, pues, mientras que a las procesadas el juez es quien debe autorizarlas, las condenadas deben solicitar al director del establecimiento donde se encuentren reclusas el permiso de amar.

b. Los requisitos establecidos para tener derecho a la cohabitación, por otra parte, son imposibles de cumplir. Quizás con el propósito de evitar que durante el tiempo de reclusión la mujer quede a punto de dar a luz, la primera restricción que se impone es la de que a la reclusa "le falten como máximo siete meses para el cumplimiento total de la condena", lo cual no solo restringe el número de reclusas que pudieran acceder a la visita conyugal, sino que limita el derecho a la maternidad.

c. Aun admitiendo con la "teoría peligrosista" que la reincidencia o la comisión de delitos, contravenciones o faltas graves durante el cumplimiento de la detención o de la pena influirían en las condiciones de la privación de la libertad, no se ven razones atendibles para castigar esas conductas restringiendo el ejercicio de la sexualidad como lo exige el numeral 3 del art. 2 del reglamento. Técnica y jurídicamente esos hechos punibles deberían sancionarse mediante la aplicación de los procedimientos judiciales y administrativos legales, pero no infligiendo castigos que atentan contra la dignidad y que podrían equipararse a los sistemas más arcaicos de represión, como el de colocar al reo en condiciones de mínima supervivencia manteniéndolo a pan y agua, o reprimiéndolo sexualmente.

d. Las exigencias para probar el estado civil o el hecho de la unión libre tienen el inconveniente de establecer una limitación más al ejercicio de la sexualidad. Si por el hecho de casarse o de haber convivido con alguien, la reclusa quedase compeliada a tener relaciones sexuales exclusivas con quien fuera su pareja del pasado, el derecho quedaría agotado como posibilidad, lo que implica una restricción inadmi-

sible en cuanto que la norma comentada introduce el elemento "convivencia permanente" como uno de los requisitos para ejercer la visita conyugal. Es claro que todo derecho que se agote con un solo ejercicio no puede constituir un derecho.

e. Aplaudimos que el reglamento prevenga el contagio de enfermedades venéreas mediante la presentación de certificados médicos, posibilite la planificación familiar y ofrezca cursos de orientación sexual.

f. El reglamento incurre en imprecisiones que pudieran haberse evitado, como las de expresar que "los directores de establecimientos carcelarios responderán ante la Dirección General de Prisiones y velarán para que el derecho consagrado en la presente resolución esté rodeado de las garantías físicas, éticas, morales, legales y de salubridad necesarias", previsión que por querer abarcar mucho no dice nada.

g. Finalmente, nos parece que el tema aquí tratado debe gozar de una comprensible reserva y que, por ende, los procedimientos para la concesión de los permisos deben caracterizarse por la más estricta discreción. Consideramos una afrenta contra esa regla de sentido común el que la autorización de la visita conyugal implique la "previa inserción de la determinación en el reglamento interno" de la cárcel.

Está bien que la cárcel limite el derecho a la libre movilización y afecte el ejercicio de derechos complementarios; que en ciertos casos mengüe las prerrogativas políticas de los ciudadanos y que en otros —derivándose esto de la gravedad de la infracción— afecte transitoriamente derechos que, como la comunicación con el mundo exterior, son inherentes a la naturaleza asociativa del hombre. Pero que le estigmatice marginándolo de la sociedad humana cuando su función es precisamente la de regenerarle, y le quite derechos que como el del trabajo le dan sentido a la vida, resulta francamente inadmisibles. Y que sobre dichas restricciones, suficientes por demás para impedir su rehabilitación, le cercene el instinto sexual, o aún peor, la posibilidad de traer un ser al mundo, implicaría una frustración más grave que el peor de los encierros. Sobre todo si, como en este caso, se considera que está en juego el aspecto más importante de la realización de la mujer.

De ahí que las cárceles modernas respeten como derechos esenciales del recluso, todos los inherentes a la dignidad humana.

¿Por qué, entonces, negar a la mujer la realización plena de su sexualidad? Como si por el hecho de haber perdido la libertad hubiese perdido su necesidad y su derecho de amar y ser amada. ¿Por qué castigarla con la negación de sus expresiones vitales, forzándola a ser un objeto inerte? ¿Por qué no posibilitar la libre expresión de su sexualidad?

En el entendimiento de que repugna a la lógica el emparentar el ejercicio de un derecho natural con las consecuencias derivadas de una conducta delictiva, estas breves reflexiones pretenden propiciar un replanteamiento en el esquema adoptado por la Dirección General de Prisiones sobre el tema de la visita conyugal femenina.

NOTA DEL COORDINADOR: La Dirección General de Prisiones, mediante la Resolución 619 del 3 de octubre de 1989, reglamentó la visita conyugal en los establecimientos femeninos del país. El texto de la resolución es el siguiente:

RESOLUCIÓN 619 DEL 3 DE OCTUBRE DE 1989

por la cual se autoriza la visita conyugal en los establecimientos carcelarios femeninos del país.

el Director General de Prisiones,

en uso de las facultades que le confiere el artículo 42, literales d, j y f del decreto 1817 de 1964, y

CONSIDERANDO:

Que la detención y la pena privativa de la libertad llevan consigo restricción de derechos, sin desmedro de los que corresponden a todo ser humano por su calidad y dignidad personal;

Que se hace necesario establecer y reglamentar la visita conyugal en los establecimientos carcelarios femeninos, en razón del respeto a principios universales de igualdad. En tal virtud,

RESUELVE:

Art. 1º.—*De la visita.* Autorizar la visita conyugal en los establecimientos carcelarios femeninos del país.

Art. 2º.—*De los requisitos.* Los directores de establecimientos carcelarios femeninos concederán la visita conyugal para las internas condenadas, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

1º) Que la sentencia condenatoria está ejecutoriada. La ejecutoria de la sentencia se probará con la copia que el juez competente debe enviar a la Dirección General de Prisiones o con copia auténtica que los interesados podrán aportar.

2º) Demostrar su estado civil de casada con el registro de matrimonio correspondiente. Cuando existiera unión libre, esta se demostrará con dos (2) declaraciones extrajuicio donde conste su convivencia permanente.

3º) Certificación expedida por el médico del establecimiento carcelario para la pareja, en el que conste que, dentro de lo previsible, la relación sexual no dará lugar a la transmisión de enfermedades infectocontagiosas.

Art. 3º.—*De la responsabilidad de los directores.* Los directores de establecimientos carcelarios femeninos responderán ante la Dirección General de Prisiones y velarán porque el derecho consagrado en la presente resolución esté rodeado de las garantías físicas, éticas, legales y de salubridad necesarias.

Art. 4º.—*Del término de concesión.* En todo caso, a juicio del director y de conformidad a las condiciones del establecimiento, podrá concederse la visita conyugal hasta por cuatro (4) veces en el mes, previa inserción de la determinación en el reglamento interno.

Art. 5°.—De la instrucción y planificación. En los centros carcelarios de mujeres se llevarán a cabo cursos de orientación y preparación sexual. Previa autorización escrita de la interesada, los médicos oficiales podrán establecer sistemas de planificación familiar.

Art. 6°.—De la suspensión del derecho. Se suspenderá el derecho en los siguientes casos:

1°) Por incumplimiento de los requisitos de salubridad o higiene, previo concepto del médico oficial.

2°) Cuando sobreviniere enfermedad grave que haga prever contagio a juicio del cuerpo médico del respectivo establecimiento carcelario, o en su defecto de médico oficial. Una vez desaparecida la causa de la suspensión se recuperará el derecho.

Parágrafo. Cualquiera de las determinaciones mencionadas en el artículo sexto de la presente resolución, serán tomadas por el director del centro de reclusión con concepto previo del Consejo de Disciplina y tendrá la duración que el Consejo antes citado estime conveniente.

Art. 7°.—De la visita para sindicadas. Previo el lleno de los requisitos exigidos en el artículo segundo de la presente resolución, aplicables a su estado de sindicación y con autorización escrita del juez, el director del establecimiento carcelario podrá conceder visita conyugal a las sindicadas.

Parágrafo. Cuando una sindicada solicite el derecho de la visita y demuestre mediante un medio de prueba idóneo que está en incapacidad de concebir, el director del establecimiento, luego de solicitar concepto a la Sección de Sanidad del establecimiento carcelario, o de médico oficial, podrá conceder el permiso sin que medie autorización escrita del juez, siempre y cuando la peticionaria llene los restantes requisitos aplicables a su situación jurídica.

*Art. 8°.—*La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga la resolución N° 1031 de septiembre 20 de 1987.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. E. a 3 de octubre de 1989

JAIME CAMACHO FLÓREZ
DIRECTOR GENERAL DE PRISIONES

VÍCTOR JAIME CHARRY CABRERA
SECRETARIO AD-HOC

LEGISLACIÓN

DECOMISO Y OCUPACIÓN DE BIENES

DECRETO 1856 DE 1989 (Agosto 18)

por el cual se toman medidas encaminadas al
restablecimiento del orden público

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, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984
se declaró turbado el orden público
y en estado de sitio todo el territorio
nacional;

Que dicho decreto señaló como uno
de los motivos para declarar turbado
el orden público y en estado de sitio
todo el territorio nacional "la acción
persistente de grupos antisociales rela-
cionados con el narcotráfico, que viene
perturbando gravemente el normal fun-
cionamiento de las instituciones, en de-
safío criminal a la sociedad colombiana,
con sus secuelas en la seguridad ciuda-
dana, la tranquilidad y la salubridad
públicas y en la economía nacional";

Que el artículo 110 del Código Pen-
nal, modificado por el artículo 37 de
la ley 2ª de 1984, prevé que el delito
lleva consigo la pérdida en favor del
Estado", de los instrumentos con que
se haya cometido y de las cosas y valo-
res que provengan de su ejecución;

Que la honorable Corte Suprema
de Justicia declaró exequible esta nor-
ma, en sentencia proferida el 3 de ju-
lio de 1981, en la cual expresó: "Ahora
bien si se examina este artículo 110
que establece el comiso se observa,
como ya se ha dicho, que se aplica
al delito es decir, se requiere que la
ley penal considere y defina un hecho
como tal, y por referirse al delito pre-
cisamente que se llegue a esa determi-
nación por un proceso, que haya
condena, y que se llegue a ella por
la actuación de jueces determinados
y según las formas previamente esta-
blecidas, cuestiones todas que no son
propias de un Código de las penas
sino de un Código de Procedimiento.
Esto permite afirmar que no se violan
las prescripciones de los artículos 26
y 28 de la Constitución. Y si se conti-
núa el examen del decomiso, a más
de lo dicho se ve que en él se dejan
a salvo los derechos del ofendido o
de terceros, es decir, que no puede
imponerse en aquellas cosas o valores
que pertenezcan a personas extrañas
al hecho punible, dándose así cumpli-
miento al artículo 30 de la Constitu-
ción que garantiza la propiedad";

Que ya en sentencia del 3 de agosto
de 1972, mediante la cual se declaró
exequible una disposición sustancial-
mente idéntica, contenida en el Cód-
igo Penal de 1936, la honorable Corte
Suprema de Justicia, había manifes-
tado: "En síntesis, la confiscación que
la Constitución prohíbe es la apro-
piación oficial indebida, sin causa y

procedimiento legal, por vía de simple aprehensión, del patrimonio de una persona";

Que para reprimir el narcotráfico se hace necesario tomar medidas para disponer, en beneficio del Estado colombiano, el comiso de los bienes y efectos de toda clase vinculados directa o indirectamente a la ejecución de los delitos de narcotráfico y conexos o que provengan de ellos;

Que la Constitución Política garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes. Por consiguiente, en la medida que la propiedad y los demás derechos sean adquiridos con el producto de actividades ilícitas, como el narcotráfico, no se puede extender a ellos dicha garantía constitucional.

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista el actual estado de sitio, los títulos valores, bienes muebles e inmuebles, divisas, derechos de cualquier naturaleza y, en general, los beneficios económicos y efectos provenientes de o vinculados directa o indirectamente a las actividades ilícitas de cultivo, producción, almacenamiento, conservación, fabricación, elaboración, venta o suministro a cualquier título de marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra sustancia que produzca dependencia física o síquica, o los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión del delito de narcotráfico y conexos, serán decomisados u ocupados por las Fuerzas Militares, Policía Nacional y los organismos de seguridad del Estado y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual por resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o de entidades de beneficio común instituidas legalmente mientras el juez competente dispone sobre su destinación definitiva.

Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslativo de dominio.

La providencia que ordene la devolución de los bienes materia del decomiso, deberá ser consultada y solo surtirá efectos una vez confirmada por el superior.

Parágrafo.—Cuando se trate de algunos bienes enumerados en este artículo y sujetos a registro de propiedad, el juez del conocimiento notificará personalmente o por edicto a las personas inscritas en el respectivo registro.

Art. 2°.—El dinero o las divisas que se decomisen, de acuerdo con el artículo anterior, se depositarán en cuenta especial en el Banco de la República, a disposición del juzgado del conocimiento.

Art. 3°.—El juez del conocimiento dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de los respectivos derechos.

Art. 4°.—El decomiso a que se refiere este decreto, también podrá aplicarse a otros bienes o derechos adquiridos con anterioridad a la sentencia condenatoria, cuya aprehensión se efectúe con posterioridad a la fecha de tal providencia.

Art. 5°.—Le corresponde al sindicado de la comisión de los delitos de narcotráfico y conexos, demostrar que los bienes aprehendidos o decomisados no proceden de actividad ilícita ni fueron utilizados en la comisión del delito.

Art. 6°.—Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

Art. 7°.—Este decreto rige a partir de su publicación y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 18 de agosto de 1989.

COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO
PARA EL DECOMISO DE BIENES

DECRETO 1893 DE 1989
(Agosto 24)

por el cual se complementan las medidas del decreto legislativo 1856 de 1989, 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 y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que una de las causas por las cuales se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, hace referencia a la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;

Que recientemente la acción del narcotráfico ha segado la vida de eminentes colombianos pertenecientes a distintos estamentos de la sociedad colombiana, atentando gravemente contra la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad social, con trascendentales repercusiones en la vida nacional;

Que el decreto legislativo 1856 de 1989 estableció el decomiso u ocupación de los bienes directa o indirectamente vinculados o provenientes del narcotráfico, acción encomendada a las Fuerzas Militares, a la Policía Nacional y a los organismos de seguridad del Estado;

Que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de enero 21 de 1988, declaró exequibles los artículos 47 y 48 de la ley 30 de 1986,

sustancialmente idénticos a los contenidos en el decreto legislativo 1856 de 1989, con la diferencia de que en este último la definición de la destinación definitiva se le encomienda a las autoridades jurisdiccionales y no a un organismo administrativo;

Que se hace necesario definir los procedimientos con base en los cuales se realizarán los decomisos u ocupaciones y complementar las disposiciones del citado Decreto Legislativo, en materia de destinación de los bienes decomisados u ocupados,

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, actuará como juez competente para efectos de lo dispuesto por el decreto 1856 de 1989, el Tribunal Superior de Orden Público.

Art. 2°.—Producida la ocupación o el decomiso por las autoridades competentes, estas procederán a realizar un acta de inventario de los bienes ocupados o decomisados, la cual harán llegar dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes al Tribunal Superior de Orden Público y una copia al Consejo Nacional de Estupefacientes para efectos de su destinación provisional al servicio oficial o de entidades de beneficio común legalmente constituidas.

Art. 3°.—Recibida el acta de ocupación o de decomiso, el Tribunal Superior de Orden Público, emplazará a los propietarios de los bienes con el fin de que, personalmente, asistido de apoderado si lo estima conveniente, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes demuestren su propiedad sobre ellos, su procedencia legítima y el fin para el cual está destinada.

Art. 4°.—El emplazamiento a que se refiere el artículo anterior se efectuará mediante notificación personal, si se conociere el pro-

pietario del bien o si este estuviere detenido. En caso contrario el emplazamiento se surtirá mediante la fijación de un edicto en la Secretaría del Tribunal Superior de Orden Público, durante el término de tres (3) días calendario.

Si en cinco (5) días calendario no se pudiese efectuar la notificación personal, el emplazamiento se hará por edicto.

Art. 5°.—El Tribunal Superior de Orden Público, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento del término establecido en el artículo 3° de este decreto, determinará la destinación definitiva de los bienes materia de la ocupación o del decomiso, en caso de que no hubiere comparecencia o no se demostrare la propiedad, la procedencia, la destinación lícitas.

La destinación definitiva puede confirmar la destinación provisional que haya sido dada por el Consejo Nacional de Estupefacientes o modificada, pero con arreglo a las disposiciones de este decreto.

Art. 6°.—El Consejo Nacional de Estupefacientes en forma provisional, o el Tribunal Superior de Orden Público, definitivamente, destinarán los bienes materia de ocupación o decomiso, de la siguiente manera:

1. Los bienes inmuebles rurales, al Fondo Nacional Agrario.
2. Los bienes inmuebles urbanos, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
3. Los automóviles, bienes muebles de cualquier naturaleza, no especialmente destinados, títulos valores, dinero, divisas, al Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional o al Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—.
4. Los aviones, avionetas y helicópteros, al Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Fuerza Aérea Colombiana y Satena, según distribución realizada por el Ministro de Defensa Nacional.
5. Las armas y municiones, al Ministerio de Defensa y al Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—.
6. Los equipos de comunicación y radio, al Ministerio de Defensa Nacional.
7. Los semovientes y maquinaria agrícola, al Fondo Nacional Agrario, de acuerdo con la destinación de los respectivos inmuebles.

Art. 7°.—La sentencia del Tribunal Superior de Orden Público solo será susceptible de impugnación mediante recurso de reposición, interpuesto en forma personal, asistido de apoderado si lo estima conveniente, dentro de los tres (3) días siguientes, por el propietario de los bienes materia de la ocupación o el decomiso.

Art. 8°.—De conformidad con lo prescrito en el artículo 5° del decreto legislativo 1856 de 1989, le corresponde al propietario demostrar que los bienes ocupados o decomisados no proceden de actividad ilícita ni fueron utilizados en la comisión de un delito, lo cual deberá acreditarse dentro del término de que trata el artículo 3° del presente decreto.

Art. 9°.—El delito tipificado en el artículo 6° del decreto legislativo 1856 de 1989, será del conocimiento de las autoridades jurisdiccionales competentes para investigar y fallar el delito de narcotráfico y conexos.

Art. 10.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 24 de agosto de 1989.

EXTRADICIÓN GUBERNAMENTAL POR NARCOTRÁFICO Y DELITOS CONEXOS

DECRETO 1860 DE 1989

(Agosto 18)

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 y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en esta-

do de sitio todo el territorio de la República, se expresó que "... la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional", acción y perturbación que continúan vigentes;

Que como el narcotráfico por su propia naturaleza, es una modalidad criminal de ejecución y efectos internacionales, para combatirla con eficacia, se requiere la acción conjunta de las autoridades de los países que padecen este temible flagelo mediante la utilización del instrumento jurídico de la extradición;

Que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en providencia de fecha 17 de febrero de 1987 conceptuó que en la tradición jurídica nacional ha predominado la adopción de los sistemas administrativos en materia de extradición, razón por la cual "carece de sentido la participación de cualquiera otra rama del Poder Público". Posición reiterada invariablemente en las últimas providencias dictadas por la citada Corporación;

Que el delito del narcotráfico ha adquirido modalidades nuevas y crecientemente peligrosas, que amenazan el núcleo de la sociedad y ponen en peligro la estabilidad institucional del país, exigiendo una legislación especial, ágil y eficiente que detenga su acción nociva y los terribles efectos que sobre el orden público genera;

Que los instrumentos jurídicos actualmente vigentes no responden suficientemente a la necesidad de combatir el auge que este delito ha adquirido en el concierto internacional,

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, suspéndese la vigencia del inciso 2°, del artículo 17 del Código Penal, para todo

lo relacionado con los delitos de narcotráfico y conexos y, en consecuencia, para efectos de la extradición de nacionales colombianos y extranjeros requeridos por estos delitos, podrá aplicarse el trámite previsto en el Código de Procedimiento Penal, con las modificaciones que en el presente decreto se establecen.

Art. 2°.—La concesión de extradición de nacionales colombianos o extranjeros por los delitos de narcotráfico y conexos, no requerirá de concepto previo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Art. 3°.—La persona detenida o capturada y susceptible de ser extraditada de acuerdo con el presente decreto, quedará a disposición del Ministerio de Justicia.

Art. 4°.—Las disposiciones contenidas en este decreto se aplicarán a las extradiciones por narcotráfico o delitos conexos cuyas solicitudes se reciban con posterioridad a la vigencia del mismo.

Art. 5°.—En la resolución ejecutiva que conceda la extradición, el gobierno, integrado por el presidente y los ministros que hacen parte del Consejo Nacional de Estupefacientes, podrá ordenar la entrega inmediata del extraditado al Estado solicitante, aun cuando con anterioridad al recibo de la solicitud de extradición estuviere procesado en Colombia, por cualquier otro delito.

En relación con el condenado se aplicará lo dispuesto por el artículo 660 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 6°.—En los casos a que se refiere este decreto, podrá extraditarse cualquier persona aunque este procesada en Colombia por el mismo delito por el cual se le requiere, siempre que no se haya producido sentencia.

Art. 7°.—Las personas solicitadas en extradición por los delitos de narcotráfico y conexos, no tendrán derecho al beneficio de

libertad provisional ni a la condena de ejecución condicional, respecto de otros procesos que se adelanten en Colombia.

Art. 8°.—La extradición se concederá con las siguientes limitaciones:

a) Cuando el delito de narcotráfico o conexos, por el que se solicita la extradición, sea punible con la pena de muerte con arreglo a las leyes del Estado requirente, solo se concederá la extradición si el Estado requirente garantiza de que no impondrá tal pena;

b) En ningún caso se concederá la extradición de un nacional si el Estado requirente no garantiza plenamente que no impondrá pena privativa de la libertad superior a treinta (30) años;

c) El Estado requirente deberá garantizar, también, que al extraditado se le respetarán sus derechos humanos dentro de la condición sancionatoria, en forma no discriminatoria con relación a los condenados de su propio país, y

d) Los gastos ocasionados por la traducción de documentos y el transporte de la persona reclamada correrán a cargo del Estado requirente.

Art. 9°.—El gobierno podrá dictar la resolución a que se refiere el artículo 659 del Código de Procedimiento Penal aun cuando el requerido no haya sido objeto de detención o captura. Sin embargo, en este caso, antes de dictarse tal resolución el Ministerio de Justicia lo emplazará para que constituya su defensa en la forma prevista en el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 10.—Este decreto rige a partir de su publicación y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 18 de agosto de 1989.

RETENCIÓN E INCOMUNICACIÓN DE PERSONAS

DECRETO 1859 DE 1989 (Agosto 18)

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, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional;

Que la declaratoria de estado de sitio obedeció, entre otras razones a la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;

Que para combatir la actividad de estos grupos delictivos, es necesario dotar a la justicia y a los organismos investigativos de términos necesarios para adelantar una labor eficaz, que conduzca al esclarecimiento de los crímenes y, en consecuencia, a la debida aplicación de la ley;

Que la complejidad de la actividad investigativa en este tipo de acción delictiva, ha evidenciado que el término contemplado en el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, decreto-ley 050 de 1987, es insuficiente para que las autoridades investigadoras lleven a la debida culminación las averiguaciones necesarias para la cumplida administración de justicia;

Que, en consecuencia, se hace necesario la aplicación de las atribuciones especiales que

confiere al gobierno nacional el artículo 121 de la Constitución Política, para lograr los objetivos de una rápida y eficaz administración de justicia conducente al restablecimiento del orden público,

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los funcionarios que cumplan funciones de policía judicial en relación con los delitos de narcotráfico y conexos, así como los previstos en el decreto 180 de 1988 y disposiciones que lo adicionan y modifican, dispondrán de un término de siete (7) días hábiles para enviar al funcionario de instrucción competente las diligencias a que se refiere el Título II, del Libro Segundo, del Código de Procedimiento Penal.

Art. 2°.—Dentro del término de siete (7) días hábiles de que trata el artículo anterior las personas retenidas permanecerán incomunicadas y los plazos para la recepción de indagatoria se empezarán a contar a partir del vencimiento del expresado término.

Art. 3°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 18 de agosto de 1989.

REGISTRO DE PERSONAS Y DE BIENES

DECRETO 1863 DE 1989 (Agosto 18)

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 y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que para garantizar la pronta y cumplida administración de justicia se hace necesario autorizar a los jueces de la Justicia Penal Militar, para adelantar diligencias que no están comprendidas dentro de la función de juzgamiento,

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, los jueces penales militares podrán practicar registros en los sitios donde se presume o existan indicios de que se encuentran las personas que hayan participado en la comisión de un delito o los objetos relacionados directa o indirectamente con el mismo.

Art. 2°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 18 de agosto de 1989.

CONTROL DE PISTAS DE ATERRIZAJE

DECRETO 1896 DE 1989 (Agosto 24)

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 y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que una de las causas que motivaron la declaratoria de estado de sitio fue "la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional";

Que la acción delictiva del narcotráfico se lleva a cabo utilizando, entre otros medios, el transporte aéreo, para lo cual es elemento básico el uso de pistas de aterrizaje, tanto autorizadas como no autorizadas, hecho que se hace necesario controlar;

Que el ejercicio de un control estricto sobre los medios de transporte aéreo contribuye esencialmente a enfrentar la acción delincuencia de estos grupos, a reprimir el delito y, en consecuencia, a contribuir al restablecimiento del orden público,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, los gobernadores, intendentes y comisarios reportarán en el término de quince (15) días, contados a partir de la vigencia de este decreto, al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las pistas autorizadas por la autoridad aeronáutica respectiva, con la justificación de la conveniencia pública de su utilización, respecto de aquellas que consideren indispensable mantener en funcionamiento y operación.

Art. 2º.—El reporte de los gobernadores, intendentes y comisarios deberá contener las siguientes informaciones:

1. Nombre de la pista.
2. Localización exacta.
3. Nombre del propietario y del explotador.
4. Indicación del objetivo de su utilización.
5. Justificación de la conveniencia de mantenerla en funcionamiento y operación.

Art. 3º.—El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, procederá a inutilizar, con el apoyo de la fuerza pública, las pistas que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

- a) No estar debidamente autorizadas por la autoridad aeronáutica correspondiente;
- b) Aun cuando estén debidamente autorizadas, no haber sido reportadas por el gobernador, intendente o comisario;
- c) Las que habiendo sido reportadas por los gobernadores, intendentes o comisarios, estos no justificaron su funcionamiento u operación, y
- d) Las que habiendo sido reportadas y justificadas por los gobernadores, intendentes y comisarios, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, no encuentre válida tal justificación.

Art. 4º.—Cuando el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil encuentre justificada la reapertura de la pista procederá a autorizar su puesta en funcionamiento.

Art. 5º.—Los gobernadores, intendentes y comisarios, estructurarán el mecanismo que consideren adecuado para obtener de las autoridades municipales la información requerida para cumplir con lo dispuesto en el artículo 1º y las autoridades municipales deberán actuar con diligencia en el suministro de la información correspondiente.

Art. 6º.—El propietario o explotador que usare o permitiere el uso de una pista inutilizada por las autoridades, será sancionado con la cancelación del permiso de operación de la pista respectiva.

Art. 7º.—Se exceptúan de las anteriores disposiciones las pistas operadas por la Empresa Servicio Aéreo a Territorios Nacionales —SATENA—, las cuales aun cuando no hayan sido reportadas, solamente podrán ser utilizadas por la empresa mencionada.

Art. 8º.—Todas las empresas de trabajos aéreos especiales, en la modalidad de aviación agrícola, deberán reportar, en un término no

mayor de quince (15) días, contado a partir de la vigencia del presente decreto, ante el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las pistas autorizadas por el Departamento, que actualmente están siendo operadas en forma regular y las que se encuentren fuera de funcionamiento, justificando las razones para la operación de las primeras.

Art. 9º.—El reporte presentado por las empresas de trabajos aéreos especiales, en la modalidad de aviación agrícola, deberá contener la siguiente información:

1. Nombre de la pista.
2. Localización exacta.
3. Nombre del propietario y del explotador.
4. Indicación sobre su uso regular actual.
5. Justificación de su funcionamiento.

Art. 10.—El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil inutilizará, con el apoyo de la fuerza pública, las pistas de las empresas de trabajos aéreos especiales en la modalidad de aviación agrícola, que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

- a) No estar debidamente autorizadas por la autoridad aeronáutica correspondiente;
- b) Aun cuando estén debidamente autorizadas, no haber sido reportadas por la empresa de trabajos aéreos especiales, en la modalidad de aviación agrícola;
- c) Las que habiendo sido reportadas por estas empresas, no hayan justificado su funcionamiento u operación, y
- d) Las que habiendo sido reportadas y justificadas por estas empresas, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, no encuentre válida tal justificación.

Art. 11.—El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil autorizará su puesta en funcionamiento, cuando el propietario o explotador de la pista así lo solicite y el Departamento encuentre justificada su reapertura.

Art. 12.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio

nacional, todas las empresas de transporte aéreo no regular y las personas jurídicas que no realicen actividades aéreas comerciales, propietarias o explotadoras de aeronaves, deberán vincular a su planta de personal la tripulación que requieran para la operación de sus aeronaves, y dicho personal deberá ser de dedicación exclusiva para la empresa.

Las empresas a que se refiere el presente artículo deberán cumplir con el requisito aquí previsto, dentro de un término de treinta (30) días calendario contados a partir de la vigencia de este decreto y durante dicho plazo deberán reportar al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil el listado completo del personal de vuelo, con copia auténtica de los contratos de trabajo respectivos.

Art. 13.—El incumplimiento de lo estipulado en el artículo anterior dará lugar a la suspensión del certificado de aeronavegabilidad, hasta tanto no se le dé cumplimiento.

Art. 14.—todas las empresas distribuidoras de combustible para la aviación, que operen en el territorio nacional, deberán presentar un reporte mensual de ventas por aeronave, el cual deberá ser remitido a la Dirección General de Operaciones Aéreas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a más tardar dentro de los quince (15) primeros días calendario del mes siguiente al cual se refiere la información.

Art. 15.—El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil deberá ampliar el sistema de grabación de comunicaciones aeronáuticas a todos los aeropuertos del país que tengan torre de control.

Art. 16.—El Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Fuerza Aérea Colombiana, perfeccionará los sistemas de control del espacio aéreo nacional, mediante la utilización de equipos de radar tridimensional, en forma tal que se amplie la cobertura del servicio y

se complemente el sistema actual, para lo cual dichos equipos serán operados conjuntamente por la Fuerza Aérea Colombiana y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Art. 17.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 24 de agosto de 1989.

REBELIÓN Y SEDICIÓN

DECRETO 1857 DE 1989
(Agosto 18)

por el cual se dictan algunas normas de carácter penal 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, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto número 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que la declaratoria de turbación del orden público se originó en la persistente acción de grupos armados orientada a desestabilizar el funcionamiento y la existencia de las instituciones;

Que la acción de los grupos armados que originó la declaratoria del actual estado de sitio se manifiesta primordialmente en la comisión de los delitos de rebelión y sedición, acción que ha venido incrementándose alarmantemente, por lo cual se hace necesario adoptar medidas que conduzcan a castigar con mayor severidad los mencionados delitos con el fin de obtener el restablecimiento

del orden público,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente incurrirán en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y en multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

Art. 2º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en arresto de dos (2) a ocho (8) años y en multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

Art. 3º.—Las personas condenadas por los delitos tipificados en los artículos 1º y 2º del presente decreto, no tendrán derecho al beneficio de exclusión de pena previsto en el artículo 127 del Código Penal.

Art. 4º.—La competencia para investigar y juzgar las conductas tipificadas en los artículos 1º y 2º del presente decreto, corresponderá a los jueces de orden público en primera instancia y al Tribunal Especial de Orden Público en segunda instancia, con sujeción al procedimiento especial que rige para esta jurisdicción.

Art. 3º.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, se aplica a los delitos cometidos desde su vigencia y suspende transitoriamente los artículos 125, 126 y 127 del Código Penal y las demás normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 18 de agosto de 1989.

PROSELITISMO ARMADO

DECRETO 1858 DE 1989
(Agosto 18)

por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones 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, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que la declaratoria de turbación del orden público se originó en la persistente acción de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento y la existencia de las instituciones;

Que con ocasión de la realización de las actividades electorales propias del régimen democrático, los grupos armados y las organizaciones a que se refiere el considerando anterior pretenden incrementar sus actividades perturbadoras del orden público, por lo cual se hace necesario adoptar medidas de carácter penal orientadas a castigar esas conductas y a obtener el restablecimiento de la paz pública,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, el que con el pretexto de adelantar campaña política o en desarrollo de actividades electorales utilice las armas o amenace por cualquier medio, para obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o por los mismos medios impi-

da a un ciudadano el libre ejercicio del derecho de sufragio, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

Art. 2º.—La competencia para investigar y juzgar la conducta tipificada en el artículo anterior corresponderá a los jueces de orden público en primera instancia y al Tribunal Especial de Orden Público en segunda instancia, con sujeción al procedimiento especial que rige para esta jurisdicción.

Art. 3º.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, se aplica a los delitos cometidos desde su vigencia y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 18 de agosto de 1989.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO
DE PARTICULARES

DECRETO 1895 DE 1989
(Agosto 24)

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 y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que dicho decreto señaló como una de las causas de turbación del orden público, la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico,

orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones;

Que la acción de esos grupos y de esas organizaciones vinculadas al narcotráfico, ha producido el incremento patrimonial injustificado de diferentes personas;

Que en la medida que se combata ese incremento patrimonial injustificado de personas vinculadas directa o indirectamente a dichos grupos, podrá atacarse esta actividad delictiva y lograrse el restablecimiento del orden público,

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado.

Art. 2°.—La competencia para investigar y juzgar la conducta tipificada en el artículo 1° del presente decreto, corresponderá a los jueces de orden público, en primera instancia y al Tribunal Superior de Orden Público, en segunda instancia, con sujeción al procedimiento especial que rige para esta jurisdicción.

Art. 3°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, se aplica a los delitos cometidos desde su vigencia y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 24 de agosto de 1989.

FONDO DE SEGURIDAD DE LA RAMA JURISDICCIONAL

DECRETO 1855 DE 1989
(Agosto 18)

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, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional;

Que las causas por las cuales se declaró el estado de sitio, consistieron en la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, destinadas a la desestabilización de las instituciones;

Que dicha acción se ha dirigido especialmente contra los miembros de la rama jurisdiccional del poder público y se ha materializado en atentados y alevos asesinatos de jueces y magistrados, creando una grave inseguridad para estos servidores públicos;

Que en consecuencia, con el fin de crear el clima necesario para que se administre pronta y cumplida justicia, es imprescindible rodear a los funcionarios de la rama jurisdiccional de todas las seguridades necesarias para el normal ejercicio de sus funciones;

Que el restablecimiento del orden público exige el normal desarrollo de las funciones investigativas y de juzgamiento de los autores y partícipes de los hechos que motivaron la declaratoria de turbación del orden público, motivo por el cual el cumplimiento de esas funciones debe ser rodeado de las mayores seguridades y garantías, en orden a obtener el restablecimiento del orden público;

Que los mecanismos a través de los cuales el Estado satisface las necesidades de la rama jurisdiccional, han sido creados y estructurados para atender el normal suministro de los elementos ordinarios necesarios para su funcionamiento, pero carecen de la posibilidad de atender requerimientos de carácter especial, que son indispensables en las actuales circunstancias, también especiales, de gravísimas amenazas para la seguridad, por lo cual deben crearse y estructurarse mecanismos especializados, cuyo propósito sea proporcionar la necesaria seguridad a los funcionarios de esta Rama,

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los requerimientos que en materia de seguridad existan en la rama jurisdiccional del poder público, serán atendidos por el Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional.

Art. 2°.—El Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional estará dotado de personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y como establecimiento público estará adscrito al Ministerio de Justicia.

Art. 3°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, la construcción de obras, la adquisición y suministro de elementos, la prestación de servicios y los empréstitos que contrate el Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional, tendrán el carácter de reserva contemplado en el artículo 259 del decreto-ley 222 de 1983 y, en consecuencia, se sujetarán al procedimiento señalado para esta clase de contrataciones en la mencionada disposición y en las normas que los adicionan o reforman.

Art. 4°.—Para el cumplimiento de sus funciones, el Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional ejecutará las apropiaciones presupuestales asignadas en la ley anual de presupuesto al Ministerio de Justicia y al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia para atender necesidades de seguridad, así como las que se le asignen directamente para estos fines.

Art. 5°.—El representante legal del Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional será el viceministro de Justicia.

Art. 6°.—El Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional, tendrá una junta directiva conformada de la siguiente manera:

El ministro de Justicia, o su delegado, quien la presidirá.

El ministro de Gobierno, o su delegado.
El ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.

El jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, o su delegado.

El jefe del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado.

El consejero presidencial para la Reconciliación, Normalización y Rehabilitación, o su delegado.

Art. 7°.—El Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional se subrogará de pleno derecho, en los derechos y obligaciones pactados en los contratos y convenios celebrados por la Nación, Ministerio de Justicia y por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, para atender necesidades de seguridad de la rama jurisdiccional.

Art. 8°.—Los acuerdos de obligaciones y de ordenación de gastos, aprobados para el Ministerio de Justicia y para el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, destinados a financiar la seguridad de la rama jurisdiccional, se entenderán aprobados, para todos los efectos legales, respecto del Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional.

Art. 9°.—La Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal sobre el Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional, en las etapas integradas de control previo, perceptivo y posterior. Para el desarrollo de esta función, se consultarán principios modernos y especialmente ágiles de auditoría financiera y operativa.

Art. 10.—El Ministro de Justicia designará el personal que desempeñará las funciones administrativas asignadas al Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional.

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

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 18 de agosto de 1989.

REVISIÓN CONSTITUCIONAL
DE DECRETOS LEGISLATIVOSDECRETO 1894 DE 1989
(Agosto 24)

por el cual se consagra una reserva especial en el control automático de constitucionalidad de los decretos de estado de sitio.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que una de las causas por las que se declaró turbado el orden público fue "la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico que viene perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;

Que estos grupos relacionados con el narcotráfico han dirigido sus acciones delictivas contra miembros de la rama jurisdiccional, materializándola en atentados y amenazas orientadas a impedir el cumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y las leyes;

Que en virtud de lo anterior, es necesario rodear de todas las garantías a la Rama Jurisdiccional, con el propósito de salvaguardar su integridad y el oportuno y cabal cumplimiento de sus responsabilidades;

Que el gobierno nacional ha dictado decretos legislativos que afectan los intereses de estos delincuentes y que hace previsible su reacción contra los distintos estamentos de la sociedad y, concretamente, contra los miembros de la Rama Jurisdiccional que deberán decidir, en una u otra forma, sobre estas materias;

Que rodear a la rama jurisdiccional de las mayores seguridades para el ejercicio de sus funciones, contribuirá al cumplimiento del mandato constitucional de administrar pronta y cumplida justicia, elementos indispensables para el mantenimiento del orden público y, en las actuales circunstancias, para lograr su restablecimiento,

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, la sustanciación de los asuntos de constitucionalidad de competencia de la Corte Suprema de Justicia, en los casos del artículo 121 de la Constitución Política, corresponderá a la Sala Constitucional, sin que haya lugar a reparto.

Art. 2°.—Expirado el término de fijación en lista, de que trata el artículo 14 del decreto 432 de 1969, pasará el asunto a la Sala Constitucional y comenzará a correr el lapso de diez (10) días para registro de la ponencia, vencido el cual se iniciará el de veinte (20) días de que dispone la Corte plena para su decisión.

Art. 3°.—El procedimiento seguido para el control automático de constitucionalidad de los decretos de estado de sitio, tendrá carácter reservado, con excepción de la sentencia.

La Sala Constitucional adoptará sus decisiones por mayoría de votos, según certificación de su presidente, sin que haya necesidad de indicar el nombre de los magistrados que aprobaron la ponencia, ni los de los disidentes.

Art. 4°.—Los decretos de estado de sitio sometidos a revisión constitucional, tendrán prelación en el orden del día excluyendo la consideración de cualquier asunto hasta que la respectiva Sala decida sobre ellos.

Art. 5°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publiquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 24 de agosto de 1989.

TRÁMITE DE PROCESOS
DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE ORDEN PÚBLICODECRETO 1966 DE 1989
(Agosto 31)

por el cual se dictan normas tendientes a otorgar las garantías necesarias para el desempeño de las funciones del Tribunal Superior del Orden Público, en orden a procurar el 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, y

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que las causas por las cuales se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional obedecieron, entre otras, a la acción de grupos armados relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;

Que estos grupos de delincuentes han dirigido ataques y amenazas contra miembros de la Rama Jurisdiccional, con la intención de impedir la pronta y debida administración de justicia;

Que con el fin de evitar que la acción delictiva de los grupos relacionados con el narcotráfico impida el funcionamiento de la rama jurisdiccional, es necesario rodear de todas las garantías a los miembros de la citada rama del poder público;

Que mediante decreto legislativo 474 de 1988, se creó el Tribunal Superior de Orden Público, al cual se le ha otorgado competen-

cia para conocer de ciertos delitos estrechamente relacionados con la perturbación del orden público, por lo cual es indispensable, en orden a obtener su restablecimiento, que sus integrantes puedan cumplir sus responsabilidades dentro de especiales garantías;

Que rodear a los miembros de la rama jurisdiccional en general, y del Tribunal Superior de Orden Público en particular, de las mayores seguridades para el normal ejercicio de sus funciones, es un elemento esencial para el restablecimiento del orden público,

DECRETA:

Art. 1°.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, los asuntos correspondientes a la competencia del Tribunal Superior de Orden Público, no estarán sometidos a reparto, en la respectiva sala.

Art. 2°.—Durante el trámite del proceso, las providencias llevarán la firma de los tres magistrados que conforman la sala.

Tratándose de sentencias o de providencias que pongan fin a la actuación, se entenderá, para todos los efectos legales, que su adopción, al igual que las disidencias, se produjeron de conformidad con el procedimiento vigente, si así lo certifica el presidente del tribunal.

Art. 3°.—Para la práctica de pruebas, el Tribunal Superior de Orden Público no estará sometido a las reglas de inmediación. En consecuencia, cuando por razones de seguridad los magistrados de la Sala correspondiente, que deban practicar la prueba lo consideren necesario, podrán adoptar las previsiones que no impliquen un contacto directo o personal con el sindicado.

Art. 4°.—La intervención del ministerio público en los procesos de competencia del Tribunal Superior del Orden Público, estará rodeada de las mismas garantías consagra-

das en los artículos anteriores. En consecuencia sus conceptos no requerirán ser firmados por el fiscal o el agente especial, según el caso. Corresponde al presidente del tribunal certificar sobre su existencia y validez.

Art. 5°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 31 de agosto de 1989.

MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

DECRETO 1861 DE 1989 (Agosto 18)

Por el cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones.

El presidente de la república de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere la ley 30 de 1987, y oída la Comisión Asesora que ella estableció,

DECRETA:

CAPÍTULO I

Modificaciones al Código de Procedimiento Penal

Art. 1°.—El artículo 31 del Código de Procedimiento Penal, tendrá el siguiente texto:

Artículo 31.—*Cesación de procedimiento por indemnización integral.* En los procesos por delitos de homicidio y lesiones personales culposos, donde no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 330 y 341 del Código Penal, y en los procesos por delitos contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado y la extorsión, la acción penal se

extinguirá para todos los imputados, por desistimiento del perjudicado o los sucesores, según el caso, cuando cualquiera de ellos repare integralmente el daño ocasionado.

La extinción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso, respecto de las personas en cuyo favor se haya ordenado cesación de procedimiento por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores.

Art. 2°.—El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo con el número 31 bis, del siguiente tenor:

Artículo 31 bis.—*Conciliación durante la indagación preliminar o el proceso penal.* De oficio o a solicitud de los interesados, el juez dispondrá la celebración de audiencias de conciliación, en los delitos que admitan desistimiento de la acción penal.

Obtenida la conciliación, el juez podrá suspender la actuación por un término máximo de treinta (30) días. Demostrado el cumplimiento del acuerdo, el juez proferirá auto inhibitorio o cesación de procedimiento, sin necesidad de desistimiento expreso.

Si no se cumpliere lo pactado, continuará inmediatamente el trámite que correspondiera, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 32.

Parágrafo.—*Límite de las audiencias.* El juzgado no podrá realizar más de dos audiencias de conciliación, las cuales no admitirán suspensión o prórroga.

Art. 3°.—El artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 32.—*Oportunidad para el desistimiento.* El desistimiento de la acción penal podrá presentarse en cualquier estado del proceso, antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia.

En el caso previsto en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal, solo procederá antes de la calificación del mérito del sumario, en los demás procedimientos, antes de la celebración de la audiencia pública.

El desistimiento no admite retractación.

Art. 4°.—El artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 84.—*Competencia por razón de la conexidad y el factor subjetivo.* Cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse hechos punibles conexos sometidos a diversas competencias, conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará, cuando en la comisión del hecho o hechos punibles hubiere intervenido persona que goce de fuero.

Para determinar la competencia con relación a jueces del circuito y superiores, se entenderán estos últimos de mayor jerarquía.

Art. 5°.—El artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 85.—*Ruptura de la unidad procesal.* Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

1. Cuando en la comisión del hecho punible intervenga una persona cuyo juzgamiento esté atribuido a una jurisdicción especial.
 2. Cuando la resolución de acusación o la cesación de procedimiento no comprenda todos los hechos punibles o todos los copartícipes.
 3. Cuando se decrete nulidad parcial del proceso que, obligue a reponer la actuación con relación a uno de los procesados o de los hechos punibles investigados.
 4. Cuando los delitos contra la vida y la integridad personal, tengan relación de conexidad con hechos punibles de competencia de la jurisdicción civil o aduanera.
- Si la ruptura de la unidad no genera cambio de competencia, el funcionario que la ordenó, continuará conociendo en proceso separado la investigación o el juzgamiento.

Art. 6°.—El artículo 93 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 93.—*Competencia.* Si los procesos estuvieren sometidos a diversas compe-

tencias penales, la acumulación será decretada por el juez de mayor jerarquía. Si fuere de la misma competencia, la decretará el juez del proceso en que primero se hubiere ejecutoriado la resolución de acusación.

Si en cualquiera de los casos a que se refiere este artículo, alguna o algunas de las personas procesadas estuvieren sometidas a jurisdicción especial, esta conocerá exclusivamente con respecto a ellas. El juez remitirá copia de lo actuado a la autoridad competente y pondrá a disposición de los jueces ordinarios el proceso original.

Art. 7°.—El artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 114.—*Continuación de la instrucción y suspensión del juicio.* Desde cuando se presente la recusación, o se manifieste el impedimento y hasta que se resuelva definitivamente el incidente se suspenderá el proceso. Pero si se hallare en etapa de sumario podrán ejecutarse los actos de instrucción.

La definición de la situación jurídica o la libertad del procesado será resuelta por el juez que tenga el proceso, en el momento en que se formule la solicitud.

Parágrafo.—Cuando la recusación propuesta por el imputado o su defensor se declare infundada, no correrá prescripción de la acción entre el momento de la petición y la decisión correspondiente.

Art. 8°.—El artículo 144 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 144.—*Proposición, trámite y decisión.* Salvo disposición legal en contrario, los incidentes procesales especiales se propondrán y tramitarán en cuaderno separado, de la siguiente manera:

1. El escrito deberá contener lo que se solicite, los hechos en que se funde y las pruebas con las cuales se pretende demostrar.
2. Del escrito y las pruebas se dará traslado por el término común de cinco (5) días, el cual se surtirá en la Secretaría.

Dentro de este término deberá contestarse aportando las pruebas en que se funde la oposición, si se aceptare la petición, deberá manifestarse expresamente.

La no contestación se entenderá como aceptación de lo pedido.

3. Vencido el traslado de que trata el numeral 2º, el juez fijará el término probatorio, si las partes han solicitado pruebas o éstas se decretan de oficio. Concluido, decidirá de acuerdo con lo alegado y probado. Pero si se tratare de devolución de cosas, armas, instrumentos y efectos aprehendidos durante el proceso, y que no interesen a éste, se determinará de plano la entrega provisional con la obligación de presentarlos en cualquier momento que el juez lo solicite.

Si deben pasar a poder del Estado, se ordenará su decomiso, en la correspondiente sentencia, si fuere el caso.

Art. 9º.—El artículo 176 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 176.—Notificación personal al procesado privado de la libertad, y al Ministerio Público. Las notificaciones al procesado privado de la libertad, y al Ministerio Público, se harán en forma personal.

Proferida la decisión, por cualquier medio eficaz se citará inmediatamente al Ministerio Público, para que se presente dentro de los dos días siguientes a partir de la fecha de la comunicación.

El funcionario judicial o del Ministerio Público, que retarde injustificadamente la notificación de las providencias, incurrirá en causal de mala conducta sancionable con suspensión hasta de treinta (30) días, impuesta por el respectivo superior, previo el trámite consagrado en el régimen disciplinario correspondiente.

Art. 10.—El artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 177.—Notificación personal al procesado no privado de la libertad y a otros sujetos procesales. Al imputado que no estuviere detenido, al defensor, a la parte civil

y a las partes incidentales, se les notificará personalmente la providencia respectiva si se presentaren a la Secretaría dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de su expedición. Pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, las sentencias se notificarán por edicto y por estado los autos interlocutorios y aquellos de sustanciación que deban notificarse.

Art. 11.—El artículo 191 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 191.—Actuación procesal por duplicado. Todo proceso penal se adelantará por duplicado y sobre el original se surtirá el recurso de apelación, cualquiera sea el efecto en que se conceda.

En ningún caso se interrumpirá la acusación procesal para dar trámite a las peticiones formuladas por los sujetos procesales. En estos eventos continuará en cualquiera de los cuadernos.

Para los efectos anteriores, todos los documentos se solicitarán o aportarán por duplicado. Cuando en el proceso obren documentos originales y únicos, se llevarán al duplicado del proceso en copia o fotocopia autenticada por el respectivo secretario.

El secretario está obligado a mantener debidamente separados y foliados los cuadernos del proceso y en ningún momento se remitirán conjuntamente.

El secretario del despacho judicial que incumpla injustificadamente las obligaciones consagradas en este artículo, incurrirá en causal de mala conducta sancionable con suspensión hasta de treinta (30) días, impuesta por el respectivo superior previo el trámite consagrado en el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 12.—El artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 197.—Ejecutoria de las providencias. Las providencias judiciales quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas,

si no se han interpuesto los recursos, pero la que decide el recurso de casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia del mismo, la que lo declara desierto, y las que deciden los recursos de revisión, de hecho, o de apelación contra los autos interlocutorios, quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente.

Cuando se decrete en segunda instancia la prescripción de la acción o de la pena, se proferirá resolución de acusación o se dicte o sustituya una medida de aseguramiento, se notificará la providencia respectiva.

Salvo la sentencia, las providencias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta. Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la sesión en que hubiere sido proferida.

Art. 13.—El artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 206.—Providencias apelables. Son apelables:

a) En el efecto suspensivo la sentencia y los siguientes autos:

1. El que corrige el error aritmético en la sentencia.
2. El que decreta nulidad en la etapa de juzgamiento.
3. El que ordena la cesación de procedimiento, cuando comprenda todos los hechos punibles y a todos los copartícipes.
4. El inhibitorio.
5. El proferido con posterioridad a la decisión ejecutoriada que ponga fin al proceso.
6. El que decide sobre la acumulación de procesos.

7. La resolución de acusación o la que modifique la calificación jurídica provisional.

b) En el efecto diferido, los siguientes autos:

1. El que deniegue la admisión o práctica de alguna prueba solicitada oportunamente en el juicio.
2. El que ordene cesación de procedimiento cuando no comprenda todos los punibles investigados ni a todos los copartícipes.

3. El que ordene desembargo de bienes o reducción del embargo, a menos que esté comprendido en providencia cuya apelación deba surtirse en el efecto suspensivo.

4. El que disponga la entrega de bienes a una de las partes o a terceros, cuando haya oposición o las partes sustenten pretensiones diferentes sobre ellos.

5. El que revoque el reconocimiento de la parte civil, y

c) En el efecto devolutivo:
Todas las demás providencias, salvo que la ley provea otra cosa.

Art. 14.—El artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 210.—Providencias consultables. Son consultables, cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación, las siguientes providencias:

1. La sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito porque se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trate de delitos tipificados por el gobierno con base en las facultades de estado de sitio o de la emergencia económica, o de delito cuya investigación se atribuya por el Ejecutivo a determinados jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional.
2. En la jurisdicción penal aduanera, la sentencia absolutoria y las providencias que ordenan la entrega definitiva o provisional de la mercancía o de los medios de transporte o de sus valores.

Si el juez de segunda instancia desecha el recurso de apelación, y la providencia impugnada admite el grado jurisdiccional de consulta, asumirá inmediatamente el conocimiento del proceso y dará el trámite consagrado en el artículo 535.

Art. 15.—El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

*Causales Artículo 226.—*En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma cualquiera de derecho sustancial.

Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente. Si el error fuere de hecho, éste debe aparecer, además, manifiesto en los autos; cuando sea por violación de normas probatorias, deberá indicarse éstas y explicarse en qué consiste aquella.

2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación o, en su caso, con el auto que la modifica.

3. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

Art. 16.—El artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 316.—*Jueces ambulantes.* Los jueces ambulantes tienen competencia en todo el territorio nacional.

Cuando existan razones de orden público, el Director Nacional de Instrucción Criminal podrá asignar la investigación adelantada por los jueces de instrucción radicados, a cualquier juez ambulante de la Nación.

Esta misma facultad la tendrán los directores seccionales de instrucción criminal dentro del territorio de su competencia.

En los casos anteriores, radicada la investigación en el juez ambulante, corresponderá a éste la instrucción y calificación del sumario, por delitos de competencia de los jueces superiores o de circuito.

Cuando la segunda instancia se tramite ante los tribunales superiores, será competente para decidir acerca de las providencias proferidas por los jueces ambulantes, el tribunal del territorio donde se haya consumado el hecho punible. En los casos de competencia a prevención, el del lugar donde tenga su sede el juez ambulante.

Art. 17.—El Código de Procedimiento Penal, tendrá un artículo con el número 347 bis del siguiente tenor:

Artículo 347 bis.—*Suspensión de la indagación preliminar en el cuerpo técnico de po-*

licia judicial. El respectivo director del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, podrá suspender la indagación preliminar, cuando hayan transcurrido más de ciento ochenta (180) días de investigación y no hubiere sido posible establecer la identidad de uno cualquiera de los autores o partícipes en el hecho punible.

No obstante lo anterior, la investigación se reiniciará de oficio o a petición de quien pruebe sumariamente ser perjudicado con la infracción que se investiga o del ministerio público, si con posterioridad apareciere prueba que apunte a la identificación de cualquier autor o partícipe.

Las diligencias suspendidas permanecerán en las oficinas del Cuerpo Técnico de Policía Judicial y serán enviadas a los jueces, a petición del Juzgado competente del ministerio público o de quien pruebe sumariamente ser perjudicado con la infracción que se investiga.

Art. 18.—El artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 352.—*Auto inhibitorio.* El funcionario de instrucción se abstendrá de iniciar proceso cuando aparezca que el hecho no ha existido, o que la conducta es atípica, o que la acción penal no puede iniciarse, o cuando se den cualesquiera de las circunstancias consagrada en los artículos 31 y 31 bis del presente Código.

Tal decisión se tomará en auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios por parte del ministerio público y del denunciante o querellante.

Cuando el Cuerpo Técnico de Policía Judicial advierta que existe alguna causal para dictar auto inhibitorio, enviará inmediatamente la actuación al juez competente, con la pertinente explicación de motivos, para que éste decida si la acción puede iniciarse.

La persona en cuyo favor se haya dictado auto inhibitorio, o el denunciante o querellante, podrán designar abogado que lo represente en el trámite de los recursos que hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas.

Art. 19.—El artículo 391 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 391.—*Reconocimiento a través de fotografías.* Cuando fuere el caso de un reconocimiento por medio de fotografías, la diligencia se hará sobre un número no inferior a seis (6) si se tratare de un solo sindicado, y en lo posible se aumentarán en la misma proporción, según el número de personas por reconocer. En lo pertinente, en esta diligencia se tendrán las mismas precauciones de los reconocimientos en fila de personas, de todo lo cual se dejará expresa constancia.

Si de la diligencia resultare algún reconocimiento, copia o duplicado de las fotografías utilizadas se agregarán al proceso.

Para obtener información sobre la identidad del sindicado en el archivo nacional de identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se empleará el procedimiento establecido en esta disposición o se practicará una inspección judicial en esa dependencia. En caso de poseerse la identificación suficiente para individualizar al sindicado o sus huellas digitales, podrá solicitarse el envío de copia de la tarjeta decodactilar.

Art. 20.—El artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 404.—*Orden escrita de captura.* En el oficio que se libre a las autoridades se empleará el formulario implantado en cada una de las Seccionales de Instrucción Criminal y deberá contener los datos necesarios para la identificación o individualización del imputado y el motivo de la captura.

Proferida la orden de captura, el juez enviará copia a la dirección seccional correspondiente para que ésta registre y almacene tales datos. A su vez, las seccionales darán aviso al sistema de información de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal.

El funcionario que no avise a la dirección seccional respectiva dentro de los diez (10) días siguientes contados a partir de la expedición de la orden, incurrirá en causal de mala conducta sancionable con suspensión hasta

de treinta (30) días impuesta por el respectivo superior, previo el trámite previsto en el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 21.—El artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 422.—*Formalización de la detención preventiva.* Cuando hayan vencido los términos para recibir indagatoria y resolver situación jurídica, el director del establecimiento donde se encuentre privado de la libertad el imputado, reclamará inmediatamente al juez la orden de libertad o la de detención.

Si dentro de las doce horas siguientes no llegare la orden de detención con la indicación de la fecha del auto y del hecho punible que lo motivó, se pondrá en libertad al encarcelado si no existe orden de captura o detención proferida en otro proceso.

Dispuesta la libertad, el director del establecimiento enviará informe inmediato al Tribunal Superior de Distrito Judicial, indicando claramente la circunstancia en que ella se produjo.

Si el director de la cárcel o quien haga sus veces no procediere así, incurrirá en la responsabilidad penal a que haya lugar.

Art. 22.—El artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 438.—*Informe sobre medidas de aseguramiento.* Todos los jueces deben informar a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal correspondiente, sobre las medidas de aseguramiento que profieran, sustituyan o revoquen. Tales datos serán registrados y almacenados en el sistema de información de cada seccional. A su vez las seccionales darán aviso al sistema de información de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal.

El funcionario que no dé aviso dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición del auto, incurrirá en la sanción prevista en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 23.—El artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 439.—*Causales de libertad provisional.* Además de lo establecido en otras disposiciones, el procesado tendrá derecho a libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia al proceso y la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella:

1. Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. En este caso, la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario.

2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele.

Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción.

La libertad provisional a que se reconoce este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

3. Cuando se dicte en primera instancia cesación de procedimiento o sentencia absoluta.

4. Cuando vencido el término de 120 días de privación efectiva de libertad, no se hubiere calificado el mérito del sumario. Este término se ampliará a 180 días, cuando sean tres o más los procesados contra quienes estuviere vigente auto de detención. Proferida la resolución de acusación, se revocará la libertad provisional, salvo que proceda causal diferente.

No habrá lugar a la libertad provisional, cuando el mérito del sumario no se hubiere podido calificar por causas atribuibles al procesado o a su defensor.

5. En el delito de homicidio descrito en los artículos 323 y 324 del Código Penal, y en los conexos con este, cuando haya transcurrido más de un año de privación efectiva de la libertad contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública.

En los demás casos el término previsto en el inciso anterior se reducirá a la mitad.

No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa, o cuando, habiéndose fijado fecha para celebración de la misma no se hubiere podido realizar por causa atribuida al procesado o a su defensor.

6. Cuando la infracción se hubiere realizado en exceso de las causales de justificación.

7. En los delitos contra el patrimonio económico cuando el procesado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito o su valor e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

8. En los eventos del inciso 1° del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación de lo dañado o el reintegro de lo apropiado, perdido o extrañado, o su valor, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia.

9. Cuando al calificar el mérito del sumario se decrete la reapertura de la investigación.

Parágrafo.—El juez deberá decidir sobre la solicitud de libertad provisional en un término máximo de tres (3) días.

Cuando la libertad provisional prevista en los numerales 4 y 5 de este artículo se niegue por causas atribuidas al defensor, el juez compulsará copias para que investiguen disciplinariamente al abogado que incurra en maniobras dilatorias.

Art. 24.—El artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 472.—*Notificación de la resolución de acusación.* Si el imputado estuviere

en libertad, se citará por el medio más eficaz a su última dirección conocida en el proceso. Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación sin que compareciere, la notificación se hará personalmente al defensor y con éste continuará el proceso; pero en caso de excusa válida o de renuncia a comparecer, se le reemplazará por un defensor de oficio.

Notificada personalmente la resolución de acusación al imputado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

Art. 25.—El artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 473.—*Reapertura.* Cuando no exista prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación por un término que no podrá exceder de un (1) año y señalará las pruebas que deban practicarse. Vencido este término, cerrará la investigación y correrá traslado a las partes; acto seguido decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación.

La apelación del auto de reapertura de investigación no suspenderá la instrucción del proceso, pero el inferior no podrá hacer nueva calificación antes de que el superior resuelva.

Art. 26.—El artículo 474 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 474.—*Casos que se tramitan por este procedimiento.* El procedimiento establecido en este Capítulo se aplicará cuando el imputado sea capturado en flagrancia o exista confesión simple de su parte.

Si alguna de las personas que hubiere intervenido en la comisión del hecho punible no se encontrare en las condiciones previstas en el inciso anterior, o concurra hecho punible que no pueda tramitarse de acuerdo al procedimiento abreviado, el juez que esté conociendo de los hechos, investigará por separado estos comportamientos.

Art. 27.—El artículo 476 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 476.—*Fijación de procedimiento.* En el auto mediante el cual se resuelva situación jurídica, el juez determinará si se trata de flagrancia o confesión simple.

Art. 28.—El artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 480.—*Procedimiento a seguir cuando la competencia esté atribuida a juez superior o de circuito.* Cuando se trate de delitos cuya competencia esté atribuida a juez superior o de circuito, el juez de instrucción criminal una vez ejecutoriada la decisión que resuelve la situación jurídica, enviará el expediente al juez, solicitándole que cite a audiencia pública. El juez de conocimiento seguirá el procedimiento señalado en los artículos anteriores.

Art. 29.—El artículo 483 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 483.—*Libertad provisional.* El procesado tendrá derecho a la libertad provisional, cuando no se haya iniciado la audiencia pública dentro de los sesenta (60) días siguientes contados a partir de la fecha que resuelve la situación jurídica.

No habrá lugar a libertad provisional, cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la audiencia, no se hubiere podido iniciar por causa atribuida al procesado o su defensor.

Cuando se niegue la libertad por este motivo, el juez compulsará copias, para que se investigue disciplinariamente al abogado que incurra en maniobra dilatoria.

Art. 30.—El artículo 485 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 485.—*Excepciones a este procedimiento.* El procedimiento abreviado no se aplicará cuando se trate de los delitos de homicidio, rebelión o sedición, el hecho punible en materia de aduanas y los conexos con estos, o se trate de inimputables.

Art. 31.—El artículo 487 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 487.—*Etapas de juzgamiento.* Con la ejecutoria de la resolución de acusación, se inicia la etapa de juzgamiento.

Art. 32.—El artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 501.—*Variación de la calificación provisional.* Cuando la calificación provisional o cualquier elemento estructurante del hecho punible imputado en la resolución de acusación, no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario, o, exista prueba sobreviniente que los modifique, el juez proferirá auto interlocutorio en que precise claramente las variaciones que introduce a la resolución de acusación.

Esta providencia podrá adoptarse durante la etapa de juzgamiento, y antes de que concluya la diligencia de audiencia pública.

Ejecutoriada el auto que varía la calificación, el proceso quedaría a disposición de las partes durante el término de tres (3) días, previa constancia secretarial, para que las partes soliciten las pruebas. El juez fijará el término para la práctica de las pruebas decretadas, las cuales deberán surtirse en la audiencia pública, salvo que se trate de alguna de las situaciones previstas en el inciso 3° del artículo 492.

Art. 33.—El artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 502.—*Ampliación y cambio de competencia.* Si al proferirse el auto de que trata el artículo anterior se modifica la adecuación típica del hecho punible, y en razón de ello el conocimiento corresponde a juez de inferior jerarquía, se considera prorrogada la competencia para continuar el proceso y proferir el fallo definitivo.

Cuando de la prueba aportada en el juicio se infiera que el juzgamiento corresponde a juez de mayor jerarquía, se enviará el expediente al competente. En caso de que este acepte la competencia se fijará día y hora para

la audiencia pública y continuará el trámite del proceso.

Art. 34.—El artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 535.—*Trámite en segunda instancia.* Repartido el proceso se hará traslado al fiscal por el término de cinco (5) días, quien no tendrá obligación de conceptuar. No obstante, al vencimiento de este término devolverá inmediatamente el proceso al despacho de origen, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionable con suspensión hasta de treinta días, impuesta por el superior previo el trámite disciplinario correspondiente.

Una vez regrese de fiscalía, permanecerá fijado en lista durante cinco (5) días, para que las partes presenten sus alegatos. Cumplido este, el juez tendrá diez (10) días para presentar proyecto y la sala de un término igual para su estudio y decisión, pero para dictar sentencia, el plazo será de quince (15) días en uno y otro caso.

Las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación por delitos cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los Tribunales, se decidirán por las salas respectivas, las cuales no podrán conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia proferida en la etapa de juzgamiento.

En igual forma se procederá si se tratare de consulta.

Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo, no se aplicará cuando se trate de sala única, o la sala penal del Tribunal respectivo tenga un número inferior a seis (6) magistrados.

Art. 35.—El artículo 646 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 646.—*Práctica.* Cuando el proceso penal exija la práctica de diligencias en territorio extranjero, el juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma podrá:

1. Enviar carta rogatoria a una de las autoridades judiciales del país donde han de prac-

ticarse las diligencias por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que las practique y devuelva por conducto del Agente Diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo.

2. Comisionar por medio de exhorto directamente al Cónsul o Agente Diplomático de Colombia en el país respectivo, para que practique las diligencias de conformidad con las leyes nacionales y las devuelva directamente. Los Cónsules y Agentes Diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales en materia penal para las cuales sean comisionados, salvo la indagatoria.

3. Trasladarse, previa comisión especial conferida por la Sala de Gobierno del Tribunal respectivo y autorizada por el Ministerio de Justicia que proveerá lo necesario para el desplazamiento. En este caso se deberá dar aviso al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la representación diplomática del país respectivo acreditada en Colombia.

Art. 36.—*Norma transitoria. Conservación de procedimiento.* En los procesos con intervención de jurado en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuará con el trámite que corresponda a esta modalidad de juzgamiento.

Art. 37. *Normas derogadas.* Se derogan las siguientes normas del Código de Procedimien-

to Penal: Numeral 6° y párrafo del artículo 68 y los artículos 306, 486, 488, 489, 504 a 534 y todas las disposiciones que sean contrarias al presente decreto.

CAPÍTULO II

Otras disposiciones

Art. 38.—*Conflictos de jurisdicción.* Corresponde al Tribunal Disciplinario decidir de plano los conflictos de competencia que se susciten entre los funcionarios de las distintas jurisdicciones, cuando estos pertenezcan a diferentes distritos judiciales. También decidirán los conflictos de competencias que se susciten en un mismo distrito, entre la jurisdicción penal ordinaria y la aduanera o la militar.

Art. 39.—*Consulta en procedimientos disciplinarios.* La sentencia y el auto de cesación de procedimiento tendrán el grado jurisdiccional de consulta, en los procesos que se sigan por las faltas a la ética profesional del abogado.

Art. 40.—Vigencia de este decreto. El presente decreto regirá a partir de su publicación.

Publíquese, comuníquese y cúmplase. Dado en Bogotá, D. E., a 18 de agosto de 1989.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Derecho a la condena de ejecución condicional y prohibición de excarcelación

En opinión de la Corte, los postulados filosóficos de la ley penal y procesal apuntan ciertamente a limitar al máximo la privación de libertad, pero ello no puede pasar por alto la presencia de excepciones claramente señaladas en la ley procesal. Estas operan, por lo tanto, aún en los casos en los que el procesado tiene derecho a la condena de ejecución condicional.

Magistrado Ponente: Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME
Bogotá, enero 31 de 1989

Comentario: MIGUEL ANGEL PEDRAZA JAIMES

VISTOS:

Procede la Corte a desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Séptimo del Tribunal Superior de Medellín y por el defensor del procesado, contra el auto de fecha septiembre 26 del año próximo pasado, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del doctor I. D. U. H., Ex-juez Promiscuo Municipal de El Bagre (Antioquia), sindicado de cometer el delito de privación ilegal de libertad.

Cumplido el trámite de rigor y oído el concepto desfavorable a la confirmación del auto recurrido del Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se resuelve el recurso, previas las siguientes consideraciones:

I. HECHOS:

Los que dieron lugar a la apertura de la Investigación en contra del Ex-Juez Promiscuo Municipal de El Bagre (Antioquia), fueron fielmente re-

sumidos por la Delegada en la siguiente forma:

“De las inspecciones judiciales practicadas, la prueba documental allegada (copia de las pertinentes actuaciones judiciales del acusado) y la confesión del propio inculcado, claramente aparece que en el juzgado a su cargo se tramitaba proceso contra el señor R. D. A. F. por el punible de violación de habitación ajena, quien, siendo empleado oficial como funcionario del Idema, se presentó voluntariamente a rendir indagatoria el día 19 de enero del presente año y una vez terminada la diligencia enviado a la Cárcel Municipal, donde permaneció retenido hasta el día siguiente, conforme a las constancias procesales, no obstante que el defensor de R. D. A. F. desde un principio advirtió verbalmente al juez que la ley no permitía captura o retención en dichas circunstancias”.

“Como antes se dijo, el propio acusado reconoció haber incurrido en tal irregularidad, y explica que ello obedeció a su inexperiencia judicial y hasta ignorancia de las respectivas disposiciones legales”.

II. LA INVESTIGACIÓN:

Al momento de resolver la situación jurídica del indagado I. D. U. H., a quien se sindicó de la comisión del delito de Privación Ilegal de libertad, por investigación que se adelantara por orden del Tribunal Superior de Medellín, se profirió en su contra medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva, al reunirse legalmente los requisitos sustanciales, conforme lo dispone el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Para el efecto tuvo en cuenta el Tribunal, las pruebas allegadas al informativo, tales como las declaraciones de Fanny Arrieta (f. 73), William Grueso (f. 76) y Cristo Sánchez (f. 77), así como la ampliación de la denuncia que formulara R. D. A. (f. 78) y la propia indagatoria del sindicado I. D. U. H. (f. 85), que en una u otra forma demuestran que el juez acusado privó de la libertad al ciudadano R. D. A. F., cuando el delito por el que se procedió no requería de tal privación (daño en bien ajeno; artículo 370 C. P.) y sin sujeción a las formalidades legales, si se tiene en cuenta que se había demostrado la calidad de empleado oficial del denunciante, de quien se solicitó la suspensión del cargo sin habersele recepcionado indagatoria aún y sin que se hubiera resuelto su situación jurídica.

Por expresa disposición del numeral 4° del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal y en consideración al delito por el que se decretó la medida de aseguramiento en contra del ex-juez Promiscuo Municipal de el Bagre (Antioquia), esto es, privación ilegal de libertad (artículo 272 del Código Penal), la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín sostuvo que el sindicado no tenía derecho a la libertad provisional, por lo que la medida de la detención precautelativa se hizo efectiva.

Contra la anterior resolución, es decir, aquella que negó el beneficio de excarcelación para el juez sindicado, interpusieron en su debida oportunidad, el fiscal séptimo de la Corporación y el defensor del procesado, los recursos

de reposición y en subsidio el de apelación, sin discutir las razones sustanciales del *a-quo* en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento.

El Tribunal Superior mantuvo vigente la medida en cuanto no repuso la decisión de mantener privado de la libertad al sindicado, concediendo el recurso de apelación legalmente interpuesto.

La inconformidad de los recurrentes se limita a solicitar que se revoque la decisión por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín negó el beneficio de la libertad provisional, que a juicio de los mismos no consulta el espíritu del nuevo Código de Procedimiento, ni se identifica con su filosofía, ni es consecuente con las razones de política criminal que orientan las prohibiciones contenidas en el artículo 441 de la obra.

Con fundamento en la tesis pregonada por la doctrina sostienen los apelantes que a pesar de las prohibiciones contempladas en la norma anteriormente citada, el sindicado tiene derecho al beneficio de la libertad provisional, atendiendo lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 439 del estatuto procedimental, según el cual puede anticiparse la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional en cualquier estado del proceso, en su forma de excarcelación caucionada, cuando estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia, esto es, cuando se reúnan los requisitos de orden objetivo referidos al *quantum* de la pena, y los subjetivos relacionados con la personalidad del agente, la naturaleza del hecho y las circunstancias y modalidades que lo rodearon, conforme lo expone el artículo 68 del Código Penal. De ser condenado el procesado, sostienen los recurrentes, en su favor, atendiendo los factores mencionados, se impondrá la suspensión de la ejecución de la sentencia, por lo que no conceder la libertad provisional a sabiendas de la no ejecución de la sentencia, sería contradecir la filosofía que inspira el subrogado, además de desconocer

el artículo 12 del Código Penal, aceptando únicamente la función retributiva de la pena.

III. MOTIVACIONES DEL TRIBUNAL:

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín se abstuvo de revocar la decisión de hacer efectiva la medida de aseguramiento, esto es, no revocar la negativa de concederle el beneficio de libertad provisional al Doctor I.D.U.H. expuso el *a-quo*.

1° No existe duda alguna sobre la tipificación del delito de privación ilegal de la libertad (artículo 272, Código Penal), del cual se acusa al funcionario, pues las pruebas allegadas al proceso demuestran que se privó de libertad al ciudadano R.D.A.F. sin el lleno de las formalidades legales y que ellas son suficientes para sostener que se reúnen a cabalidad los requisitos exigidos por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal para preferir la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva. En este punto además no hay inconformidad de los recurrentes.

2° En cuanto hace a la negación de la libertad provisional, punto que se discute por los recurrentes, sostiene el Tribunal Superior de Medellín, a través de su Sala de Decisión lo siguiente:

“De una parte, obrando conforme lo dispone el artículo 441 numeral 4° del C. de P. P., no tendrá derecho a la libertad provisional con fundamento en el numeral 1° del artículo 439 *ibidem*, el procesado por el delito de privación ilegal de libertad (art. 272, C. P.), tipo penal del que se acusa al doctor I.D.U.H. y por el que se decretó en su contra la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva, por lo que el legislador de manera expresa prohíbe la libertad provisional en el delito examinado”.

“De otra parte y atendiendo el tenor literal de la norma en cita (art. 441 del C. de P. P.), ella habrá de aplicarse en su sentido, puesto que no existiendo oscuridad alguna en su entendimiento, a ninguna forma de interpre-

tación distinta habrá de recurrirse, cuando además de manera clara y expresa se relaciona con la materia en estudio.

Concluye el *a-quo* refiriéndose al sentido gramatical de la palabra *prohibición*, para significar que ella indica acción de vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa, por lo que mantiene su decisión de negar la excarcelación solicitada.

IV. CONCEPTO DE LA DELEGADA:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal coincidiendo con lo sostenido por los recurrentes, solicita a esta Corporación se revoque el punto por medio del cual se negó al doctor I.D.U.H. la libertad provisional, contenido en el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el que resolvió la situación jurídica del sindicado.

Luego de referirse a la posición doctrinaria mencionada por los recurrentes, sostiene el Ministerio Público que los artículos 68 del Código Penal, 439 y 441 del Código de Procedimiento Penal han de ser interpretados y aplicados armónicamente siguiendo la filosofía que “orienta al nuevo estatuto de creación de la detención, sin excarcelación, para infracciones de suma gravedad y cuando la personalidad del sujeto agente exige tratamiento penitenciario, de tal manera que las normas aparentemente incompatibles o contradictorias deben ser interpretadas, al efecto, con el doble criterio objetivo, en cuanto a la naturaleza y *quantum* de la pena; y subjetivo, respecto a la necesidad de imponer o no tratamiento penitenciario”.

En síntesis, se muestra partidario del otorgamiento de la libertad provisional en favor del doctor I.D.U.H., porque estudiados los factores subjetivos, debe llegarse a la conclusión de que no requiere tratamiento penitenciario.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1° El delito por el que se procesa al funcionario judicial I.D.U.H. es el de Privación Ilegal

gal de Libertad regulado en el artículo 272 del Código Penal, que sanciona con prisión de uno (1) a cinco (5) años y pérdida del empleo, al empleado oficial que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad.

La Sala comparte la estimación del *a-quo* de que las pruebas allegadas al proceso son suficientes para cumplir con las exigencias del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en el ordenamiento de la detención preventiva. Por lo demás tal decisión no ha sido motivo de inconformidad de la parte recurrente y es aceptada por el Ministerio Público.

2° La Inconformidad, motivo de la alzada, consiste como ya se reseñó, en que el Tribunal de Medellín al proferir el auto de detención preventiva contra el sindicato I.D.U.H., le negó la libertad provisional, cuando según su criterio, el procesado tiene derecho a este beneficio.

Para la Sala bastaría en la solución del problema jurídico así planteado, recordar el principio legal de hermenéutica que ordena al intérprete, atender al tenor literal de la norma, cuando este es claro y no apartarse de él con el pretexto de consultar su espíritu, como acertadamente lo afirma el Tribunal de Medellín, cuando se negó a reponer su decisión.

Ello porque como se recordará, el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal señala que "No tendrán derecho a la libertad provisional, con fundamento en el numeral 1° del Artículo 439 de este Código...

3° En todos aquellos delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea de tres (3) años y además, en los siguientes delitos:...

Indudablemente esta norma de claridad meridiana, está excluyendo en forma precisa en otros al delito de privación ilegal de libertad, del régimen favorable contemplado en el numeral 1° del artículo 439 del Código de Proce-

dimiento Penal, que dispone que, "Además de lo establecido en otras disposiciones, el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia al proceso y la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella: 1. Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. En este caso la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisional necesita tratamiento penitenciario". Y pretender ignorar la claridad del mandato contenido en el artículo 441, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, so pretexto de consultar el espíritu de la legislación penal y procedimental, es inadmisibile.

Pero debe señalarse además, que las argumentaciones del recurrente en la sustentación del recurso, pretenden soslayar las verdaderas razones de la detención preventiva, que universalmente son reconocidas, como la necesidad de garantizar el éxito de la investigación, asegurar la presencia del sujeto en el proceso y en la ejecución de la sentencia en su eventualidad.

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

COMENTARIO

Por primera vez, en forma concreta, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el contenido y el alcance de la causal primera de libertad provisional contenida en el art. 439 del estatuto penal adjetivo, más comúnmente llamada "libertad provisional por condena condicional", la cual, en gracia de una completa interpretación, debe armonizarse con el sentido de las prohibiciones excarcelativas señaladas en el art. 441 *ibidem*, lo que la Corte en efecto atendió.

Pero qué desconcertante —por decir lo menos— fue la conclusión a la que llegó la Sala, al demandar una interpretación exegética de la norma sobre prohibiciones de libertad provisional, así el procesado demuestre en el curso del proceso la satisfacción de los presupuestos demandados para el reconocimiento de la condena condicional, basándose para tal efecto en el principio legal de hermenéutica que ordena al intérprete atender al tenor literal de la norma, cuando este sea claro, y no apartarse de él con el pretexto de consultar su espíritu (art. 27, inc. 1° del C. C.).

Sobre el particular, valga decir que si de antemano es incuestionable jurídicamente la relación existente entre la causal de libertad provisional por condena condicional y las prohibiciones excarcelativas —pues estas solo obran en tratándose de aquella—, resulta lógico colegir que estamos en presencia de un solo instituto del derecho, como lo es en este caso "la libertad del procesado por condena condicional", y que, por tanto, su hermenéutica no revisa por separado de un lado la causal en sí misma y de otro las prohibiciones frente a dicha causal, sino que corresponde a un juicio sistemático, consultando y respetando ante todo las bases del establecimiento.

Por eso, bastante apurado resulta significar —como lo significó la Corte— que es claro meridianamente el mandato nugatorio contenido en el art. 441 del C. de P. P., y específicamente su numeral 4° —contentivo de una odiosa, contradictoria y arbitraria lista de delitos—, cuando atrás hay una norma, la del numeral 1° del art. 439, que riñe y repugna en su contenido con el enunciado mismo de las prohibiciones, y que, entonces, dificulta la correcta interpretación de esta, a punto tal que le ha dejado al desnudo sus yerros y desdibujado su aparente y primigenia claridad literal.

En este sentido, recuérdese que una ley es clara no solo cuando su texto es diáfano y diamantino, sino cuando no existe otro que lo contrarie; y que, además, un texto legal puede resultar claro al ser considerado en abstracto —como lo son casi todos los textos legales—, pero así mismo puede prestarse a dudas, vacíos o controversias en cuanto a su significado enfrentado a otras normas del mismo instituto e incluso a la misma realidad de la vida. Con mayor fortuna al referirse sobre este punto, FUEYO LANERI sostiene "que no es lo mismo tenor literal que sentido, y que, por tanto, el solo tenor literal claro no hace claro el sentido de la ley. La claridad solo resulta después de la aplicación de los cuatro elementos, gramatical, lógico, histórico y sistemático" o bien, resulta igualmente a partir de la determinación del contenido y el alcance de la ley con base en alguno de los métodos de interpretación de la misma, exegético, sistemático o sociológico, con aplicación de sus correspondientes técnicas.

Y no hay caso más palpable, axiomático y evidente sobre la existencia de una pugna normativa, o de normas dudosas y confusas, que el referido al texto legal que alude a la interpretación de la causal de libertad provisional por condena condicional y al que refiere las prohibiciones excarcelativas con destinación exclusiva a dicha causal, en cuanto para que obre esta deben revisarse las prohibiciones y, para dar aplicación a una de estas restricciones, debe desestimarse inobjetablemente la causal. Entonces, ¿cómo negar una interpretación

sistemática de tales normas? O, ¿de qué manera lógica intentar una interpretación separada de esas normas, si lo que está en juego en últimas es el *instituto* de la libertad del procesado por condena condicional?

Por eso, concluyendo que el texto normativo del art. 441 de la codificación procesal penal no es claro, sino todo lo contrario, ambiguo, contradictorio y que se presta para las peores confusiones e injusticias, debe relevarse otra vez que la interpretación más acorde con la filosofía que inspira el establecimiento liberatorio y con la misma realidad sociojurídica y carcelaria del país, no puede ser otra que la pregona por la doctrina en el sentido de estudiar a plenitud los presupuestos demandados por el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, consultando la teoría preventivo-específica de la pena, y sin apego literal o de exégesis a las prohibiciones de excarcelación. Tal *sindéresis* fue la que nos permitió decir en oportunidad precedente que “resulta insólito negar en el curso del proceso la libertad provisional conforme a la norma prohibitiva, para llegar en últimas a un fallo condenatorio que reconoce el derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional por tener el juez la convicción de que el inculpinado no requiere de tratamiento penitenciario” [NFP, N° 40. Foro Estudiantil]; y qué no decir de lo absurdo que resultaría si se tratara de la negación de la excarcelación con el mismo fundamento restrictivo del art. 441, finiquitándose posteriormente la actuación judicial con cesación de procedimiento o sentencia absolutoria.

Finalmente, llama la atención en el proveído de la Sala el hecho de considerar universalmente reconocidas ciertas razones de la detención preventiva, “como la necesidad de garantizar el éxito de la investigación, y de asegurar la presencia del sujeto en el proceso y en la ejecución de la sentencia en su eventualidad”, para de tal forma pretender convalidar la “verdadera existencia” de las prohibiciones excarcelativas, justificando de paso el encerramiento del procesado dizque para hacer más exitosa y brillante la instructiva. Sin embargo, en contraposición de este aserto tan singular como desueto, frente al instituto penal de la libertad del procesado, se consagran en su favor principios —esos sí universalmente reconocidos— como el de la “presunción de inocencia” y el de “la privación de la libertad personal como excepción durante el curso del proceso”, aceptados por nuestro esquema de derecho, de pactos y convenciones internacionales, mediante las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972. Y frente a la propia detención preventiva, antes del reconocimiento universal de su razón de ser, aparecen un sinnúmero de críticas surgidas de la realidad social y de la crisis del derecho penal y del derecho penitenciario, que la muestran apenas como otro vil rezago de la represión positivista y que solo le otorgan el carácter de recurso extremo al que puede acudir el Estado en pos de la seguridad de sus ciudadanos, pero únicamente en aquellos casos en que esta “defensa de la sociedad” se demande imperiosamente por tratarse de conductas desviadas perturbadoras en todo del *statu quo* público o privado, y de individuos cuyo reproche punitivo demande un castigo severo y contundente.

Con una sentida preocupación por aquellos ciudadanos que habrán de padecer las laceraciones del internamiento carcelario preventivo a expensas de la ciega interpretación de las prohibiciones de libertad provisional por condena condicional, y con cierta desconfianza frente a aquellos jueces que prohíjan los pronunciamientos de la Corte sin el más mínimo análisis, así se trate de solo un auto —al que terminan llamando “jurisprudencia”—, dejamos consignado nuestro criterio, que se sostiene, pues, primero, en negar como único método de interpretación del numeral 4° del art. 441 del C. de P. P. y del inciso 1° del art. 27 del C. C. el exegético, para armonizarlo, a *contrario sensu*, con todo lo previsto en la ley 153 de 1887; y segundo, en inclinar la balanza hermenéutica de las normas sobre libertad provisional por una interpretación finalista, sistemática y criminológica, que atienda y consulte la realidad en el discurrir de las relaciones entre los hombres.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

*La esencia de la decisión (auto de control de legalidad) en el procedimiento ordinario **

Si bien es cierto que en principio el auto de control de legalidad se limita a un simple examen formal para verificar si el funcionario instructor adecuó el trámite a las normas que gobiernan el debido proceso y que no exista nulidad, es innegable también que el juez tiene la facultad de apartarse de la adecuación típica dada a los hechos en la providencia calificatoria.

Magistrado Ponente: Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ
Medellín, febrero 20 de 1989

Comentario: Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

Entre los señores jueces Undécimo Superior y Veinte Penal del Circuito de esta ciudad ha surgido conflicto negativo de competencias, pues cada uno afirma que corresponde al otro el conocimiento del proceso que se adelante a E.C.E. por hechos que en la resolución de acusación o pliego de cargos el funcionario instructor encajó en las normas rectoras del homicidio imperfecto y del porte de arma de fuego de defensa personal, adecuación típica que discute quien promueve la colisión para admitir *meras lesiones personales* y detentación ilegítima del arma, al paso que la Juez requerida admite aquellas hipótesis delictuosas escudándose en la fácil y equivocada tesis de que a tiempo de realizar el control de legalidad del auto calificatorio es im-

posible a la luz del artículo 488 del C. de P. Penal, en armonía con el artículo 501 *ibidem*, revivir el debate probatorio acerca de la responsabilidad penal del justiciable o hacer nueva calificación de los hechos en orden a declararse incompetente para conocer de la ilicitud expresamente atribuida al órgano que la rehusa.

Para decidir de plano, se considera:

I. CUESTIÓN PREVIA:

Si bien es cierto que en principio y como criterio general el auto de control de legalidad en el procedimiento de orientación o acentuadas notas acusatorias se limita a un simple examen formal para verificar si el funcionario instructor adecuó el trámite a las nor-

* El auto de control de legalidad fue derogado por el Decreto 1861 de 1989. No obstante, hemos querido publicar esta providencia y su respectivo comentario, como un sencillo pero sentido homenaje a la memoria del Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, quien fuera permanente colaborador de la Revista.

mas que gobiernan el debido proceso y no existe nulidad de las que consagra el artículo 305 del C. de P. Penal, precepto que en su numeral segundo parece haber recogido los vicios o irregularidades que autorizaban sanción de idénticos alcances pero de linaje constitucional (artículo 26) cuando se socavaba la estructura misma del proceso o eran desconocidas garantías fundamentales del acusado, es innegable también que estando el juez en la obligación de admitir o rechazar su competencia en tal proveído, le asiste la facultad de apartarse de la adecuación típica imprimida a los hechos en la providencia calificatoria y discutirla a través del respectivo conflicto negativo con quien no le esté subordinado funcionalmente.

La interpretación sistemática de los artículos 467, 486 y 488 del C. de P. Penal enseña que a pesar de que el Juez de Circuito o Superior no puede entrar en valoración acerca del contenido sustancial del pliego de cargos o decisión acusatoria, sin embargo le es lícito desconocerlo por vicios de naturaleza formal, o por razones de incompetencia acudiendo al mecanismo del conflicto o incidente que regulan los artículos 97 y ss. del C. de P. Penal si tiene motivos de orden probatorio y jurídico para "apartarse de la adecuación típica hecha por el instructor" y discutirla con el funcionario competente.

En igual sentido se pronuncia el autorizado jurista doctor Jaime Bernal Cuéllar en la obra que cita el señor Juez Superior a folios 104 y 105. (Léase su obra "El Proceso Penal", pág. 405).

La inmaculación del proceso, que no debe tramitarse estérilmente ante vicios que lo exponen al fracaso, y la circunstancia de que el cambio de adecuación típica o de denominación jurídica que autoriza el artículo 501 íbidem no puede hacerse *ad libitum* o con base en meras apreciaciones subjetivas del juez para corregir errores cometidos a tiempo de calificar el mérito del sumario, explican satisfactoriamente el por qué de la colisión negati-

va de competencias que se puede agitar en muchos casos.

Sobre el particular escribe con mucho acierto el Magistrado y tratadista doctor Gustavo Gómez Velásquez: "El propósito del legislador al permitir los cambios de calificación de la conducta delictiva —artículos 501, 533— y tener esta por "provisional", se reitera en el alcance de esta norma al indicar que, no siempre, se produce por el cambio de competencia una consecuencia anulatoria, pues es dable continuar el trámite correspondiente, o sea el que corresponde seguir bien porque sea mera continuación del iniciado, bien porque se pueda ensamblar otro sin perjuicio de las partes, por ser diferentes los trámites. El caso que explicaría el fenómeno de la no anulación y de la continuación de un mismo procedimiento, sería una variación que afectara la competencia territorial; y, en la segunda hipótesis, una mudanza de la esfera militar a la ordinaria. Si es posible, por parte del nuevo competente introducir las transformaciones indicadas en los artículos 501 y 533, con los resguardos legales propios, el fenómeno de la nulidad estará ausente; en caso contrario a estas señaladas o semejantes alternativas, será necesario decretar la invalidez de lo actuado" (Código de Procedimiento Penal Colombiano Comentado, páginas 452 y 453).

No ignora la Sala y tampoco rechaza el mérito de la providencia que cita la señora Juez Penal del Circuito para sustentar su inadmisibles tesis. Solo observa que ella no viene al caso de autos porque se expuso en hipótesis muy distinta y para estar en desacuerdo con el pensamiento de un juez que desconocía la existencia de uno de los delitos incluidos en la resolución de acusación sometida al control formal de legalidad.

Refiriéndose a la variación de la denominación jurídica del delito y de las circunstancias que modifican tanto la culpabilidad como la responsabilidad, dijo la Corte Suprema de Justicia al declarar exequible el artículo 533

del C. de P. Penal: "... para que el juez se pueda apartar "de los cargos deducidos en la resolución de acusación" y adecuar el *no-men juris* del hecho punible, cuya calificación es provisional según el numeral 3° del artículo 471, a la realidad procesal es menester que del acervo probatorio de la causa constituido por los distintos elementos de convicción aportados a ella o practicados en la audiencia pública, se evidencian los hechos o circunstancias en que haya de cimentarse la modificación de la denominación del delito o de la culpabilidad o punibilidad del agente ya que, como lo tiene definido la jurisprudencia de esta Corporación en Sala de Casación Penal, "el término probatorio del juicio no constituye un ritual inútil. Significa que su finalidad entre otras, es probar que las circunstancias específicas favorables o desfavorables deducidas en el auto de proceder (hoy resolución de acusación) pueden ser demeritadas y aún quedar demostradas las que no se pudieran tener en cuenta en ese pronunciamiento (Casación Penal de marzo 12 de 1985)". Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, julio 16 de 1987, M. P., Dr. Jairo Duque Pérez.

II. LOS HECHOS MATERIA DEL CONFLICTO

La solución del incidente exige, en primer término, reconstruir el aspecto fáctico de la cuestión que la Sala resume así: Más o menos quince días antes de los hechos aquí investigados, E.C.E. y J.O.P., estudiantes del Liceo de Bachillerato "Gilberto Alzate Avendaño" del barrio Aranjuez de esta ciudad, sostuvieron ligero altercado que debió terminar sin otras consecuencias por lo baladí del incidente, muy común entre jóvenes que asisten al mismo plantel educativo, a saber: Que voluntaria o involuntariamente uno de ellos empujó al otro o se le fue encima, episodio que originó intercambio de palabras y amenazas de parte de E.C.E.

Bajo ese inocuo antecedente, el veintiséis (26) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), a esi (sic) de la una y cuarenta

y cinco de la tarde, cuando J.O.P. iba rumbo a su casa de habitación, ubicada en dicho barrio, E.C.E. que lo acechaba detrás de un árbol, sorprendentemente le disparó desde su escondite en dos ocasiones, incrustándole el primer proyectil de un revólver calibre 38 largo, marca Llama, número IM8658A, en el malecón de útiles que llevaba a la altura del pecho, mientras el otro rozó de manera superficial junto a la región púbrica y el muslo derecho, generando incapacidad provisional de quince días, sin secuelas (folios 3, 6, 27, 30 y 71 v. a 74).

Como el agresor emprendiera la huida en asocio de otro individuo, una patrulla de la policía que cumplía labores de vigilancia en el sector, atraída por el ruido de los disparos acudió al escenario de los acontecimientos y al percatarse del suceso emprendió la persecución de E.C.E. quien en su desesperada fuga lanzó el arma al tejado de una casa, de donde fue recuperada.

En su indagatoria, que exhala ostensible recurso defensivo e infantil tergiversación de la dinámica de los acontecimientos, el justiciable finge que el ofendido dizque quiso atacarlo con arma de fuego que "se le encascaró", niega que hubiese obrado con designio homicida o intención de matar e insiste en la artificiosa alegación, mendazmente desde luego, de que apenas disparó al aire una sola vez (al final admite que en dos ocasiones) movido por el afán de asustar a su adversario (folios 9 al 11).

III. EL ALCANCE JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA QUE DISCUTE EL JUEZ REQUIRENTE

Ya se dijo que la tesis de la señora juez requerida para que asuma el conocimiento del negocio no aborda la esencia del conflicto y se limita a sostener que el señor juez superior debió restringir su examen a un control de índole formal, esto es, a expresar si la actuación del instructor era válida o no, resultando imposible, con base en el artículo 488 del C. de P. Penal, el ejercicio de la alternati-

va de remitirle el proceso a fin de que asumiera su tramitación, amparándose al respecto en el auto de 14 de mayo de 1988, magistrado ponente Dr. Leonel Calderón Cadavid.

El juez superior, en cambio, para desconocer la adecuación típica que el funcionario instructor otorgara al hecho (tentativa de homicidio) y enmarcarlo en el ámbito de unas simples lesiones personales, se adentra en el análisis de la dinámica de la conducta y partiendo de la base equivocada de que E.C.E. actuó bajo un dolo de impetu, estima que salvo mejor prueba en contrario la intención debe determinarse por el resultado y en el *sub judice* las heridas no fueron mortales, ni el móvil o causa del ataque era de tanta envergadura como para generar "animus necandi", ni las modalidades ejecutivas del suceso revelan ese propósito de exterminio.

El agente no eliminó a su enemigo por causas extrañas a su voluntad, sino por su propia y espontánea interrupción o inhibición de los actos ejecutivos, que tampoco fueron idóneos, según fluye de las motivaciones de la amplia providencia que se estudia, toda vez que los disparos dizque se hicieron al suelo, como para asustar a la víctima, así uno de ellos afectara de manera superficial su anatomía.

En fin, todo el busilis de su argumentación parece edificarse en la premisa de que si la intención del acusado hubiese sido la de matar, muy seguramente hubiese dirigido el arma a un sitio letal y vulnerable, o, en otras palabras más tajantes: Si el actor no dio muerte a J. O. P. fue simplemente porque no quiso (folios) (sic).

A lo cual se responde:

No pocas de esas argumentaciones, como se verá luego, aparte de traducir opiniones muy personales del señor juez, carecen de adecuado respaldo en las probanzas, olvidan o menosprecian episodios de los hechos de suma importancia para su genuina valoración, y, de otro extremo, riñen con salientes criterios doctrinarios y jurisprudenciales que deben acogerse para deducir en un caso es-

pecífico la ocurrencia de una tentativa de homicidio.

De veras, la figura del homicidio simple o común, tipo básico descrito en el artículo 323 del Código Penal, nace a la vida jurídica por el hecho de matar a otro, desplegando el actor una conducta voluntariamente dirigida (intención) hacia ese resultado, con representación de la ilicitud del comportamiento.

La culpabilidad, como ingrediente subjetivo del acto punible (dolo), o sea el nexo psicológico entre el sujeto agente y la conducta desarrollada por él en el mundo exterior, es la voluntad que se proyecta conscientemente y se encamina a ocasionar la muerte de alguien gracias a la ejecución de actos idóneos e inequívocos, a sabiendas de la ilicitud de la acción.

Cuando el resultado propuesto no se obtiene por circunstancias ajenas a la voluntad del actor que desplegó comportamiento idóneo e inequívocamente orientado a suprimir la existencia de una persona, el suceso ingresa a la órbita de la tentativa punible (C. P., artículo 22).

Sobre el particular expuso el Tribunal en sentencia de 11 de marzo de 1987: "La doctrina distingue cuatro especies de tentativa: Inacabada, acabada, desistida e imposible. En la primera clase se presenta un comienzo de ejecución de un hecho típico, hay idoneidad y univocidad de la conducta y una falta involuntaria de consumación. Acto idóneo es el que puede ser considerado apto para la producción del resultado y unívoco el que se orienta inequívocamente hacia un fin determinado. Dar comienzo a la ejecución del hecho punible implica realizar aquellos actos parcialmente suficientes para obtener el resultado deseado o implica precisamente que se dirijan en la dirección del mismo y de ahí que el concepto de idoneidad deba analizarse en cada caso concreto, porque no se trata de algo absoluto ni apodíctico, sino relativo, pero el resultado no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente por la presencia de factores que coarten física o síqui-

camente su designio. Entre nosotros conforme al canon 22 del C. P., esta clase de tentativas es obviamente punible. La acabada ocurre cuando habiéndose cumplido todos los actos indispensables para la consumación del delito, este no se realiza por circunstancias independientes del querer del sujeto-agente. La desistida no tiene importancia, en su análisis, para la situación planteada, y, en fin, la tentativa imposible, llamada también inidónea, es aquella en que la no consumación del hecho obedece a la inaptitud [sic] de la conducta para obtener el fin propuesto o la inexistencia de su objeto material o jurídico ..." (Magistrado ponente Dr. Edgar Escobar López).

Ahora bien, una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y sirva ello de réplica al señor Juez Superior, enseña que en el homicidio simple el dolo puede concurrir en cualquiera de las modalidades o especies en que doctrinariamente puede distinguirse y ofrecer mayor o menor intensidad. Por ejemplo, puede asumir la forma de determinado o eventual, deliberado o de impetu, sin que en ningún caso se altere la figura delictiva.

Invocando la autoridad de PETROCELLI expuso la corte en la casación penal de 27 de agosto de 1976: "El criterio probatorio excluye el que se pueda decidir en el sentido de individualizar el dolo, con fundamento en el efecto producido según la conocida máxima *dolus indeterminatus determinatur ab exitu*. El resultado podrá ser un elemento, entre otros muchos, para conseguir la prueba, pero no podrá constituir base de presunción, que excluya la prueba efectiva ...".

"En sentido semejante se pronuncia CARRERA cuando expone: "En los delitos de impetu se presumirá el dolo indeterminado hasta cuando una necesidad lógica no obligue a pensar lo contrario. En efecto, el hombre airado es siempre un ser racional; y como tal, debe proponerse un fin para aquello que hace. Por lo tanto, la regla de que en los delitos de impetu ha de tenerse siempre un dolo indeterminado, no es apodíctica o absoluta: Es verdadera-

solamente en sentido relativo" ("G. J.", N° 2393, pág. 538).

También la doctrina nacional y extranjera acepta que "la tentativa con «dolo de impetu» es concebible y así mismo punible. En realidad, lo que CARRERA denomina en esta forma no es sino un dolo directo que se origina y exterioriza de manera súbita, respondiendo a estímulos emocionales violentos. Su estructura, por lo tanto, no presenta características peculiares que justifiquen una conclusión antagónica a la expuesta" (ENRIQUE CURY U., *Tentativa y delito frustrado*, Edit. Jurídica de Chile, 1977, pág. 98).

La jurisprudencia nacional ha reiterado los criterios anteriores en la Casación penal de 6 de mayo de 1972, al decir que "La intención de matar, o sea la determinación de la voluntad en orden a ese resultado es resolución que puede formarse serena y reflexivamente, sin alteración alguna del entendimiento, o adoptarse con ánimo perturbado por la emoción u otra causa y de modo súbito seguido, vale decir, que la intención o propósito de causar un evento, como matar a otro, admite grados, puede ser más o menos intensa o llena, según el proceso psicológico de formación y exteriorización de la conducta".

Como el elemento subjetivo del ilícito (dolo para el caso) es fenómeno que corresponde al mundo interno, síquico o espiritual, su prueba no siempre resulta fácil y por ello la doctrina y la jurisprudencia acuden a distintos criterios cuando se trata de establecer la intención o ánimo de matar, señalando entre los más salientes el medio o instrumento utilizado para agredir, la dirección, número y violencia de los golpes, las zonas anatómicas vulneradas, las condiciones de espacio, tiempo y lugar del suceso, las circunstancias conexas con la acción delictuosa, las manifestaciones anteriores, concomitantes y posteriores del culpable, sus actividades anteriores al delito, las relaciones entre el autor del ilícito y la víctima, la causa para delinquir y la índole o personalidad del actor.

Como enseña la Corte Suprema de Justicia, resulta obvio que "para determinar la intención positiva de matar, no es menester que todos y cada uno de los aspectos tengan resultado desfavorable al procesado" (léase casación penal de 27 de octubre de 1986, Revista Jurisprudencia y Doctrina, marzo de 1987, págs. 205 y 206).

Un autorizado catedrático y tratadista escribe acerca de esta intrincada materia: "Ya en el plano probatorio resulta en ocasiones difícil demostrar el aspecto volitivo del dolo, o sea la intención de matar, por cuanto no es fácil penetrar en ese mar inescrutible y a veces incomprensible que es la mente humana. Es evidente que el hecho objetivo por sí solo no nos permite afirmar si cuando alguien dispara un arma de fuego lo hizo con el propósito de lesionar, de matar, de causar un simple "susto" a otro, o solamente con la finalidad de demostrar una fallida destreza en el manejo de las armas. Si bien el propósito de matar, no es elemento objetivo o externo de la infracción, y por ello no integra el "cuerpo del delito" (artículo 300 del C. de P. P.), sí es indispensable para la prueba de la culpabilidad en el homicidio.

"Salvo el caso de confesión (artículo 264 del C. de P. P.), el propósito de matar puede establecerse por prueba indiciaria. De los resultados externos (hecho conocido) puede por lógica inferencia deducirse el desconocido (propósito de matar). Esos "indicios", que como tales sería preciso estudiar frente a cada caso, podrían ser entre otros, las manifestaciones anteriores o posteriores al hecho, (el sindicado que ante varias personas ha afirmado su intención de matar a alguien sobre quien luego dispara), el tiempo, el lugar de la comisión, la naturaleza del arma empleada, la localización y número de las heridas, las circunstancias especiales, etc." (ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Universidad Externado de Colombia, pág. 64).

A la luz de las anteriores consideraciones y de los elocuentísimos resultados de la inves-

tigación es imposible excluir la intención homicida o negar eficacia a la conducta desplegada por el justiciable para eliminar a su adversario, toda vez que distintos y muy persuasivos factores de convicción enmarcan el hecho en la tentativa de homicidio que dedujo el funcionario instructor, como se infiere de la naturaleza del arma utilizada por E. C. E., muchacho de temperamento agresivo o violento, de la repetición de los disparos, de las zonas anatómicas elegidas como blanco u objetivo de su cobarde ataque, de la distancia (3,10 metros) que lo separaba del ofendido a tiempo de accionar el revólver y de la feliz circunstancia de que uno de los proyectiles se incrustó en el maletín de útiles que portaba el agredido.

No hubo tal desistimiento ni insuficiencia o falta de idoneidad en el ataque, ya que la dinámica misma de la acción indica que luego de tan certera acometida y bajo la turbación síquica propia de quien ejecuta comportamientos de esa naturaleza el proceso de realización del delito se interrumpe porque el agente considera agotado lo que tenía que hacer para el logro de su designio. Es lógico que cuando una conducta de tal laya se realiza en sitio público y a los ojos de varias personas sobrevenga notorio alboroto o escándalo y hasta el sitio acudan otros hombres a informarse de lo ocurrido y a brindar auxilio a la víctima, mudanzas que explican por qué el inculpa-do no continuó los actos de agresión.

Si el resultado letal no se obtuvo fue por circunstancias ajenas a la voluntad del insensibilizado atacante, pues si un disparo de esa índole tiene en principio eficacia para ocasionar la muerte y el agente obra con esa intención, es obvio que la no producción integral del evento no le quita nada al desvalor del acto y al parcial desvalor de la consecuencia que se obtuvo.

Se trata entonces de delitos conexos de competencia del Juez Superior de Medellín (C. de P. Penal, artículos 14, 70 y 84).

Sin necesidad de otras consideraciones, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal

de Decisión, DIRIME LA COLISIÓN negativa de competencias de que se hizo mérito en el sentido de que el conocimiento de este proceso corresponde al señor Juez Undécimo Superior de Medellín, a quien se enviará el expediente previa noticia de lo resuelto al Juzgado Veinte Penal del Circuito de la ciudad.

Cópiese, devuélvase y dése aviso al detenido por conducto de la Dirección de la cárcel.

COMENTARIO

La tesis de que el control de legalidad que se encomienda al juez del conocimiento o sentenciador a través de auto interlocutorio es meramente formal y le impide comprometer su criterio e imparcialidad mediante la auscultación del fondo de la resolución de acusación, no pasa de ser enunciado sin fundamento lógico en determinadas situaciones, que, además, autorizaría mantener la vigencia de cargos que no corresponden a la realidad probatoria y jurídica del asunto.

A qué conduce, por ejemplo, el impulso o trámite del juicio edificado en ostensible error de calificación del mérito del sumario, si desde el comienzo se advierte sin posibilidad de variar —acudiendo al mecanismo del art. 501 del C. de P. P.— la adecuación típica de hechos probatoriamente establecidos sin equívocos, pues ellos estructuran ilicitudes distintas de aquellas que el juez en su novicia resolución de acusación no alcanzó a desentrañar por un falso juicio de valoración, v. gr., encubrimiento en vez de complicidad en el hurto, abuso de confianza en lugar de peculado, falsedad en documentos privados, no públicos?

¿Qué decir cuando el vicio de calificación de la etapa investigativa demuestra sin dubitaciones que los hechos corresponden a figuras delictivas que encajan en otras competencias, v. gr., tentativa de homicidio y porte ilegítimo de arma de defensa personal en vez de lesiones personales y de infracción de la última naturaleza; secuestro extorsivo en lugar de concusión y detención arbitraria; hurto entre condueños en cambio de abuso de confianza en cuantía de un millón de pesos?

Si bien es cierto que la doctrina nacional ofrece soluciones para las hipótesis en que está en juego la competencia y abre el sendero al respectivo conflicto para discutir la adecuación típica del hecho*, trazando el camino de la absolución cuando el caso se mantiene en la órbita de atribuciones del juez y el error no puede corregirse recurriendo al sistema del art. 501 (ob. cit., págs. 348 a 352), en buena hora un tratadista de sólida estructura académica, el Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se aparta, así lo entendemos, de esa especie de dogma de la inmutabilidad de la imputación y de la camisa de fuerza que el funcionario instructor impone al juez del conocimiento, para salir del funesto embrollo del vicio nacido de la equivocada valoración del comportamiento antijurídico, acudiendo al instituto de la nulidad, que no vacilamos en acoger.

* Al respecto véase la obra *El proceso penal*, de JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1987, págs. 405 y 406.

Los Magistrados,

J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

JOSÉ J. GÓMEZ GÓMEZ

JULIÁN MUÑOZ SÁNCHEZ

ALBERTO GARCÍA QUINTERO
Secretario

Con laudable acierto escribe en su *Código de Procedimiento Penal*, comentando las normas rectoras de la nulidad: "La legislación abandonó, como semillero de controversias y de obstáculos a la labor de la justicia, la inmodificabilidad de la acusación formulada. No es que haya desaparecido el error en la denominación jurídica de la infracción, como alegremente piensan algunos, sino que hay posibilidad, sin retrotraer el juicio, de sanearlo. Pero si no se hace, o se hace contraviniendo las garantías que al respecto fijan los artículos 501 y 533 (sobre lo cual fue muy enfática la Corte al declarar la exequibilidad de una preceptiva de tan importante índole), la declaratoria de nulidad se hará sentir, así tenga que reconocerse como «comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso» o «la violación del derecho de defensa».

"Conviene reiterar que la calificación provisional no autoriza la redacción confusa, vaga y sin el lleno de los requisitos probatorios que la condicionan" (págs. 330 y 331).

Ese remedio procesal, no se oculta, sofocaría la alarmante impunidad surgida de mantener un vicio de calificación del mérito del sumario a expensas de que la resolución de acusación ejecutoriada es ley del proceso mientras no se cambie acudiendo al formalismo del art. 501 ya citado.

Se nos contestará entonces, para desestimar nuestra tesis, que el legítimo proceso judicial establecido para investigar y juzgar los hechos de conocimiento de los jueces superiores y de circuito les impide abandonar el ámbito del control estrictamente formal y solo les autoriza para resolver si se han observado los ritos propios del juicio, no se conculcó el derecho a la defensa y está a salvo el principio de favorabilidad, y de inmediato la respuesta vuelve a enmarcar la controversia en el plano de "la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso" (art. 305-2), a menos que se limite la órbita de la causal de nulidad para conseguir el silencio del juez so capa de que al amparo del reparto o distribución de funciones y de los acentos o tendencia acusatoria del proceso ordinario la labor de calificación del instructor puede arrasarse con todas las normas y principios, aun de linaje constitucional, que gobiernan la factura del pliego de cargos, como si fuese lícito desconocer la esencia de los hechos, tergiversarlos, insertarlos en textos que no corresponden a su genuina adecuación típica, ignorar la verdadera forma de culpabilidad en que actuó el sujeto, etc.

¿Es que los vicios de naturaleza formal y sustancial en que incurra el juez en aquel auto, piedra angular de la causa y por lo mismo presupuesto ineludible del legítimo proceso, hay que ocultarlos o pasar al vuelo sobre ellos para que no se desquicien las bases o la estructura del proceso semiacusatorio? Criterio tan deleznable como halagüeño para el acusado no se justifica en un sistema regido igualmente por el principio de que la sentencia debe dictarse en un trámite válido y que las garantías instituidas por el constituyente y el legislador común también se encamina a preservar los intereses básicos del Estado a fin de que el ordenamiento penal cumpla la misión de ser un factor de la tranquilidad, del orden y de la paz social.

De otra manera la sentencia que desata el proceso resuelve el conflicto originado en el núcleo social no haría otra cosa que servir de alimento a la más escandalosa impunidad en nombre de un exagerado culto a formalidades capaces de convertir la resolución de acusación en sofocante tabú o mito después de que sale de las manos del juez instructor y no encuentra en nuevas probanzas manera de purgarse del gigantesco error que lo acosa.

Si tan absurda e intocable resolución de acusación mantiene su fuerza vinculante hasta el fallo, y en nombre de la congruencia el juez que no ha logrado el *cambio de la adecuación típica* (peculado en vez de hurto o abuso de confianza, v. gr.) basándose en prueba sobreviniente en la etapa de juzgamiento está en la obligación de absolver (C. de P. P., arts. 226, num. 2° y 501) como tributo, además, a la garantía de la defensa que impide cambiar

la calificación jurídica del hecho, necesariamente hemos de llegar a la deplorable conclusión de que hemos construido un ordenamiento procesal tan formalista que la ejecutoria del pliego de cargos y la ausencia de nuevas probanzas *imprimen carta de naturaleza al error, le otorgan muy saludables efectos*, y apenas dejan abierta la vía para impugnar la sentencia con el argumento de ser "violatoria de la ley sustancial" por alguno de los motivos que señala el art. 226, numeral 1°, ya citado, cuando regula el recurso extraordinario de casación que la defensa no interpondrá por falta de legitimación o agravio, el ministerio público en virtud de su conocida inercia y el verdadero perjudicado por no haberse constituido en parte civil.

Como vivimos en el país de las soluciones escritas e inoperantes, es posible que ahora mismo se esté escribiendo otra reforma para brindarle oportunidad al juez de enmendar *los errores de calificación de la etapa investigativa*, gracias a un instrumento legal que simplemente le exija una revaloración de los hechos y de las pruebas que obraban en el proceso a tiempo de incurrirse en el nocivo vicio.

JUZGADO DECIMOSEXTO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Usurpación de marcas y patentes

El juzgado condena por la utilización fraudulenta de una marca registrada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en aplicación del art. 236 del C. P. Sostiene al efecto que utilizar una marca es lo mismo que aprovecharla o sacar utilidad de ella, cosa que hace tanto el que expende el producto como el que lo confecciona. Y se actúa fraudulentamente no solo cuando el agente se vale de engaño sino también cuando opta por un medio ilícito.

Dr. JAVIER CORRALES BETANCUR
Noviembre 30 de 1987

Comentario: FERNANDO VELÁSQUEZ V. *

VISTOS:

... procede ahora la emisión del fallo subsecuente, para de esta suerte clausurar el ciclo dinámico concerniente a la primera instancia en esta causa criminal adelantada por el delito de "usurpación de marcas y patentes" (C. P., art. 236) contra los señores C. A. C. P. y G. L. S. T.

La cabal observancia del debido proceso permite garantizar la validez integral de la actuación (arts. 26 C. Nal., 1°, 210 C. de P. P.).

Durante la vista pública los sujetos procesales expusieron tesis diametralmente opuestas. La parte civil, por su lado, demandó un fallo condenatorio para los dos acusados, después

de analizar en extenso memorial las pruebas y la conducta desde el punto de vista jurídico, tarea para la cual reprodujo en buena parte los argumentos y consideraciones expuestas por el juzgado en la providencia calificatoria (fs. 735 a 745).

El defensor de G. L. S. T., abogó una decisión absolutoria, sobre las siguientes concretas bases: es atípica la conducta imputada a su cliente, tanto porque las pruebas exigidas para la renovación de la marca no fueron presentadas en el término de sesenta días que fue concedido para el efecto, como porque carecen de valor legal los documentos aportados por la "Blue Bell Inc." para demostrar el uso de la marca en Venezuela (art. 70 de la

decisión 85 del Acuerdo de Cartagena), dado que "... no se probó la existencia del contrato con la aportación al expediente colombiano de copia del mismo contrato de transferencia de tecnología con las debidas autenticaciones, ni se aportó documento alguno emanado de autoridad competente"; lo que en su opinión equivale a decir que la marca no tiene protección legal en Colombia, por cuanto la "... División de Propiedad Industrial estaba en la obligación legal de rechazar dicha solicitud de renovación".

Su otro punto de vista está referido a que G. L. S. T. no infringió el ordenamiento penal, porque "... la simple fabricación de productos con marcas legalmente protegidas no constituye delito". En torno a ello destaca la diferencia entre la descripción del art. 236 (utilizar fraudulentamente nombre, enseña, marca, patente ...) y la del 237 (fabricar un producto), para de esta suerte concluir que la conducta de su cliente no se amolda al primer tipo penal, supuesto que al no ser él "un comercializador" y haber confeccionado algunas prendas por encargo de otro, no se puede predicar la tipicidad.

Y agrega que aun estando la marca legalmente protegida, la buena fe de G. L. S. T. "no controvertida" en el proceso debe tenerse en cuenta en el momento de suscribir el respectivo fallo (fs. 723, 724, 725, 726).

Finalmente el asistente judicial de C. A. C. P. solicitó —verbalmente y por escrito— la rúbrica de una sentencia absolutoria. Luego de hacer un estudio detallado de la indagatoria y de las pruebas que en su sentir avalan la cualificación en ella contenida, concluye: "Las deducciones anotadas cobran, pues, pleno sentido por tener un efectivo respaldo probatorio y se enmarcan jurídicamente en las causales de inculpabilidad, art. 40 num. 4°, inc. final, esto es, error de tipo vencible, provocado por circunstancia de hecho (paso del tiempo sin uso de dicha marca en nuestro país) y de derecho (información jurídica de su abogado), en un hombre que actúa de buena fe (declaraciones de conducta), que dan lugar

a una convicción errada sobre el presupuesto normativo de la tipicidad de la protección legal".

Presenta también el letrado, en otro aparte de su trabajo, una serie de argumentos y consideraciones que endereza a cuestionar el pliego de acusación, con la idea siempre de sacar adelante la tesis del error vencible que "... da lugar a sentencia absolutoria por ausencia del tipo penal culposo del artículo 236" (fs. 726 vto. a 730, 746 a 759).

Oportunamente se estudiarán a espacio estas peticiones elevadas por los señores abogados.

REMEMBRANZA DE LOS HECHOS:

Aunque la "BLUE BELL INC." es una firma comercial con asiento en la ciudad de Greensboro, Estado de Carolina de Norte América, ante la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo de Colombia elevó la respectiva solicitud y llenó los requisitos legales para obtener el registro de la marca "WRANGLER" y la etiqueta "W" que distingue productos comprendidos en la clase 25 del decreto 755 de 1972. Precisamente bajo los certificados núms. 44093 de agosto 12 de 1959 y 70364 de diciembre 16 de 1969, tales marca y etiqueta fueron legalmente registradas por la dicha entidad estatal. Y a pesar de hallarse legalmente protegidas, merced a sendas solicitudes de renovación presentadas oportunamente, por allá a finales de 1984 —durante los meses de septiembre y octubre tal vez— varios comerciantes de esta ciudad, en actitud desleal y de evidente voracidad, se dieron a la tarea de confeccionar ropa masculina utilizando para ello, fraudulentamente, estos signos marcarios propiedad de la firma extranjera. G. L. S. T., por ejemplo, como propietario y administrador de la empresa "Procesadora de Textiles Ltda." (PRODETTEX), a instancias de C. A. C. P. confeccionó un buen número de pantalones (jeans) de esa mala factura, mercancía que este dio al expendio en el almacén

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana.

“Calem” de su propiedad, negociando otra parte con J. K. F., quien por su parte la venía vendiendo en su cadena de almacenes “El Combate” y “El totazo”. Justamente allí logró la policía incautar cuarenta y ocho unidades de ese origen espurio, el 5 de julio de 1985, con ocasión de un registro ordenado durante los albores de la investigación.

DIMENSIONES DEL DEBATE. RESULTADOS JURIDICOPENALES QUE DE ALLÍ SE DERIVAN:

El juzgado va a insistir, por enésima vez, en que fueron y siguen siendo vanos y bizantinos los argumentos que se han ofrecido para rebatir la tipicidad del hecho en cuanto atañe al elemento normativo referido a la *protección legal de las marcas*. Por ejemplo, nada se ha dicho sobre la marca “W” que se utilizó en los meses de septiembre y octubre de 1984, con ocasión del saldo de pantalones que confeccionó G. L. S. T. a instancias de C. A. C. P. Mejor se guardó silencio al punto, de seguro porque al vencer ese registro el 16 de diciembre de 1984, imposible resultaba desconocer una indisputable evidencia, cual la de que esa marca, sin discusión, gozaba de cabal protección o tutela para aquellos meses anteriores en que fue utilizada (fls. 25).

La controversia se reservó pues para la marca “WRANGLER”, como si nada más sobre ella versara el ilícito denunciado, pero con argumentos veleidosos y asaz infundados, como se precisa recordarlo aquí. Se decía primero que ante la inexistencia de una solicitud oportuna de renovación, debería entenderse vencido el registro y perdido el derecho para la época de los hechos. Luego se adujo, frente a una mejor y contundente prueba que enseñaba la petición legal y oportuna de la “Blue Bell Inc.” para la renovación (decretos 1190-78 y 753-72), que como la Superintendencia de Industria y Comercio el 19 de agosto de 1984 no se había pronunciado con respecto a la demanda, ello entonces dizque implicaba la “descontinuidad del derecho” o la “congelación del derecho” (fls. 229). Y por fin, como

esta nueva tesis fracasó por imperio de la razón y la lógica (fls. 593, 594, 595, 596, 597), para la audiencia pública se cambió entonces de estrategia, ensayándose a la postre un nuevo planteamiento, este sí más deleznable y mayormente insostenible que los anteriores. Evidentemente: como por resolución núm. 004222 de mayo 29 de 1986 la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó inscribir la renovación de la marca “Wrangler” que se había solicitado, disponiendo su vigencia entre el 12 de agosto de 1984 y la misma fecha de 1989 (fls. 714), se censura ese acto administrativo dizque porque las pruebas que presentó la “Blue Bell Inc.” por medio de apoderado para demostrar el uso en el país de Venezuela, no debieron haber sido atendidas por no sujetarse ellas a los requisitos legales (fls. 723, 724, 725). ¡Pero no faltaba más!

Si lo que aquí se está discutiendo es simplemente el derecho de la “Blue Bell Inc.” sobre el registro de la marca “Wrangler”, discusión ya cancelada por la fuerza de ley que tiene aquella resolución, de veras no deja de ser incomprensible y anodino ese nuevo planteo de la defensa. Claro, porque sería cuando menos anecdótico —por decirlo de alguna forma— que este juzgado penal desconociera el derecho que le ha otorgado a la empresa denunciante la competente autoridad administrativa, con el expediente fácil y comodísimo de que las pruebas tenidas en cuenta para la dicha resolución no son del agrado del señor defensor, por el ‘grave’ vicio que las afecta en su opinión, o porque tiene en mente demandar ante el Consejo de Estado ese acto administrativo que ahora censura (fls. 724 vlt.).

Clausurada, pues, toda la polémica sobre este particular —con el obvio resultado de mantener indemne el criterio conforme al cual ambas marcas estaban legalmente protegidas cuando fueron utilizadas por los procesados—, va a explicar el despacho enseguida, someramente como lo impone el propio pensamiento del defensor de G. L. S. T., que tampoco

está llamada a prosperar la segunda tesis que ha ensayado para ‘demostrar’ que la conducta de su patrocinado no se amolda a la descripción legal en cuanto hace al verbo rector contenido en el tipo penal.

Es que si utilizar una marca (y todavía no hablaremos de utilización fraudulenta) es lo mismo que aprovecharla o sacar utilidad de ella, cosa que hace tanto el que expende el producto como el que lo confecciona, merced al usufructo que ambos persiguen, no parece afortunado decir que G. L. S. T., dizque porque no es un “comercializador”, no desarrolló aquella actividad. Otra cosa es que, por falta de dolo, en donde precisamente estriba la confusión del planteamiento, no pueda reputarse delictiva “... la simple fabricación de productos con marcas legalmente protegidas ...” (fls. 725 fte.).

Respondidas así las glosas y estimaciones del señor abogado, importa recordar aquí que en la extensa foliatura existen elementos de juicio con el sello de la certeza que enseñan la utilización de las marcas “WRANGLER” y “W” por parte de G. L. S. T. y C. A. C. P. (Cfr. fls. 31, 32, 53, 54, 65, 66, 74, 187).

Ahora bien:

Después de honda reflexión no ha encontrado el despacho en los argumentos esmerados del defensor de C. A. C. P. una razón tenaz y válida para admitir su tesis del error. Porque —se decía— esa supuesta ignorancia sobre la protección legal que regía en relación con los distintivos marcarios, no tiene trazas de ser real en dos experimentados y hábiles comerciantes, menos bajo el pretexto definitivamente torpe y pueril de que el registro no debió haber estado vigente dizque porque esa mercancía había desaparecido del mercado. Eso que lo diga un neófito o alguien que por accidente acaba de incursionar en el comercio, no dos hombres de la experiencia y conocimiento en el ramo como C. A. C. P. y G. L. S. T. Marcas tan conocidas, de un tan sumo prestigio en Colombia y buena parte del mundo, no podían ellos estimar caducas por mero descuido o simple abandono de su titular, porque ello comporta un absurdo vio-

lento que no consulta su perspicacia e indudable sagacidad. Siendo que no eran marcas de pacotilla, sino harto prestigiosas y de un refinamiento inocultable, cosa esta pública por la enorme publicidad que le dio la firma concesionaria con el nombre de un gran campeón (G. L. S. T. dice que las conocía “por propaganda en la época del ciclismo de Cochise”, fls. 187 vlt.), más que anecdótico resulta cándido admitir que en estos dos procesados se alojó la idea de que el haber dejado de producir Caribú esos productos, era palmar evidencia de la caducidad de sendos registros.

Lo menos que ellos podían pensar por la cesación temporal de esos productos, era que al término del contrato de “Caribú” otra firma podía estar gestionando como concesionaria esos derechos o, en todo caso, que la titular de ellos regularmente venía renovando ambos registros. Y no se trata de subjetivismos infundados como se ha creído, ni de conjeturas arrancadas de la oquedad. Es simplemente una apreciación que se hace sobre la base de lo probable, para enseñar con ella que ese pretendido juicio errado de los dos procesados comporta un revés inconcebible en ellos, conocedores como eran de que así de barato no iba el propietario a declinar el derecho sobre unas marcas tan apetezadas por su prestigio en Colombia. Ni C. A. C. P. como titular que es de la marca “LEPER” (fls. 65 fte.), ni G. L. S. T. habiendo ya intentado el registro de la marca “MACH” (fls. 189 vlt.), ni los dos, en fin, por su experiencia en actividades del comercio, podían abrigar semejante idea, porque alguien que no es estúpido no puede llegar allá al campo de la majadería (fls. 599, 600, 601).

También así lo estimó el H. Tribunal Superior en uno de sus pronunciamientos: “No es por tanto exagerado decir con el colaborador Fiscal que «resulta ingenuo y hasta candoroso argumentar que los implicados ignoraban que la marca utilizada fraudulentamente por ellos disfrutaba de protección legal en el país»” (fls. 568).

Pero estos juicios valorativos, concebidos con la única impronta de la imparcialidad y

a través de una *sindéresis* adecuada a las demostraciones procesales, no están para claudicar frente a los argumentos, a veces hiperbólicos, del señor defensor de C. A. C. P. Es que él —con todo su derecho desde luego— trae a colación la serie de malabares conceptuales que han dado lugar al extenso y casi fatigoso debate jurídico, para enseñar que si la protección legal de las marcas ha resistido tan agudas controversias, de contera entonces debe prosperar su tesis del error. Así lo expresa: “Si como lo anoté en un principio al referirme a la tipicidad, no existe un concepto unívoco por parte de quienes participamos en este proceso acerca de la vigencia o no de la marca (“WRANGLER” apenas, pregunta el juzgado?), me refiero al registro de ella, menos podrá exigirle el Estado a un ciudadano común y corriente que la conozca, porque a su vez entre ellos los conceptos pueden ser igualmente diversos ...” (fls. 756).

Pero el sofisma no podía ser más evidente. Primero, porque las opiniones antípodas que aquí han sido expuestas, no son propiamente el producto de una temática compleja o de arisca comprensión, sino el resultado obvio de un debate jurídico que ha entronizado arduosamente la defensa, parapetada en los intereses que representa, situación que implicaba la natural resistencia de la parte contraria en favor de su poderante, y, claro, el escrutinio amplio y detallado del despacho en nombre del Estado y como garantía de la democracia. El disenso pues no está indicando aquí ninguna densidad del asunto debatido, ni problemática alguna por razón de leyes incoherentes o confusas que habiliten válidas y diversas formas de interpretación. Todo se traduce, en suma, a la postura de la defensa que desde su estrado —y nada más que en el ejercicio de su derecho— ha sostenido tozudamente una tesis que no podía triunfar.

Segundo, porque a los dos procesados no se les puede matricular en la polémica aquí suscitada para juzgar su comportamiento sobre bases que ellos no tuvieron en cuenta para

desarrollar esa actividad. Pues si C. A. C. P. y G. L. S. T. alegan, *simplemente*, su creencia de que los registros de esas marcas habían caducado porque “... aquí en el país no se habían vuelto a ver” (fls. 65 vltos.); y porque “... la marca Wrangler hace más o menos cuatro años que se dejó de vender (...) se terminó la concesión en Colombia, se dejó de producir” (fls. 187 vltos.), su buena o mala fe deben entonces escrutarse al trasluz de lo que ellos dicen, mas no con el rasero de unas opiniones técnicas y jurídicas que por razones obvias plantean en disputa profesionales del derecho.

Claro: o se les da el conocimiento sobre las leyes comerciales que regulan esta materia, para inquirirles entonces por qué utilizaron esas marcas *sabiendo* de su protección legal; o se les despoja de todo saber jurídico a ese respecto, para ver de precisar si a pesar de su calidad de comerciante es válida su explicación referente al motivo que excitó su comportamiento. Pero lo que sí no se puede hacer —por indebido desde luego— es presentarlos como ajenos o desconocedores de elementales normas del derecho mercantil, para enseguida presupuestar su error en controversias de orden jurídico. Quien es neófito en las disciplinas jurídicas no puede alegar un error porque *interpretó mal una ley*.

Pero continuemos. A diferencia de lo que piensa el mismo defensor, el juzgado sigue creyendo que el informe suministrado por el abogado Mario Delgado Echeverry al señor C. A. C. P. no comporta aval alguno de su buena fe que pregona. Por las siguientes razones: si en esa nota comunicaba el profesional que la marca estuvo registrada hasta el 12 de agosto de 1984, “... pero desafortunadamente en la certificación no aparece la constancia de Renovación, la cual *seguramente* debe haberse producido, porque las compañías norteamericanas son muy cuidadosas ...” (fls. 72), ello demuestra que ese informe no pudo haber provocado error en el señor C. A. C. P.: porque la averiguación no fue completa y precisa, pero fundamentalmente

porque el cálculo *desfavorable* del abogado a las pretensiones que se buscaban, no tenía por qué variar el entendimiento del procesado, al punto de hacerlo columbrar la caducidad del registro.

Si, por lo demás, la carta la suscribió en Bogotá el doctor Delgado en *octubre 14* de 1984 (aceptando que fue un simple *lapsus* el haber escrito 1983), antes que beneficiosa resulta grave y comprometedor esa circunstancia para C. A. C. P., por cuanto si él mismo y también G. L. S. T. afirman que la marca fue utilizada en *septiembre* y octubre de 1984 (fls. 66 vltos., 187 ftes.), por mil razones eso significa que no fue entonces la información del abogado el motivo impulsor de la conducta.

Pero no es todo: por segunda vez cae en el vacío ese argumento defensivo si se repara que la averiguación y de contera el informe, fueron sobre la marca “WRANGLER” *única* (fls. 69, 70, 72), no respecto de la “W” que también se utilizó y que estaba legalmente registrada según el certificado 70364 (fls. 25).

Y aunque lo anterior sería bastante para rematar el tema, algún comentario impone esta otra apreciación-censura del señor defensor: “...¿cómo entender entonces la judicatura cuando si John Nasser solicita el concepto de su abogado para seguir vendiendo mercancía con la marca WRANGLER, es indicio de buena fe, pero si mi asistido solicita el concepto o información a su abogado para tener claridad acerca de la protección legal de una marca, es un indicio de mala fe? Válgame Dios” (sic) (fls. 758).

Muy sencillo: si John Nasser hubiera sabido cuando negoció el saldo de los blue jeans que la marca había sido ilegalmente utilizada, al tiempo no le habría tomado opinión jurídica a su asesor, porque no es cuerdo que alguien sabiéndose al margen de la ley averigüe si su conducta comporta un delito. Situación *harto* distinta, *distintísima* a la de C. A. C. P., porque él sin haber logrado mudar su conocimiento por los negativos resultados de su gestión, o sea sin obtener la “claridad” que perseguía, resolvió por su cuenta y riesgo traer al comercio esa mercancía de mala factura.

Ahora: la versión de G. L. S. T., de la cual se hace eco el defensor de C. A. C. P. para reforzar su tesis, a ninguno de ellos favorece. Dice el primero que cuando consultó sobre el registro a una oficina de abogados, obtuvo respuesta en el sentido de que “era muy difícil saber de la validez o no del registro, que la única que podía dar constancia era la Superintendencia (...) más adelante la Superintendencia expidió un certificado que decía que la marca no estaba registrada en Colombia, el cual me fue mostrado a mí por el Dr. Jorge Vera Vargas (...) la fecha en que *me mostraron ese certificado fue a mediados de abril del presente año* (1985, se aclara)” (fls. 189 ftes.).

Luego, entonces, ese informe que obtuvo G. L. S. T. en abril de 1985, ni a él ni a C. A. C. P. tenía por qué haberlos llevado al error en septiembre y octubre de 1984, meses en los cuales utilizaron las marcas. ¡Lógico!

Más aún: si C. A. C. P. leyó en algún periódico un comunicado de “Caribú” en el sentido de que “había dejado la concesión de dicha marca”, no obstante ser ello irreal (el presidente de esa firma comercial ha certificado que “CARIBÚ *no hizo ninguna publicación a este respecto*”, fls. 153), continúa sin la razón el señor defensor por cuanto terminar la concesión de una marca no significa que el derecho del titular de la misma ha extinguido.

Mucho menos podría el juzgado comulgar con el parecer del señor abogado, conforme al cual constituye apenas una simple sospecha la negativa de Silvia Inés Herrera Gil, empleada del almacén de C. A. C. P., a colocar en una factura la marca del blue jean que allí compró Jaime Enrique Medina Llano solo para aportar prueba de sus pesquisas. Se sigue pensando, jamás de barato, que ese hecho constituye un severo y gravísimo indicio de responsabilidad, porque si la dama adujo que “...a ella le habían prohibido colocar la marca en las facturas” (fls. 31. 53 vltos.), la orden solo y nada más pudo haberla dado el señor C. A. C. P. Y claro, porque no hay argumento alguno, sensato y serio, para ne-

gar que esa determinación constituye una implícita pero evidente confesión suya de la actividad delictiva. Si no, respóndase: siendo que la marca no tenía protección legal, en la mente de C. A. C. P., ¿a santo de qué iba a dar esa orden terminante e insólita a su dependiente? ¿Cuál habría podido ser la inconveniencia de que su almacén figurase en una simple factura como expendedor de un blue jean con la marca "Wrangler"? ¿Acaso esa precaución no enseña, apodicticamente, su firme deseo de no preconstituir prueba de tal actividad comercial?

Claro que el señor defensor —omitendo exprofesamente cualquier referencia a la prohibición que adujo Silvia Inés a la solicitud de Medina Llano— monta la polémica sobre la explicación que ella entregó en el proceso. Dice, en efecto, que "... tal hecho no constituye siquiera un indicio, toda vez que la fundamentación de la respuesta no se halla plenamente acreditada (sic) dentro del proceso, quiero decir, el hecho indicador del indicio, esto es, que a la factura no se le coloca la marca del producto por problemas de kárdex, no se halla desvirtuado ..." (fls. 757).

Pero es que lo que nace desvirtuado no hay necesidad de desvirtuarlo. Y en todo caso el despacho, para reputar mendaz y acomodaticia esa tan ocurrente explicación, no requería de ninguna especial indagación, por cuanto llevase como se llevara el kárdex del almacén, no implicaba, absolutamente, trastorno o problema en las operaciones contables eso de colocar en una factura la marca del producto. Y en fin: como son dos versiones incomparables, supuesto que sí era muy probable que Silvia Inés rehusara colocar la marca en la factura porque "... a ella le habían prohibido" (fls. 31, 53 vto.), como imposible que no lo hubiese hecho porque "... el kárdex se lleva por total de bluyines" (fls. 96 vto.), no puede esta última absurda explicación de la dama triunfar sobre la primera rodeada de lógica y sensatez.

Importa también insistir en que los reiterados envíos de esa mercancía a Cúcuta por

parte de G. L. S. T., según la testificación de Jaime Enrique Medina Llano, cuya veracidad aparece avalada por las argumentaciones que se hicieron en la providencia calificatoria (fls. 603, 604, 605), a despecho de su defensor lo comprometen muy gravemente. Porque vale reiterar: siendo que él era un productor, al por mayor y en grande, de esa mercancía que distinguió con las marcas "WRANGLER" y "W", ¿por qué habrá rehusado aceptarlo así? Pero si él sabía que esas marcas se hallaban caducas y no tenían ninguna protección legal en Colombia, ¿por qué entonces su buena fe no la avaló aceptando, sin cortapisas, toda su producción? Y si sabía que utilizar esas marcas no era delito, ¿por qué no ha querido delatar a los fabricantes, conocidos suyos al decir de C. A. C. P.? (fls. 605, 606).

Y no es que el juzgado haya guardado "silencio sobre el informe rendido por Transportadora Comercial Colombiana", informe que por el efecto negativo dizque demerita la testificación de Medina Llanos, según lo argumentó el defensor en la audiencia (fls. 726). Es que no se leyó o se leyó mal: "... si el propio G. L. S. T. ha admitido relaciones comerciales con Cúcuta, utilizando para las remesas aquellas mismas empresas transportadoras (fls. 190 fte.), el distinto informe de estas a nada conduce" (fls. 604, 605).

Una anotación final:

Aunque el juzgado fue claro y categórico al advertir que no lo movía ningún ánimo de transacción el estudio que hizo sobre el dolo eventual y la culpa con representación, en torno a enseñar su diferencia, porque siempre estimó y sigue hoy estimando que los dos acusados actuaron con dolo directo, en tanto que ellos conocieron el hecho punible y quisieron su realización (C. P., art. 36), no está de sobra expresar lo siguiente a propósito de la estimativa última del señor defensor de C. A. C. P.

Ciertamente es "un terreno resbaladizo" el límite entre la culpa consciente y el dolo eventual, como lo enseña con EUGENIO RAÚL ZAFFARONI el señor abogado. Pero por más

que lo sea, aquí no vale plantear dificultades conceptuales como fuente nutricia de la duda, porque, en el mejor de los casos, se reitera, la aceptación del resultado dañoso y previsible en cabeza de los procesados se enarboles con una máxima probabilidad, en tanto que el rechazo a ese mismo resultado es idea apenas que se engarza en una remota posibilidad. Así, pues, no hay que "... recoger esta enseñanza de ZAFFARONI" para dejar indemne nuestra posición, porque él precisamente enseña que solo "... en caso de duda acerca de la aceptación o rechazo de la posibilidad de producción del resultado", deberá el juez preferir la culpa.

Ahora: si el uso fraudulento no implica, jurídicamente hablando, un engaño propiamente dicho, puesto que la dinámica del comportamiento está referida a la usurpación de la marca protegida, no parece que viene al caso la otra prédica de ZAFFARONI que trae la defensa —por cierto absolutista—, para descartar el dolo eventual en este delito. Si se actúa fraudulentamente tanto cuando el agente se vale de engaño como cuando opta por un medio ilícito (GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico Elemental*, pág. 137), no está en lo justo decir que por fraudulentamente nada más se puede entender "engañosamente".

O sea pues que, en nuestra opinión, no comporta ningún paralogismo decir que cuando un sujeto utiliza una marca aceptando la fraudulencia que prevé probable, comete el delito con dolo eventual.

Típica, antijurídica y culpable como es la conducta de los justiciables, según se demostró con cabal certeza, el juzgado, entonces, atendiendo la demanda de la parte civil, preferirá un fallo de condena (arts. 3°, 4°, 5° C. P.; 215 C. de P. P.).

Y les impondrá, como corolario, las penas principales de seis meses de prisión y dos mil pesos de multa (C. P., art. 236), por aconsejar la aplicación del mínimo su buena conducta anterior, su personalidad aún no proclive, y el que la gravedad del delito no esté por

encima de la natural o intrínseca que toda infracción acarrea.

Se les concederá, asimismo, el sustituto penal de la condena de ejecución condicional, ya que por lo dicho todo está aquí dado para suponer que ninguno de los dos requiere de una efectiva terapia carcelaria (C. P., art. 68).

Por lo expuesto, el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Condénase a C. A. C. P. —hijo de Julio y de Benilda, natural de Cúcuta y residente en Medellín, casado, alfabeto, nacido el 19 de febrero de 1932, comerciante y titular de la C. de C. núm. 2.055.740 de Barrancabermeja— a las penas principales de seis (6) meses de prisión y multa por valor de dos mil pesos (\$ 2.000,00), como responsable del delito de "usurpación de marcas y patentes" que contempla y sanciona el Código Penal en el libro II, título VII, capítulo I, artículo 236, según hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo y lugar y modo descritas y en perjuicio de la compañía norteamericana "BLUE BELL INC."

Condénase a G. L. S. T. —hijo de Marco Tulio y de Carmenza, natural y residente en Medellín, nacido el 9 de julio de 1955, casado, alfabeto, comerciante y con C. de C. núm. 13.436.185 de Cúcuta—, a las penas principales de seis (6) meses de prisión y multa de dos mil pesos (\$ 2.000,00), como responsable del mismo delito de "usurpación de marcas y patentes" que consagra el Código Penal en el libro II, título VII, capítulo I, artículo 236, cometido en perjuicio de la "BLUE BELL INC." y en la forma descrita.

La pena privativa de la libertad la descontarán en el establecimiento penitenciario que señale el gobierno nacional a través de la Dirección General de Prisiones; y la pecuniaria la cancelarán a favor del Tesoro Nacional (C. P., art. 46).

Se les impone, como pena de carácter accesorio, la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período equivalente al de la pena privativa de la libertad (C. P., art. 52).

Se les condena, asimismo, al pago *in genere* de los perjuicios irrogados con la infracción, previo el ejercicio de la acción civil correspondiente (art. 103 C. Penal, 26 C. P. Penal, 2341 C. Civil).

Se les concede el sustituto penal de la condena de ejecución condicional y, en consecuencia, por un término de dos años se suspenden los efectos de la sentencia, hecho para el cual deberán renovar las cauciones por la suma que tienen prestada como garantía del cumplimiento de las obligaciones que establece el artículo 69 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Abril 4 de 1988

.....
Así los justiciables se empeñen en pregonar la ausencia de culpabilidad, y no empece ser este elemento del hecho punible enteramente subjetivo, moral y por ende de difícil comprobación, es lo cierto que los criterios de inferencia que se vienen de perfeñar llevan ineluctablemente a formar la convicción racional de que el comportamiento reprochado estuvo ayuno de buena fe y por el contrario asistido de malicia, de dolo, de plena conciencia de antijuridicidad.

Asimismo, la antijuridicidad, tanto la formal (tipicidad), como la material o desvalor jurídico, están clamorosamente demostradas en el voluminoso plexo probatorio, pese a las esforzadas argumentaciones en contra de la defensa.

Que la Blue Bell Inc. es la titular de la marca "Wrangler" y del distintivo "W" es un hecho apodíctico. Lo mismo puede afirmarse en cuanto toca con el ejercicio de esos derechos de propiedad industrial en Colombia, que por estar registrados a nombre de la empresa extranjera gozan en el país de entera protección conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

A pesar de lo que se ha querido hacer creer en el proceso, es lo cierto que nunca hubo solución de continuidad en cuanto al registro de la propiedad marcaria se refiere, supuesto que la empresa extranjera titular de los distintivos se avino a la legislación colombiana y dentro del término hábil solicitó la renovación que luego, por haber sido pedida oportunamente y con el lleno de todos los requisitos, fue concedida en forma retrospectiva. Lo otro, es decir la demora en proferir la resolución que mantuviera la protección a la marca, es apenas el trasunto, por lo inveterado no menos criticable, de una paquidémica burocracia oficial que en manera alguna puede lesionar o dejar expósito el derecho invocado con plausible sujeción a la ley.

El registro de la marca "Wrangler" vencía a mediados del mes de agosto de 1984 y la Blue Bell Inc. solicitó su renovación desde el 15 de mayo, esto es, casi 90 días antes. Lo propio ocurrió con el emblema de la "W", que debía ser actualizado antes del 16 de diciembre y desde el 12 de septiembre anterior, o sea con más de tres

meses de anticipación, se hizo la solicitud pertinente para la revalidación del registro.

Por parte de la defensa se ha cuestionado el procedimiento de la División de Propiedad Industrial y hasta se afirma que esta dependencia oficial debió rechazar la solicitud de renovación. La Sala no entrará en polémicas sobre materias que no son de su resorte, pues entiende que su deber, como el de todos los asociados, es acatar las decisiones emanadas de las autoridades competentes y, para el caso presente, hacer respetar los derechos por ellas tutelados, sin que sea válido desconocer su eficacia al conjuro de eventuales impugnaciones. En salvaguardia de la estabilidad y seriedad jurídicas, es imperativo en todo Estado de Derecho organizado respetar sus normas, no empece que contra ellas exista la expectativa de una demanda.

También se ha discutido el encuadramiento jurídico asignado a la conducta reprochada a G. L. S. T., toda vez que se echa de menos el tipo del art. 237 del Código Penal, o sea el de "uso ilegítimo de patentes" en lugar del que consagra el 236 como "usurpación de marcas y patentes" que atinadamente tuvo en cuenta el *a quo* al momento de calificar el mérito del sumario. Es así como con un paralelo amañado de estas normas se llega a la conclusión de que este justiciable no ha cometido el hecho punible imputado o que resulta atípico por cuanto "G. L. S. T. no es un comercializador, es un simple fabricante a terceros, él no utiliza los productos que fabrica en su provecho...", con lo cual parece olvidarse que el injusto atenta "contra el orden económico social" y que el confeccionista no elaboraba las prendas para hacer ejercicio o para probar la capacidad de sus máquinas, amén de que él y no otro identificaba los jeans con la marca y el distintivo cuyo usufructo estaba reservado a la empresa que los había creado. Naturalmente que el confeccionista podía fabricar los pantalones que quisiera, y por ello nada se le podía reprochar, pero cuando marcó las prendas con los nombres y enseñas de la Blue Bell Inc., cuyos derechos ella tiene reservados en Colombia, es indiscutible que incurrió en los predios del Código

Penal sin que importe mucho si la mercancía era directamente distribuida o vendida al detal por él o por otro miembro de la misma empresa criminal.

Forzoso resulta concluir que los presupuestos legales para dictar sentencia condenatoria están acreditados en el plexo probatorio, de donde surge inevitablemente la confirmación del fallo impugnado, como en su sesudo concepto lo reclama el señor fiscal noveno del Tribunal con razonamientos tan contundentes como los que a continuación prohiya la Sala.

Afirma el señor agente del ministerio público: "Los recurrentes abogan por el reconocimiento en favor de sus defendidos de la causal 4ª de inculpabilidad consagrada en el artículo 40 del Código Penal. Pero si se para mientes al hecho de que en el transcurso del año 1985 G. L. S. T. pretendió el registro de la marca 'Wrangler' ante la Superintendencia de Industria y Comercio (fl. 210). Si no se deja de lado la notoriedad pública del registro legal de la marca 'Wrangler'. Y si no se hace abstracción de que G. L. S. T. confeccionó los pantalones aplicando la marca aludida desde mucho antes de que solicitó en su nombre el registro de la misma, se arriba a la lógica y racional conclusión: este procesado tenía pleno conocimiento de que la marca 'Wrangler' y la etiqueta 'W' se hallaban legalmente registradas. Como la firma 'Caribú' que había sido la concesionaria bajo licencia de la sociedad norteamericana La 'Blue Bell Inc.', dueña de la marca, canceló el contrato de concesión y había transcurrido algún tiempo sin que en el país se vendieran los jeans con la marca 'Wrangler', explicablemente pudo *dudar* de la posible *caducidad* de su registro. Es probable que por ello haya intentado tramitar el registro a su nombre. Pero sucede que la *duda* o la incertidumbre no pueden equipararse a la ignorancia o el error. En derecho, la duda, en casos como el presente, equivale al saber, tal como lo enseña SOLER.

"En cuanto al procesado C. A. C. P., caben reflexiones similares. Si se atiende a la notoriedad pública del registro legal de la marca y la etiqueta. Si se tiene en cuenta que C. A. C. P. faltó a la verdad cuando afirmó

haber leído en un periódico un comunicado de 'Caribú' anunciando que había dejado la concesión de la marca, puesto que 'Caribú' no hizo ninguna publicación en ese sentido. Y si no se deja de lado que en el almacén del procesado, su dependiente Silvia Inés Herrera Gil se negó a colocar en la factura de compra la marca 'Wrangler' de un jean adquirido por Jaime Enrique Medina Llano con el único objeto de aportar pruebas a sus pesquisas, tiene que llegarse a igual conclusión: También C. A. C. P. tenía pleno conocimiento que las marcas reseñadas se encontraban legalmente protegidas en el país.

"Acudiendo al sistema de la libre convicción racional en la evaluación de la prueba, se concluye sin hesitación alguna que el acervo probatorio antes analizado y que fue legalmente producido, demuestra plenamente la conducta objetiva o externa de la infracción imputada a G. L. S. T. y C. A. C. P., consistente en la utilización fraudulenta por parte de ellos de la marca 'Wrangler' y la etiqueta 'W', legalmente protegidas en el país. Demuestra igualmente que la conducta de los acusados resulta típicamente antijurídica no solo desde el punto de vista material (al coincidir con el precepto del artículo 236 del C. Penal), sino también desde el punto de vista formal, toda vez que actuaron contra todo derecho, violando el deber de abstenerse de proceder en ese sentido

y sin que hubiese estado precedida de circunstancia alguna de justificación del hecho (art. 29 C. Penal). Comprueba asimismo, que se está ante una conducta culpable, como que obraron en forma libre, consciente y voluntaria, es decir, con dolo, y sin que se presentara en su favor causal alguna de inculpabilidad (art. 40 C. Penal). Y por tratarse de conducta típica, antijurídica y culpable, deviene en punible. De donde se sigue que el juicio de reproche que les ha sido formulado mediante el fallo condenatorio impugnado, es pertinente, puesto que se reúnen los requisitos que para tal efecto reclama el artículo 215 del C. de P. Penal" anterior (fls. 814 y 815).

Así las cosas, como la sanción a imponer estuvo bien calculada y el subrogado de la condena de ejecución condicional tampoco ofrece reparo, toda vez que los convictos son merecedores de esta gracia, la sentencia atacada se confirmará íntegramente.

En mérito a lo expuesto, de acuerdo con el parecer de la Fiscalía y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín *Confirma* en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada contra C. A. C. P. y G. L. S. T. como responsables del delito de usurpación de marcas y patentes juzgado en este proceso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

COMENTARIO

Tal como lo habrá podido captar el lector, las providencias transcritas ponen de manifiesto la discusión en torno a los delitos contra el orden económico-social y, especialmente, la atinente al uso ilegítimo de marcas y patentes. Se trata de conductas que el legislador valora negativamente, pues se pretende tutelar un bien jurídico de carácter colectivo en defensa de intereses comunitarios, como debe ser en un ordenamiento juridicopenal que refleje a cabalidad los dictados de una organización política verdaderamente democrática y participativa, con el consecuente equilibrio en la protección de bienes individuales y sociales.

A decir verdad, y razonando de *lege data*, es muy deficiente la tutela que la legislación penal vigente otorga a los bienes jurídicos comunitarios, tal como

se percibe al abordar el título VII del Código Penal¹. Para nadie es un secreto que el postulado de lesividad del bien jurídico (arts. 16 C.N., 4 C. P.) sufre aquí un rudo golpe cuando el legislador, animado por claros y precisos intereses, redacta los tipos y las consecuencias jurídicas derivadas de su transgresión de tal manera que las conductas desquiciadoras de la convivencia social resultan, a la larga, gozando de especial preferencia. Es que, como apuntaba SANDOVAL HUERTAS: "la mera existencia de tales normas sirve para crear la falsa impresión de que los poderes establecidos sí protegen los intereses colectivos y combaten las conductas que los afectan"².

Síntoma de lo anterior es la manera ambigua, imprecisa, gaseosa, borrosa, como se redactan los supuestos de hecho de la norma penal que, al no permitir con claridad la ubicación de los comportamientos, terminan vulnerando el principio de determinación (art. 3° C. P.). Un buen síntoma de lo que estamos diciendo es la discusión planteada por la defensa de los encartados en el sentido de que las conductas imputadas: *fabricar* prendas de vestir sin la autorización de la firma que tiene la titularidad del derecho y *enajenar* el producto en las mismas condiciones, mal se podían ubicar en el tipo penal vertido en el art. 236 del C. P. que prohíbe la *utilización fraudulenta* de la marca, planteamiento que en verdad no aparece tan descabellado, como lo pretendió el *a quo*, si observamos que las conductas plasmadas en el art. 237 son en buena medida desarrollo de la más general prevista en el art. 236.

Esos, en apariencia, yerros de técnica legislativa que desbordan la legalidad son, pues, utilizados adrede por el legislador para dejar vacíos y lagunas por donde las delincuencias como las anotadas eluden las mallas de la ley penal. Con razón, advierte BARATTA, las figuras delictivas aludidas son producto de una discriminación evidente pues, paradójicamente, cuando las regulaciones legales "se dirigen a comportamientos típicos de los individuos pertenecientes a las clases subalternas, y que contradicen las relaciones de producción y de distribución capitalistas, forman ellas una red bastante apretada, mientras la misma red es a menudo demasiado rala cuando las figuras delictivas tienen por objeto la criminalidad económica y otras formas de criminalidad típica de los individuos pertenecientes a las clases que están en el poder"³.

Otra muestra de lo que estamos diciendo, son las bajas penas que aseguran a estas delincuencias económicas patente de corso para seguir delinquiendo, mientras que bienes jurídicos individuales son protegidos con una severidad extrema, como ocurre con el patrimonio económico. A título de ejemplo, piénsese cómo al delin-

¹ ASÍ, ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS: "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales, en el nuevo Código Penal" en Revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 180 y ss.

² EMIRO SANDOVAL HUERTAS: "El acaparamiento y la especulación desde las perspectivas criminológica y jurídica penal" en Revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 160.

³ ALESSANDRO BARATTA: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Edit. Siglo XXI, 1986, pág. 172.

cuenta que acapara productos de primera necesidad para crear escaseces artificiales y obtener jugosas ganancias, o especula en el mercado (arts. 229 y 230 C. P.), en desmedro de un conglomerado social completamente desprotegido, se le impone una pena máxima de dos años de prisión y una multa hasta de un millón de pesos, mientras que al ladrón que comete un hurto en las circunstancias de los arts. 350, 351 y 372 se le puede llegar a imponer hasta 18 años de prisión. El abismo punitivo es francamente insoportable.

Como es apenas obvio, este tratamiento preferencial se refleja también, a veces, en el ámbito procesal; esto para no mencionar la ya reiterada ausencia de persecución penal, cuando de reprimir comportamientos desquiciadores del orden social, como los del título VII, se trata.

El mérito de las decisiones objeto de este comentario es el de su carácter pionero. En efecto, hasta donde alcanza nuestra información, sentencias como estas son en sumo grado escasas y, en lo que respecta al Tribunal Superior de Medellín, únicas. Estas decisiones, pues, están llamadas a abrir camino, no porque en ellas aparezcan planteamientos novedosos desde el punto de vista jurídicopenal, sino porque constituyen un hito que nos muestra cómo la justicia penal puede y debe alcanzar ciertas delincuencias que hoy se han apoderado de toda la economía nacional aunque, como en este caso, la parte ofendida sea una transnacional norteamericana.

Medellín, mayo 30 de 1989

BIBLIOGRAFÍA

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Estudios sobre el delito de lesiones*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1989, 181 págs.

Dentro de la serie de monografías que ha venido publicando el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, hemos querido destacar en esta oportunidad el trabajo del profesor español IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, quien aborda el delito de lesiones, motivado por su frecuencia práctica, pero, particularmente, en virtud de la relevancia que ostenta desde un punto de vista dogmático. Así las cosas y partiendo de estas dos premisas básicas, el autor realiza una profunda disertación sobre esta figura delictiva, consciente de que su estudio constituye el marco adecuado para el debate de problemas fundamentales al interior de la parte general del derecho penal. En consecuencia, a pesar de que la referida monografía haya sido escrita con base en los puntos de vista de la legislación española, la concreta respuesta que el profesor BERDUGO proporciona a los distintos matices que presenta el delito de lesiones constituye el mejor reflejo de su postura frente a conceptos básicos como el de bien jurídico, el tipo penal, las causales de justificación y, en general, sobre el sistema que sigue en la teoría del delito, circunstancia esta que aumenta la utilidad práctica del presente estudio, la cual no se agota entonces, de manera exclusiva, en el interés que despierta respecto del derecho comparado. Con estas conside-

raciones previas, el libro se compone de seis capítulos y un apéndice legislativo, en el que se recoge el actual contenido de la legislación española y los textos correspondientes al proyecto de Código Penal de 1980 y a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983.

En el primer capítulo intitulado: "El bien jurídico en las lesiones", BERDUGO, después de analizar con parámetros críticos las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han desarrollado con respecto al bien jurídico tutelado en el delito de lesiones, se ubica en la que postula la protección en tales delitos de la salud personal, es decir, defiende la existencia de un bien jurídico único, calificando la salud como una de las condiciones previas que posibilitan la participación del individuo en el sistema social, comprendiéndose, por tanto, en dicho contenido, además del cuerpo humano y su normal funcionamiento, la capacidad de disposición sobre el mismo, comoquiera que el actual modelo de Estado español no puede circunscribir la tutela penal a la mera garantía del soporte material de la salud. En este orden de ideas, la adopción de la citada postura constituye para el autor el punto de partida para precisar los límites y fines de este tipo penal, y por ende, la posibilidad de revisar las soluciones que tradicionalmente se han formulado a algunos puntos polémicos desde un plano jurídicopenal, verbigracia los problemas penales del tratamiento médico con fines curativos, tanto en los casos de resultado exitoso como negativo, especialmente en razón de las con-

secuencias que se derivan de la afirmación del carácter esencial de la libertad de disposición dentro del bien jurídico salud personal.

A continuación, en el capítulo segundo, denominado "El problema de los medios de comisión", dentro del propósito de señalar los límites de la tutela que los tipos referentes al delito de lesiones dispensan a la salud personal, se estudia si existe restricción en el articulado penal español en lo que dice relación a los posibles medios de comisión, o si, por el contrario, la dinámica comisiva de las lesiones no se circunscribe a la enumeración ejemplificativa inserta en los artículos respectivos. Para tal efecto, el autor expone las distintas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han formulado, desde las que consideran que en esta materia se presenta una limitación en los medios, lo que se traduce en impunidad, hasta aquellas que amplían considerablemente el alcance de los términos empleados en los artículos correspondientes, por la vía de forzar su significado natural. En estas condiciones, el autor propone una interpretación alternativa que, sin vulnerar las exigencias del principio de legalidad, obtenga una solución político-criminal más satisfactoria, ante los inconvenientes que ofrece la actual redacción del delito de lesiones en el estatuto penal español.

Seguidamente, en el capítulo tercero, en consonancia con el contenido asignado al bien jurídico tutelado, como presupuesto de participación en el sistema social, se analiza el valor y la trascendencia práctica del consentimiento en las lesiones dolosas y en las imprudentes, partiendo del carácter directamente normativo y la condición de fuente de derecho que se le ha venido atribuyendo a la Constitución como tal. En efecto, la fuerza normativa del texto constitucional se manifiesta en la delimitación del campo de acción del intérprete en la tarea de concretizar el significado del bien jurídico salud personal, el cual, de conformidad con el modelo de Estado social y democrático de derecho que plas-

ma la Constitución española de 1978, es un bien jurídico de carácter individual, cuya esencia reposa en la posibilidad de disposición del mismo, lo que no obsta a que el Estado regule la prestación del consentimiento en las lesiones, pero obedeciendo, ante todo, a criterios político-criminales que referidos a la importancia, frecuencia e implicaciones sociales del acto de disposición, protejan las condiciones mínimas de la propia libertad.

De otro lado, en el capítulo cuarto se efectúa un estudio crítico del proyecto de ley orgánica de Código Penal de 1980, el cual pretende superar la sistemática obsoleta seguida por la regulación penal vigente que, inclinada por un exagerado casuismo, regula el delito de lesiones mediante parámetros cerradamente objetivistas y propicia un gran ámbito de intervención del derecho punitivo. En este sentido, el citado proyecto comienza por formular un concepto general de lesiones, excluir la responsabilidad objetiva y reducir la excesiva amplitud que presenta esta figura delictiva, recurriendo a los criterios acogidos para la regulación de este delito en el derecho comparado más evolucionado. No obstante, a pesar de la validez de los principios que inspiran la estructura del citado proyecto, el autor no comparte el desarrollo que se ha efectuado de los mismos, y en su remplazo plantea la introducción de una serie de modificaciones a su articulado, encaminadas a soslayar los defectos político-criminales y técnicos que aquejan la legislación vigente. Y si bien los capítulos quinto y sexto sintetizan los lineamientos ya expresados en el tercero y el cuarto, resulta pedagógico emprender su lectura, con el objeto de lograr una mayor comprensión de las observaciones allí formuladas, las cuales son complementadas con el anexo legislativo que culmina la monografía en comento.

Como puede apreciarse, la obra de IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en virtud de la profundidad y seriedad que presenta, además de constituir un punto de referencia

obligado al momento de acometer un estudio de derecho penal comparado con nuestro ordenamiento punitivo, representa un claro ejemplo de los criterios que orientan y enmarcan su actitud frente a la teoría del injusto penal.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO

Medellín, agosto de 1989

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo LXI, fascículo I, enero-abril, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988.

Desde España nos llega esta destacadísima revista, la cual, para abrir este número, comienza con una nota necrológica escrita por el profesor GERARDO LANDROVE DÍAZ, quien con sentida emoción lamenta la desaparición del insigne catedrático AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, en octubre de 1987.

CLAUS ROXIN, catedrático de la Universidad de Munich, es el encargado de abrir la sección doctrinal, con un trabajo sobre *La actio liberae in causa*, advirtiendo de entrada que se trata de un tema tradicionalmente poco tratado pero que últimamente ha venido siendo objeto de discusión científica, en la cual se han enfrentado dos soluciones distintas a los casos que esta figura plantea: el modelo de la tipicidad y el modelo de la excepción. El primero vincula el castigo del autor a su conducta dolosa o culposa causante de inculpabilidad; mientras que el segundo castiga al autor por su conducta en estado de inculpabilidad, siempre que antes de ésta haya habido dolo o culpa. Para ROXIN este último modelo viola el principio de culpabilidad y no acepta que se solucionen sus defectos aplicando analógicamente las salidas sobre error de prohibición y estado de necesidad. En adelante, el autor alemán se dedica a contra-argumentar a quienes consideran inaplicable el modelo de la tipicidad, desvirtuando con mucho rigor jurídico teorías tales como las que afir-

man que no hay nexos causal entre ese estado y el resultado típico, la no aplicación del modelo en los delitos distintos de los de resultado, y la no viabilidad del desistimiento del autor del delito, entre otros. Termina ROXIN mencionando los casos en que realmente no podría pensarse en la operancia del modelo.

Protección penal de intimidad y derecho a la información es el importante aporte de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, quien en principio comenta la muy limitada protección que ha tenido la esfera íntima de las personas en la legislación española, que se ha limitado a la intimidación domiciliaria, a la documental, profesional-laboral y empresarial. Advierte el autor que dado el avance técnico de la electrónica y la informática, que hace cada día más vulnerable la esfera privada del individuo, era hora de que el legislador penal, atendiendo el principio de *ultima ratio*, pusiera al servicio de la protección de esos bienes jurídicos todos los medios punitivos del Estado. A continuación LUZÓN PEÑA hace un extenso examen jurídico de cada uno de los tipos penales que recientemente se han consagrado en la legislación española acerca de la protección del carácter reservado de la imagen, la palabra, los actos privados y los datos, en lo que toca con su obtención, guarda, manejo y empleo. Culmina hablando de los límites que frente a la protección penal y civil de la intimidad implica el derecho a la información, y viceversa.

La sección doctrinal continúa con un interesante artículo, *Culpabilidad, legitimación y proceso*, de MERCEDES GARCÍA ARAN. De este trabajo se destaca la profunda preocupación de su autora por la desvinculación de la teorización mantenida en el derecho penal, respecto a la realización de esos principios en el marco del proceso penal. Para iniciar, la autora pone de relieve que precisamente en España la elaboración dogmática del derecho penal se ha desvinculado del ordenamiento procesal, lo que impide captar los avances del primero en este último. Su trabajo toca

temas como las diferentes concepciones de la *culpabilidad* como concepto legitimador, y la actual desconfianza sobre tales conceptos en el Estado moderno, que por las innumerables relaciones socioeconómicas que han de sostenerse, hace a veces inoperantes los principios garantistas en lo que atañe a la punición de las conductas. Concluye con un estudio comparativo de la legislación alemana y española frente a la culpabilidad como categoría dogmática y procesal, mirando asuntos tan álgidos como la no exigibilidad de otra conducta, entre otros.

Las *Perspectivas actuales y futuras de la eutanasia* es el tema que en esta ocasión ocupa a JOAN J. QUERALT, quien aborda el asunto desde el punto de vista de la Constitución española, intentando delimitar el carácter de la vida del individuo como uno de los bienes supremos y el papel que el Estado cumple frente a ese derecho. Habiendo concluido que se trata de una verdadera libertad, el profesor QUERALT aboga por su protección y en consecuencia pasa a hacer un riguroso análisis de cada una de las modalidades de la *eutanasia*: pasiva, indirecta y activa, poniendo especial cuidado en lo que atañe a la validez del consentimiento que en estos casos expresan el paciente o sus familiares. Muy interesante resulta el análisis que frente a la última modalidad de eutanasia hace el autor, en lo atinente a su relación con el *homicidio rogado*; y luego de comparar la legislación española y la germana, propugna la disminución punitiva de la figura en el primer ordenamiento, al paso que expresa sus razones para considerar no antijurídicas las conductas de quienes toman parte en la ejecución de la voluntad del paciente en la *eutanasia activa*.

La sección doctrinal la cierran dos trabajos, el primero de ellos escrito por WALTER PERRON, acerca de la *Justificación y exclusión de la culpabilidad*, desarrollado con base en un cuadro esquemático de los principios fundamentales de la imputación jurídico-penal, que él mismo considera una perspecti-

va alterna al tradicional modelo dogmático alemán de la estructura del delito. Su estudio consiste en observar la ubicación exacta de las causales de justificación y de exclusión de la culpabilidad en el derecho español y su real aplicación práctica.

El último artículo es obra de ARACELI MANJON-CABEZA DE OLMEDA, en el que la autora hace un completo estudio de cada uno de los elementos, objetivos y subjetivos, de las figuras penales que contiene el art. 325 bis del Código Penal español, las cuales se refieren a delitos contra la administración de justicia en cuanto se lesionan los derechos fundamentales de quienes colaboran en esta tarea. Su exposición abarca temas como el referente a la relación de estas figuras con otras, tales como la tentativa y la autoría mediata; y concluye haciendo alusión a la innecesariedad de estos tipos frente a la legislación ya existente.

La sección de *crónicas extranjeras* está dedicada esta vez al trabajo de CARLOS GARCÍA VALDÉS sobre *Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia*. Basado en algunas obras particulares, así como en otros trabajos e informes oficiales publicados en Colombia entre 1974 y 1985, el autor se aventura a realizar un análisis propio del funcionamiento de nuestro sistema penitenciario; comienza aludiendo a las fallas que presenta el sistema desde el punto de vista constitucional, sustantivo, procesal, físico y humano, a la luz de la finalidad teórica que dicho sistema tiene frente a los sujetos para los cuales fue diseñado. Aunque en su serio estudio el autor a veces pretende comparar nuestro sistema carcelario con los modelos europeos, cabe resaltar algunas muy acertadas propuestas con las que el profesor GARCÍA VALDÉS concluye su trabajo.

La revista termina con las secciones legislativa, jurisprudencial y bibliográfica.

MARIO ALBERTO ARENAS ALZATE
Medellín, agosto de 1989

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN: *Introducción al derecho penal*, Medellín, Señal Editora, 1989, 251 págs.

Si bien el libro que hoy presentamos constituye un esquemático punto de aproximación al derecho penal en virtud del lenguaje sencillo y didáctico que emplea, merece resaltarse de entrada cómo se vislumbra y aprecia a través de toda esta obra la formación criminológica de su autor, quien en su condición de profesor de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, ha elaborado un texto de estudio dirigido básicamente a la población estudiantil, que en diez capítulos recoge los temas más elementales para el entendimiento del derecho penal.

En efecto, desde el primer capítulo, dedicado al concepto de derecho penal, PÉREZ PINZÓN, al referirse a la definición de esta parte del ordenamiento jurídico público, señala que el estudio científico de los hechos punibles y sus consecuencias debe necesariamente abordarse en forma total y desde dos aspectos inscindibles: el dogmático y el criminológico, para así llegar a la contemplación del delito frente a la realidad, en consonancia con los últimos planteamientos doctrinarios que edifican el concepto de derecho penal a partir del control social.

En el capítulo segundo se ocupa del origen del derecho penal, exponiendo en una apretada síntesis las múltiples respuestas que se han formulado con relación al porqué y cómo nació el derecho penal, sin olvidar reseñar en esta materia una nutrida bibliografía que permite ampliar el alcance de tales teorías.

En el capítulo tercero se detiene en el examen de las relaciones que existen entre política y derecho penal, teniendo en cuenta la ideología que encarnan las tres formas clásicas de Estado: absolutismo, liberalismo y democracia, para finalmente desentrañar la filosofía política que consagra nuestra Constitución, y en la cual debe enmarcarse nuestro derecho penal.

En el capítulo cuarto desarrolla la finalidad y funciones del derecho penal, planteando las teorías más significativas que se han demarcado al respecto, concluyendo que cualquier decisión que se acoja en esta materia implica la adopción de una posición política con relación al sentido y objeto del derecho penal mismo.

De otro lado, en el capítulo siguiente, se señalan los principales vínculos que establece el derecho penal como indiscutible instrumento de control social formal, con las demás disciplinas del ordenamiento jurídico.

Los principios fundamentales de derecho penal como enunciados políticos que deben ser reconocidos constantemente en la teoría y práctica sustantiva y procesal, constituyen el tema de los capítulos quinto y décimo de la obra, los cuales a su vez son complementados con la declaración de principios del derecho penal latinoamericano, que es transcrita en un acápite independiente, al recoger una serie de postulados reconocidos por la generalidad de las legislaciones penales como fuente de interpretación, soporte político-instrumental y cimientos de la estructura del derecho penal actual.

Por su parte el capítulo octavo versa sobre la historia del derecho penal, teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales: la evolución general del derecho penal, las corrientes o escuelas penales y el derecho penal en Colombia, a través de una breve recopilación que permite ubicar cronológica y conceptualmente a quienes se inician en el estudio del derecho penal. Igual cometido cumple el capítulo dedicado al estudio de la ley penal, en el cual se esbozan de manera genérica la estructura, características, clasificación y funciones, entre otros, de la norma penal, dentro de los marcos doctrinarios ordinariamente trazados al respecto. Sin embargo, en este capítulo merece destacarse el tratamiento otorgado al tema de la interpretación de la ley penal, donde además de señalarse las formas convencionales de hermenéutica jurídica, se establecen las

premisas derivadas del denominado "uso alternativo del derecho", como la propuesta teórico-práctica de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora, como resultado de la influencia ejercida en los últimos años por la criminología crítica sobre el derecho penal en cuanto a la forma de hacer y de interpretar la ley. También son objeto de estudio en el precitado capítulo los ámbitos de validez temporal, espacial y personal de la ley penal.

En fin, la obra de PÉREZ PINZÓN, a pesar de haber sido escrita sin mayores pretensiones académicas, presenta una bibliografía actualizada, una serie de referencias doctrinarias que de igual modo amplían el alcance del libro, pero por sobre todo, la visión realista de un derecho penal que a la luz de la Constitución, de los tratados sobre derechos humanos y de las normas rectoras de la legislación penal, día a día debe ser minimizado.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

Código Civil		Código de Procedimiento Penal	
Art.	Pág.	Art.	Pág.
27	507, 508	144	491
29	335	167	54, 324
1101	339	176	54, 492
1494	273	177	492
1527	274	178	54
1902	339	179	54
2246	184, 185	183	54
2341	273, 526	191	492
		195	52
		197	492
		206	493
		209	52, 54
		210	52, 53, 54, 493, 518
		215	525, 529
		218	52
		226	110, 493, 516, 517
		229	228
		230	228
		231	52
		235	228, 241, 244
		242	324
		244	324
		245	324
		254	117
		264	514
		276	117
		300	514
		305	34, 122, 128, 510, 516
		306	499
		316	494
		335	225
		339	480
		344	35
		352	494
		360	117
		364	113
		378	480
		391	495
		404	495
		414	504, 505, 506
		418	492, 495
		422	495
		438	495
		439	116, 117, 495, 496, 504, 505, 507
		441	504, 505, 506, 507, 508
		467	52, 510
<i>Código de Procedimiento Civil</i>			
321	54		
<i>Código de Procedimiento Penal</i>			
1	128		
2	73, 118		
11	116		
13	412		
14	22, 124, 128, 514		
16	116		
26	526		
31	490, 494		
32	490		
38	118		
53	413		
68	51, 53, 499		
69	51, 53		
70	51, 52, 53, 54, 514		
71	51, 53, 54		
72	52		
73	52		
81	274		
82	278		
83	278		
84	491, 514		
85	22, 491		
93	491		
97	510		
114	491		
122	57		
130	35		
134	44		
135	45		
137	38		
138	46		

Art.	Pág.	Art.	Pág.
471	121, 511	168	124
472	496	171	23
473	497	233	76
474	497	483	24
476	497		
480	497		
483	497		
485	497		
486	122, 123, 499, 510	3	11, 525, 530
487	498	4	525, 530
488	499, 509, 510, 511	5	525
489	499	11	233
501	122, 123, 498, 509, 510, 515, 516	12	17, 118, 261, 266, 277, 505
502	498	14	124
504	499	17	479
505	499	22	118, 512, 513
506	499	26	412
507	499	29	529
508	499	36	524
509	499	40	519, 528, 529
510	499	44	22
511	499	46	525
512	499	52	265, 526
513	499	60	22
514	499	61	18, 21
515	499	64	18, 20, 23, 28, 110, 111
516	499	66	18, 19, 20, 23
517	499	68	504, 505, 506, 525
518	499	69	526
519	499	76	18
520	499	79	278
521	499	80	278
522	499	92	265, 272
523	499	103	118, 399, 526
524	499	106	413
525	499	107	111, 413
526	499	110	475
527	499	125	390, 484
528	499	126	390, 484
529	499	127	484
530	499	134	187
531	499	139	186, 496
532	499	163	122
533	123, 284, 499, 510	183	398, 401
534	499	187	395
535	52, 493, 498	229	531
646	498	230	531
659	480	236	518, 519, 525, 528, 529, 530
660	479	237	519, 528, 530
		268	391, 392, 396, 398, 401
		269	391, 392, 396, 398, 401
		270	22, 23, 396
		272	124, 504, 505, 506
		276	399, 400, 401
		306	22

Código Penal

Art.	Pág.	Núm. Año	Pág.
310	22, 23	1817 1964	470
323	496, 512	2351 1965	269
324	22, 23, 496	432 1969	488
330	490	409 1971	23, 24, 124
341	490	753 1972	520
349	19, 110	755 1972	519
350	19, 21, 22, 23, 110, 399, 531	1190 1978	520
351	19, 21, 22, 110, 531	1923 1978	100
356	21	2450 1979	271
359	22, 23	222 1983	487
370	504	1038 1984	100, 253, 255, 278, 475, 477, 478, 480
372	19, 22, 23, 531	481, 484, 485, 486, 488, 489	
373	23	1853 1985	35, 137
374	109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118	3664 1986	110
		50 1987	22, 50, 51, 82, 124, 283, 393, 480
		53 1987	40
		1631 1987	263
		180 1988	100, 132, 253, 254, 255, 256, 260
36	22, 23	261, 262, 263, 264, 266, 268, 274	
38	22, 23	276, 278, 387, 389, 390, 391, 392	
151	183	394, 395, 396, 397, 398, 399, 400	
152	183	401, 402, 403, 481	
153	183		
261	389	181 1988	397
429	112	474 1988	253, 254, 255, 263, 264, 390, 391
		392, 393, 397, 398, 401, 402, 489	
		1582 1988	50
		2490 1988	253, 255, 257, 260, 262, 263, 264
			266, 271, 275, 277
14	260, 264, 265, 266, 271, 277	815 1989	276
15	265	1855 1989	486
16	260, 262, 265, 266, 277, 530	1856 1989	478
20	262	1857 1989	484
24	36	1858 1989	485
26	233, 260, 475, 510, 518	1859 1989	480
28	260, 475	1861 1989	490, 509
29	264	1863 1989	481
30	262, 475	1893 1989	477
37	272, 273	1894 1989	488
76	262	1895 1989	485
97	271	1896 1989	481
119	264	1966 1989	489
121	253, 256, 258, 259, 264, 268, 269, 270		
	272, 396, 398, 412, 475, 477, 478, 480		
	481, 484, 485, 486, 488, 489, 493		
122	269		
164	263		
170	67		

Código Penal de 1936

Constitución Nacional

Decretos

Leyes

ÍNDICE DE MATERIAS

—A—

Abuso de poder y criminalidad: 85-101.
Abvocatus: 30.
Acumulación de procesos: 226.
Agente
 (personalidad del): 24-28;
 y pena: 24.
Asalto al Palacio de Justicia: 101.

—B—

Bienes
 jurídicos
 colectivos: 176-178;
 y delitos de peligro: 167-182;
 (ocupación de los): 475-476;
 (registro de los): 481.

—C—

“Cacería de brujas”: 235.
Cárcel
 como violencia institucional: 450;
 humanitaria (oración por la): 459-466;
 (violencia de la pena y): 450;
 y mercado de trabajo: 450.
Causalidad
 (acción de): 426-427;
 adecuada: 427-428.
Cesación de procedimiento
 en delito culposo: 490;
 (modificación del Código de Procedimiento
 Penal a): 490;
 por indemnización integral: 490.
Código (s)
 de Procedimiento Penal (modificaciones al
 ampliación y cambio de competencia: 498;
 audiencias: 490;
 cesación de procedimiento: 490;
 competencia: 491;
 conciliación: 490;
 conflictos de jurisdicción: 499;
 continuación de la instrucción: 491;
 desistimiento: 490-491;
 libertad: 496;
 medidas de aseguramiento: 495;
 notificaciones: 492;
 providencias: 492-493;
 suspensión del juicio: 491;

procesales
 latinoamericanos: 61;
 liberales: 61.
Competencia en decomiso de bienes: 477-478.
Conciliación
 en delito de querrela: 490;
 y desistimiento: 490.
Condena de ejecución condicional
 (comentarios a la): 507-508;
 y legislación de emergencia: 480-481;
 y prohibición de excarcelación: 503-508.
Conflictos sociales
 y negatividad social: 454-457;
 y violencia estructural: 454.
Consulta (grado jurisdiccional de la)
 y competencia: 50-54;
 y procedencia: 54-57.
Contraindicios: 231, 232, 245-249.
Control
 de constitucionalidad
 (estado de sitio y): 488;
 (ordén público y): 488;
 de legalidad
 (auto de): 509-517;
 (comentario al): 515-517;
 en procedimiento ordinario: 509-517;
 penal
 (criminología y): 89;
 (formas del): 448-449;
 (personas y): 448;
 reactivo: 448;
 (sociología del): 89;
 (violencia y): 448;
 y el sujeto: 449;
 y función de la pena: 449;
 social
 (abolicionismo y): 344-345;
 (bases del): 454;
 como cuestión política: 344;
 (consideraciones acerca del): 353-363;
 (criminología y): 89;
 (resumen del): 363-364;
 (teoría crítica del): 89;
 y conjunto desestructurador: 345-346;
 y desmitificación: 350-353;
 y la realidad: 347-350.
Convención
 contra el narcotráfico: 191-222;
 de las Naciones Unidas: 191-222.
Criminalidad (abuso de poder y) en América Latina: 85.

Criminología
crítica
(contenido de la): 454;
(noción de la): 453;
y la violencia: 452;
latinoamericana
(contenido de la): 88;
(derechos humanos y): 88-89;
(pensamiento crítico de la): 89;
("ruptura" en): 89-90;
y control penal: 89;
y control social: 89.
Cuestión criminal
(pensamiento criminológico y): 85-86;
(sistema penal y): 85.
Culpabilidad y responsabilidad penal: 13.

—D—

Daño (bien jurídico y): 12.
Debido proceso: 63.
Decisiones fundamentales: 78-79.
Declaración de los Derechos del Hombre: 308-311.
Decomiso
(competencia en): 476, 477-478;
(legislación sobre): 475-476;
(procedimiento en): 477-478.
Defensa
(incompatibilidad de la): 44;
(inviolabilidad de la): 42-43;
material: 37-39;
técnica: 38-39.
Defensor
(deontología del): 33-34;
(fiscalización judicial del): 45-47;
(misión del): 29-34;
(nombramiento del): 34-36;
(obligación del): 33;
principal: 44-45;
(significado del): 36-37;
suplente: 44, 45;
(verdad material del): 33;
(vigencia del): 34, 35, 36;
y defensa
material: 37-38;
pública: 39-42;
técnica: 37, 38;
y la administración de justicia: 31;
y proceso penal: 32.
Defensoría pública: 39-42.
Delito (s)
de lesión (definición de): 167;
de peligro
abstracto: 171-174;
concreto: 171-174, 175;
(definición de): 167;
(doctrina sobre): 171;
(dolo y): 168;

explícito: 175;
general: 175;
hipotético: 175-176;
(naturaleza de los): 169;
(teoría objetiva de los): 169-170;
(teoría subjetiva de los): 169;
y bienes jurídicos colectivos: 167-182;
y tipo subjetivo: 180;
ecológico: 180-181;
político
(criminalización exacerbada del): 276;
y prisión perpetua: 276;
represivos: 87.
Democracia
(América Latina y): 93-101;
(búsqueda de la): 93;
(derechos humanos y): 92-103;
(tránsito a la): 94-97.
Derecho
a la condena de ejecución condicional: 503-508;
de castigar: 157;
de defensa
(abogado de oficio y): 62;
(debido proceso y): 64;
(defensa de oficio y): 65;
(igualdad de las partes y): 62;
(incomunicación y): 64-65;
y seguridad nacional: 62;
penal
(estado de sitio y): 275;
(filosofía del): 292-293;
liberal: 323-326;
objetivo: 292;
(Revolución Francesa y): 291-311;
subjetivo: 292;
"terrorista": 275;
(protección del) y pena: 159-162.
Derechos humanos
(cárcel y): 450;
(Código de Procedimiento Penal y): 73;
(condiciones de vida y): 445-446;
(contenido de los): 445;
(criminología latinoamericana y): 88-89;
(crisis en Colombia por los): 99-101;
(democracia y): 92-101;
económico-sociales: 447;
en América Latina: 83-103;
(la droga y los): 453;
("nuevo autoritarismo" y): 91-92;
penitenciarios (movimiento de los): 462;
personalísimos: 447;
(reformas democráticas y los): 74;
(satisfacción de las necesidades y): 445;
(sistema penal y): 451;
y control alternativo: 453;
y necesidades reales: 443-445;
y violencia
estructural: 452-453;

institucional: 452-453;
penal: 452, 453.
Descriminación
de facto: 327;
regular: 327.
Desigualdad social
(cárcel y): 450, 451;
(legitimación de la): 451.
Desistimiento
(legislación de emergencia y el): 490;
(modificación al): 490-491.
Despido sin justa causa: 226.
Detención preventiva: 71-72.
Dinero
como objeto material: 184, 185, 186-188;
en el peculado: 183-188.
Discurso jurídico del olvido: 96.
Disminución de riesgo
(imputación objetiva y): 430;
(objeciones a la): 430-431.
Doctrina de la "seguridad nacional"
y "enemigo interno": 451;
y relaciones sociales: 451.
Dogmática
de la determinación de la pena: 9;
del delito: 9.
—E—
Ejecutivo
(prisión perpetua y el): 256-261;
y estado de sitio: 261-264;
y legislación penal: 261-263.
Enriquecimiento ilícito
(narcotráfico y): 485-486;
(orden público y): 485-486.
Escuadrones de la muerte
(Colombia y los): 99;
(fuerzas armadas y los): 90;
(latinoamérica y los): 90.
Espantosos juristas: 317.
Estado (s)
autoritario
(modelo político-criminal y): 61;
(proceso liberal y): 61;
de derecho: 63;
de excepción
(juez natural y): 66;
y justicia penal militar: 67;
de sitio
(control de constitucionalidad y): 488;
(legislación penal y): 261-264;
(prisión perpetua y): 256-261;
democrático
de derecho: 322-323;
(legitimación política del): 313-327;
y sistema jurídico-penal: 313-327;
generales y Beccaria: 297;

(modelo amigo-enemigo del): 314-315;
(terrorismo de): 90-91;
(violencia del)
(legitimación y): 313-314;
y política: 317-318;
y autoritarismo
de derecha: 315-317;
de izquierda: 317-318.
Ética
de la responsabilidad: 326-327;
del credo: 326, 327.
Excarcelación (prohibición de)
(excepción a la): 503-508;
y condena condicional: 503-508.
Extradición por vía gubernamental: 478-480.

—F—

Filosofía penal: 292, 293.
Fondo de seguridad
(orden público y): 486-487;
(rama jurisdiccional y): 486-487.

—G—

Grado de culpabilidad: 20-21.
Gravedad
como criterio para medir la pena: 20;
intrínseca del injusto: 19-20;
y modalidades: 19.
Grupos de "autodefensa": 276.

—H—

Habeas corpus: 63.
Hecho punible
(dosimetría y): 18, 19;
(gravedad del) 18-20.

—I—

Igualdad ante la ley
(delincuencia de "cuello blanco" y la): 64;
(mito de la): 64.
Iluminismo
(autores del): 294-298;
("De los delitos y las penas" y el): 292;
de Milán a Francia: 299-304.
Impunidad (jurado de conciencia e): 285, 286.
Imputación objetiva
(aumento del riesgo permitido en): 432-433;
(creación de riesgo relevante en): 431-432;
(criterios de): 430-435;
del resultado: 436;
(disminución de riesgo en): 430;
(esfera de protección de la norma e): 433-435;
(precedentes de la): 425-430;
(principio general de la): 430;

Imputación objetiva (Cont.)
(puntos discutibles de la): 436-438;
y dolo: 431;
y relación causal: 436;
y teoría de la relevancia: 428, 429.

Incomunicación
de personas: 480-481;
(retención e): 480-481.

Inconstitucionalidad
de la prisión perpetua: 253-278;
y normas transitorias: 253.

Indicio (s)
(criterio positivista de los): 75-76;
(definición de): 228;
de inocencia: 231-232;
(prueba de): 228;
(requisitos del): 228-229;
(valoración de los): 75-77.

In dubio pro reo: 74.

Inocencia
(indicios de): 231-232, 245-249;
y contraindicios: 231, 232, 245-249.

Ius
poenale: 292;
puniendi: 151, 292.

Iusnaturalismo
penal
(América Latina y): 90;
(criminología y): 90;
racionalista
de Carrara: 150-156;
(fundamentos del): 151-154.

—J—

Juez natural: 550, 51;
(Constitución y): 65;
(iusnaturalismo y): 66;
y estado de excepción: 66;
y justicia penal militar: 66.

Juicios
de Dios: 293;
(formas propias de los): 67-70.

Jurado de conciencia
(afirmación o negación del): 283;
(amenazas al): 285;
como "chivo expiatorio": 278;
(contraevidencia y): 287;
(conveniencia del): 288;
(desaparición del): 283-288;
(establecimiento del): 285;
(fundamento de exigibilidad y): 286;
(impunidad y): 285, 286;
(manipulación del): 278.

Justicia
de propia mano: 50;
(militarización de la) y estado de excepción: 66;
penal
e inmunidad: 448;
militar (jurisprudencia de la): 67;
(selectividad de la): 448;
social: 446.

—L—

Legislación penal
por el ejecutivo: 261-263;
y estado de sitio: 261-264.

Ley procesal
en el tiempo: 68-69;
(irretroactividad y): 68;
(ultractividad y): 68, 69;
y ritualidad del proceso: 68-69.

Libertad
(derecho a la): 11;
y ley: 11.

Lucha de clases: 227.

—M—

Ministerio público
(carácter político del): 80-81;
(Código de Procedimiento y): 82;
(control del control y): 82;
("cuello blanco" y): 80;
en Argentina: 80;
en Colombia: 80;
en México: 79, 80, 81;
(funciones del): 81, 82;
(independencia del): 79, 81;
y Chile: 79, 81.

Modelo político-criminal (estado autoritario y): 61.

—N—

Naciones Unidas
(comisión de estupefacientes en las): 193;
(convención contra el narcotráfico en las): 191-222;
(convenio sobre sicotrópicos en las): 193.

Narcotráfico
(actividad internacional del): 191;
(convención contra el): 191-222;
(decomiso y): 475-476;
(enriquecimiento ilícito y): 485-486;
(extradición por vía gubernamental y): 478-480;
(ocupación de bienes y): 475-476;

(testaferro del): 476;
y condena de ejecución condicional: 480-481.

Nuevo autoritarismo
(derechos humanos y): 91-92;
(fascismo y): 92.

Nulla poena sine lege certa: 10.

Nullum crimen sine lege: 155.

—O—

"Obediencia debida": 96.

Objeto material
(dinero como): 183, 184, 186-188;
y peculado: 183-188.

Ocupación de bienes
del narcotráfico: 475-476;
(legislación y): 475-476.

Orden público
(control automático de constitucionalidad y): 488;
(control de pistas de aterrizaje y): 481-484;
(incomunicación de personas y): 480-481;
(legislación sobre)
(amenazas a familiares y): 394, 395-396;
(delito de secuestro y): 391-392;
(homicidio con fines terroristas y): 392;
(porte de armas por rebeldes y): 389-390;
(secuestro y): 396-403;
(terrorismo y delitos políticos y): 387-389;
(terrorismo y violencia y): 389;
(rebelión y sedición y): 484;
y enriquecimiento ilícito: 485-486;
y fondo de seguridad: 486-487;
y registro
de bienes: 481;
de personas: 481;
y retención de personas: 480-481.

—P—

Palacio de Justicia
(asalto al): 101;
(poder militar y): 101.

Patrimonio económico (delitos contra el): 109-113.

Peculado
(dinero como objeto material del): 183-188;
(intención del sujeto activo del): 185-186;
por apropiación: 183;
por uso indebido: 183;
y aprovechamiento temporal: 184.

Peligro
(delitos de): 167-182;
(medio ambiente y): 179;
(pruebas del): 179.

Pena
(agravantes en la): 18, 23-24;
anticipada: 450;
(atenuantes en la): 18, 23-24;
básica: 17-18;

como preventivo especial: 17;
(prohibición de incrementar la): 18;
(carácter político de la): 15-17;
(circunstancias en la): 21, 22-23;
como protección del derecho: 159-162;
como violencia institucional: 449-450;
(conclusiones de la): 28;
criterios dosimétricos (gravedad del hecho punible y): 18-20;
de muerte
(acerca de la): 143-145;
(para qué sirve la): 143;
(peligros de la): 145;
(determinación judicial de la)
en la ley: 9;
y seguridad jurídica: 10;
en Carrara
(definición de la): 156;
(fin de la): 157;
(origen de la): 156;
y doctrina: 162-165;
en Colombia: 17-18;
(función de la): 449;
(indeterminación y): 12, 13;
(legalidad y): 12;
(rebaja de la) por restitución: 115;
(teorías de la)
con carácter preventivo: 14-15;
con carácter retributivo: 13-14;
en Carrara: 149-165;
(unión de los fundamentos y): 15;
y principio de legalidad: 10;
y prohibición de indeterminación: 12-13.

Persona (s)
(incomunicación de): 480-481;
(registro de): 481;
(retención de): 480-481.

Personalidad
del agente: 24-28;
(reincidencia y): 25;
y medio circundante: 25.

Pistas de aterrizaje
(control de las): 481-484;
(orden público y): 481-484.

Poder
(abuso del): 85, 87-88;
económico (abuso del): 87;
(mafia siciliana y): 86;
militar (palacio de justicia y): 101;
político
(fuerzas armadas y): 92;
y derechos humanos: 83-103;
y función punitiva: 293;
y pensamiento criminológico: 86-88;
(status social y): 86.

Postulados de Beccaria
(origen de la función punitiva y): 293;
(pena proporcionada y): 294;

Postulados de Beccaria (Cont.)
(prevención del delito y): 294;
(prohibición de tortura y): 294;
(rechazo a pruebas secretas y): 294;
(reparación de poderes en): 294;
y delito prescrito en la ley: 294;
y Derechos del Hombre: 293-294;
y pena de muerte: 294.

Principio (s)
de humanidad: 72-74;
de la unidad procesal: 121-128;
de legalidad procesal (debido proceso y): 63;
del *favor rei*: 74-75;
de presunción de inocencia: 70-72;
garantistas: 62;
(pena y)
de culpabilidad: 12-13;
de legalidad: 10;
de lesividad: 12.

Prisión perpetua
(estado de sitio y): 256-261;
(inconstitucionalidad de la): 253-278.

Procedimiento (s)
abreviados
y clase social: 69;
y garantías procesales: 69;
y narcotráfico: 70;
en ocupación de bienes: 475-476;
ex post facto
(consejo verbal de guerra y): 68;
y principio de legalidad: 68;
(ocupación de bienes y): 477-478;
ordinario (control de legalidad en): 509-517;
para decomiso de bienes: 477-478.

Proceso (s)
acumulación de): 226;
de calumnia: 226.

Proselitismo armado
(candidatos y): 485;
(orden público y): 485.

Protección jurídica del concebido
caso Contergan: 338-339;
como paciente: 332-333, 335-336;
y aborto
culposos: 336-337;
eugenésico: 334-335;
y adelantos científicos: 329;
y anomalías fetales: 330-331, 334;
y derecho al aborto: 329;
y diagnóstico prenatal: 331-332, 339;
y la genética: 330.

Prueba
indiciaria
(análisis de la): 237-245;
(apreciación judicial de la): 229-230;
(el *a quo* y la): 233;
(peligros de la): 230-231;
(requisitos de la): 228-229;

(valoración de la): 225-249;
plena del hecho indicador: 228;
(valoración de la): 75-77.
"Punto final": 96.

—Q—

Querrela en delito de calumnia: 226.

—R—

Rebaja de la pena (arrepentimiento y): 115-116.

Rebelión
(orden público y): 484;
y sedición: 484.

Registro
de bienes: 481;
de personas: 481.

Responsabilidad (ética de la): 326-327.

Restitución por equivalencia: 115.

Retención
de personas: 480-481;
e incomunicación: 480-481.

Revolución Francesa y derecho penal: 291-311.

Riesgo
(aumento permitido del): 432-433;
(creación de): 431-432;
(disminución de): 430-431.

—S—

"Sálvase quien pueda": 235.

Sedición
(orden público y): 484;
(rebelión y): 484.

Sistema penal
(degeneración del): 452;
(efectos del)
en el individuo: 449;
en la sociedad: 449;
(legitimación del): 326-327;
y derechos humanos: 451;
y el modelo amigo-enemigo: 318-322;
y la ecología: 453;
y legislación "antiterrorista": 451.

Sistemas punitivos
en Colombia
(características de los): 372-383;
(conquista española y): 370-371;
y capitalismo: 371-372;
y libertad: 371;
y sistemas de producción: 367-370;
(violencia institucional y): 449-452.

—T—

Teoría
(crítica del control social de la): 89;

de la acción causal
(correctivos a la): 427;
(críticas a la): 426-427;
(definición de la): 426;
(equivalencia de las condiciones y): 426;
y correctivo de la culpabilidad: 427;
y prohibición de retroceso: 427;

de la causalidad adecuada
(crítica a la): 428;
y conocimiento nomológico: 427-428;
y conocimiento ontológico: 427;

de la imputación objetiva
(desarrollo de la): 429;
(elementos de la): 429-430;
de la pena: 159-162;
de la relevancia en la causalidad: 428-429;
del derecho penal mínimo: 452;
(delitos de peligro y)
objetiva: 169-170;
subjettiva: 169.

Tercero incidental: 57.

Testaferro del narcotráfico: 476.

Testimonio extrajudicial
(desprestigio del): 77-79;
(tortura y): 77.

Tipo legal
(funciones del): 425;
(subsunción al): 425.

Tribunal superior de orden público
(seguridades al): 489-490;
(trámite de procesos al): 489-490.

—U—

Usurpación de marcas y patentes: 518-531.

—V—

Vía gubernamental (extradición por)
en delitos conexos: 478-480;
en narcotráfico: 478-480.

Violencia
de grupo: 446;
de la pena y cárcel: 450;
(derechos humanos y)
estructural: 452-453;
penal: 452, 453;
estructural
(definición de): 446;
(derechos humanos y): 446;
y conflictos sociales: 454;
y sistema social: 447, 448;
(factores de la): 276;
individual: 446;
institucional
(cárcel y): 461;
(sistema punitivo y): 449-452;
y conflicto social: 447;
y pena anticipada: 450;
internacional: 446, 447;
(prisión perpetua y): 276;
(respuesta penal ante la): 448;
sexual: 453;
y control alternativo: 453-454;
y sistema criminal: 447, 448.

Visita carcelaria
conyugal: 468-470, 471-472;
(reglamentación humanitaria de la): 466;
requisa
ecográfica: 467-468;
vaginal: 463-465;
y oración humanitaria: 459, 466.

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres de Nomos Impresores, Bogotá,
el día 12 de marzo de 1990.

LABORE ET CONSTANTIA