

# NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR

Coordinador

Lehigh Prof. Ambos

## EDITORIAL

John Howard: 1790 - 1990  
Nódiel Agudelo Betancur.

50

## DERECHO PENAL

Problemas principales y tendencias  
actuales de la teoría de la culpabilidad.

Walter Perron.

En favor del principio de culpabilidad: un punto  
de vista personal.

Francisco Valbuena.

## CRIMINOLOGÍA

La criminología de América Latina y su objeto de estudio.  
Rosa del Olmo.

Sicariato y criminalidad en Colombia: perspectivas y realidades  
Olga Lucía Gaitán G.

## FORO HISTÓRICO

Decreto 180 de 1988: bien jurídico tutelado y evolución  
jurisprudencial.

Carlos Augusto Gálvez Argote.

## DEBATES

La constituyente y el proceso penal (toma de posición  
en un debate).

Álvaro Vargas.

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Secuestro con fines  
terroristas.

Comentario de Sandra Cristina Mora S.

TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA: Inculpabilidad por  
error de prohibición directo.

Comentario de Fernando Velásquez V.

CO/XIV  
F/Z

2345

TUBRE • NOVIEMBRE • DICIEMBRE

## 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  
1990

A. A. 53006 Medellín

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

Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

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

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

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

# ÍNDICE GENERAL

## EDITORIAL

|  | PÁG. |
|--|------|
| John Howard, 1790-1990. Nódier Agudelo B. .... | 447  |

## DERECHO PENAL

|   |     |
|---|-----|
| Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad.<br>Walter Perron ..... | 453 |
| En favor del principio de culpabilidad: un punto de vista personal. Francisco<br>Valbuena .....     | 465 |

## CRIMINOLOGÍA

|  |            |
|--|------------|
| La criminología de América Latina y su objeto de estudio. Rosa del Olmo<br>Sicariato y criminalidad en Colombia: perspectivas y realidades. Olga Lucía<br>Gaitán G. .... | 483<br>499 |
|--|------------|

## FORO HISTÓRICO

|  |     |
|--|-----|
| Decreto 180 de 1988: bien jurídico tutelado y evolución jurisprudencial. Dr.<br>Carlos Augusto Gálvez Argote ..... | 515 |
|--|-----|

## DEBATES

|  |     |
|--|-----|
| La constituyente y el proceso penal. Toma de posición en un debate. Álvaro<br>Vargas ..... | 535 |
|--|-----|

## JURISPRUDENCIA

|   |     |
|---|-----|
| CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Secuestro con fines terroristas. Dr. Édgar<br>Saavedra Rojas .....             | 543 |
| Comentario: Sandra Cristina Mora Soto .....   | 559 |
| TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA. Inculpabilidad por error de prohibición<br>directo. Dr. Yesid Ramírez B. .... | 561 |
| Comentario: Fernando Velásquez V. ....  | 563 |

## BIBLIOGRAFÍA

## John Howard, 1790-1990

*Quienquiera que seas, estás ante un amigo*, se leía en un sencillo monumento en Kherson, Crimea. Indicaba el fenecimiento físico, allí en ese lejano pueblo, de un hombre que había muerto en su ley: por auxiliar a los presidiarios víctimas de fiebre carcelaria (tifus exantemático) contrajo, él mismo, la epidemia maligna.

Me refiero a JOHN HOWARD a quien se considera como el adalid de las reformas de las prisiones en la época moderna. Dos ciudades (Lower Clapton y Enfield, en Inglaterra), se disputan su nacimiento, acaecido el 2 de septiembre de 1726. Siempre fue golpeado por la fatalidad: siendo muy niño perdió a su madre, y siendo muy joven perdió a su padre; contrajo matrimonio, pero su amada también partió muy pronto "para el viaje de donde no se vuelve". En 1756, con motivo de un viaje que hizo a Lisboa, su barco fue atacado por piratas franceses; hecho prisionero, conoció la agonía de las mazmorras.

De regreso a Inglaterra, el 20 de mayo de 1756, fue nombrado miembro de la Royal Society y en 1773 se le dió el cargo de High Sheriff de Bedfordshire. A pesar de ser un cargo más o menos honorífico, pues las responsabilidades las cumplía un subalterno, se apersonó de las funciones que le correspondían: así comenzó su empeño de reforma de las prisiones, lo que sería el sentido de su vida.

En el empeño de reformar las prisiones de su país, hizo varios viajes al continente con el fin de visitar establecimientos penitenciarios: recorrió la "geografía del dolor" como dijo BERNARDO DE QUIRÓS. Fruto de sus observaciones fue su obra inmortal: *The State of Prisons*, publicada en 1777.

Después de criticar el horror de las prisiones, fija las siguientes bases para remediar los males: 1. Higiene y alimentación; 2. Disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados; 3. Educación moral y religiosa; 4. Trabajo. Sistema celular dulcificado.

Se trata de una serie de descripciones y de recomendaciones en orden a la humanización o mejoramiento del estado de las prisiones y no de grandes disquisiciones teóricas sobre la pena. Por esto, bien podemos estar de acuerdo con LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, cuando dice "no era un hombre de ciencia, versado en estudios filosóficos sobre el fin de la pena. Fue un hombre de sentimientos humanitarios.

Lo anterior basta para que merezca nuestro reconocimiento y nuestro recuerdo, cuando se conmemora el segundo centenario de su muerte, acaecida en Crimea, víctima de fiebre carcelaria el 20 de enero de 1990.

La Revista *Nuevo Foro Penal* no podía permanecer muda ante el recuerdo de quien dedicó su vida a tan noble misión, máxime cuando sus ideas, al menos en cuanto dicen relación a la crítica, permanecen vivas y son tan actuales ahora, como lo fueron en su tiempo. Si tenemos razón o no, lo dirá cada cual mirando nuestra realidad: *el que tenga pensamiento que discurra...*<sup>1</sup>.

## Nuevo Foro Penal, 12 años

Legamos al número 50, después de 12 años de labor. Y miramos hacia atrás, cuando el primer número era presentado como una ventana abierta al amplio campo de la discusión de ideas; en este sentido la Revista ha cumplido: por su intermedio se han expresado un gran número de personas de los más variados modos de pensar, sin hegemonismos ni mesianismos excluyentes: el pluralismo ideológico ha sido una de las características de esta publicación. Con esta perspectiva se ha ido perfilando a su alrededor un grupo amplio de pensadores en gran medida coincidentes en la forma de apreciar los fenómenos sociales y el fenómeno del derecho penal en particular: no se trata de bloques monolíticos sino de gamas y matices, expresados con tolerancia y respeto para el que piense en contrario.

De otra parte, la Revista ha permanecido fiel a su origen: nació en el ambiente universitario, precisamente con estudiantes. Y ellos han estado siempre vinculados, en proceso de formación, aportando a la publicación los bríos de la juventud, a veces de manera irreverente pero constructiva.

Existe ya, en suma, un equipo sólido de apoyo, unido por una comunidad de ideas y pertrechado con una buena experiencia en el manejo administrativo de la Revista. De tal forma que entiendo pertinente mi retiro de la Dirección y así se lo he manifestado al equipo de trabajo que durante tantos años me ha acompañado. En estas cosas nadie ha de considerarse necesario, como nunca me lo he creído en ningún lugar o actividad: lo que importa son las ideas y el que existan personas que puedan continuar impulsándolas. Mi mayor satisfacción será el que esta Revista,

<sup>1</sup> Del autor puede verse: *The state of the prisons*, London, J. M. Dent y Sons Ltd., 1929, con nota preliminar de KENNETH RUCK; en relación con él, puede verse la biografía *John Howard: Prison Reformer*, por D. L. HOWARD, New York, 1963; J. CARLOS GARCÍA BASALO, "John Howard, el peregrino de la reforma carcelaria en España", en *Revista Penal y Penitenciaria*, año XLVI, enero-diciembre de 1981, núms. 179-182; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1960, t. III, págs. 221 y ss.

que muchas veces me ha quitado el sueño tranquilo, pueda subsistir sin mi concurso, al menos inmediato, en el papel de la Dirección.

En esta forma culmina un proceso, no siempre bien entendido, que desde hace algún tiempo comenzó en esta publicación: el de la rotación de los cargos de responsabilidad en los niveles de Dirección y Coordinación. Por otra parte, también creo conveniente que, en principio, la Dirección y la Coordinación estén en la ciudad de Medellín en donde se encuentra el grueso equipo de trabajo. Esto me parece razonable.

Quiero agradecer a todos los que de una u otra manera han contribuido con sus aportes a la subsistencia de la Revista. Pero de manera muy particular quiero destacar la ayuda y el apoyo encontrado en quienes han estado o están en el Consejo de Dirección y de modo especial en las siguientes personas: en el Profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien por mucho trecho estuvo conmigo en esta dura brega académica; TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ, durante varios números Coordinadora. Finalmente, lo cual de ninguna manera quiere decir en último lugar, a FERNANDO VELÁSQUEZ, mi discípulo, lo mismo que JUAN OBERTO SOTOMAYOR: sin sus desvelos NUEVO FORO PENAL no sería hoy una realidad. Como tampoco sería posible sin el concurso de la Editorial Temis, encarnando el esfuerzo el Dr. Erwin Guerrero.

Finalmente, un deseo para los que quedan ahora con la responsabilidad de supervivencia de NUEVO FORO PENAL: que hagan suyo el mensaje del adagio oriental: *camina lento, sin hacer ruido en la hojarasca, pero pisa tan firme que otros puedan seguir tus huellas.*

Bogotá, diciembre de 1990.

NÓDIER AGUDELO B.

**DIRECCION PENAL**

# Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad \*

Walter Perron \*\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de "culpabilidad" es utilizado muy a menudo en el lenguaje cotidiano alemán. Sin embargo, con este concepto solo coincide el concepto científico en su denominación. El concepto científico de la culpabilidad es un producto artificial de la dogmática penal alemana, la cual desde finales del siglo XIX ordenó los elementos del hecho punible en un determinado sistema que posteriormente fue seguido en otros muchos países, entre ellos España y Latinoamérica. Para una mejor comprensión de los esenciales problemas que presenta la actual discusión sobre la culpabilidad en Alemania se hace necesario partir de una referencia sistemática e histórica, para pasar después al estudio de la dogmática general sobre la culpabilidad y finalmente hacer referencia a la especial regulación que la culpabilidad presenta en el Código Penal alemán.

## 2. NOTA PRELIMINAR SISTEMÁTICA

Desde VON LISZT y BELING se ha impuesto en la doctrina científica alemana, y poco después en la jurisprudencia, el criterio de clasificar los elementos del delito en tres categorías: *tipicidad*, *antijuricidad*

\* Traducción por Juan Muñoz Sánchez, ayudante de Derecho penal de la Universidad de Málaga, España.

\*\* Colaborador científico del Instituto Max Planck para derecho penal extranjero e internacional, Freiburg i. Br., Alemania.

y culpabilidad<sup>1</sup>. Dejando a un lado la discusión sobre la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad<sup>2</sup>, hoy domina la opinión de que los tipos delictivos son en esencia solo la concreción de la antijuridicidad, así que finalmente la diferenciación decisiva en la valoración de los delitos está situada entre las categorías de antijuridicidad y de culpabilidad<sup>3</sup>. Por ello los concretos presupuestos legales del hecho punible se dividen entre los que determinan la antijuridicidad (tipos y causas de justificación) y los que determinan la culpabilidad (causas de exclusión de la culpabilidad —anteriormente también dolo e imprudencia—).

El contenido de la culpabilidad está estrechamente ligado con la concepción de la antijuridicidad y no puede determinarse en absoluto sin una exacta consideración de esta. La antijuridicidad muestra una acción como contraria a una norma legal de comportamiento e implica un juicio desvalorativo sobre la acción como tal, mientras que la culpabilidad decide si la acción antijurídica puede ser reprochable al autor y, por consiguiente, implica un juicio desvalorativo sobre el autor<sup>4</sup>. Esta separación de la valoración del hecho delictivo tiene un doble fundamento. Primero, la valoración de una acción como antijurídica significa que esta ha infringido una norma de prohibición o de mandato. La culpabilidad, separada de la antijuridicidad, contiene así una especial valoración de infracción de una norma ya constatada. En segundo lugar, la diferenciación se basa en que algunas partes de una acción pueden ser desligadas de su autor, es decir, objetivadas, mientras que otras partes deben ser consideradas siempre en conexión con la persona del autor y por eso deben permanecer subjetivas. La antijuridicidad valora una parte objetiva de la acción como incompatible con las normas legales de comportamiento, en tanto que la culpabilidad valora otra parte subjetiva de la acción, si la concreta persona del autor puede ser responsable de la acción antijurídica.

Pero hay que señalar que no coincide necesariamente la diferenciación objetiva-subjetiva con la distinción acontecimiento externo —acontecimiento psíquico. Así, por ejemplo, el dolo como parte psíquica del autor, puede ser objeto de una consideración objetiva, es decir independiente de la persona del autor, mientras que, por el contrario, también circunstancias externas del hecho, v. gr. una situación de necesidad, pueden influir determinadamente el proceso de motivación, no separa-

<sup>1</sup> Para el desarrollo histórico-jurídico véase a ESER, en *American Journal of Comparative Law*, 1976, págs. 624 y ss.; y a HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, 1981, págs. 21 y ss.

<sup>2</sup> Véase, p. ej., a JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3ª ed., 1978, págs. 195 y ss.; y a LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 23ª ed., 1988, Vorbem. § 13, núms. 15 y ss.

<sup>3</sup> Véase a LENCKNER (nota 2), Vorbem. § 13, núm. 17, 45. A veces el "tipo" se entiende no solo como "tipo de injusto" sino también como "tipo de delito", que también se refiere a la culpabilidad (vid. LENCKNER, mismo lugar, núm. 45). Esta problemática, sin embargo, aquí se puede dejar al margen.

<sup>4</sup> Véase a BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9ª ed., 1985, págs. 285, 358; a H. J. HIRSCH en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9ª ed., 1974, Vorbem. § 51, núm. 8, a JESCHECK (nota 2), págs. 157, 344; a LENCKNER (nota 2), Vorbem. § 13, núm. 12, 16; y a MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Auflage 1987, pág. 171.

ble de la persona del autor. La discusión sobre la teoría de la culpabilidad trató esencialmente de determinar qué presupuestos de la punibilidad deben ser asignados a la antijuridicidad, y cuáles a la culpabilidad. Superada esta discusión en los últimos años, pasa a un primer plano hoy la determinación de los criterios de valoración de la culpabilidad, es decir, según qué criterios concretos se decide si un autor puede ser responsable personalmente de su hecho antijurídico. Para un mejor entendimiento mostraré primeramente, en líneas generales, el desarrollo histórico en Alemania.

### 3. EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD EN ALEMANIA<sup>5</sup>

El concepto penal de la culpabilidad hoy utilizado, fue desarrollado hacia finales del siglo XIX<sup>6</sup>. Con anterioridad las materias afectadas ya habían sido tratadas en el ámbito general de la "imputación", y también la palabra "culpabilidad" había sido ya utilizada por los autores en aquel tiempo. Pero este concepto solo pudo ser tratado con el rigor sistemático actual, después que RUDOLF VON IHERING separara por primera vez en 1867, en su escrito *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, el injusto "objetivo" de la culpabilidad "subjetiva" y con ello pusiera la base para la moderna teoría del delito<sup>7</sup>.

FRANZ VON LISZT definió posteriormente, en la primera edición de su tratado de 1881, el delito como acción antijurídica, culpable y amenazada con pena por el Estado<sup>8</sup>. En el ámbito de la culpabilidad incluyó la inimputabilidad como "presupuesto de la culpabilidad", y al mismo tiempo las dos "formas de culpabilidad": dolo e imprudencia<sup>9</sup>. El contenido de la culpabilidad se agotaba en la relación psicológica del autor con su hecho antijurídico exigido por el derecho positivo, sin que VON LISZT cuestionara en sí misma la valoración de la ley (concepto psicológico de la culpabilidad). La "culpabilidad" fue entendida primeramente solo como un concepto de orden que sistematizaba el derecho vigente, lo que coincidía con la concepción positivista entonces dominante<sup>10</sup>.

Desde principios del siglo XX comenzó bajo la influencia del neokantismo una "vuelta normativa" en la ciencia del derecho penal<sup>11</sup>, y como consecuencia la culpabilidad no es vista como un simple hecho, únicamente constatado por el juez, sino como una valoración que la ciencia debe discutir (concepto normativo de culpa-

<sup>5</sup> El desarrollo se describe extensivamente en ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagentheorie der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974.

<sup>6</sup> Véase a ACHENBACH (nota 5), págs. 19 y ss.

<sup>7</sup> Véase a VON IHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, págs. 4 y ss.

<sup>8</sup> VON LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1ª ed., 1881, págs. 64 y ss. Véase también a ACHENBACH (nota 5), págs. 38 y ss.; y a HÜNERFELD (nota 1), págs. 24 y ss.

<sup>9</sup> Cf. nota 8, pág. 65.

<sup>10</sup> Véase a ACHENBACH (nota 5), pág. 49.

<sup>11</sup> Véase a ACHENBACH (nota 5), págs. 50 y ss.; y a HÜNERFELD (nota 1), págs. 31 y ss.



bilidad)<sup>12</sup>. Por eso se consigue liberar la imputabilidad del *status* de simple presupuesto de la culpabilidad y se determina como un elemento propio de la culpabilidad. También las causas de exclusión de la culpabilidad, basadas en el principio de inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma (especialmente el estado de necesidad exculpante), recibieron un lugar sistemático independiente en la culpabilidad.

En el tratado de MEZGER, en ese momento muy importante, la culpabilidad fue definida consecuentemente como "conjunto de aquellos presupuestos de la pena, que fundan la reprochabilidad personal de la acción antijurídica frente al autor"<sup>13</sup>. La culpabilidad, en principio, es un determinado presupuesto fáctico en cuya presencia se basa el reproche contra el autor, pero al mismo tiempo también un juicio de valor sobre este presupuesto fáctico. La culpabilidad es reprochabilidad del hecho antijurídico<sup>14</sup>. De los presupuestos legales de la punibilidad MEZGER atribuye a la culpabilidad la imputabilidad, el dolo o la imprudencia, y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad<sup>15</sup>. Todos estos elementos determinan el contenido de la culpabilidad<sup>16</sup>. En oposición a anteriores opiniones, MEZGER también reconoció que la separación "todo lo exterior a la antijuridicidad - todo lo psíquico del autor a la culpabilidad" no podía ser sostenida estrictamente. Así concibió tanto la existencia de elementos psíquicos "subjetivos" en el injusto<sup>17</sup> como también elementos externos "objetivos" en la culpabilidad<sup>18</sup>.

El paso decisivo hacia la construcción de la culpabilidad hoy dominante lo dio finalmente WELZEL. Partiendo de la idea filosófica jurídica de que el derecho debe observar estructuras ontológicamente dadas<sup>19</sup>, desarrolló con base en la doctrina finalista de la acción, un sistema del derecho penal<sup>20</sup>. Toda acción humana es actividad final. Se basa en una dirección final que se desarrolla en dos etapas: la formación y la realización de la voluntad<sup>21</sup>. Las normas de comportamiento jurídicas no pueden estar dirigidas solo a la simple causación, sino también a la actividad final y, por consiguiente, deben ser divididas en formas estructuralmente distintas; por un lado, aquellas que prohíben la inmediata causación final de un resultado lesivo; y por otro lado aquellas que exigen la observación del cuidado

debido, independientemente de la concreta finalidad de la acción<sup>22</sup>. Con ello el dolo y la imprudencia se diferencian no solo mediante distintos procesos psíquicos, sino que más bien requieren también normas objetivas de comportamiento distintas y deben ser consideradas por consiguiente ya en el juicio de la antijuridicidad<sup>23</sup>. El juicio de antijuridicidad abarca el conjunto del proceso de realización de la voluntad, incluido el control psíquico de la acción. Con ello en el juicio de la culpabilidad solo queda el ámbito de la resolución de la voluntad, es decir, el proceso de motivación que ha conducido a la acción antijurídica, dolosa o culposa. WELZEL define la culpabilidad como "reprochabilidad de la resolución de la voluntad"<sup>24</sup>. Reprochable es una acción antijurídica cuando el autor ha podido adoptar, en lugar de la resolución de voluntad antijurídica, una resolución de voluntad conforme a la norma<sup>25</sup>.

Como elementos de la culpabilidad determina WELZEL la imputabilidad, la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, ahora separada del dolo (o formulada de otra forma, la cognoscibilidad de la norma de prohibición), y la falta de especiales situaciones de necesidad, los cuales hacen inexigible una resolución de la voluntad conforme a la norma<sup>26</sup>. Una importante consecuencia de este sistema es que el error de prohibición no puede excluir ya el dolo, que pertenece a la antijuridicidad, sino solo la culpabilidad, y esto solo si el error es invencible.

La distribución formulada por WELZEL de los particulares elementos del delito entre antijuridicidad y culpabilidad es aceptada hoy casi unánimemente en la doctrina científica alemana<sup>27</sup>. Sin embargo, la teoría de la estructura final de la acción no ha encontrado muchos seguidores; por el contrario, se ha extendido la opinión de que las teorías de la acción no tendrán especial significación para la estructura de lo injusto y de la culpabilidad<sup>28</sup>. De aquí que la discusión entre el "causalismo" y el "finalismo", anteriormente muy intensa, haya sido enterrada hace mucho tiempo. Pero ha permanecido la idea de que especialmente los delitos imprudentes tienen una propia estructura en el ámbito de la antijuridicidad, porque el autor infringe una especial norma de cuidado<sup>29</sup>. Por eso dolo e imprudencia no han sido asignados más a la culpabilidad, a la cual solo pertenecen los elementos de la imputabilidad, la posibilidad de la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de actuación conforme a la norma, concretadas en determinadas causas de exculpación<sup>30</sup>.

<sup>12</sup> Véase a ACHENBACH (nota 5), págs. 56 y ss.; y a HÜNERFELD (nota 1), págs. 39 y ss.

<sup>13</sup> MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, págs. 247 y ss.

<sup>14</sup> (Nota 13), págs. 248 y ss.

<sup>15</sup> (Nota 13), págs. 265 y ss.

<sup>16</sup> (Nota 13), págs. 270 y ss.

<sup>17</sup> (Nota 13), pág. 168.

<sup>18</sup> (Nota 13), pág. 270.

<sup>19</sup> Véase a WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, págs. 273 y ss., especialmente 283 y ss.

<sup>20</sup> El sistema está desarrollado en la obra *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., 1961, y en el tratado *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969. Un resumen, también de las bases filosóficas, lo ofrece HÜNERFELD (nota 1), págs. 203 y ss.

<sup>21</sup> *Das neue Bild* (nota 20), págs. 1 y ss.; *Tratado* (nota 20), págs. 33 y ss.

<sup>22</sup> *Das neue Bild* (nota 20), págs. 4 y ss.; *Tratado* (nota 20), págs. 37 y ss.

<sup>23</sup> *Das neue Bild* (nota 20), págs. 27 y ss.; *Tratado* (nota 20), págs. 59 y ss.

<sup>24</sup> *Das neue Bild* (nota 20), pág. 39.

<sup>25</sup> *Das neue Bild* (nota 20), págs. 39 y ss.; *Tratado* (nota 20), pág. 138.

<sup>26</sup> *Tratado* (nota 20), págs. 141, 178.

<sup>27</sup> Véanse las referencias de LENCKNER (nota 2), Vorbem., § 13, núms. 52 y ss.

<sup>28</sup> Véase a LENCKNER (nota 2), Vorbem., § 13, núm. 37.

<sup>29</sup> Véase a LENCKNER (nota 2), Vorbem., § 13, núm. 53.

<sup>30</sup> Véase a JESCHECK (nota 2), pág. 347.

4. LA ACTUAL SITUACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD ALEMANA

Superada la discusión sobre el concepto "causal" o "final" del delito, se vuelve de nuevo hoy a la discusión sobre el contenido sustancial de la culpabilidad. En principio se partió generalmente de que una acción antijurídica es culpable si el autor se había decidido a realizarla, aunque le hubiera sido posible también un comportamiento conforme al derecho<sup>31</sup>. Sin embargo, con el tiempo se observa que un tal criterio de culpabilidad presupone la libertad de voluntad del autor, la cual no puede ser realmente comprobada ni en general ni en concreto en el proceso penal<sup>32</sup>. La aún hoy doctrina dominante fundamenta por ello el criterio de la culpabilidad no ontológicamente, sino de modo normativo. La idea de la libertad individual y de la responsabilidad del hombre adulto con capacidad mental normal es una indudable realidad en nuestra conciencia social y moral. Por consiguiente el derecho debe partir del principio de libertad de la acción, y puede solo renunciar al reproche de la culpabilidad en circunstancias extraordinarias, las cuales se presentan en la persona del autor o en la situación del hecho<sup>33</sup>. Por eso el juicio de la culpabilidad se basa tan solo en una imputación externa de la responsabilidad, la cual, sin embargo, recoge las especialidades concretas de la persona del autor en las causas de exclusión de la culpabilidad. El criterio de esta imputación de la culpabilidad no es el poder individual del autor sino lo que puede ser esperado de un hombre medio, el cual tiene la capacidad y el conocimiento del autor en concreto (juicio de culpabilidad comparativo)<sup>34</sup>. Finalmente, se reconoce que en los llamados casos de la inexigibilidad de comportamiento conforme a la norma el autor sería propiamente capaz de obedecer y soportar el peligro. Si él, a pesar de ello, es declarado no culpable, es solo porque el Estado muestra tolerancia y renuncia en sí al posible reproche de la culpabilidad<sup>35</sup>.

La teoría dominante parte así de que el derecho debe ser configurado como si existiera la libertad de voluntad, aunque sobre esta misma no es posible una declaración científica cierta. Esta discrepancia entre pretensión y realidad en la teoría de la culpabilidad ha sido criticada en los últimos años cada vez más intensamente. ELLSCHEID/HASSEMER, por ejemplo, han exigido suprimir completamente la culpabilidad como elemento del delito y sustituirla por una ponderación de la proporcionalidad entre la finalidad de la pena (prevención) y los medios de la pena (carga sobre el autor)<sup>36</sup>. Por otro lado, HAFT ha discutido las condiciones de imputación

de la culpabilidad en el caso particular, y ha construido estas ya no en la fijación judicial unilateral sino como interacción entre juez y autor del delito, como "diálogo de culpabilidad"<sup>37</sup>. Finalmente las llamadas teorías "funcionalistas" de la culpabilidad no han basado, o por lo menos no exclusivamente, la culpabilidad en el postulado de la libertad de la voluntad, sino que la han llevado a una conexión inmediata con los fines de la pena. Dado que estas teorías han sido fuertemente discutidas en los últimos años en Alemania, quiero tratarlas de forma más detallada.

Lo fundamental aquí es el escrito de ROXIN *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, aparecido por primera vez en 1970, en el cual expone que se trataría "también en derecho penal de conocer qué... problemas de política criminal son el contenido propio también de la teoría general del delito"<sup>38</sup>. En el ámbito de la culpabilidad ROXIN quiere suavizar las tradicionales causas de la exclusión de la culpabilidad para los casos en los cuales se podría fundar un reproche de culpabilidad según los criterios tradicionales pero sin embargo no existe desde el punto de vista de prevención general o especial necesidad de pena. En estos casos se podría renunciar por razones de política criminal a hacer al autor personalmente responsable por su acción antijurídica<sup>39</sup>.

Aún más fundamental es el cambio de la teoría de la culpabilidad en JAKOBS<sup>40</sup>. Partiendo de una teoría sociológica sistémica ve él la tarea de la sanción penal en la demostración a la generalidad, por cuenta del infractor, que la norma infringida continúa siendo válida (prevención general positiva)<sup>41</sup>. La culpabilidad en este sistema tiene la tarea de fijar si el autor es un sujeto apto para esta demostración, o si él puede ser distanciado de la antijuridicidad de su acción sin que la generalidad por ello cuestione la continuación de la validez de la norma infringida<sup>42</sup>. La culpabilidad se basa con ello en necesidades sociales de la pena y depende en su desarrollo interno de cuantas presiones sociales quiera imponer una sociedad al particular, o bien, en sentido contrario, cuántas de sus particularidades distorsionantes está dispuesta a tolerar<sup>43</sup>. Ya no se trata de un reproche ético-individual orientado a la capacidad personal del autor, sino de una imputación externa de responsabilidad orientada a necesidades sociales.

Las teorías de la culpabilidad funcionalistas han sido especialmente discutidas<sup>44</sup>. Yo no quisiera continuar en este lugar la polémica. Sin embargo se pueden deducir

<sup>31</sup> Véase a WELZEL, *Tratado* (nota 20), págs. 138, 141.

<sup>32</sup> Véase a ELLSCHEID/HASSEMER, en *Seminar: Abweichendes Verhalten II* (directores Lüdersen/Sack), 1975, págs. 267 y ss.

<sup>33</sup> Cf. JESCHECK (nota 2), págs. 331 y ss. Véase también a LENCKNER (nota 2), Vorbem. § 13, núms. 109 y s., 118, con muchas referencias.

<sup>34</sup> JESCHECK (nota 2), pág. 347.

<sup>35</sup> Cf. LENCKNER (nota 2), Vorbem. § 13, núm. 108, 111. MAURACH aun introdujo para estas "causas de exculpación" una nueva categoría delictiva, la llamada "responsabilidad del hecho" (véase a MAURACH/ZIPF, nota 4, págs. 419 y ss.), la cual, sin embargo, ha sido rechazada por los demás autores (véase a LENCKNER nota 2, Vorbem. § 13, núm. 109).

<sup>36</sup> Así ELLSCHEID/HASSEMER (nota 32), págs. 281 y ss.

<sup>37</sup> HAFT, *Der Schuldialog*, 1978, especialmente págs. 25 y ss.

<sup>38</sup> Citado de la 2ª ed., 1973, pág. 8.

<sup>39</sup> *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (nota 38), págs. 34 y ss. Véase también *Festschrift für Bockelmann*, 1979, págs. 282 y ss.; *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 96 (1984), págs. 641 y ss.

<sup>40</sup> Principalmente desarrollado en el escrito *Schuld und Prävention*, publicado en 1976, y ampliado en su tratado *Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983.

<sup>41</sup> *Tratado* (nota 40), págs. 4 y ss., especialmente pág. 7.

<sup>42</sup> Véase *Tratado* (nota 40), págs. 394 y ss.

<sup>43</sup> *Tratado* (nota 40), pág. 396.

<sup>44</sup> Véase las referencias en LENCKNER (nota 2), Vorbem. § 13, núm. 117.

de la actual discusión algunas consecuencias importantes para la futura dogmática de la culpabilidad. El dilema de la teoría tradicional de la culpabilidad permanece latente. Si el juez debe partir de la ficción de una libertad de acción del acusado, la cual en la práctica no puede ser comprobada en absoluto, existe el peligro de que entre los fundamentos jurídicos expresados en la sentencia y los hechos decisivos aparezca una incontrolable discrepancia. El mérito especial de JAKOBS es haber puesto de relieve que aquí juegan un papel las necesidades sociales de pena, las cuales habian sido poco consideradas hasta ahora. Después del reconocimiento de que la responsabilidad individual del autor depende al menos también de concretas exigencias y necesidades sociales, no hay camino de vuelta. De otra parte, la teoría funcionalista de la culpabilidad no puede ofrecer ningún medio para comprobar realmente las necesidades sociales de pena en el caso concreto. En la práctica un tal entendimiento de la culpabilidad llevaría a seudofundamentaciones de los juicios de los tribunales, por lo menos igual de dudosos que los de la teoría tradicional de la culpabilidad. Además es dudoso si el derecho debe aceptar completamente, sin crítica, todo desarrollo de la sociedad, o si más bien debe estimular el cambio de las actitudes individuales y sociales. Por el contrario, parece menos problemática la propuesta de ROXIN de renunciar al reproche de la culpabilidad ampliamente, por lo menos allí donde ya no existe necesidad de pena según nuestros conocimientos.

Por todo ello se debe aceptar que una teoría de la culpabilidad libre de contradicciones y satisfactoria tanto desde el punto de vista ético como del de las ciencias sociales, no parece posible en este momento. Sin embargo, se podría mejorar la situación para la práctica. Una exacta investigación de las particulares causas de exclusión de la culpabilidad aclararía muchos puntos de la discusión y presentaría más claramente los problemas irresolubles. Por consiguiente quiero, en esta última parte de mi trabajo, hacer algunas observaciones a las concreciones legales de la culpabilidad en el derecho penal alemán.

##### 5. PROBLEMAS ACTUALES DE ALGUNAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Como ya dejé expuesto, la culpabilidad en el Código Penal alemán es determinada negativamente por aquellos preceptos que excluyen la culpabilidad en la minoría de edad (art. 19), en la perturbación del estado mental (art. 20), en el error de prohibición invencible (art. 17) y en determinadas situaciones de necesidad (art. 35). Esto está de acuerdo con el conocimiento teórico de que hay que partir generalmente de la culpabilidad del autor de una acción antijurídica, y que solo excepcionalmente puede ser aceptada la falta de la culpabilidad si factores especiales afectan decisivamente a la capacidad de motivación conforme a la norma. A continuación explicaré con ejemplos las dos causas de exclusión de la culpabilidad: la inimputabilidad a causa de distorsiones mentales (art. 20) y el estado de necesidad exculpante (art. 35).

###### a) Inimputabilidad según el art. 20 del C. P. A.

El art. 20 del C. P. A. exige que el autor sea incapaz de comprender lo injusto del hecho, o actuar según este entendimiento en la comisión del hecho a causa

de una perturbación psíquica morbosa, trastorno profundo de la conciencia, oligofrenia o de alguna otra anomalía psíquica grave. Los particulares presupuestos se dividen en dos grupos: los llamados "elementos biológicos" y los llamados "elementos psicológicos"<sup>45</sup>. El presupuesto biológico existe cuando se da un estado mental anormal reconocido por la psiquiatría o la psicología<sup>46</sup>. Aunque sea rechazada una extensión analógica de las características legales<sup>47</sup>, la flexibilidad de los conceptos permite comprender casi todos los fenómenos que se puedan plantear<sup>48</sup>.

Esencialmente en la teoría y en la práctica solo plantea dificultades el presupuesto psicológico, el cual exige que el autor, a causa de la distorsión biológica de su salud mental, no sea ya capaz de comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a este entendimiento. En la psiquiatría forense se sostiene mayoritariamente la opinión de que en la práctica no puede ser comprobado tal presupuesto fáctico<sup>49</sup>. La ciencia penal está de acuerdo en que no se trata de un problema empírico que haya de ser aclarado por los peritos, sino esencialmente de un problema normativo que debe decidir el juez<sup>50</sup>. El perito solo puede determinar la forma y cantidad de desviación del estado mental del acusado en relación con el hombre medio, y el juez debe llegar a la certidumbre de si la desviación es tan grave que no se pueda hacer responsable al acusado personalmente. Esta decisión se plantea en todas las teorías de la culpabilidad de un modo parecido. No tiene importancia para el resultado si se postula una exclusión ficticia de la libertad de voluntad o si se niega la necesidad de punición por razones de prevención especial —porque el autor a causa de su enfermedad mental no es apto por la finalidad intimidatoria o resocializadora de la pena—, o si se rechaza la punición por razones de prevención general —porque el autor ya no es considerado por la sociedad como una persona "igual"<sup>51</sup> y por eso su no punición es aceptada generalmente—.

Lo decisivo sería más bien el criterio amplio o restrictivo de la exculpación que realmente se utilice en el caso particular. Para el futuro sería menos importante el desarrollo de las teorías abstractas que la investigación de los fenómenos reales y sus posibilidades de tratamiento médico y psicológico. Cuanto más pueda explicar convincentemente el perito en el proceso el modo y la cantidad de la perturbación, más fácilmente decidirá el juez a favor o en contra de la exclusión de la culpabilidad. Además podría facilitarse, mediante una exacta documentación de los síntomas y síndromes psicopatológicos, la formación de una dirección unitaria en la jurisprudencia<sup>52</sup>. Solo sobre la base de ampliar el fundamento fáctico me parece posible un desarrollo real de la teoría de la culpabilidad en este ámbito.

<sup>45</sup> Cf. JESCHECK (nota 2), pág. 354; LENCKNER (nota 2), § 20, núm. 1.

<sup>46</sup> Cf. LANGE, en *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, 10ª ed., págs. 1978 y ss., § 21, núms. 14 y ss.; LENCKNER (nota 2), § 20, núms. 6 y ss.

<sup>47</sup> Véase a LENCKNER (nota 2), § 20, núm. 5.

<sup>48</sup> Véase a JAKOBS, *Tratado* (nota 40), pág. 429.

<sup>49</sup> Cf. las referencias en LANGE (nota 46), § 21, núm. 60.

<sup>50</sup> Véase a LANGE (nota 46), § 21, núm. 57.

<sup>51</sup> JAKOBS, *Tratado* (nota 40), pág. 407.

<sup>52</sup> Véase también a SCHÜNEMANN, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, pág. 297.

b) *Estado de necesidad exculpante según el art. 35 del C. P. A.*

El art. 35 del C. P. A. declara no culpable al que "en un peligro actual, no eludible de otro modo, para su vida, cuerpo o libertad comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de sí, de un pariente próximo o de otra persona allegada a él", si a él "no le es exigible soportar el peligro"<sup>53</sup>. El precepto consagra así una causa de exclusión de la culpabilidad que se basa en la llamada "inexigibilidad de comportamiento conforme a la norma". Esta causa de exclusión de la culpabilidad no se refiere a las circunstancias en la persona del autor, que dificultan la motivación de actuar conforme al derecho, sino a situaciones de fuerza externa. Tales situaciones no solo pueden exculpar sino ya justificar el comportamiento del autor, es decir, que excluyen la antijuridicidad de su comportamiento típico. El art. 34 del C. P. A. —"estado de necesidad justificante"— contiene una cláusula general según la cual no actúa antijurídicamente quien "en un peligro actual, no eludible de otro modo para ... un bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro..., si en la ponderación de los intereses contrapuestos predomina esencialmente el interés protegido sobre el interés menoscabado..." El estado de necesidad exculpante del art. 35 del C. P. A. se refiere solo a situaciones en las que el autor no puede reclamar contra la víctima un interés de mayor valor. La clara consecuencia de la regulación del estado de necesidad justificante es que el autor en el estado de necesidad exculpante debe soportar el peligro.

A diferencia del caso del perturbado mental, parece aquí posible un comportamiento conforme al derecho. La especial carga que dificulta la motivación conforme al derecho en los casos del estado de necesidad exculpante se diferencia, por consiguiente, de la inimputabilidad en dos puntos esenciales. Por un lado permanece aquí la capacidad de conocimiento y de control de su actuación, mientras que, por ejemplo, un enfermo mental muy a menudo no puede determinar correspondientemente su comportamiento. Por otro lado, está fijado para tales casos en el art. 34 del C. P. A. (estado de necesidad justificante) que el autor está obligado legalmente a soportar la situación de necesidad. Si a pesar de ello el autor no ha sido declarado personalmente responsable, esto solo se puede fundamentar en un perdón del legislador que, además, solo puede servir para casos excepcionales límites, porque de otra forma existiría el peligro de que no sea tomada en serio la regla del art. 34 del C. P. A.<sup>54</sup> La regulación legal del art. 35 del C. P. A. ("estado de necesidad exculpante") cumple esta necesidad, dado que solo determinados y especialmente importantes bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad) deben ser defendidos en el estado de necesidad, y el autor tan solo podrá actuar en defensa de sí mismo o de una persona allegada.

<sup>53</sup> Los particulares presupuestos están explicados en LENCKNER (nota 2), § 35, núms. 1 y ss.

<sup>54</sup> Véase a H. J. HIRSCH, en *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, 10ª ed., 1978 y ss., § 35, núm. 9, con referencias a los materiales legislativos.

Las tradicionales teorías de la culpabilidad no pueden explicar el estado de necesidad exculpante como un caso de exclusión completa de la culpabilidad en el sentido de una completa supresión de la libertad de voluntad. Por consiguiente, en general se opina que la culpabilidad no está excluida sino solo esencialmente disminuida (junto con una fuerte disminución del injusto por el alto valor del bien defendido), y que por eso el legislador únicamente renuncia a formular el posible reproche de la culpabilidad<sup>55</sup>. Por el contrario, las teorías "funcionalistas" encajan fácilmente en el art. 35 del C. P. A., porque pueden explicar este perdón legislativo perfectamente con la falta de necesidad de prevención especial o general<sup>56</sup>.

El estado de necesidad exculpante contiene una exclusión de la culpabilidad que difiere principalmente de la inimputabilidad, y se basa no en circunstancias personales sino generales y objetivas del hecho. El estado de necesidad exculpante es por eso una clara indicación de que la culpabilidad no depende solo de la libertad de voluntad, sino también de apreciaciones socialmente generalizadas. Aparece problemático en el precepto que sus presupuestos están formulados tan estrechamente que en la práctica rara vez son de aplicación. Quizás sería una alternativa renunciar completamente al estado de necesidad exculpante y proveer en su lugar para aquellos casos una posibilidad esencialmente ampliada de dispensa judicial de pena discrecional. En todo caso, en este ámbito el desarrollo práctico de la culpabilidad penal sigue necesitando un mejoramiento. Así, puedo terminar señalando que en el derecho penal alemán aún falta mucho para resolver el problema de la culpabilidad, y tanto en teoría como legal y jurisprudencialmente se espera a este respecto un mayor desarrollo.

<sup>55</sup> Véase la referencia en nota 35.

<sup>56</sup> Véase a JAKOBS, *Tratado* (nota 40) pág. 409; y a ROXIN, en *Festschrift für Henkel*, 1974, pág. 183.

# En favor del principio de culpabilidad: un punto de vista personal \*

Francisco Valbuena \*\*

“No ofrecemos prueba allí donde nada puede ser probado, ni pretendemos ser científicos donde todo lo que puede darse es, a lo sumo, un punto de vista personal”.

POPPER

## I

Desde los propios orígenes del Derecho Penal como sistemática, una polémica se avisaba al interior de esta disciplina, dependiendo de la respuesta que se diera a una pregunta fundamental: ¿Cuál es el fundamento teórico sobre el que descansa el concepto de culpabilidad y, en últimas, el de la pena misma?

La escuela clásica italiana, como heredera de la doctrina “aristotélico-tomista”, encontró tal fundamento en el concepto de libre albedrío. Por su parte, la escuela positiva de FERRI, heredera del positivismo comtiano, encontraría por completo imposible que la “sociología criminal” se fundara en un concepto tan etéreo y metafísico, y por tanto propuso la “responsabilidad legal” como único fundamento “científico” de la responsabilidad y la pena.

Mientras tanto, en Alemania se gestaba uno de los más grandes movimientos en el derecho penal: la dogmática juridicopenal. Su principal cometido fue formular un esquema general del delito, y se estructuraron entonces las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ubicando los elementos objetivos en los dos primeros (injusto) y los elementos subjetivos en el último, al que definieron como “relación psicológica entre el autor y el hecho”. Pero pronto, con el advenimiento del neokantismo y su filosofía de los valores, ese

\* Síntesis del trabajo presentado por el autor para optar al título de abogado en la Universidad de Antioquia, el cual fue dirigido por el Profesor Nódier Agudelo Betancur.

\*\* Abogado de la Universidad de Antioquia.

esquema causalista se derrumbó al encontrar que también el tipo tenía elementos subjetivos y que en la culpabilidad había algo más que una mera relación psicológica, pues también debían considerarse en ella aspectos valorativos, axiológicos como la "exigibilidad de la conducta". Fue entonces cuando la culpabilidad empezó a entenderse como un "juicio de reproche" que se dirige al autor por no haber actuado conforme al derecho habiendo podido hacerlo.

Esta concepción, que se conoce como "culpabilidad normativa", sería reforzada con la aparición de la escuela finalista que, al trasladar el dolo y la culpa al tipo, dejaría a la culpabilidad como un puro juicio normativo.

Pero la teoría de la culpabilidad normativa presuponia la existencia de un concepto que muchos acusaban de "mala metafísica", concepto al cual, a través de la historia del pensamiento humano y del propio derecho penal, ya se le había hecho la guerra con bastante vehemencia: el libre albedrío.

Se dijo entonces que, apoyados en las ciencias empíricas, un derecho penal culpabilista no podía seguirse manteniendo cuando él contenía un concepto abstracto, etéreo, metafísico e improbable como el del libre albedrío. Así, la pregunta fundamental que, como ya dijimos, dormitaba al interior del derecho penal desde sus propios orígenes, reventó con más fuerza que antes, y ya muchos teóricos decidieron hacerle frente a lo que con toda justeza podemos llamar la pregunta fundamental de la actual dogmática juridicopenal: ¿Cuál es el fundamento material del concepto de culpabilidad?

Casi unánimemente la doctrina alemana y la española descartaron la posibilidad de responder a esta pregunta con el concepto de libre albedrío pues, y por sobre todo, tal concepto, aunque se aceptara en general, era en todo caso *imposible de probar* en un proceso penal en particular.

Fue así entonces como empezó a preguntarse por el futuro del principio de culpabilidad en particular y del derecho penal en general. Pregunta ante la cual muchos encontraron que por lo menos el principio de culpabilidad se hallaba en crisis. Por lo cual y para evitar el derrumbamiento del derecho penal, los reemplazos, sustituciones o complementaciones de tal principio se propusieron desde todos los aspectos de la doctrina<sup>1</sup>.

Esta situación nos ha llevado a una inquietud personal y profunda sobre lo que de real tiene esta "crisis del principio de culpabilidad" que se anuncia y pregona en libros y revistas especializadas. Tal inquietud creemos poder resolverla luego de responder a preguntas tales como: ¿Es el argumento empírico de la "imposibilidad de probar" el libre albedrío, un argumento lo suficientemente fuerte como para descalificar el principio de culpabilidad? ¿En qué sentido es indemostrable? ¿Qué es lo que realmente entienden los contradictores actuales del libre albedrío por tal concepto? ¿Acaso las argumentaciones en contra del libre albedrío están fundadas en la derruida concepción laplaciana del mundo, es decir, en un determinismo puro?

<sup>1</sup> Sobre el particular véase, especialmente, a GIMBERNAT (1983), CÓRDOBA RODA (1977), BUSTOS RAMÍREZ (1984), MUÑOZ CONDE (1975), ZUGALDÍA (1982), TORIO LÓPEZ (1985), ROXIN (1973 y 1977), STRATENWERTH (1980) y HASSEMER (1982).

¿Acaso una nueva visión del mundo posibilitaría una tesis en favor del libre albedrío? ¿Son los conceptos que se proponen para sustituir el libre albedrío tan "fecundos" como él, es decir, contestan todas las preguntas que este contesta sin oponerse a otras tesis aceptadas? ¿Debe un concepto teórico como el de libre albedrío ser susceptible de prueba empírica para aceptarse como válido?

## II

En este trabajo simplemente queremos intentar un aporte personal dirigido a presentar criterios que posibiliten, si no saldar, por lo menos sí abrir nuevas vías de solución a la polémica abierta, o, mejor, reabierta, con las modernas argumentaciones en contra del concepto de culpabilidad.

No pretendemos hacer aportes originales. Tan solo queremos llamar la atención sobre algunas argumentaciones hechas desde fuera del derecho penal y que consideramos tienen estrecha relación con los fundamentos mismos de esta polémica.

Tales argumentaciones provienen de la obra de uno de los más grandes pensadores de la actualidad: KARL POPPER, quien en varias de sus obras ha implicado el tema de la libertad de la voluntad, así no haya sido el tema directo de sus disertaciones.

Que de su pensamiento se pueden extraer ideas útiles para el problema del libre albedrío, nos lo evidencian estas palabras suyas, contenidas en el Prólogo que en 1982 hiciera a su libro *El universo abierto*: "En cualquier caso, quiero afirmar aquí, claramente, algo que es manifiesto, tanto en «La sociedad abierta y sus enemigos» como en «La miseria del historicismo»: Que estoy profundamente interesado en la defensa de la libertad humana, de la creatividad humana y de lo que se ha llamado tradicionalmente el libre albedrío (o libre voluntad), aunque creo que preguntas tales como «¿Qué es la libertad?» o «¿Qué significa 'libre'?» y «¿Qué es voluntad?» y otras similares pueden conducir al embrollo de la filosofía del lenguaje. Este libro es, pues, una especie de prolegómeno a la cuestión de la libertad y creatividad humanas, y les abre espacio física y cosmológicamente de una manera que no depende de análisis verbales"<sup>2</sup>.

A pesar de que las consideraciones que pasamos a hacer enseguida están basadas en la obra de este filósofo austriaco, y de que sabemos de la escasa difusión de sus teorías en los círculos jurídicos, no consideramos pertinente hacer aquí una exposición de su pensamiento en torno a este asunto, pues razones metodológicas y de espacio nos lo impiden, ya que él es tan vasto y profundo que sería iluso intentar condensarlos en unas pocas hojas.

Con perdón del lector, pues, preferimos remitirlo a que se documente directamente en la obra de POPPER sobre los principios que sirven de base a nuestras deducciones.

Las ideas que queremos exponer aquí, y que, repetimos, tienen su fuente en el pensamiento popperiano, se pueden sintetizar en las siguientes cuatro hipótesis fundamentales:

<sup>2</sup> POPPER (1983), pág. 23.

1. Los argumentos en contra del libre albedrío expuestos por las modernas doctrinas penales hunden sus raíces en una concepción determinista del mundo, y esta, al menos en su carácter "científico" es insostenible, según POPPER.

2. Del hecho de que se pueda afirmar que no hay acciones incausadas, no se sigue un argumento en contra de la libertad de la voluntad.

3. La imposibilidad de probar (empíricamente) la libertad de la voluntad, no es un problema real de la filosofía en general ni del derecho penal en particular.

4. Finalmente, y en esto nos apartamos del pensamiento popperiano, sostenemos que el retribucionismo no es una consecuencia negativa del principio de culpabilidad, sino tan solo el resultado de confundir fundamento y fin de la pena.

#### A) Primera hipótesis

Para argumentar acerca del primer punto habrá que comenzar por decir que tradicionalmente se ha identificado la postura de los que defienden el libre albedrío con una visión indeterminista del universo, y que, contrariamente, a los que niegan tal concepto se les ha ubicado dentro del marco determinista. Al propio interior de la discusión abierta en el derecho penal así se han planteado las posiciones<sup>3</sup>.

Esta esquematización obedece desde antiguo a una cierta interpretación de la historia de la ciencia, pues desde que empezó a verse en el "principio de razón suficiente" o en la "ley de la causalidad", la ley por excelencia de la naturaleza, se interpretó que ella entrañaba una concepción determinista de la estructura del universo.

Este planteamiento sería avalado, según la tendencia dominante, por los grandes logros de GALILEO, KEPLER y la mecánica newtoniana.

Así las cosas, el hombre, como ser perteneciente a ese universo concebido determinísticamente, no podía escapar a la necesidad o a la causalidad y por lo tanto no podía predicarse de él que poseyera como facultad el libre albedrío, pues esto sería un contrasentido. Tan cierto es ello que, precisamente es este el origen de la llamada "tercera antinomia" kantiana, a la que el filósofo nunca pudo dar una solución satisfactoria.

Ahora bien, es necesario aclarar que el determinismo no solo plantea la existencia de causas precedentes que explican una determinada situación, sino que además postula que teniendo a mano las leyes de la naturaleza y conociendo con suficiente precisión las condiciones actuales de un sistema determinado, podría predecirse el comportamiento de ese sistema en cualquier momento futuro. *Mutatis mutandi*, era lo que predicaba KANT cuando decía que el comportamiento de un hombre era tan posible de predecir como se predice un eclipse de sol o de luna, si se conociera la mente humana con la precisión que se conoce el sistema solar.

Lo anterior nos sirve para introducir aquí la diferenciación que hace POPPER entre "determinismo científico" y determinismo filosófico, sicológico y del mero sentido común, diferenciación de suma importancia en su argumentación, pues solo la primera es factible de refutación, no así las demás.

<sup>3</sup> Cf. CÓRDOBA RODA (1977), MUÑOZ CONDE (1976), GIMBERNAT (1983), ZUGALDÍA (1982) y TORÍO (1985).

El determinismo "científico", tipificado por lo que se conoce como "el demonio de Laplace", estaría caracterizado por el siguiente planteamiento general: "... la estructura del mundo es tal que cualquier suceso puede ser racionalmente predicho, con cualquier grado de precisión que se desee, si contamos con una descripción suficientemente precisa de los sucesos pasados junto con todas las leyes de la naturaleza"<sup>4</sup>.

A lo expuesto solo habría que añadir que la exigencia de que se dé la "descripción suficientemente precisa de los sucesos pasados", es necesario limitarla de tal modo que no se convierta en una excusa ante el error en la predicción, es decir, para que no se pueda recurrir, ante el fracaso de la predicción, al argumento de que no se dieron las condiciones iniciales del sistema con la "suficiente precisión". Por eso hay que añadir, repetimos, el "principio de razón suficiente", según el cual el predictor habrá de señalar exactamente y con anticipación a su predicción qué datos necesita de las condiciones actuales e iniciales del sistema para que tenga cumplimiento su predicción.

De esta depuración y complejidad de postulados no goza el determinismo filosófico, sicológico o del sentido común, pues estos se limitan a decir que todos los efectos tienen causas o que toda acción humana está fundada en un motivo. La variedad de estos motivos va desde el carácter propio del sujeto, adquirido o heredado, hasta las influencias recibidas por la educación o el entorno social en toda su basta complejidad.

No es otra cosa lo que afirman tantos juristas, como cuando GIMBERNAT señala: "La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: Un hombre —con sus siempre limitados conocimientos— no puede juzgar a otro hombre"<sup>5</sup>.

Indudablemente este argumento, al partir de la base de que todo comportamiento humano tiene una causa o motivo y que si este no se llega a establecer no es porque la ley de la causalidad haya fallado, sino que los "siempre limitados conocimientos" del hombre no logran descubrirlos, está participando de una concepción determinista del mundo y del hombre como ser que a él pertenece.

Pero:

1) Lo anterior tiene muy poco o nada que ver con el determinismo "científico", pues, como dijimos, este afirma algo más que la mera existencia de causas.

2) Este postulado pertenece a la clase de juicios que POPPER llama "existenciales" y que son del tipo: "Existe a lo menos un X dos veces mayor en tamaño que el que le sigue"; lo que hace de él un argumento tan incontrastable empíricamente como su contrario.

3) Si se puede refutar el determinismo "científico", el determinismo filosófico y el sicológico quedan gravemente afectados y, por tanto, desaparecería uno de los argumentos más fuertes en contra del libre albedrío.

<sup>4</sup> POPPER, 1984, pág. 25.

<sup>5</sup> GIMBERNAT, 1983, pág. 8.



A continuación desarrollamos estos tres puntos.

Dice POPPER: "... el uso de un concepto tal como «motivo» o «carácter» es como muestra un porqué de reflexión algo más que un torpe intento de encontrar conexiones que parezcan leyes, o incluso de inventarlas cuando no las encontramos"<sup>6</sup>. Y aunque no niega que preguntas tales como "¿por qué lo hizo?" y respuestas como "lo hizo por celos" sean razonables, asegura que todo eso no es más que "rudos intentos de clasificar, o en el mejor de los casos, de construir un esquema situacional hipotético que haga la acción racionalmente inteligible.

Son en toda la extensión, tentativas para entender *post hoc*<sup>7</sup>.

Así, pues, al ser "tentativas para entender *post hoc*" son tentativas que no podrán cumplir con el propósito de predictibilidad con el grado de precisión deseado que caracteriza al determinismo científico, pues solo podrán argumentar *ex post*, nunca *ex ante*.

Por otro lado, es un argumento que proclama la existencia de una causa sin limitar el espacio y el tiempo en que ha de ubicarse o la calidad que esta ha de presentar o, en fin, su intensidad, con lo que se está proponiendo un juicio existencial que tiene como característica dejar abiertas al infinito las posibilidades de encontrar esa causa o motivo, convirtiéndose así en una argumentación o proposición imposible de contrastación empírica, tan indemostrable como el principio que quiere combatir.

No obstante, del hecho de que sea inconstruible no se desprende que no se pueda argumentar en favor o en contra de ella. Pero, como uno de sus principales argumentos a favor sería el determinismo "científico", y este sí es factible de contrastación, al ser refutado, muy poco o nada quedará del determinismo filosófico o psicológico.

Así las cosas, la refutación del determinismo "científico" afecta gravemente al determinismo filosófico, pues, como ya dijimos, una visión de la historia de la ciencia ha interpretado los éxitos de la mecánica newtoniana como comprobaciones de la tesis determinista.

El primer hecho positivo contra el determinismo "científico" provino de la física misma, y se concreta en la "teoría cuántica" o el "principio de incertidumbre de Heisenberg". De meridiana claridad resultan al respecto las siguientes palabras de quien es considerado por muchos el "mayor genio del siglo XX después de Einstein", STEPHEN HAWKING: "El principio de incertidumbre marcó el final del sueño de Laplace de una teoría de la ciencia, un modelo del universo que sería totalmente determinista: Ciertamente, ¡no se puede predecir los acontecimientos futuros con exactitud si ni siquiera se puede medir el estado presente del universo de forma precisa!"<sup>8</sup>. Y un poco más arriba dice: "Además, este límite no depende de la forma en que uno trata de medir la posición o la velocidad de la partícula, o del tipo de partículas: El principio de incertidumbre de Heisenberg es una propiedad fundamental, ineludible, del mundo"<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> POPPER, ob. cit., 1984, pág. 48.

<sup>7</sup> Ibidem, pág. 48.

<sup>8</sup> HAWKING, 1988, pág. 83.

<sup>9</sup> Ibidem, pág. 83.

Esta teoría no solo tendría implicaciones para la física sino también para otros campos del saber humano, entre ellos la filosofía y la ética en particular. Cuando en 1929 fue presentado en Chicago a la comunidad científica el principio de incertidumbre, su presentador, el físico ARTHUR COMPTON no solo vio en él un gran paso en la ciencia sino también profundas implicaciones humanas, pues con él se abría un campo cosmológico y físico a la libertad humana<sup>10</sup>.

Pero POPPER va más allá de este hecho científico en su refutación al determinismo, pues él ni siquiera considera que la mecánica de NEWTON o física clásica, así fuera válida, entrañe una visión determinista del mundo.

Su principal argumento en este sentido es que hay una diferencia entre afirmar el carácter determinista de una teoría y el determinismo como doctrina, pues al afirmar lo primero se está corroborando que una teoría tiene una determinada propiedad; en cambio, al sostener lo segundo, se está afirmando que el mundo tiene una determinada propiedad, y aunque "es cosa admitida que, si una teoría es verdadera, entonces describe ciertas propiedades del mundo. Pero esto no significa que para cada propiedad de una teoría verdadera haya la correspondiente propiedad del mundo"<sup>11</sup>.

Sin embargo lo más importante es que la física clásica, interpretada a la manera de LAPLACE, no es capaz de satisfacer el "principio de dar razón" debido al "carácter aproximativo del conocimiento científico", y a la imposibilidad de la "autopredicción"<sup>12</sup>.

El indeterminismo se ha robustecido, y con ello las posibilidades de defender la libertad de la voluntad se han aumentado considerablemente.

#### B) Segunda hipótesis

Afirmar el indeterminismo no implica dar por cierto que las decisiones humanas sean incausadas. Si ello fuera así, habría que estar de acuerdo con los negadores del libre albedrío. Pero recuérdese que desde antiguo una tesis en tal sentido ha sido criticada inclusive por los propios defensores del concepto de libertad de la voluntad, pues ellos siempre diferenciaron entre libre albedrío y *liberum arbitrio indiferentiae*, y la imposibilidad de este se puso en evidencia, entre otras cosas, con la paradoja del "asno de Buridán".

Así mismo, afirmar que las decisiones humanas obedecen a motivos o causas precedentes no implica necesariamente la determinación del futuro por el pasado, y por tanto la libertad de la voluntad tiene algún sentido.

En este punto estamos entrando en la tesis popperiana de la libertad de crear y la libertad de evaluar razones en pro o en contra de un enunciado teórico o científico. Si esta tesis es cierta "... es posible que disfrutemos también de la libertad de crear, de razonar y de decidir en los aspectos morales, y de disfrutar de la responsabilidad que acompaña a la creación y a la elección"<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Cf. POPPER, ob. cit., 1974, págs. 193 y ss.

<sup>11</sup> POPPER, 1984, pág. 60.

<sup>12</sup> Cf. POPPER, 1984, págs. 64 y ss.

<sup>13</sup> POPPER, 1984, pág. 135.



El fundamento de esta tesis de POPPER está en su preocupación manifiesta por la defensa de la libertad humana, pues como ya alguien había dicho y POPPER lo reconoce, el indeterminismo no basta por sí mismo para crear espacio a la libertad humana, pues con él se abre la puerta también a elementos de azar, y por tanto la responsabilidad humana, correlato de la libertad, no habría ganado nada, sólo significaría un nivel superior de irresponsabilidad. Con lo cual no se habría tampoco adelantado nada en el campo de la culpabilidad penal, ya que tan infundado sería reprochar un comportamiento que se entiende determinado por circunstancias pasadas como reprochar un comportamiento que es producto del azar.

Esta tesis de la libertad encuentra su sustento teórico más importante en la "teoría de los tres mundos" de POPPER, y su idea fundamental es que el "Mundo 1" (mundo físico) está abierto al "Mundo 2" (mundo de la mente) y el "Mundo 2" está abierto al "Mundo 3" (mundo de la creación humana) y este es "intrínsecamente abierto" debido a la falibilidad del conocimiento humano.

La tesis de la libertad de crear estaría avalada además por los siguientes argumentos principales:

El primero tiene que ver con un argumento de la intuición: debido a la incapacidad de cualquier teoría determinista de cumplir con el "principio de dar razón", lo que implica la imposibilidad de predicción con un grado de precisión arbitrariamente deseado, es difícil pensar que un físico o un fisiólogo puedan, luego de establecer con la mayor exactitud posible las condiciones pasadas y actuales de la vida de un artista, indicar de antemano hasta los rasgos más mínimos de su creación artística.

De otro lado, si la creatividad del intelecto humano se pudiera explicar por el determinismo físico, se llegaría a una especie de "pesadilla determinista", en la que esa misma teoría quedaría afectada por sus propios postulados, es decir, sería el producto forzado de la estructura del mundo y cualquier argumento en pro o en contra sería inútil, pues todas nuestras acciones, inclusive la de creer que hay argumentos en favor del determinismo serían pura ilusión, pues, según ella, estamos determinados físicamente a aceptar o rechazar tal doctrina.

Por último, si no se acepta la tesis de la libertad de crear, estaríamos obligados a pensar que productos de la mente humana como las computadoras, los transbordadores espaciales, los satélites, etc., estaban presentes en la atmósfera inicial del universo, del mismo modo que una semilla contiene la planta que ha de germinar. Lo que a la vez envuelve la concepción de un "Mundo 1" (mundo físico) cerrado y autónomo que impide cualquier interferencia del "Mundo 3" (mundo de las creaciones de la mente humana).

La tesis de la apertura de los tres mundos de POPPER permite solucionar el dilema determinismo-indeterminismo, pues permite encontrar un *punto intermedio* entre el determinismo puro y el azar puro.

La clave para encontrar ese punto intermedio es poder establecer cómo "cosas no físicas, como los propósitos, deliberaciones, planes, decisiones, teorías, intencio-

nes y valores pueden tomar parte en la introducción de cambios físicos en el mundo"<sup>14</sup>.

Lo anterior encuentra sustento en una nueva teoría de la evolución del lenguaje basada en la distinción de cuatro funciones diferentes del lenguaje humano: 1) la función expresiva, 2) la función de enviar señales, 3) la función descriptiva, y 4) la función argumentadora. Las dos primeras son también funciones del lenguaje animal; las otras dos son funciones superiores, y a pesar de que siempre están presentes las funciones inferiores en cada uso que se hace de las funciones superiores, estas no pueden reducirse a aquellas, pues las segundas ejercen una especie de "control", aunque no férreo sino más bien "plástico", sobre las primeras o inferiores<sup>15</sup>.

Esta evolución del lenguaje a funciones superiores: la función descriptiva y la argumentativa, permite, hace posible la *creación* por el hombre del "Mundo 3", y con él ha *creado* el hombre un mundo nuevo de civilización, de saber, "de crecimiento no-genético: de crecimiento que no se transmite por el código genético; de crecimiento que depende no tanto de la selección natural como de la selección basada en la crítica racional (...). Es, por tanto, al papel del lenguaje humano y del «Mundo 3» a donde tenemos que mirar cuando tratamos de explicar ese tercer gran milagro: la emergencia del cerebro humano y de la mente humana, de la razón humana y de la *libertad humana*"<sup>16</sup>.

Todo lo anterior nos lleva a postular la siguiente hipótesis de solución al problema, planteado originalmente por ENGISCH y retomado luego como argumento principal contra el libre albedrío por los modernos críticos del principio de culpabilidad:

Si se parte de la doctrina determinista (que ha sido rebatida), es condición ineludible en un juicio penal para formular un juicio de reproche, establecer que ese autor en particular ha actuado libremente, es decir, que ese sujeto, en ese acto particular, no fue influido por motivo alguno, y como estos pueden extenderse al infinito, descartarlos uno a uno es evidentemente imposible, no solo en un juicio penal sino en cualquier otro espacio del conocimiento humano. En cambio, si se parte de la tesis indeterminista, y se avanza un poco más, hacia la tesis del punto intermedio de POPPER con la tesis del "control plástico" y la apertura y mutua interrelación de los tres mundos, no es necesario probar la libertad sino la ausencia o afectación de ella en un caso particular por una razón particular.

El argumento de que por ser tantos los motivos que influyen el comportamiento humano se hace de todos modos imposible demostrar si en un caso particular un hombre actuó o no libremente es una trampa intelectual, pues se está diciendo con ello que de un número infinito de probabilidades hay que descartar una por una para poder establecer la libertad humana, con lo que de contera se evidencia la postulación de una concepción de la libertad de la voluntad como "libre albedrío indiferente", el cual, como se ha repetido aquí hasta la saciedad, lo han negado los propios defensores del libre albedrío pues él implica comportamientos incausados.

<sup>14</sup> POPPER, 1974, pág. 213.

<sup>15</sup> Cf. POPPER, 1974, págs. 218 y ss.

<sup>16</sup> POPPER, 1984, pág. 145, subrayamos.

## C) Tercera hipótesis

Ahora, como el principal problema que plantean las modernas críticas contra el libre albedrío no es el dilema determinismo-indeterminismo, sino la imposibilidad (empírica) de probar la libertad, los contradictores podrían decir: "Bien, estamos de acuerdo con la hipótesis aquí planteada, pero la cuestión sigue igual, pues lo que se pide precisamente es la «prueba» de la existencia de tal libertad de voluntad, y hasta que esta no se dé, el postulado de la libertad debe seguir siendo desechado del derecho penal".

No obstante, creemos que este es un falso problema para el derecho penal en particular y para la filosofía en general. Esta hipótesis la sustentamos en los dos siguientes puntos fundamentales:

1) Que una teoría filosófica sea irrefutable —no contrastable empíricamente— no significa que sea falsa o que por lo menos no sea susceptible de discusión crítica, racional.

2) Si el libre albedrío debe ser desechado por la imposibilidad empírica que presenta para ser probado, sería inevitable el rechazo, por igual razón, de conceptos tan válidos y fructíferos para la historia humana como el de "dignidad humana", "igualdad", "justicia", etc. Incluso los propios conceptos con los que se ha tratado de sustituir o complementar el principio de culpabilidad como "necesidad de la pena", "proporcionalidad", "prevención general o especial", etc.

En su libro *El desarrollo del conocimiento científico*, POPPER estudia "el problema de la refutabilidad de las teorías filosóficas" y dice que tales teorías pueden ser irrefutables y no obstante falsas, pues enunciados tales como "existe un procedimiento tal que ejecutado convenientemente permite transformar el hierro en oro" es definitivamente un juicio irrefutable, incontrastable empíricamente, pues siempre "existirá" la posibilidad de encontrar esa fórmula mágica, y no obstante su falsedad es casi un hecho, porque el conocimiento hoy adquirido acerca de esos metales hace irrazonable tomar en serio esa posibilidad.

Por lo demás, el criterio de falsabilidad "refutabilidad empírica o contrastabilidad empírica", es un criterio demarcador que permite diferenciar un enunciado de las ciencias empíricas de otros enunciados no científicos. Esto lo dice claramente POPPER en el capítulo primero de *La lógica de la investigación científica*: "Obsérvese que propongo la falsabilidad como criterio de demarcación pero no de sentido... Por tanto, es un puro mito (aunque gran aumento de refutaciones de mi teoría están basadas en él) decir que haya propuesto jamás la falsabilidad como criterio de sentido. La falsabilidad separa dos tipos de enunciados perfectamente dotados de sentido, los falsables y los no falsables: traza una línea dentro del lenguaje con sentido, no alrededor de él"<sup>17</sup>.

Así, pues, tampoco se podrá decir que por ser irrefutable empíricamente un enunciado se desprenda que es falso o en todo caso inútil para fundamentar cualquier teoría. Solo podrá decirse que no pertenece a las ciencias empíricas.

<sup>17</sup> POPPER, 1962, pág. 40, nota pie de página.

Aunque la imposibilidad de probar empíricamente podría ser ya suficiente para desestimar una teoría con base en la doctrina del empirismo lógico que, como se sabe, uno de sus principales cometidos fue eliminar la metafísica. Hoy en día, y muy seguramente gracias a los trabajos de POPPER, el positivismo lógico ha caído en descrédito y la metafísica ha sido reivindicada.

Lo anterior no significa que al ser las argumentaciones filosóficas imposibles de ser calibradas por el criterio de la refutación empírica, cualquiera que sea el contenido de una tal teoría deba ser aceptado, que "todo vale". Si esto fuera así, sería un motivo de desaliento para el trabajo de grandes pensadores; se hace pues necesario encontrar un criterio que nos permita diferenciar entre teorías filosóficas válidas y no válidas.

Dice POPPER: "Mi solución es esta: Si una teoría filosófica no fuera más que una afirmación aislada acerca del mundo, que nos la arrojan diciéndonos tácitamente: «tómela o déjela» y sin ninguna sugerencia de conexión con alguna otra cosa, entonces estaría realmente más allá de toda discusión... En otras palabras, toda teoría racional sea científica o filosófica, es racional en la medida en que trata de resolver ciertos problemas. Una teoría es compatible y razonable solo en relación con un conjunto de problemas dados y solo puede ser discutida racionalmente mediante la discusión de esta relación (...). Pero si consideramos una teoría como una solución propuesta para un conjunto de problemas, entonces la teoría se presta inmediatamente a la discusión crítica, aunque no sea empírica ni refutable. Pues en tal caso podemos plantear cuestiones como: ¿resuelve el problema?, ¿lo resuelve mejor que otras teorías?, ¿Ha desplazado simplemente el problema?, ¿es simple la solución?, ¿es fecunda?, ¿contradice a otras teorías filosóficas que son necesarias para resolver otros problemas?"<sup>18</sup>.

De otro lado, ¿cómo se puede pretender descalificar el concepto de libertad de la voluntad por no ser susceptible de prueba y sin embargo adoptar sin recelos conceptos como el de "dignidad de la persona" o el de la "necesidad de la pena"? ¿Acaso se puede demostrar mediante pruebas empíricas cualquiera de los dos conceptos anteriores? ¿Acaso cuando GIMBERNAT dice que la imposición de una pena es algo que el Estado "... tiene que justificar *demostrando* su necesidad...." está pensando en un "experimento" que lo evidencia? "Demostrar" y "necesidad" son aquí palabras *ad hoc*, no significan lo que él se empeña en qué signifiquen. El único concepto válido en esta frase es "justificar" y él implica "discusión crítica", "racional", no "pruebas empíricas" pues para el caso, son definitivamente imposibles.

Por lo tanto, si el concepto de libre albedrío ha de ser rechazado de la dogmática penal por su incapacidad de ser probado empíricamente, de iguales males sufre el concepto de "necesidad de la pena" o los muchos otros que se han propuesto, y por lo tanto deben ser igualmente rechazados.

En cambio, si acudimos al criterio propuesto por POPPER: la "discusión racional —crítica—", entonces ambas tesis se presentan como válidas, aunque por lo expuesto en el capítulo anterior, tenemos que aceptar que la tesis del libre albedrío es "más fecunda", "resuelve mejor el problema que otras teorías", etc.

<sup>18</sup> POPPER, 1967, págs. 231-232.

Es válido concluir entonces que el problema de incapacidad que presenta el concepto del libre albedrío o de libertad de la voluntad de ser probado empíricamente, no es un verdadero problema ni de la filosofía en general ni del derecho penal en particular.

#### D) Cuarta hipótesis

Para terminar, queremos tratar, así sea brevemente, la tesis que se ha venido sosteniendo por algunos filósofos del derecho y doctrinantes del derecho penal en el sentido de que fundamento y fin de la pena son conceptos distintos que apuntan a aspectos distintos de la teoría de la pena.

De este problema se ocupa ALF ROSS en su artículo "La finalidad del castigo", donde más que hacer una contribución a la discusión sobre cuál es la finalidad de la pena, se propone "aclarar" qué es exactamente lo que se discute.

Así, al interior de esta disquisición, propone que si la polémica se sigue presentando entre "retribucionismo" y "prevención", sin distinguir en cada una de ellas si se propone como "fin" o "fundamento" de la pena, la discusión no tendría la más mínima posibilidad de ser saldada. En cambio si se acepta que el "fundamento" de la pena no podrá ser otro que la "retribución" en la medida en que no se puede castigar sino en tanto el autor se haya hecho responsable por el delito que cometió, y que el "fin" de la pena es la "prevención" en tanto que con ella se pretende evitar, ya en particular, ya en general, la comisión de un nuevo delito, será posible entender que la pena en todo caso ha de ser aplicada racionalmente, como última *ratio* del Estado y del derecho penal, pero única y exclusivamente a aquel que por su acto se ha hecho sujeto de ella<sup>19</sup>.

A lo largo de su exposición llega incluso ROSS a señalar que es un error afirmar que KANT fuera el principal exponente de un retribucionismo como fin de la pena, pues, dice, "Kant nunca sostuvo una opinión tan insensata"<sup>20</sup>.

Lo anterior nos autoriza las siguientes consideraciones:

El otro argumento contra el principio de culpabilidad, e indirectamente contra el concepto de libre albedrío, de que él implica "retribucionismo" y este es dogmáticamente insostenible y políticamente dañoso, es un argumento que desconoce la diferencia que se impone entre "fin" y "fundamento" de la pena: como que "La oposición tradicional de retribución y prevención (qui peccatum-ne peccetur) carece de sentido porque las respuestas antitéticas no se refieren a la misma pregunta"<sup>21</sup>.

Así las cosas, este otro argumento en contra del principio de culpabilidad y de libertad de la voluntad desaparece necesariamente, pues la libertad es condición necesaria, aunque no suficiente, para la aplicación de la pena.

Ahora bien, hay tesis, como la de ROXIN, que al partir de un desglose del retribucionismo del principio de culpabilidad, no serían acogidas por esta crítica. Pero es que con ello no se está dando muestra de que la diferencia entre fin y

fundamento de la pena sea irrelevante y que por tanto el problema que plantean los que ven en el principio de culpabilidad puro retribucionismo siga vigente. Por el contrario, con la tesis de ROXIN se reafirma la diferencia, lo que pasa es que él, no obstante las críticas que se le han hecho, no deduce las consecuencias que ello implica. Por ejemplo, LENCKNER le ha acotado que "Si la culpabilidad es un factor limitador de la pena, igualmente debe también ser presupuesto de ella..."<sup>22</sup>. Y aunque ROXIN replica que se trata de una crítica que afecta solo "a la incorrecta formulación, pero no a su esencia misma"<sup>23</sup>, lo cierto es que no podemos entender cómo se puede sostener que el concepto de libre albedrío es un mero producto metafísico y a la vez proponer como "postulado político criminal dirigido a los jueces (que): «Debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad...»"<sup>24</sup>, así se advierta que ello se hace sin pretensiones ontológicas, sino de proponer "reglas de juego", pues afirmar lo uno o lo otro, como un mero "tómelo o déjelo", implica igualmente "dogmatismo" bizantino, y en la medida en que los dos se expongan como tesis susceptibles de "argumentación racional —crítica—" ya hemos visto el alto grado de fecundidad que tiene el primero, es decir, el libre albedrío o la libertad de la voluntad.

### III

Una pequeña conclusión, aunque bastante grande para nosotros, podemos sacar de este gran esfuerzo que hemos hecho para tratar de tomar posición crítica y racional frente a esta polémica que tantas angustias ha despertado entre los más grandes representantes del pensamiento humano.

El principio de culpabilidad, entendido como el reproche que se hace a una persona por haber actuado contrariamente a lo prescrito en el ordenamiento jurídico dentro del cual su existencia está enmarcada, no puede fundamentarse, *hasta el momento*, en otro criterio material que en el reconocimiento de esa persona como un ser apto para "tomar decisiones", para evaluar críticamente posibles actitudes frente a la inmensa gama de sucesos a los que se enfrenta a través de su existencia, en el reconocimiento de la persona como un ser que es "creador" y en esa medida "responsable". Como un ser, en fin, libre.

Es solo sobre estos presupuestos que la sociedad y el poder estatal podrán intervenir la esfera de autonomía que como persona le corresponde a cada ser humano. Solo en tanto se le reconozca capaz de actuar culpablemente, se podrán limitar los derechos esenciales de la persona humana.

Pero como una cosa es el fundamento y otra el fin de la pena, criterios como el de "prevención general o especial", "proporcionalidad", "necesidad" o "utilidad", "exigibilidad de la conducta", etc., habrán de servir de criterios político-criminales para decidir sobre la "necesidad práctica" —luego de constatada la culpabilidad— para imponer o no una pena.

<sup>19</sup> Cf. Ross, 1976, págs. 151 y ss.

<sup>20</sup> Ross, 1976, pág. 166.

<sup>21</sup> Ibidem, pág. 165.

<sup>22</sup> Tomado de ROXIN, 1981, pág. 49.

<sup>23</sup> Ídem.

<sup>24</sup> ROXIN, 1981, págs. 48-49.

Las consecuencias políticas negativas que del principio de culpabilidad así entendido se pueden derivar, como por ejemplo la que muy sentidamente hace GIMBERNAT de que "La visión que el principio de culpabilidad da del delincuente, es la de una persona éticamente mala que *podía* hacer el bien y, sin embargo, hace el mal; (y de que) sobre esta base de superioridad y buena conciencia de la sociedad frente al delincuente es fácil olvidarse del problematismo de la pena estatal y de nuestra obligación de —sin ahorrarse ningún medio— tratar humanamente a quien viola la ley penal..."<sup>25</sup>, son consecuencias que muchos podrán deducir de él, pero que a nuestro juicio evidencian más un vicio del espíritu humano que una implicación lógica del principio de culpabilidad. Pero, así como del reconocimiento de las limitaciones humanas no se sigue que lo más que podemos hacer es inhibirnos de cualquier acción para impedir la incurrencia en errores —ataraxia—, tampoco podemos desear un principio como el de culpabilidad, que tantos frutos buenos ha producido, simplemente porque también de él se han aprovechado muchos (torciendo su sentido) para maquillar las más crásas violaciones a los derechos humanos.

Es posible que a quien detenta el poder no le vaya ni le venga si un hombre actuó o no libremente para imponerle una pena, cuando de defender su poder se trata, pero es que cuando la fuerza habla, hasta el sol le tocaría empezar a girar nuevamente alrededor de la tierra.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO, NÓDIER (1978): "Diversos contenidos de la estructura del delito", en *Nuevo Foro Penal* núm. 1, Oct.-Dic., Medellín, Edit. Acosta.
- AGUDELO, NÓDIER (1984): *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Temis.
- AYER, J. A. (1979): *Ensayos filosóficos*, Barcelona, Ariel.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1973): "Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 32, tercera época, Chile.
- BARATTA, ALESSANDRO (1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- BETTIOL, GIUSEPPE (1970): "Sobre una idea de culpabilidad en el derecho penal moderno", en *Problemas actuales de las ciencias penales y filosofía del derecho*.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1982): *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1984): *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Ariel.
- CALSAMIGLIA, ALBERTO (1986): *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel.
- CARRARA, FRANCESCO (1989): *Reminiscencias de cátedra y foro*, Bogotá, Temis.
- CASSIRER, ERNST (1984): *La filosofía de la Ilustración*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica.
- CEREZO MIR, JOSÉ (1982): *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos.
- CÓRDOBA RODA, JUAN (1977): *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch.
- CHATELET, FRANÇOIS (1976): *Historia de la filosofía*, t. 1, Madrid, Espasa-Calpe.
- FERRATER MORA, JOSÉ (1980): *Diccionario de Filosofía*, 2ª ed., Madrid, Alianza.
- FERRI, ENRICO (s. f.): *Sociología criminal*, t. II, Madrid, Centro Editorial de Góngora.
- FERRI, ENRICO (1933): *Principios de derecho criminal*, Madrid, Reus.

<sup>25</sup> GIMBERNAT, 1973, pág. 31.

- FIGUEREIDO DÍAZ, JORGE (1987): "Culpa y personalidad: Para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en el derecho penal", en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO (1970): *Ética*, 18ª ed., México, Porrúa.
- GIMBERNAT O., ENRIQUE (1973): "La culpabilidad como criterio regulador de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, tercera época, núm. 32, Chile.
- GIMBERNAT O., ENRIQUE (1983): *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Bogotá, Temis, Monografías Jurídicas, núm. 29.
- HAWKING, STEPHEN (1988): *Historia del Tiempo*, Barcelona, Ed. Crítica.
- HASSEMER, WINFRIED (1982): "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, Madrid, Edersa.
- JESCHECK, HANS HEINRICH (1981): *Tratado de derecho penal*, parte general, Barcelona, Bosch.
- KANT, IMMANUEL (1983): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 5ª ed., México, Porrúa.
- LUDERSEN (1982): "La imputación individualizadora de lesiones de bienes jurídicos", en *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona.
- MANZINI, VINCENZO (1948): *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Epiar.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1975): "El principio de culpabilidad", en *Comunicación a las III Jornadas de profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1981): *Introducción al libro de ROXIN Culpabilidad y prevención*, Madrid, Reus.
- NIETZSCHE, FEDERICO (1966a): "El viajero y su sombra". Aforismo II, en *Obras Completas*, 6ª ed., t. I, Buenos Aires, Aguilar.
- NIETZSCHE, FEDERICO (1966b): "Genealogía de la Moral", en *Obras Completas*, 6ª ed., t. III, Buenos Aires, Aguilar.
- POPPER, KARL (1962): *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos.
- POPPER, KARL (1967): *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós.
- POPPER, KARL (1974): *Conocimiento objetivo: Un enfoque evolucionista*, Madrid, Tecnos.
- POPPER, KARL (1983): *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza, Taurus.
- POPPER, KARL (1984): "El universo abierto", en *Post-Scriptum a la lógica de la investigación científica*, t. II, Madrid, Tecnos.
- PERRON, WALTER (1980): "Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 50, Bogotá, Temis.
- RECASÉNS SICHES, LUIS (1939): *Vida humana, sociedad y derecho: Fundamentación de la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- RECASÉNS SICHES, LUIS (1986): *Tratado general de filosofía del derecho*, 9ª ed., México, Porrúa.
- ROSS, ALF (1976): "La finalidad del castigo", en *Derecho, filosofía y lenguaje*.
- ROXIN, CLAUS (1973): "La culpabilidad como criterio limitado de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 32, tercera época, Chile.
- ROXIN, CLAUS (1977): *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus.
- ROXIN, CLAUS (1981): "¿Qué queda de la culpabilidad en el derecho penal?", en: *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, Madrid, Edersa.
- RUSSELL, BERTRAND (1973): *Religión y ciencia*, México, Fondo de Cultura Económica (Breviarios).
- SAN AGUSTÍN (1947): "Del libre albedrío", en *Obras Completas*, t. III, versión P. Evaristo Seija O. S. A., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.

- SAN AGUSTÍN (1947): "De la gracia y del libre albedrío", en *Obras Completas*, t. vi, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (1880): *Suma teológica*, t. I, Trad. directa del latín, Por D. Hilario Abad de Aparicio, Madrid, Moya y Plaza, Ed. Obra consultada: Question (q) LXXXIII.
- SCHOPENHAUER, ARTHUR (1978): *La libertad*, México, Premia.
- SPINOZA, BARUCH (1977): *Ética*. México, Porrúa.
- STRATENWERTH, GUNTHER (1980): *El futuro del principio de culpabilidad*, Madrid, Publicaciones Instituto Universidad Complutense de Madrid.
- THORPE, WILLIAM (1980): *Naturaleza animal. Naturaleza humana*, Madrid, Alianza.
- TORIO LÓPEZ, ÁNGEL (1985): "El concepto individual de culpabilidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Serie 1, núm. 3, t. XXXVIII, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- VALLEJO ARBELÁEZ, JOAQUÍN (1980): *Las fronteras de la libertad*, 4 ts., Bogotá (s. c.).
- VENDRYES, PIERRE (1969): *Determinismo y autonomía*, Barcelona, Grijalbo.
- WELZEL, HANS (1970): *Derecho penal alemán*, Parte General, 11ª edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- WELZEL, HANS (1973): "Reflexiones sobre el libre albedrío", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fas. 2, Madrid.
- ZUGALDÍA ESPINAR, AGUSTÍN (1982): "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad", en *Estudios penales (Libro Homenaje a Antón Oneca)*, Ed. Universidad de Salamanca.

# La criminología de América Latina y su objeto de estudio \*

Rosa del Olmo \*\*

## INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior, presentado en la Universidad Santo Tomás de Bogotá en febrero de 1987, bajo el título "Criminología y Derecho Penal. Aspectos Gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual", con motivo de la celebración del *Seminario sobre Derecho Penal y Realidad Latinoamericana*, expresé algunas de mis inquietudes sobre el discurso de algunos juristas y criminólogos latinoamericanos comprometidos con la justicia y el cambio social, por lo cual de una manera genérica son conocidos como penalistas y criminólogos críticos.

Ello fue posible gracias al debate publicado en la revista argentina *Doctrina Penal*<sup>1</sup> y que —como se recordará— fue iniciado por el jurista chileno EDUARDO NOVOA MONREAL con un artículo intitulado "¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?". La primera respuesta a sus planteamientos la obtuvo de la criminóloga venezolana LOLA ANIYAR en un artículo que lleva el nombre "El jardín de al lado o respondiendo a Novoa sobre la criminología crítica", al cual NOVOA replicó en la misma revista, con un segundo artículo llamado "Lo que hay al lado no es un jardín; mi réplica a L. Aniyar". Entretanto, el criminólogo argentino —residenciado en España— ROBERTO BERGALLI decidió participar en el debate por haber sido aludi-

\* Conferencia pronunciada en la ciudad de Bucaramanga en abril de 1988.

\*\* Profesora de la Universidad Central de Venezuela.

<sup>1</sup> Los interesados en este debate pueden consultar la revista argentina *Doctrina Penal*, núm. 30 (abril-junio 1985), págs. 263-275; núms. 33/34 (enero-junio 1986), págs. 315-322; núm. 36 (octubre-diciembre 1986), págs. 777-788; núm. 37 (enero-marzo 1987), págs. 23-43 y núm. 39 (julio-septiembre 1987), págs. 540-555.

do; así escribió un artículo que intituló "Una intervención equidistante pero en favor de la sociología del control penal". NOVOA, a su vez, le respondió a BERGALLI con un breve artículo llamado "En procura de una clarificación", donde le pide que aclare algunos aspectos de su planteamiento.

Aunque mi intención no fue la de agregar mayores elementos polémicos a la controversia —tal como observó posteriormente LUIS BRAVO DÁVILA—, este interesante debate me permitió expresar algunas preocupaciones que despertó en mí su lectura, sobre todo por la confusión que podría suscitar a la generación de relevo. Tal como señalé en aquel entonces, mi intervención respondía más bien al compromiso que significa haber sido una de las que comenzamos el discurso sobre la necesidad de cuestionar los planteamientos de la criminología tradicional, más conocida como "criminología positivista", para abordar *la cuestión criminal* en América Latina. Advertí que "me ha preocupado más el ser de la criminología que el deber ser, y de ahí mi poco interés por el discurso normativo como tal" [1987:24].

Me inquietaba sin embargo la carencia de plataforma común en el orden conceptual entre los integrantes del debate —juristas vs. criminólogos—, a pesar de que sus historias de vida fuesen concordantes en el campo de su praxis cotidiana. Modestamente esbocé su limitante sesgo conceptual y la necesidad en última instancia de rescatar en América Latina el Derecho Penal proponiendo una síntesis de ambos saberes, no solo para la teoría necesaria sino también para tratar de ofrecer respuestas concretas a la criminalidad [1987:39].

Meses más tarde, el criminólogo venezolano LUIS BRAVO DÁVILA contribuyó al debate con su artículo "A propósito del Debate Crítico - anexando ingredientes tradicionales" (publicado también en *Doctrina Penal*), el cual sirvió para añadir nuevos elementos a la discusión y precisar algunos problemas epistemológicos, así como para destacar la necesidad del debate "mostrando a los juristas y criminólogos realmente conservadores que no se teme a la discusión ni a la revisión de opiniones desde ángulos complementarios que antes bien debe evitarse a todo trance la fosilización del conocimiento a través de la repetición ritual de contenidos, problemas, enfoques y métodos" [1987:552].

En lo que a mí respecta no había vuelto a ocuparme de esta discusión y tampoco de la criminología como tal. Sin embargo, esta sorpresiva invitación que me han hecho de nuevo los colegas colombianos —ahora en Bucaramanga en este mes de abril de 1988— para tratar el complejo tema del objeto de estudio de la criminología —con el agravante de tener que referirme específicamente a América Latina y evidentemente a su visión crítica— me ha obligado a releer con detenimiento el debate. Así mismo, revisar una serie de trabajos que de una u otra forma se ocupan del tema y que señalo en parte en la bibliografía.

He tenido que hacerlo porque evidentemente el debate inicial fija objetos de estudio de la criminología aparentemente contradictorios. Es más, creo que esa es la esencia del debate. Recuérdese en este sentido que NOVOA MONREAL considera que el objeto de estudio de la criminología es el de "examinar *la criminalidad* desde un punto de vista natural y fáctico" [1986:317], mientras que ANIYAR sostiene

ne que es *la criminalización*, aun cuando en vez de llamarla "criminología" la bautiza como "Teoría crítica del control social" [1986:311].

Ambas posiciones, por su aparente intransigencia, podrían dar la impresión de constituir un insalvable obstáculo epistemológico para cualquier diálogo posterior, sobre todo porque se muestra como un enfrentamiento entre el saber jurídico y el saber criminológico. La colaboración entre penalistas y criminólogos en América Latina sin embargo se vuelve cada vez más necesaria y por lo tanto más factible que necesaria, o viceversa.

Son cada vez más los juristas que se acercan al saber criminológico y también los criminólogos —aunque con mayor resistencia— que intentan una relectura del derecho penal. Ya no para desmitificarlo, como se hizo en el inicio de la criminología crítica en América Latina, sino más bien para profundizar en aspectos concretos teniendo presente que de lo que se trata es de rechazar una determinada forma de hacer derecho penal y *no el derecho penal en sí*. Igual que se ha rechazado una determinada forma de hacer criminología, pero *no necesariamente a la criminología*.

Para resolver este enfrentamiento, sin embargo, hace falta esclarecer algunos aspectos, y, tal como brillantemente lo sugirió LUIS BRAVO DÁVILA, de lo que se trata es de "profundizar en *la especificidad de las nociones* y en *las conexiones lógicas entre ellas*" [1987:553]; o, dicho con las palabras de nuestro recordado amigo —siempre presente entre nosotros— EMIRO SANDOVAL HUERTAS, y citadas por BRAVO DÁVILA: "La pretensión de analizar un sistema penal desde la perspectiva de la criminología crítica exige primeramente que se precise, así sea de modo sucinto, en qué consiste dicha *perspectiva*" [1985:104].

En nuestro caso, habrá entonces que precisar primero *qué es objeto de estudio*, antes de plantear *cuál objeto de estudio* en el caso concreto de América Latina.

#### 1. PRIMERO LOS ANTECEDENTES

Antes de intentar responder es importante señalar lo absurdo que hubiera resultado formular estos interrogantes cuando solo existía la criminología positivista. Sus promotores se limitaban a describir una sociedad simple, compuesta de *los normales* y los otros, *los delincuentes*. Su objeto de estudio era muy claro, y en este sentido, tal como apunta el criminólogo venezolano LUIS GERARDO GABALDÓN, "el hecho delictivo se concibe como una entidad fáctica bien delimitada en cuanto definida como tal por la ley y por consiguiente, un objeto de conocimiento en sí mismo no cuestionable" [1987:195].

Es cierto que podía abordarse desde muchos ángulos, con lo cual se desataron aquellas estériles disputas académicas entre la biología criminal, la antropología criminal, la psicología criminal, la sociología criminal, etc., que solo sirvieron para impulsar la venta de libros que repetían los mismos discursos y anécdotas. El resultado fue una profunda confusión, lo que obligó a que algunos de sus defensores

la justificasen señalando que la criminología era "un reino sin rey". Pero en el fondo no era tan complicado: *el rey era el individuo delincuente*, y todo giraba en torno a él. Era *el objeto de estudio*, con la peculiaridad de que el derecho penal le delimitaba claramente su campo de acción, es decir lo que era *delito*. Todo parecía muy sencillo, pero el problema no se resolvía y había que garantizar el orden legal. Como recuerda acertadamente GABALDÓN, "la criminología desde sus orígenes ha pretendido suministrar explicaciones que sirviesen para inducir cambios en el medio social en cuanto al manejo y control de la delincuencia" [1987:195].

Una serie de hechos que tienen que ver con los problemas generales de las ciencias sociales y con razones sociopolíticas, pero que no es el momento para analizarlos, trastocaron y alteraron ese estrecho margen de acción de la criminología, especialmente a partir de la década de los sesenta en los países desarrollados y en especial en los Estados Unidos<sup>2</sup>.

Dentro del seno de la criminología fue sin embargo el debate iniciado por varios sociólogos norteamericanos, a fines de los años treinta, el que más contribuyó a que se estrequeceran sus cimientos. Desde la llamada *sociología de la desviación*, que en aquel entonces tenía el monopolio del saber criminológico en los Estados Unidos, surgió la discusión en cuanto a *qué es delito*, convirtiéndose en la polémica central —aún no resuelta— de la criminología. Recuérdese la publicación en 1940 del ensayo de E. SUTHERLAND, *La criminalidad de cuello blanco*<sup>3</sup>.

Polémica que, junto con las discusiones sobre la llamada "Anomia", abrió el camino al surgimiento posterior de la criminología interaccionista, también desde la sociología norteamericana. Autores como EDWIN M. LEMERT, por ejemplo, establecieron la necesidad de prestarle atención a la interdependencia entre la desviación y el control social (léase criminalidad y criminalización) y a sugerir cómo este último puede de por sí producir la desviación, y por lo tanto ser anterior a la misma. A su vez, otros señalaban el problema de las definiciones. Recuérdese en este sentido a GOFFMAN y su análisis del *estigma*, y a HOWARD S. BECKER y su concepto del *labeling* (etiquetamiento) y su insistencia en la necesidad de responder:

"¿Por qué existe una norma cuya infracción constituye desviación?; ¿cómo y por qué se define una conducta como desviada?; y ¿cuáles son las implicaciones de estas definiciones?"

Comienza así a consolidarse la criminología interaccionista que algunos europeos —particularmente los franceses y alemanes— bautizarían como *criminología de la reacción social*<sup>4</sup> para diferenciarla de la criminología positivista que, a su vez, sería denominada *criminología del paso al acto*, siguiendo a JEAN PINATEL.

Con la aparición de esta criminología se produjo, tal como observó hace años ROBERTO BERGALLI, "el primer salto cualitativo que desviara a la criminología de su atención sobre el autor del delito. Es decir, el individuo delincuente [1980:49].

<sup>2</sup> Para mayores detalles véase mi libro *Ruptura criminológica* (1979), Ediciones de la Biblioteca, UCV, Caracas; y en especial, el artículo "Problemas actuales de la Criminología".

<sup>3</sup> Ese ensayo fue publicado en la *American Sociological Review* 5 (febrero 1940), págs. 1-12. Nueve años después se publicaría su conocido libro *El delito de cuello blanco*.

<sup>4</sup> Véase en este sentido la extensa obra del criminólogo francés PHILIP ROBERT.

Si para la criminología positivista —o del paso al acto— el objeto de estudio era *el individuo delincuente*, para la criminología interaccionista —o de la reacción social— sería *las definiciones y su interrelación con los niveles intermedios del control social* (policías, funcionarios de tribunales y de prisiones). En otras palabras: *la relación crucial entre el hecho delictivo y la respuesta que origina*. La conducta delictiva se verá como causa de la definición de los *normales* (léase los encargados de aplicar la ley).

No hay duda de que a comienzos de los años setenta esta criminología interaccionista —o de la reacción social— era el centro de atención en el mundo académico de los países desarrollados, y que vino a complicar el objeto de estudio de la criminología. Recuérdese por ejemplo que incluso la *Sociedad Internacional de Criminología*, tradicionalmente dedicada a difundir la criminología positivista —que denominaban clínica—, consideró pertinente que su *VII Congreso Internacional de Criminología*, que habría de celebrarse en 1973 en la ciudad de Belgrado, Yugoslavia, tuviese como tema central "Las tendencias actuales de la criminología"<sup>5</sup>. Lo fundamental de esta reunión fue resaltar la controversia entre ambas tendencias<sup>6</sup>.

Surgió así un interesante debate no solo con los partidarios de la criminología positivista, sino también con la incipiente criminología crítica. Curiosamente, sin embargo, fueron los ingleses, y no los norteamericanos, quienes primero les prestaron atención a los planteamientos del interaccionismo, dando lugar —como ellos mismos reconocieron— al surgimiento de lo que en un comienzo se bautizó como *Teoría crítica de la desviación*<sup>7</sup>.

Se preparaba el camino a la criminología crítica que venía desarrollándose en varios países. Los trabajos de investigación producidos en los años cincuenta por el Instituto de Criminología de la Universidad de Oslo, bajo la dirección de NILS CHRISTIE; así como en los Estados Unidos los aportes de RICHARD QUINNEY y WILLIAM CHAMBLISS desde la sociología del conflicto, y sobre todo su preocupación por demitificar el derecho, son precursores de la criminología crítica.

No es este el momento, sin embargo, para analizar su complejo desarrollo, múltiples enfoques y amplísima producción, en especial en los primeros años de la década de los setenta<sup>8</sup>. Pero es importante destacar que el principal desafío que sufrió la criminología interaccionista surgió a raíz de la publicación en Inglaterra del libro *La nueva criminología* de IAN TAYLOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG, libro que dio lugar a su vez a un interesante debate interno entre quienes intentaban desarrollar una criminología crítica. Resultado de ello fueron los diversos caminos que tomaron posteriormente sus protagonistas.

<sup>5</sup> En su VI Congreso celebrado en Madrid en 1970 con el tema central "La investigación científica en Criminología" ya se hizo referencia a la existencia de estas tendencias.

<sup>6</sup> Para mayores detalles véase mi libro *América Latina y su Criminología* (1981), Siglo XXI Editores, México.

<sup>7</sup> Ver su trabajo denominado "Criminología Crítica en Gran Bretaña" en IAN TAYLOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG, *Criminología Crítica* (1977), Siglo XXI Editores, México.

<sup>8</sup> Consultar mi trabajo "El Grupo Europeo para el Estudio de la Desviación y el Control Social" en *Ruptura criminológica* (1979).



En aquel entonces su punto central de convergencia era el compromiso asumido con los nuevos movimientos sociales, y particularmente con la llamada *Nueva Izquierda*, más que determinar un objeto de estudio específico. De ahí que uno de los temas centrales de discusión era *el compromiso del criminólogo* con la lucha social, en desmedro de refinar la teoría que pudiera sustentar a la emergente criminología crítica. Predominaba una "repugnancia ideológica" por la teoría anterior y una "indignación moral" ante la realidad. En este sentido, aquellos mismos autores escribieron lo siguiente:

"Es compromiso de los teóricos radicales idear y llevar a cabo investigaciones que identifiquen las diversas situaciones que aprisionan a los hombres y los diversos caminos por los que las resisten; pero, finalmente, investigar cuáles ayudan a esa resistencia a pasar de la resistencia a la liberación" [1977:51].

Aunque coincidían en que la criminología debía examinar la relación entre la ley, el delito y el Estado desde una perspectiva histórica y con un enfoque sociopolítico que vinculase la criminalidad con los procesos socioeconómicos, ideológicos y legales, el debate en sí impedía delimitar claramente el objeto de estudio. En ese momento no se consideraba lo fundamental, sino más bien *el compromiso del criminólogo* en la transformación de la sociedad. Ello dio ocasión para que los británicos BANKOWSKI, MUNGHAM y YOUNG llamasen la atención sobre el peligro de que la criminología se convirtiera en *la reina de las ciencias*, cuando sostienen que ella suministra las herramientas para la transformación de la sociedad [1977:37].

No es fácil sin embargo referirse en tan breve espacio al debate interno de la criminología crítica, debido a que este se desarrollaba en varias instancias. Se pueden rescatar dos aspectos relacionados entre sí, y que parecieran constituir uno de los puntos centrales del debate. En primer lugar, la insistencia en dirigir la atención hacia la criminalidad del poder, y concretamente del Estado, sepultando la criminalidad convencional, con lo cual se destacaba la necesidad de una criminología comprometida con la eliminación de las desigualdades del sistema. Y en segundo lugar, una redefinición del concepto de delito, en términos de la ecuación relaciones sociales dañosas/delito.

En este sentido autores como TONY PLATT señalaban, desde los Estados Unidos en aquel entonces, la necesidad de una definición del delito que refleje la realidad de un régimen jurídico basado en el poder y el privilegio<sup>9</sup>. Fueron sin embargo HERMAN y JULIA SCHWENDINGER quienes, ya en 1970, retomaron el viejo debate sobre el concepto de delito (al que se hizo referencia anteriormente) en un ensayo llamado "Defensores del orden o custodios de los derechos humanos", considerado como un clásico de la reflexión crítica y que fue el punto de partida teórico para el surgimiento de la llamada "Criminología Radical" en los Estados Unidos.

El planteamiento central de los SCHWENDINGER es el de redefinir el concepto de delito en términos de *daños de parte del Estado*, con lo cual rechazan la definición legal, así como la definición de SUTHERLAND, a quien califican de reformista, por

<sup>9</sup> Ver su trabajo "Perspectivas para una criminología radical en los Estados Unidos" en *Criminología crítica* (1977), y en especial la página 140.

no cuestionar al Estado. Introducen la variable de *la moral* al señalar la necesidad de que el criminólogo defienda los derechos humanos y pueda identificar su violación; se amplía así el concepto de delito para incluir la guerra imperialista, el racismo, la discriminación sexual y la miseria<sup>10</sup>.

Y en este sentido señalan lo siguiente:

"Los Estados Unidos se enfrentan con una seria crisis *moral* reflejada sobre todo en la negligencia benigna tecnocrática manifestada en la negativa de reconocer el carácter criminal de enormes *daños sociales* infligidos a gente indefensa, simplemente porque esos perjuicios no están definidos en los códigos penales" [1977:188].

Sus planteamientos promovieron a su vez a un interesante debate, que se publicó en 1972 en la revista *Issues in Criminology*, órgano de la Escuela de Criminología de Berkeley.

En este proceso de redefinición del delito, sostenían los SCHWENDINGER, "los criminólogos se redefinían a sí mismos para no seguir siendo los defensores del orden sino los custodios de los Derechos Humanos" [1977:189]. Conectan de este modo el compromiso del criminólogo con la polémica central de la criminología.

A pesar de las diferentes posiciones y múltiples debates, los pioneros de la criminología crítica intentaron replantear su objeto de estudio partiendo del cuestionamiento de la criminología y de una redefinición del concepto de delito. Se planteaba como propósito *la ruptura epistemológica*.

BILL CHAMBLISS lo expresó claramente con las siguientes palabras:

"En años recientes hemos sido testigos de un saludable cambio en el estudio de la criminalidad. Ya no trabajamos dentro de los estrechos límites del paradigma normativo que comenzaba y terminaba el estudio del delito con el estudio de cómo algunas personas adoptaban «patrones de conducta delictiva» mientras otros no lo hacían. Hemos pasado rápidamente al énfasis en la ley y la importancia de la historia y hemos comenzado a desarrollar estudios empíricos y perspectivas teóricas que enfocan las características estructurales de la economía política como el punto de partida para la comprensión sistemática de la criminalidad" [1977:53].

Si bien los sociólogos ingleses y norteamericanos fueron los principales impulsores del desarrollo de la criminología crítica, otros también contribuyeron desde otras latitudes, pero es imposible referirse a ellos en tan breve espacio. Solo se menciona a ALESSANDRO BARATTA por su inmensa influencia en los penalistas y criminólogos críticos latinoamericanos estos últimos años; influencia cuyas repercusiones tendrán que ser evaluadas algún día, así como también las de JEAN PINATEL y BENIGNO DI TULLIO en otra época.

Como se recordará, BARATTA se inserta en el debate de la criminología crítica unos años más tarde desde la filosofía del derecho con su Escuela de Bologna, Italia, muy influida por el pensamiento de ANTONIO GRAMSCI. Su feroz crítica a la ideología de la defensa social y su descarnada radiografía del derecho penal introdujeron

<sup>10</sup> Quien desee conocer con detalle sus planteamientos, puede encontrar la versión castellana en *Criminología crítica* (1977), págs. 149-189.

nuevos elementos en el debate, especialmente en la discusión de la política criminal. Para BARATTA, la criminología crítica “se transforma cada vez más en cuestionamiento del Derecho Penal”, al cual considera “como un sistema dinámico de funciones en el que es posible distinguir tres mecanismos susceptibles de análisis separado: el de la producción de las normas (*criminalización primaria*), el de su aplicación (*criminalización secundaria*) y el de la ejecución de las penas y medidas de seguridad”<sup>11</sup>.

De este modo, para BARATTA lo fundamental de la criminología crítica es la disección del derecho penal, al cual define como “una técnica para el control social que actúa sobre ciertas formas de comportamiento, que corresponden a las tres características arriba indicadas” [1980:43]. Aunque su vasta obra abarca toda una serie de instancias de reflexión, es posible deducir que considera como objeto prioritario de estudio *la criminalización* en su sentido más amplio.

## 2. ¿OBJETO DE ESTUDIO O PROPÓSITO DE ESTUDIO?

Esta breve síntesis que se ha presentado sobre los principales debates de la criminología permite demostrar que el panorama es bastante complejo; responde en parte al cuestionamiento general de las ciencias sociales en aquellos años, así como al dilema objetividad/subjetividad.

Esta situación ha dado motivo para que, en el caso de la criminología crítica, se la invalide calificándola de subjetiva y política. Quienes así piensan ignoran sin embargo que la criminología como tal siempre ha sido una disciplina política. Los conceptos *delito* y *delincuente* son resultado de definiciones y procesos sociales. ¿O acaso el derecho penal no responde a la política de un Estado en un momento determinado? ¿Rehabilitar delincuentes es o no una decisión política dirigida a mantener el orden? El problema, por lo tanto, no estriba en este punto.

Cualquier saber que pretenda ser científico debe delimitar su objeto de estudio. Pareciera sin embargo que, al menos hasta ahora, la criminología crítica ha caído en la tendencia a mezclar las razones ideológicas para estudiar un área empírica (llámese criminalidad o criminalización, o ambas) con el rigor y los protocolos epistemológicos necesarios para fundamentar su análisis radical. Tal como lo señalan acertadamente los británicos BANKOWSKI, MUNGHAM y YOUNG —antes mencionados—, “el problema central de la criminología crítica es la falta de distinción entre *los propósitos* y *los objetos* de estudio. Su excesiva concentración en los propósitos da lugar a que el trabajo de los criminólogos críticos sea epistemológicamente reduccionista y relativista. *Este tipo de trabajo produce un criminólogo crítico* pero no una criminología crítica... Está lleno de buenas intenciones... expresa la moralidad idiosincrásica del criminólogo... pero los propósitos no mejoran nuestro conocimiento” [1977:38].

<sup>11</sup> Ver su ensayo “Criminología Crítica y Política Criminal Alternativa”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 2, núm. 5, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979, pág. 45.

Recuérdese la distinción que hace el Diccionario de la Real Academia española: *Propósito* e *la intención* de hacer o no hacer algo. Es decir, es *la intención* de *conocer*. Pertenecen al modo de pensar: es *subjetivo* y podría confundirse en algunas situaciones con la noción misma de *deseo*.

En cambio *objeto* es todo lo que puede ser *materia de conocimiento*. En otras palabras, se refiere *al contenido* de un saber determinado.

La criminología crítica, tal como la hemos esbozado, se ha quedado en *la intención*. Esto se manifiesta claramente en el énfasis que le da al *compromiso del criminólogo*. Por otra parte, su continua autorreflexión —volviendo a citar los autores antes señalados— “sobre sus propósitos no mejora el conocimiento... solo funcionarán como *obstáculos epistemológicos*” [1977:49].

En el caso de la criminología crítica en América Latina se evidencia la misma situación, con el agravante de haber confundido lo que es *teoría* con lo que es *modelo*. Y aquí de nuevo hay que insistir en *la especificidad de las nociones* de que nos habla BRAVO DÁVILA.

Tal como distinguiera WRIGHT MILLS hace ya muchos años, *modelo* es un inventario más o menos sistemático de los elementos a los que debemos prestarles atención si queremos comprender algo (léase propósito). No es verdadero ni falso. En cambio, *teoría* es un planteamiento que puede ser probado verdadero o falso sobre el peso causal y las relaciones de los elementos del modelo. En otras palabras, tiene que ofrecer *conexiones lógicas entre las nociones*.

En otra oportunidad, al referirnos a la criminología crítica en América Latina, y específicamente a la Teoría Crítica del Control Social, la calificamos de *texto programático* porque sus planteamientos son un intento por elaborar un modelo pero no una teoría. Es decir, es *un esfuerzo por sensibilizar al lector más que un análisis sustantivo de la realidad latinoamericana*.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la aproximación a este saber (léase criminología) —tal como lo plantea EUGENIO RAÚL ZAFFARONI en su reciente libro *Criminología: Aproximación desde un margen*— presenta para el caso concreto latinoamericano una serie de obstáculos que resume de la manera siguiente:

“(a) Limitaciones subjetivas de clase y de entrenamiento;

”(b) Limitaciones ontológicas de la tarea, es decir de su apriorística perspectiva parcial;

”(c) Limitaciones objetivas de instrumental teórico y de formación fáctica; y

”(d) Alto nivel de vulnerabilidad a la crítica política (por difícil comprensión central y por manipulación del poder periférico)”<sup>12</sup>.

Es importante destacar aquí que esa criminología crítica de los países centrales que tanto ha influido en algunos especialistas de los países de la periferia, ha sido objeto estos últimos años de una profunda autocritica de parte de los principales criminólogos críticos que la promovieron. En este sentido los autores de *La nueva criminología*, en entrevistas realizadas en 1983 fueron tajantes<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Consultar su libro *Criminología: aproximación desde el margen*, Bogotá, Edit. Temis, 1987. La cita la hemos tomado de la versión manuscrita.

<sup>13</sup> Ver la revista *Canadian Criminology Forum*, vol. 6, núm. 1, octubre, 1983.

Tanto IAN TAYLOR como JOCK YOUNG reconocieron que sus planteamientos habían sido idealistas. Respondían a una actitud de antipositivismo criticando teorías en términos de cómo les gustarían o no que fueran, con un *futurismo moral* que respondía al voluntarismo espontáneo de gran parte del pensamiento socialista en el mundo occidental de los años sesenta y setenta. De ese modo, al insistir en la discusión del poder, y concretamente del control social, se ignoraba el problema de la criminalidad.

En este sentido JOCK YOUNG señala lo siguiente:

“Creo que la visión romántica del delito de parte de la izquierda, así como la visión de la maldad del delito de parte de la derecha, surgen del mismo nivel de las apariencias. La derecha ve la naturaleza antisocial del delito pero no ve su causa en la estructura social. Y la izquierda, ve el derecho a la rebelión que implica el delito pero no observa que este rebelde ha tomado el camino equivocado. Así que *ambas visiones se quedan en el nivel de las apariencias* y por eso son tan fascinantes y por lo cual las personas se vuelven tan eufemísticas sobre el delito.

“Creo que el problema hay que plantearlo tomando en cuenta la naturaleza individualista del delito por una parte, planteándose al mismo tiempo, las causas estructurales” [1983:111].

A su vez, IAN TAYLOR expresa lo siguiente:

“La criminalidad no es una simple construcción social de carácter exclusivamente ideológico, sino más bien una construcción social basada en los daños interpersonales y la ansiedad interpersonal que realmente son parte de la existencia cotidiana de la clase trabajadora en una sociedad capitalista decadente como la Gran Bretaña. Es decir, las personas *sí* viven en vecindarios que son vandalizados, donde no funcionan los teléfonos ni los ascensores; donde caminar de un lugar a otro es objetivamente una actividad muy poco segura, donde la juventud desocupada se para en las esquinas de una manera desafiante y provocadora... De ahí que en nuestro trabajo reciente reconocemos como prioridad que *hay un conjunto de ansiedades sociales que son codificadas por la propia clase trabajadora como criminalidad y que no son producto de alguna conspiración de la clase dominante*” [1983:93].

Estos autores no descartan sin embargo el compromiso del criminólogo, pero lo plantean en otros términos. Ya no como activismo político exclusivamente. Así JOCK YOUNG se refiere a una *criminología activista* que implique la posibilidad del criminólogo para participar en la formulación de las políticas de su país. Por otra parte, IAN TAYLOR destaca ya en su libro *Law and Order*, publicado en 1981, al referirse a la reconstrucción de la criminología crítica (que denomina *criminología socialista práctica*), la necesidad de que el criminólogo se inserte en los movimientos pro-mejoras de las cárceles; la crítica a la policía; las comisiones de derechos humanos y las diversas organizaciones de mujeres [1981:125].

Recientemente, en un trabajo del que solo conocemos su versión inédita, TONY PLATT desde los Estados Unidos también formula una autocrítica. Destaca la inmadurez teórica y el activismo utópico ultraizquierdista de la criminología radical norteamericana, y sobre todo *su actitud romántica y mesiánica*.

“Su debilidad teórica —señala PLATT— fue resultado del énfasis en el activismo a corto plazo y de las expectativas idealistas sobre el impacto de la protesta social en las estructuras políticas establecidas. También reflejaba las tendencias anti-intelectuales de la Nueva Izquierda y el descrédito al legado teórico de la Vieja Izquierda” [1987:11].

“Teóricamente esta criminología era ecléctica y subdesarrollada”, añade. Pero hay sin embargo unas palabras que es necesario resaltar por su coincidencia con lo que ha sucedido en América Latina:

“La pobreza de la teoría criminológica radical en los Estados Unidos estimuló *la dependencia intelectual de la obra producida en otros países*” [1987:11].

Hace algunos años fui criticada por hacer una advertencia en este sentido, cuando decía: “hay que dejar de ser *copistas* del pensamiento criminológico europeo... y comenzar por hacer una reconstrucción histórica pero *latinoamericana* que abarque tanto el *fenómeno del delito como el de los medios de control social que han desarrollado los diferentes Estados latinoamericanos*” [1979:197] (léase criminalidad/criminalización en el lenguaje contemporáneo). Y más recientemente señalé: “Nuestros criminólogos, incluso muchos de los que se consideran críticos, no han podido romper la dependencia del conocimiento que viene de los países desarrollados. En tanto no se rompa esa dependencia, no se podrá hablar de una *criminología crítica latinoamericana*” [1985:70].

Hay que seguir insistiendo en este punto. La dependencia intelectual de lo producido particularmente en Europa, ha creado en América Latina un discurso criminológico que mezcla un limitante objeto de estudio —a pesar de su amplísima definición—<sup>14</sup> con un activismo mesiánico que tiene como meta una romántica política criminal alternativa.

Se confunden —como apuntara NOVOA MONREAL cuando inició el debate— no solo las nociones sino el campo de investigación con el de la lucha social. Y, por lo tanto, los objetos con los propósitos<sup>15</sup>.

Mientras tanto, tal como señala acertadamente GABALDÓN, “la praxis del control social y de la represión delictiva se ha desarrollado al margen de cualquier teoría criminológica” [1987:196].

Podrían añadirse, por otra parte, las reflexiones de los criminólogos colombianos GERMÁN MARROQUÍN GRILLO y JAIME CAMACHO FLÓREZ cuando se referían a la criminología

<sup>14</sup> LOLA ANIYAR en su libro *Criminología de la liberación* dice lo siguiente: “entendemos el control social como el conjunto de sistemas normativos (religión, ética, costumbres, usos, terapéutica y Derecho —este último entendido en todas sus ramas en la medida en que ejercen ese control reproductor, pero especialmente la penal; en sus contenidos tanto como en sus no contenidos—) cuyos portadores a través de procesos selectivos (estereotipia y criminalización) y mediante estrategias de socialización (primaria y secundaria o sustitutiva), establecen una red de contenciones que garantizan la fidelidad (o, en su defecto, el sometimiento) de las masas a los valores del sistema de dominación; lo que por razones inherentes a los potenciales tipos de conducta discordante, se hace sobre destinatarios sociales diferencialmente controlados según su pertenencia de clase” [1987:31].

<sup>15</sup> Puede observarse la insistencia permanente en ofrecer proposiciones. Ver por ejemplo los capítulos II y IV de ANIYAR (1987), *Criminología de la liberación*.

crítica colombiana. Y en este sentido, señalar que la criminología crítica en América Latina es una *criminología importada*, intuitiva por ausencia de tradición, sin respaldo histórico ni empírico salvo algunas excepciones... *teóricamente inconsciente* por confundir paradigmas, mezclas teóricas autoexcluyentes, falta de claridad en definiciones teóricas... *una criminología ahistórica* en la medida en que copia y repite teorías sin ubicarlas en un contexto dinámico bien actual o bien histórico. Es decir, *no tiene un fundamento empírico actual ni un respaldo en la historia de Colombia* (léase más bien *América Latina*). En este sentido, *todo está por construir* [1985:292].

### 3. ¿ES INDISPENSABLE DEFINIR UN OBJETO DE ESTUDIO AQUÍ Y AHORA?

Pareciera, por todo lo expuesto hasta ahora, que el discurso de la criminología crítica en América Latina, particularmente cuando intenta teorizar, también necesita de una seria autocrítica que comience por revisar sus planteamientos. Esto no significa sin embargo que se esté negando la indudable existencia para estos momentos de criminólogos críticos latinoamericanos.

En el caso de un objeto de estudio tan complejo como el que se persigue, hay que tener presente que son las realidades sociales las que generan las teorías para explicar esas realidades en un momento determinado, tal como señalase el criminólogo colombiano JESÚS ANTONIO MUÑOZ en su trabajo *El objeto de la criminología para América Latina y para Colombia* [1986:50]. Su historia al menos así lo ha demostrado.

Estamos tan contaminados los especialistas de este continente con el discurso de otras latitudes, que es preferible hacer un paréntesis para dedicarnos a conocer nuestras realidades sociales concretas antes de intentar su comprensión teórica que puede llegar a convertirse en un estéril torneo de ideas. Y es más bien mediante la investigación como se puede ir delimitando el objeto de estudio, y no ofreciendo una definición discursiva. Ello no implica que no se tengan presentes como punto de partida las características estructurales para la comprensión sistemática de la criminalidad y la criminalización en las formaciones sociales del capitalismo periférico.

Es cierto que hay que seguir desmontando el discurso de la criminología tradicional y el de todo el derecho —y no solo el penal—, pero también el europeizante y fantasioso discurso de la criminología crítica. Y hay que iniciar la relectura de lo producido en América Latina, porque lo escrito hace años por ROBERTO LYRA, MANUEL LÓPEZ REY y ALFONSO QUIROZ CUARÓN, entre otros, pueden todavía enseñarnos mucho.

Sin embargo en *el aquí y ahora* es indispensable delimitar el *método de estudio*, que por cierto bien podría ser tema de otro interesante debate. Tal como señala el filósofo venezolano LUDOVICO SILVA, “*el método consiste en demostrar por la vía del análisis y de la abstracción, el funcionamiento real de las sociedades...* Este método tiene dos fases radicalmente distintas: la fase de *la investigación* en que se recolecta el material de estudio, los datos empíricos y se procede casi siempre según un orden histórico; y la fase de *la exposición* donde no se procede según

un orden histórico, sino según un orden lógico: se plantea una serie de categorías económico-sociales y, a partir de ellas, se deduce en su integridad el sistema social...” [1975:178].

En este sentido, la aproximación al conocimiento criminológico latinoamericano pareciera requerir en una primera instancia de *la fase de la investigación*. Es preferible en nuestra desconocida realidad latinoamericana inferir las categorías partiendo del análisis concreto de los hechos, en vez de utilizar un método de análisis apriorístico, rígido y con pretensiones de universalidad. En otras palabras, como *proceso dialéctico*.

Antes de elaborar una teoría crítica —si es que se puede elaborar una teoría desde la criminología— habría que hacer un inventario de los aspectos a los que hay que prestarles atención para profundizar en ellos.

Esa primera fase ya se viene desarrollando paralelamente en América Latina desde hace 10 años<sup>16</sup>, aunque se ha descuidado el estudio de la criminalidad misma.

Antes de elaborar una “gran teoría crítica”, sin embargo, hay que dar respuesta a una serie de interrogantes que están estrechamente vinculados con la ecuación *criminalidad/criminalización*, pero que poco tienen que ver con la realidad europea, de donde provienen los aspectos centrales del actual discurso crítico.

Algunos ejemplos pueden ilustrar lo dicho:

— ¿Cuál es la relación entre la deuda externa, la calidad de la vida y la criminalidad “inevitable”? ¿Cuál es la actividad del Estado —por acción u omisión— frente a esa calidad de la vida?

— ¿Qué efectos pueden tener las fluctuaciones de los precios de las mercancías en el mercado mundial en los índices delictivos de nuestros países? ¿Y por lo tanto en el surgimiento de la economía informal?

— ¿Cuál es el alcance real de los derechos humanos? ¿No será necesario desmontar también el derecho público y no solo el derecho penal?

— ¿Por qué los delitos de los poderosos se convierten en multas sin castigo al cuerpo del individuo? ¿No será necesario también desmontar el derecho civil?

— ¿Qué tipo de Estado tenemos en el capitalismo periférico y cómo se articula con el centro? ¿Por qué se hace necesaria la militarización de la justicia? ¿El surgimiento de policías paralelas? ¿El genocidio de campesinos?

— ¿Por qué ocupa lugar prioritario en la política criminal de los Estados latinoamericanos el tema drogas? ¿En qué medida los tratados internacionales destruyen la noción de Estado dando lugar a una política criminal transnacional? ¿Y en este sentido cómo queda el Estado de Derecho en las naciones latinoamericanas? ¿Por qué tiene mayor legitimidad un comando policial norteamericano que un juez nacional para detener un traficante como acaba de ocurrir en Honduras?

— ¿Qué relación hay entre el desarrollo de las empresas transnacionales y la posibilidad reguladora del Estado-Nación? ¿Qué papel desempeñan las policías privadas en todo esto?

<sup>16</sup> Se puede consultar una serie de interesantes investigaciones realizadas a nivel nacional en los respectivos países de los integrantes del *Grupo de Criminología Comparada* que indudablemente servirá de base para la futura reflexión desde nuestra realidad.

— ¿Cuál es el papel del crimen organizado en mantener el orden cuando crea una estructura de oportunidades como, por ejemplo, fuentes de empleo?

— Y ¿qué decir de la creciente criminalidad femenina y su posible conexión con la feminización de la pobreza?

Cuando llegemos a responder estos y muchos otros interrogantes se podrá llegar a delimitar un objeto de estudio que sea resultado de un proceso de análisis empírico, teórico e histórico; y no como la verificación pura y simple en los hechos de un paradigma que ha idealizado y aceptado de una manera acrítica y pasiva los postulados del marxismo que se toma como modelo sin reconocer su actual debate interno generado por los problemas contemporáneos. Se ha olvidado de este modo que hoy en día ya no es posible considerar al sistema capitalista como simple responsable de todos los males ignorando las interacciones en las distintas instancias.

Solo entonces habrá llegado el momento de comenzar a teorizar con fundamento en pos de la criminología crítica de América Latina.

Abril 1988.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ADDARIO, SUSAN y GAVIGAN, SHELLEY: "An Interview with Jock Young", en *Canadian Criminology Forum*, vol. 6, otoño 1983.
- ANIYAR, LOLA (1986): "El jardín de al lado o respondiendo a Novoa Monreal sobre la criminología crítica", en *Doctrina Penal*, núms. 33/34, Buenos Aires.
- (1987): *Criminología de la liberación*, Universidad del Zulia, Maracaibo.
- BANKOWSKI, Z., MUNGHAM, G., y YOUNG, P. (1977): "Radical Criminology or Radical Criminologist", en *Contemporary Crises*, vol. 1, núm. 1, págs. 37-52.
- BARATTA, ALESSANDRO (1980): "Criminología y Dogmática Penal, Pasado y Futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal", en *Papers, Revista de Sociología*, núm. 13, Barcelona.
- (1979): "Criminología Crítica y Política Criminal Alternativa", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 2, núm. 5, Universidad Externado, Bogotá.
- BERGALLI, ROBERTO (1980): "Origen de la teoría de la reacción social" (Un aporte al análisis y crítica del *labelling approach*), en *Papers, Revista de Sociología*, núm. 13, Barcelona.
- (1986): "Una intervención equidistante pero en favor de la sociología del control penal", en *Doctrina Penal*, núm. 36.
- BERGALLI, ROBERTO, BUSTOS RAMÍREZ, J., MIRALLES, T. (1983): *El pensamiento criminológico: un análisis crítico*, Edit. Temis, Bogotá.
- BRAVO DÁVILA, LUIS (1987): "A propósito del debate crítico: anexando ingredientes tradicionales", en *Doctrina Penal*, núm. 39.
- CHAMBLISS, WILLIAM C. (1977): "Markets, Profits, Labor and Smack", en *Contemporary Crises*, vol. 1, núm. 1.
- DEL OLMO, ROSA (1979): *Ruptura criminológica*, Ediciones de la Biblioteca, UCV, Caracas.
- (1981): *América Latina y su criminología*, Siglo XXI Editores, México.
- (1987): "Criminología y derecho penal: Aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual", en *Doctrina Penal*, núm. 37.
- GABALDÓN, LUIS GERARDO (1987): *Control social y criminología*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

- GALLIGHER, JOHN F. (1978): "The Life and Death of Liberal Criminology", en *Contemporary Crises*, núm. 2.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J. (1985): "Reflexiones sobre la política criminal alternativa", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. VIII, núms. 27/28, Universidad Externado, Bogotá.
- JUÁREZ CIRINO, DOS SANTOS (1981): *A Criminologia Radical*, Forense, Rio de Janeiro.
- MARROQUÍN, GERMÁN y CAMACHO FLÓREZ, JAIME (1985): "Apuntes para la historia de la Criminología en Colombia", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. VIII, núms. 27/28, Universidad Externado, Bogotá.
- MUÑOZ GÓMEZ, JESÚS A. (1986): "El objeto de la criminología para América Latina y para Colombia", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, vol. VII, núm. 14, Cali.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO (1985): "¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?", en *Doctrina Penal*, núm. 30.
- (1986): "Lo que hay al lado no es un jardín: mi réplica a L. Aniyar", en *Doctrina Penal*, núms. 33/34.
- (1986): "En procura de una clarificación", en *Doctrina Penal*, núm. 36.
- PLATT, TONY (1973): "Perspectivas para una criminología radical en los Estados Unidos", en *Criminología Crítica*, Siglo XXI Editores, México.
- (1987): "If we know, then we must fight: the origins of Radical Criminology in the United States" (mimeo).
- ROJAS, FERNANDO (1978): *El Estado en los ochenta: un régimen policivo*, CINEP, Bogotá.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO (1985): *Sistema penal y criminología crítica*, Edit. Temis, Bogotá.
- SCHUMANN, K. F. (1976): "Theoretical Presuppositions for Criminology as a critical enterprise", *International Journal of Criminology and Penology*, vol. 4, núm. 3.
- SMANDYCH, RUSSELL: "An Interview with Ian Taylor", en *Canadian Criminology Forum*, vol. 6, núm. 1, otoño 1983.
- SILVA, LUDOVICO (1975): *Manual para uso de marxistas, marxólogos y marxianos*, Monteavila, Caracas.
- TAYLOR, IAN, WALTON, PAUL y YOUNG, JOCK (1977): *Criminología crítica*, Siglo XXI Editores, México.
- TAYLOR, IAN (1981): *Law and Order: Arguments for Socialism*, The Macmillan Press, Londres.
- VARIOS (1984): *Criminología Crítica I Seminario*, Universidad de Medellín, Medellín.
- ZAFFARONI, EUGENIO R. (1987): *Criminología: Aproximación desde el margen*, Edit. Temis, Bogotá.

# Sicariato y criminalidad en Colombia: perspectivas y realidades

Olga Lucía Gaitán G. \*

## INTRODUCCIÓN

En 1984 caía asesinado el ministro de Justicia de la época, Rodrigo Lara Bonilla. Según las autoridades, uno de los autores materiales del crimen fue el joven Bayron Velásquez, de 16 años de edad. Desde entonces se hizo cotidiana la figura del sicario en nuestros diarios y revistas. No obstante, el fenómeno no es reciente ni en nuestro país ni en el mundo.

En efecto, el término proviene del latín *sicarius*, asesino pagado. “Aparece en Roma, en época de Julio César; reaparece en el Renacimiento, vinculado a los crímenes de la época de los Borgia, en esa Florencia deslumbrante y maquiavélica; se reproduce en los bajos fondos de la novela del siglo XIX”<sup>1</sup>.

Según LAQUEUR, una de las primeras manifestaciones terroristas es la de los *sicarii*, “una secta religiosa muy bien organizada, formada por hombres de las clases bajas y activa durante la rebelión de los celotes en Palestina (66-73 d. de C.)”<sup>2</sup>. Este movimiento se caracterizó por ejecutar acciones contra sus enemigos a plena luz del día, de preferencia durante las festividades en Jerusalén. “Los *sicarii* destruyeron la casa de Ananías, el sumo sacerdote, así como los palacios de los gobernantes herodianos”<sup>3</sup>; quemaron los archivos públicos,

\* Profesora de la Universidad de los Andes.

<sup>1</sup> A. HOLGUÍN, citado en “Un viaje al universo del sicariato”. Informe Especial, *El Tiempo*, Bogotá, abril 9 de 1989, págs. 1a-2b.

<sup>2</sup> W. LAQUEUR, *Terrorismo*, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1980. Traducción española de José Luis López, pág. 28.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pág. 29.

los graneros y sabotearon las reservas de agua de Jerusalén. Visto con esta perspectiva histórica, el sicario de hoy no es más que el renacimiento de viejas formas de violencia utilizadas previamente en muchas partes del mundo<sup>4</sup>.

En nuestro país, para algunos autores, el antecedente inmediato de los sicarios puede encontrarse en los llamados "pájaros", de la violencia de los años cincuenta. A pesar de las diferencias existentes, el común denominador es la modalidad del asesinato por delegación<sup>5</sup>.

Frente a esta realidad histórica han surgido recientemente en nuestro medio diversas interpretaciones discursivas, cuyo fin es ofrecer algún tipo de explicación válido. El sicariato se ha convertido en tema de conversación cotidiano, en motivo de alarma social y en objeto de estudio por parte de médicos, psiquiatras, sociólogos, violentólogos, etc. Los diarios comentan, la opinión pública se manifiesta, los especialistas inician investigaciones. Así, progresivamente vemos tejerse una telaraña de perspectivas y visiones diferentes que se cruzan y van construyendo y reconstruyendo la realidad social del sicariato. El discurso se mezcla con la realidad, hace realidad. De esta manera, el acercamiento y el conocimiento que tenemos del fenómeno, nos viene dado a través de ese proceso comunicativo complejo.

En términos de FOUCAULT, "el discurso transporta y produce poder; lo refuerza pero también lo mina, lo expone, lo torna frágil y permite detenerlo"<sup>6</sup>. En ese sentido, es una realidad política que amerita atención. Se pretende, entonces, en este artículo abordar el problema del sicariato en Colombia, a partir de las realidades discursivas que enmarcan su interpretación. No se hará un estudio sobre las causas que dieron origen al fenómeno, sino sobre los discursos que buscan dar cuenta de él, con el fin de explorar sus dimensiones políticas, tanto en relación con las consecuencias que de ellos se derivan en la propuesta de políticas criminales, como con el carácter estratégico de los mismos. Paralelamente, irán surgiendo algunos elementos para elaborar una teoría más crítica y global de este hecho social.

Con base en una revisión bibliográfica y de prensa se logró determinar dos niveles discursivos básicos. El primero, de mayor difusión social, toma como variable al narcotráfico; así, el sicariato se explica por la acción de los llamados "carteles de la droga". Esta perspectiva es desarrollada por algunos columnistas de prensa y por representantes del gobierno. El segundo, proveniente de sectores más académicos, interpreta al sicario a la luz de los planteamientos de la teoría de las subculturas criminales y de la anomia de DURKHEIM y MERTON.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pág. 45.

<sup>5</sup> "Los «pájaros» actuaron generalmente a partir de adhesiones simbólicas partidistas o personales a dirigentes regionales, y su acción se ejecutaba en nombre de un orden que se sentía amenazado o se quería imponer. La relación monetaria, cuando la había, se subordinaba a la adscripción personal del ejecutante con su amo y señor. La forma actual, en cambio omite esas consideraciones simbólicas y adscriptivas, se despoja de consideraciones políticas o éticas, y se convierte en un oficio en el que la remuneración ocupa los espacios anteriores". A. CAMACHO, "La Violencia en Colombia. Elementos para su interpretación", en *Revista Foro*, núm. 6, Bogotá, junio de 1968, pág. 8.

<sup>6</sup> M. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad: La voluntad del saber*, tomo I, Siglo XXI, México, 1984, pág. 123.

A cada una de las anteriores perspectivas corresponde una manera de plantear y resolver el interrogante, es decir, una manera de construir la realidad. Cada una lleva implícita una determinada concepción del Estado y lo social, con repercusiones políticas estratégicas. En las páginas siguientes se describirán las características globales de cada uno de los discursos arriba presentados, sus implicaciones respecto de políticas criminales y su análisis crítico.

Es necesario, antes de comenzar, prevenir al lector sobre el carácter provisional del estudio propuesto. Nuestra intención se centra en tratar de revelar la utilidad política implícita del discurso, entendido como saber que produce realidad. "Hay que admitir más bien que el poder produce saber (y no simplemente favoreciéndole porque lo sirva o aplicándolo porque sea útil); que poder y saber se implican directamente el uno al otro; que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder. Estas relaciones de «poder-saber» no se pueden analizar a partir de un sujeto de conocimiento que sería libre o no en relación con el sistema de poder; sino que hay que considerar, por lo contrario, que el sujeto que conoce, los objetos que conocer y las modalidades de conocimiento son otros tantos efectos de esas implicaciones fundamentales del poder-saber y de sus transformaciones históricas"<sup>7</sup>. Con estas palabras de FOUCAULT queremos dejar planteada nuestra vía de análisis y abiertas las puertas para una investigación futura.

## 1. EL SICARIATO: UNA VEZ MÁS EL NARCOTRÁFICO. ¿HACIA EL REENCAUCHE DE UNA GUERRA?

1.1. *Características discursivas*. En este primer plano discursivo, el sicariato es visto como uno de los efectos más atroces del único problema claro en Colombia: el narcotráfico.

La irrupción del narcotráfico en nuestro país ha generado nuevos comportamientos y valores, contrarios a la solidaridad y a la moral; estos cambios desatan violencia y nuevas formas de delincuencia. Paralelamente, la presencia del narcotráfico ocasiona deterioro y corrupción en las formas de respuesta social capaces de acabar con el problema<sup>8</sup>. "El narcotráfico irrumpe como un poder y trae sus propios valores, que pronto son asumidos por esas comunidades marginadas: comunidades que encuentran en los jefes de la droga en especie de salvadores. Esos valores son el enriquecimiento fácil, el poder económico como símbolo de todo prestigio, la violencia como medio de lograr lo que se quiere"<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, México, 1978, pág. 34.

<sup>8</sup> ROSA DEL OLMO, *El nuevo orden económico de la droga y su impacto en América Latina*, mimeo, Caracas, 1989, pág. 42.

<sup>9</sup> "Un viaje al universo del sicariato". Informe Especial, *El Tiempo*, Bogotá, abril 9 de 1989, págs. 1a-2b.



Para el exministro de Gobierno LEMOS SIMMONDS, el sicariato es la consecuencia lógica del poder corruptor del narcotráfico<sup>10</sup>. La presidencia de la República, por su parte, afirma que el narcotráfico se convirtió en un problema fundamental que atenta contra el bienestar, la estabilidad y la seguridad de nuestra nación y de nuestros países<sup>11</sup>. "Se ha logrado comprobar la existencia de un vínculo entre el narcotráfico, el terrorismo, la subversión y la delincuencia, ocasionando el deterioro de la sociedad y la desestabilización del área"<sup>12</sup>.

De esta manera, la presencia del narcotráfico en nuestro país explica la aparición de un nuevo esquema de valores culturales, políticas y sociales. Por su causa, Colombia se encuentra inmersa en la peor de sus crisis y en la más gigantesca ola de violencia generalizada. El sicariato es una de esas modalidades, fruto de la acción de los carteles de la droga. El sicario es visto como un delincuente, cuya responsabilidad penal debe ser objeto de una amplia represión. "Aquí ya nadie es culpable de sus actos. A la mano del sicario o del guerrillero que asesina a su rehén, no la mueve su propia voluntad homicida. La dirigen las circunstancias, el medio ambiente, el entorno, la ley de la causalidad social, el prójimo", plantea LEMOS SIMMONDS criticando la posición de algunos actores sociales, que analizaremos en el próximo acápite. Más adelante agrega: "Según esa extraña lógica, los victimarios son las víctimas y no al revés"<sup>13</sup>.

La desestabilización producida en nuestro orden social se extiende a sus formas de administrar justicia. Se argumenta, entonces, que el narcotráfico ha ocasionado un derrumbe moral de nuestras instituciones: "Sin necesidad de hacer un perfil melodramático de la situación colombiana, hay que decir que la justicia de este país simplemente no funciona, porque los encargados de administrarla están sobornados o amenazados; el 80% de los policías, según los cálculos menos exagerados, son incapaces de combatir el narcotráfico. Cuando no son sus aliados; el Ejército está infiltrado, el Congreso está infiltrado, la prensa está infiltrada, la guerrilla está manchada; el país entero sufre la psicosis de ser un gran laboratorio de cocaína, incomprendido y repudiado por el resto del mundo"<sup>14</sup>. El auge de la violencia, y concretamente del sicariato, es la consecuencia de este doble deterioro. En ese sentido, APULEYO MENDOZA afirma: "No se necesita ser sociólogo para saber que cuando la justicia oficial no opera, surge una justicia paralela, de métodos siniestros. Una vez más, la fragilidad del Estado para hacer cumplir la ley es el factor que incrementa la violencia. Y esta, por cierto, corre por cuenta de organizaciones millonarias, sean de narcotraficantes o de guerrilleros y no precisamente de menesterosos abrumados por su miseria"<sup>15</sup>.

La cobertura explicativa de la hipótesis arriba señalada, se extiende a los recientes hechos ocurridos en la capital antioqueña. Así, la crisis en las bandas sicariales es interpretada como un efecto del desempleo que supuso la muerte de Rodríguez Gacha y el asedio militar a Pablo Escobar. Estos dos hechos crearon una situación de inestabilidad al interior de la unidad sicarial<sup>16</sup>, que trajo como consecuencia la desorganización total: "La primera voz de alerta sobre las consecuencias del problema la dio el comandante de la policía metropolitana, Humberto Camero Maldonado, hace tres meses cuando denunció un auge en el robo de carros y se lo atribuyó a «los vagos del narcotráfico». De ahí en adelante el desempleo de los sicarios se vio reflejado en la diversificación de sus delitos. Muchachos entrenados para matar con armas sofisticadas se dedicaron al asalto callejero, al robo de bancos y corporaciones financieras, y a la industria del secuestro"<sup>17</sup>.

Tanto los asesinatos indiscriminados a la población civil de las comunas nororientales de Medellín, como la muerte de más de 97 agentes de policía son originados en última instancia por la acción del jefe del cartel antioqueño. "Los asesinatos de los policías comenzaron en abril, cuando la IV Brigada del Ejército, en Antioquia, ordenó la toma militar de Envigado. En represalia por la acción militar, Pablo Escobar, jefe del cartel de la droga, hizo «regar la bola» de que por cada policía asesinado pagaría dos millones de pesos. El resultado en una sola semana fue de 12 agentes asesinados. En tres meses pasó a 97 agentes... Ante los hechos, según los estudiosos que defienden la teoría de la retaliación, comenzaron a operar grupos de justicia privada, que algunos llaman «paramilitares urbanos» encargados de llevar a cabo una «limpieza» general de los barrios populares de la capital paisa cada vez que asesinan un policía"<sup>18</sup>.

En síntesis, el surgimiento de las bandas sicariales se debe al narcotráfico, por dos efectos esenciales: en primer lugar, por la presencia de nuevos valores culturales de enriquecimiento fácil que son introyectados por la población marginal en Colombia. En segundo lugar, por la desestabilización institucional que él ha producido en el ámbito de la administración de justicia.

De acuerdo con este diagnóstico, el sicario no es más que un delincuente de la peor clase, un individuo que está a órdenes de los carteles de la droga, dispuesto a matar a cambio de dinero<sup>19</sup>. En consecuencia, el mecanismo ideal para combatirlo es la mano dura, es decir, aplicar la ley penal con el máximo de dureza y la represión policivo-militar. "A quienes delinquen hay que responsabilizarlos de sus

<sup>10</sup> Véase de CARLOS LEMOS, "La gran disculpa", en *El Tiempo*, Bogotá, julio 4 de 1990, pág. 5a.

<sup>11</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *La lucha contra el narcotráfico en Colombia*, Imprenta Nacional, Bogotá, octubre 1988, pág. 7.

<sup>12</sup> Cita de Peter Reuter en R. DEL OLMO, "La cara oculta de las drogas", en *Monografías Jurídicas*, núm. 58, Edit. Temis, Bogotá, 1988, pág. 73.

<sup>13</sup> C. LEMOS, "La gran disculpa", *op. cit.*, pág. 5a.

<sup>14</sup> Revista del Domingo. *El País*, Madrid, febrero 22 de 1987, pág. 12.

<sup>15</sup> P. MENDOZA, "Pecados de derecha", en *El Tiempo*, Bogotá, julio 9 de 1990, pág. 5a.

<sup>16</sup> Véase "El vengador anónimo", en *Revista Semana*, Bogotá, junio 12 de 1990, pág. 30.

<sup>17</sup> "El desempleo del sicariato. Informe Especial", en *Revista Semana*, Bogotá, febrero 6 de 1990, págs. 22 y ss.

<sup>18</sup> "El vengador anónimo", en *Revista Semana*, ed. cit., págs. 29-30.

<sup>19</sup> "Lo allí expuesto es la historia de las degeneraciones que ha sembrado el narcotráfico y que seguirán creciendo monstruosamente si el Estado y la sociedad colombiana siguen en esa especie de fiesta en la que los problemas de los demás no son nuestros problemas. Es el campo fértil en el que se da silvestre el sicariato que es un negocio..." AYATOLLAH, "Sicarios ¿quién los descifra?", en *El Tiempo*, Bogotá, abril 9 de 1989, pág. 5a.



propios actos”<sup>20</sup>. Pero, reconocida como está la debilidad del Estado y de su aparato de justicia, se propone reforzar esta institución, continuar la guerra frontal contra la droga, aumentando el pie de fuerza, aligerando los procesos penales, levantando los límites procesales: “¿Cuáles deben ser las medidas de tipo penal para lograrlo? Pueden ser variadas, pero en el fondo lo que urge es que hay que repensar nuestro sistema de derecho penal para poder conciliar la seguridad pública con las garantías ciudadanas. Hay que repensar, también, desde el fondo, los instrumentos de acción de tipo policivo. «La ciudadanía va a tener que aceptar muchas limitaciones en sus derechos básicos, en su vida cotidiana, para poderle hacer frente a este problema»”<sup>21</sup>.

No se aboga por cualquier administración de justicia, sino por una que garantice el máximo de eficiencia; este ingrediente supone renunciar a los principios clásicos del debido proceso y de las garantías constitucionales. El problema es de tal magnitud que amerita incluso suspender ciertos postulados del Estado de Derecho. “Los militares consideran que es urgente establecer una alternativa, por ejemplo, mediante tribunales superespeciales que puedan estar al margen de presiones y amenazas”<sup>22</sup>.

Paralelamente, las medidas de orden militar deben aumentar, respaldadas por estos presupuestos. En Medellín, considerada la cuna del sicariato, las comunas nororientales fueron militarizadas desde el cuatro de enero pasado. Los municipios de Bello, La Estrella y Envigado han sido blanco de operativos militares, a partir del 8 de enero del presente año. El general Harold Bedoya, comandante de la IV Brigada, ordenó la contraofensiva “que solo terminará cuando sean desmanteladas esas bandas de lacras”<sup>23</sup>.

La guerra contra el narcotráfico es la guerra contra el sicariato, por lo tanto, es necesario continuar la lucha; de lo contrario, este fenómeno acabará con nuestra democracia, nuestros valores y nuestra juventud. El llamado se orienta a la solidaridad en torno a la acción gubernamental contra ese flagelo. La conclusión última es, así, seguir adelante pero reforzar los medios; incrementar la lucha sin cambiar los presupuestos de las políticas estatales en materia de drogas. En palabras de STANLEY COHEN, se propugna la administración de “más de lo mismo”<sup>24</sup>.

Se reconoce, igualmente, la necesidad de impulsar la educación: “hay que volver a un sistema educativo que restaure el principio de la responsabilidad individual”<sup>25</sup>. La juventud debe recibir formación e información que alimente las tradiciones, las buenas maneras, el respeto a la autoridad y a los mayores<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> C. LEMOS, *op. cit.*, pág. 5a.

<sup>21</sup> Palabras del abogado Jesús Mejía Vallejo en “La extradición tiene al país sumido en un inmenso cementerio”, en *El Colombiano*, Medellín, junio 27 de 1990, pág. 6a.

<sup>22</sup> “El desempleo del sicariato. Informe Especial”, en *Revista Semana*, ed. cit., pág. 27.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 26.

<sup>24</sup> S. COHEN, *Visiones del control social*, P.P.U., Barcelona, 1985. Traducción de Elena Larrauri, pág. 40.

<sup>25</sup> C. LEMOS, *op. cit.*, pág. 5a.

<sup>26</sup> Cf. en ese sentido, *ibidem*, pág. 5a.

1.2 *La estrategia del discurso: narcotización social y legitimación estatal.* Es claro observar cómo la lógica implícita en este primer nivel discursivo se fundamenta en la reducción de la problemática social a un solo factor, a un solo problema: el narcotráfico. Este reduccionismo en el campo de la retórica permite a sus autores explicar la más variada gama de fenómenos a la luz del prefijo “narco”. En Colombia, la base de todos los conflictos se encuentra determinada por la droga, su producción, consumo y tráfico<sup>27</sup>.

La sociedad colombiana, según esta visión, está integrada por una mayoría: los hombres de bien, y por una minoría de malvados: los narcotraficantes y sus aliados terroristas y sicarios. No obstante, esta minoría ha logrado apoderarse del país y sembrar el terror y la violencia. Estamos ante el derrumbe de nuestras instituciones, de nuestros valores, de nuestra nación.

Los planteamientos elaborados por los sectores oficiales y por algunos comentaristas de prensa, inducen al analista a formular algunos comentarios. En primer lugar, desde un punto de vista histórico, esta perspectiva muestra la existencia de una época dorada, en la que sí funcionaba la justicia y había valores sociales y morales fuertemente arraigados. Sin embargo, el paraíso desapareció como producto de la ley impuesta por los carteles de la droga. Esta “lectura mítica”<sup>28</sup> de nuestro pasado y nuestro presente no se compadece con la historia, como lo apuntan algunos especialistas<sup>29</sup>. De acuerdo con estudios elaborados por investigadores del grupo Análisis, “los conflictos producidos por el narcotráfico, la guerrilla, los grupos paramilitares de derecha y las asociaciones de sicarios o asesinos a sueldo, se insertan en una serie de tensiones y problemas que se han venido acumulando en nuestra sociedad a lo largo de los siglos. Esas tensiones y problemas son puestos de manifiesto y multiplicados al máximo, pero no producidos por la presente coyuntura”<sup>30</sup>.

A nuestra manera de ver, esta ahistoricidad en la forma de abordar el problema lleva inmersa una serie de presupuestos con efectos políticos. En efecto, la noción del Estado y de la organización social implícitas al discurso, suponen un aparato estatal neutral, ajeno a la problemática y garante del bien común. La sociedad está basada en un pacto social, aparentemente roto. Por lo tanto, las medidas que se recomiendan van dirigidas a realimentar el Estado; a fortalecerlo y a reclamar la solidaridad ciudadana en torno a los valores que él pregona. El Estado es una víctima más.

Sin embargo, una visión más crítica reconoce en el Estado un agente esencial para la reproducción de las relaciones sociales. La actual estructura de la tenencia

<sup>27</sup> Ver al respecto: J. ESCOBAR y O. GAITÁN, *La política criminal en materia de drogas: sus planteamientos, normas, prácticas y críticas, Perspectiva socio-jurídica*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1990.

<sup>28</sup> Cf. F. GONZÁLEZ, “¿Hacia un ‘nuevo colapso parcial del Estado’?”, en *Análisis*, núm. 1, CINEP, Bogotá, septiembre de 1988, págs. 5-12.

<sup>29</sup> Cf. F. GONZÁLEZ, “¿Hacia un ‘nuevo colapso parcial del Estado’?”, en *Análisis*, núm. 1, CINEP, Bogotá, septiembre de 1988, pág. 7 y “Precariedad del Estado y fragmentación del poder”, en *Análisis*, núm. 2, CINEP, Bogotá, noviembre de 1989, págs. 5-12.

<sup>30</sup> “Presentación”, en *Análisis*, núm. 4, CINEP, Bogotá, junio de 1990, pág. 3.

de la tierra en Colombia, el abandono de ciertas regiones, los conflictos acumulados no pueden explicarse sin la presencia selectiva del Estado, sin su intervención reguladora en favor de grupos sociales más poderosos<sup>31</sup>. De otra parte, para la crítica marxista la forma estatal es copartícipe en la reproducción de las relaciones capitalistas, basadas en la extorsión del sobre-trabajo<sup>32</sup>. La igualdad necesaria al intercambio mercantil de hombres y de cosas no puede darse sin la participación del Estado y del derecho: "... en ese contexto el proceso de proletarización no es, en absoluto pacífico; es naturalmente violento. La constitución del sujeto proletario es una imposición, una ruptura, una creación"<sup>33</sup>. Esta violencia se oculta bajo las apariencias reales de externalidad, neutralidad e igualdad representadas en el Estado. Como puede observarse, en cualquiera de las dos perspectivas esta institución es el actor social por excelencia para el mantenimiento de la organización social, sea como reproductor de unas relaciones de explotación en sí mismas violentas, sea como agente regulador selectivo. En ese sentido, el discurso que pretende explicar el sicariato con base en la acción de los narcotraficantes vela la intervención del aparato estatal, niega la complejidad de los procesos sociales y, más lejos aún, legitima al Estado y sus formas de intervención, proclamando su neutralidad. Por esta vía, las acciones que se emprendan para combatirlo se presentan como necesarias y urgentes, no importa su carácter. Si ellas son altamente represivas se justifican por la gravedad del flagelo, aun si atentan contra las bases del Estado de Derecho que se pretende proteger y contra los derechos humanos de los ciudadanos.

Desde un punto de vista criminológico, con esta perspectiva, las definiciones sociales sobre el delito pierden su componente político y se muestran como el producto de la voluntad general. El delito es un comportamiento y sus autores son seres diferentes, mas no por ello irresponsables penalmente. En una mezcla de Positivismo y Escuela Clásica, el sicario es un ser anormal porque se desvía de lo socialmente aceptado, pero responsable porque su delito es un acto de su libre voluntad<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> En ese sentido pueden consultarse los estudios sobre violencia de autores como ALFREDO MOLANO, ALEJANDRO REYES, RICARDO SÁNCHEZ, etc. En ellos podrá observarse cómo la acción u omisión del Estado ha favorecido los intereses de ciertos sectores sociales. Un ejemplo de ello puede ser la colonización. No obstante, para otros autores la actual coyuntura es la síntesis de nuestra larga historia en que el Estado, hasta ahora precario, fragmentado y ausente de la mayor parte del territorio nacional, aún está en gestación. Ver: F. GONZÁLEZ, "¿Hacia un 'nuevo colapso parcial del Estado'?", en *Análisis*, núm. 1, CINEP, Bogotá, septiembre de 1988, pág. 7. No compartimos completamente esta posición, pues ella, igualmente, manifiesta una creencia en la capacidad neutral del Estado. El enfoque, a diferencia del discurso que analizamos, reconoce la historicidad de nuestros conflictos, pero culpa de ellos a la incapacidad reguladora del Estado debido a su precariedad. Si el Estado colombiano estuviera consolidado, la violencia no existiría. En el fondo, es la misma concepción acrítica del aparato estatal.

<sup>32</sup> Cf. F. ROJAS, "El Estado en los ochenta: ¿un régimen policivo?", en *Controversia*, núms. 82-83, CINEP, Bogotá, 1980, págs. 79-104.

<sup>33</sup> G. PALACIO, *El discurso sobre la violencia: Hacia la reconstrucción de la neutralidad del Estado*. Ponencia presentada para el Seminario sobre "Crisis Institucional y Régimen Político en Colombia", ILSA-CLACSO, mimeo, Bogotá, julio de 1989, pág. 8.

<sup>34</sup> Se hace referencia a las teorías criminológicas que consideran al delito como una definición social producto de un complejo proceso social, político y económico, y a aquellas visiones que plantean cómo la acción selectiva de la justicia crea estereotipos penales que por la interacción social y el etiqueta-

El sistema de administración de justicia aparece como víctima y se ignora su intervención selectiva. En últimas, el chivo expiatorio del narcotráfico permite desviar la atención hacia una comprensión más global de los fenómenos sociales y, al mismo tiempo, habilita el sistema de organización social vigente, lo refuerza y lo torna "bueno". Evidentemente, la estrategia perpetúa el *status quo* vigente. Además, tiene un efecto inmediato: reforzar la solidaridad en torno a los presupuestos de la guerra contra el narcotráfico; guerra que se presume indispensable, pero cuyos costos sociales no se consideran. La política criminal en materia de drogas termina siendo la única vía posible para acabar con nuestros problemas y con el sicariato.

Finalmente, solo resta preguntarse por las consecuencias sociales de la continuación de la guerra, así alimentada. Y surge el interrogante: ¿para qué y para quiénes la guerra? ¿No será útil para, paralelamente, generar prácticas extrapenales con el fin de controlar por vías diferentes otros "ilegalismos"? Sirviendo así para distinguir, distribuir y utilizar las infracciones: "... ¿sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a otra, de neutralizar a estos y de sacar provecho de aquellos?"<sup>35</sup>. ¿No será provechosa para dejar incólumes las relaciones sociales vigentes en nuestra Colombia? Por último, ¿cómo se explica el narcotráfico?

## 2. SICARIATO: ANOMÍA Y SUBCULTURAS:

### A FALTA DE REFORMAS, BUENAS SON REFORMAS<sup>36</sup>

2.1 *Características discursivas*. En este segundo plano interpretativo del sicariato en Colombia, los autores toman como explicación la teoría de la anomía<sup>37</sup>, según la cual, las sociedades industrializadas generan mecanismos de desintegración social por el efecto de la división social del trabajo. Así, aparecen grupos con intereses diferentes, los cuales producen una tensión que da origen a la anomía, en contraposición a un estado de orden anterior. La anomía surge "porque la división del trabajo no permite contactos eficaces entre los miembros de la sociedad ni tampoco regulaciones adecuadas de las relaciones sociales. Es decir, hay una solidaridad orgánica imperfecta"<sup>38</sup>. La anomía es el malestar social, la insatisfac-

miento generan cambios en las identidades de los individuos hasta convertirlos en verdaderos delinquentes. Ver: H. BECKER, *Outsider, Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963; A. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México, 1986, entre otros.

<sup>35</sup> M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, México, 1978, pág. 277.

<sup>36</sup> El título lo tomamos de G. PALACIO, "Crisis de la Justicia y Democracia en Colombia", en P. MEDELLÍN (comp.), *La reforma del Estado en América Latina*, FESCOL, Bogotá, 1989, pág. 346.

<sup>37</sup> Concepto planteado inicialmente por DURKHEIM y desarrollado por MERTON, CLOWARD y OHLIN en su teoría de las subculturas criminales.

<sup>38</sup> R. DEL OLMO, *Ruptura criminológica*, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1979, pág. 128.

ción por el orden social actual. Las diferentes formas de violencia son, entonces, el efecto de la naturaleza forzada de la división social del trabajo. En ese orden, los méritos personales y las expectativas individuales no corresponden a las funciones efectivamente desempeñadas en la sociedad y, por lo tanto, aparecen formas de responder a ese malestar anómico, a través de la delincuencia. En otras palabras, los valores culturales no pueden ser alcanzados a través de los medios socialmente disponibles.

“Medellín es hoy el epicentro de la violencia urbana. Los agentes activos son los jóvenes de la clase media frustrada en sus expectativas de educación y enriquecimiento. La sociedad de consumo, excitada a diario por los videos norteamericanos de sus productos, drogas y héroes matones, y por la opulencia de los nuevos ricos criollos, ha generado una revolución violenta de las expectativas. Es en esta clase media de frustrados donde nacen los sicarios y no en el lumpen de los miserables de donde salen los rateros y los mendigos callejeros”<sup>39</sup>.

El auge de la sociedad capitalista en Colombia condujo a un trastoque de los mecanismos de integración y cohesión sociales anteriores. “La modernización lograda en Colombia no ofrece por sí misma un principio de integración y de cohesión sociales. Trastoca los mecanismos de cohesión anteriores (la religión, las lealtades personales, el sentido de pertenencia) y la explicación del orden anterior (basada en el orden divino) pero no ofrece la cohesión social moderna, la ciudadanía, por lo que impide la constitución de una identidad nacional, un reconocimiento de la sociedad como colectividad y por tanto deriva en su incapacidad para actuar sobre sí misma. La mayor conciencia sobre las desigualdades, ya no derivadas de un «orden divino» sino del desorden de los hombres, pone en entredicho la legitimidad del orden vigente”<sup>40</sup>.

La manera de contestar la anomía es la delincuencia. El sicariato es el producto de un estado de desorganización social, efecto del desarrollo desigual y de la desintegración de los antiguos modos de solidaridad social. El alcalde de Medellín, Omar Flórez Vélez, declaró hace unos días: “El dinero cambió los patrones de vida de Medellín, llevó a los habitantes a irrespetar el sentido de la vida”<sup>41</sup>. Ante la situación de frustración de la población por falta de oportunidades, el único camino posible para resolver el conflicto es la violencia: “El 60% de los habitantes de la capital antioqueña vive en condiciones de pobreza, sin sus necesidades mínimas y básicas satisfechas. Grandes sectores están excluidos del empleo, condenados a la informalidad y viviendo del rebusque”<sup>42</sup>.

El egoísmo es parte de la desintegración producida por la situación anómica de la sociedad industrial, “... uno de los factores que ha generado esta situación

<sup>39</sup> J. CHILD, “Autocrítica paisa”, en *El Espectador*, Bogotá, julio 2 de 1990, pág. 3a.

<sup>40</sup> C. CORREDOR, “Una modernización a medias”, en *Análisis*, núm. 4, CINEP, Bogotá, junio de 1990, pág. 36.

<sup>41</sup> *El Espectador*, Bogotá, junio 5 de 1990, pág. 12a.

<sup>42</sup> “El desempleo del sicariato. Informe Especial”. en *Revista Semana*, ed. cit., pág. 25.

(el sicariato) es el egoísmo de las gentes”<sup>43</sup>. Evidentemente, la aparición del narcotráfico se convierte en la salida más fácil para resolver las necesidades de las clases marginadas y la formación de bandas juveniles a manera de subculturas. “Es así posible que estas minorías discriminadas, en la comprobada imposibilidad de alcanzar metas oficiales a través de las formas institucionales, sean llevadas a expresar otros valores, otras metas perseguibles desde su posición de desventaja o a legitimar algunas prácticas ilegales para la consecución de las metas oficiales. En ambas hipótesis se debe hablar de subculturas”<sup>44</sup>.

A falta de integración social y a las expectativas malogradas, se suma el narcotráfico como recurso para lograr alcanzar, por fin, un poder económico, valor por excelencia en nuestra sociedad<sup>45</sup>. El narcotráfico sirvió de detonante y no “podía encontrar mejor caldo de cultivo que ese millón seiscientos mil personas que habitan en las comunas de las empinadas montañas de Medellín”<sup>46</sup>. “Una insurgencia de la juventud en las barriadas populares de Medellín, que ha encontrado en la violencia, en el sicariato y en el narcotráfico una posibilidad de realizar sus anhelos y de ser protagonistas en una sociedad que les ha cerrado las puertas”<sup>47</sup>.

De esta manera, las condiciones están creadas para la formación de subculturas: “A nuestro modo de ver, las bandas juveniles han constituido una subcultura. Ellas son portadoras de unos códigos, de un lenguaje, de un sistema de relaciones, y de una actitud frente a la vida y la muerte, que contrasta en muchos aspectos con nuestra tradición cultural”<sup>48</sup>.

Según SALAZAR, en un estudio sobre las bandas juveniles de las comunas marginadas de la ciudad de Medellín, la subcultura allí presente se caracteriza por ser una mezcla de los valores de la cultura paisa (el afán de lucro, el sentido religioso fuertemente arraigado, la figura materna, y el espíritu de retaliación), de la cultura moderna (lo desechable) y de la cultura “maleva” (vivir plenamente el presente, no importa si mañana se muere). Los jóvenes han introyectado esos valores, reafirmando los a su manera<sup>49</sup>.

Dentro de esta concepción urge, además de las medidas penales y represivas, llevar a cabo reformas al sistema educativo, social y económico, es necesario la creación de un plan de inversiones. “Para conjurar esta situación de violencia se deben tomar medidas de carácter social. El problema es de promocionar el empleo”.

<sup>43</sup> *El Colombiano*, Medellín, junio 27 de 1990, pág. 6a.

<sup>44</sup> M. PAVARINI, *Control y dominación*, Siglo XXI, México, 1983, pág. 111.

<sup>45</sup> “Los jóvenes, por la ausencia de valores familiares y de valores patrióticos, se inclinan por el enriquecimiento fácil, ilícito y rápido, usando la violencia como medio”, en “Un viaje al universo del sicario”. Informe Especial, *El Tiempo*, ed. cit., págs. 1a-2b.

<sup>46</sup> “¿Guerra civil en Medellín?”, en *Revista Semana*, Bogotá, julio 3 de 1990, pág. 25.

<sup>47</sup> A. SALAZAR, “No nacimos pa’ semilla”, en *Análisis*, núm. 4, ed. cit., pág. 30.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pág. 30.

<sup>49</sup> Para una información más amplia, ver *ibidem*, págs. 30-34.

La responsabilidad es de todos, en consecuencia el esfuerzo debe ser conjunto; la solidaridad, el consenso y la acción mancomunada nos harán salir de la crisis<sup>50</sup>.

En recientes declaraciones, el alcalde de Medellín propuso reiniciar la construcción del Metro e iniciar la construcción de la variante de Bello, con el fin de generar empleos; destinar cinco mil millones de pesos en obras sociales, como la ejecución de microparques en los barrios populares y de un hospital al norte de la ciudad; y promocionar actividades culturales y recreativas. Todo con miras a erradicar el sicariato y la violencia<sup>51</sup>.

2.2 *La estrategia del discurso: funcionalismo y readecuación de las viejas estructuras sociales.* Aunque la visión planteada por este discurso es más macrosociológica, no puede negarse el alcance limitado de sus hipótesis. ¿Cómo se analizarían, en ese contexto, las acciones de los grupos que han aparecido para dar limpieza a las bandas sicariales? ¿Cómo se interpretaría la colaboración entre agentes de la policía y sicarios que denuncia la prensa? ¿En dónde se ubican los usuarios del sicariato, los empleadores? ¿Cuál sería el papel de la ley y de la administración de justicia en la génesis del fenómeno? ¿Cuáles son las causas que explican la anomía? Una sola cara de la moneda aparece en entredicho, el hilo más débil de la trama: los jóvenes sicarios. De nuevo la perspectiva individualiza el problema, bajo el atrayente manto de una socialización de las culpas. ¿Es posible distinguir entre la estructura cultural y la estructura social, como dos entes separados? ¿Es válido hablar de una desintegración social por oposición a un viejo orden perdido? ¿De debilitamiento de los valores? ¿Alguna vez existieron?

Los anteriores interrogantes nos llevan a plantear los implícitos políticos de esta nueva visión. Considerar la anomía como factor generador de la subcultura sicarial, sin explicarla, sin analizar las relaciones sociales que la generan, es hacerla aparecer como natural. La sociedad con división del trabajo es "naturalmente" desigual y forzosamente excluye a algunos. En el fondo todos somos culpables y al mismo tiempo, nadie lo es. Inevitablemente, las sociedades mercantiles sufren anomía, es necesario al menos, reducir la tensión por medio de ciertos cambios que busquen disminuir la discrepancia entre los valores culturales y las expectativas de alcanzarlos por medios lícitos. La delincuencia es el termómetro que indica el momento de actuar oportunamente<sup>53</sup>.

No se cuestionan las estructuras sociales; por el contrario, se refuerzan, pues se trata es de readaptarlas permanentemente a través de reformas. En este campo

<sup>50</sup> *El Colombiano*, Medellín, junio 27 de 1990, pág. 6a. En el mismo sentido léase los editoriales de *El Colombiano*, Medellín, junio 29 de 1990, pág. 2a: "Tenemos el alma aplanada", junio 26 de 1990, pág. 2a: "¿Cuántos muertos más?", y junio 21 de 1990, pág. 2a: "Emergencia social para Medellín".

<sup>51</sup> Cf. "¿Guerra civil en Medellín?", en *Revista Semana*, ed. cit., pág. 27 y *El Espectador*, Bogotá, junio 5 de 1990, pág. 12a.

<sup>52</sup> Nos referimos a la variada gama de actores sociales que contratan los servicios de los sicarios: "Que no son exclusivamente los narcotraficantes. Muchos sectores políticos y sociales se aprovechan de la cortina de humo que forman los muchachos sicarios". A. SALAZAR, "No nacimos pa' semilla", en *Análisis*, núm. 4, ed. cit., pág. 34.

<sup>53</sup> H. PAVARINI, *Control y dominación*, ed. cit., pág. 59.

explicativo, la aparente crítica social es en el fondo una legitimación de un "desorden natural", de unas "desigualdades naturales". Los pobres jóvenes sicarios, delincuentes hijos de la anomía, deben ser objeto de educación especial para el conformismo, para la aceptación de su papel. Nuevamente, el Estado aparece como neutral y las clases desfavorecidas como las delincuentes con las secuelas de mayor segregación y etiquetamiento social.

### 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Ha sido nuestro objetivo analizar críticamente las dos interpretaciones más difundidas del sicariato en Colombia, con el fin de extraer de ellas su utilidad política. Esta lectura no desvirtúa las posibilidades de emprender un estudio sobre las causas del fenómeno. No obstante, él implicaría un enfoque más comprensivo, que abarque también tanto los procesos de criminalización como las formas generales de la dominación en una sociedad como la nuestra. Esta vasta tarea serviría para un mayor entendimiento de la problemática y, obviamente, para llegar al compromiso político.

Por último, quisieramos terminar con unas palabras de "Toño", joven sicario: "Es tremenda la ciudad por la noche; mucha luz y mucha sombra. Uno es como una lucecita de esas, perdida en ese mar luminoso. Eso puede ser uno, una luz o tal vez una sombra. A la final somos todo o nada. Se puede ser mucha cosa pero siempre seremos mortales"<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> A. SALAZAR, *No nacimos p'a semilla. Testimonios sobre la violencia juvenil en Medellín*. Corporación Región y CINEP, en prensa, pág. 45.

FORO HISTÓRICO

# Decreto 180 de 1988: bien jurídico tutelado y evolución jurisprudencial

Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote \*

Señores

MAGISTRADOS DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

—Sala de Casación Penal—

Magistrado ponente: Dr. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS

E. S. D.

Señores magistrados:

El Tribunal Superior de Orden Público, el 11 de abril de 1989, confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarto de Orden Público de Medellín, por medio de la cual condenó a A. L. B. y a F. A. H., a la pena principal de 10 años de prisión y a las accesorias de ley, como autores del delito de tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas militares y de policía.

Impugnado en casación el fallo por el procesado A. L. B. y declarada ajustada a derecho la demanda presentada por su defensor, esta delegada descurre el traslado dispuesto a las partes no recurrentes.

## 1. HECHOS

El 28 de abril de 1988 en las horas de la tarde, el oficial E. Z. H., adscrito a la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, con personal a su cargo practicó un operativo de registro a la residencia ubicada en la calle 47 carrera 99 de Medellín, donde funcionaba una base de la Defensa Civil, encontrándose en su interior una subametralladora

\* Procurador Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Ingran con proveedores y silenciador, una granada de fragmentación, dos escopetas, un trabuco, municiones y otros elementos, motivo por el cual fueron capturados, entre otros A. L. B. y F. A. H., directivos de la precitada institución.

## 2. SINOPSIS PROCESAL

El 2 de mayo de 1988, el Juzgado Primero Especializado de Medellín, inició la investigación en desarrollo de la cual indagó a A. L. H. y F. A. H., quienes justificaron la tenencia de las armas aduciendo, al igual que los demás procesados, que todo era para prevenir y contrarrestar cualquier ataque en vista de las constantes amenazas de que venía siendo objeto la base de la Defensa Civil.

Resuelta la situación jurídica de los procesados, se dictó auto de detención sin derecho a la libertad provisional contra F. A. H. y A. L. B., como presuntos infractores al decreto 3664 de 1986, esto en razón a que el juzgado especializado, acogiendo los planteamientos de uno de los defensores, consideró que el armamento incautado no estaba destinado a fines terroristas. Los restantes indagados fueron dejados en libertad, previa suscripción de diligencia compromisoria.

Diversidad de pruebas de orden testimonial, documental y pericial se allegó a la instrucción, así:

El director de la Defensa Civil para la seccional de Antioquia, coronel (r) A. M. P. (fl. 195), afirmó haber sido notificado por F. A. H. acerca de las llamadas amenazantes dirigidas repetidamente contra la base, y como tal, no encontró inconveniente en alertar una estrategia defensiva que incluía la autorización para que directivos y demás miembros de esta institución portaran armas y de esta manera prestaran constante vigilancia en la sede amenazada, aclarando que las armas debían estar legalmente amparadas, tal como había ocurrido en oportunidad similar.

Informó, así mismo, que las amenazas a él comunicadas, las dio a conocer ante la Brigada, a la Policía y a los Centros de Atención Inmediata del sector (fl. 195 vto.).

En su mayoría, las declaraciones recibidas, bien en indagatoria ora bajo juramento, dan cuenta de dichas amenazas, corroborando así lo expuesto por los procesados F. A. H. y A. L. B.

Y, si bien algunos deponentes afirmaron el desconocimiento de la presencia de armas no amparadas en el momento del allanamiento, aclaran que todo se debió a la estrategia de seguridad que acordaron para contrarrestar cualquier ataque, y para lo cual fue necesario que cada quien, dueño de arma, con documentos, la facilitara a la institución.

El armamento incautado fue sometido a experticio, concluyéndose finalmente que tan solo la subametralladora Ingran, sus proveedores, el silenciador, los cartuchos y la granada de fragmentación eran para uso exclusivo de los militares, agregándose que "... el resto de material relacionado en su oficio núm. 306 es de defensa personal y por ningún motivo de uso privativo de las fuerzas armadas..." (fl. 288).

Presentadas las alegaciones precalificadorias, el fiscal primero del circuito insistió en que el trámite que debería continuar guiando la investigación, debía ser el previsto en la ley segunda de 1984 y no el del decreto 180 de 1988, pues las pruebas allegadas al proceso no permitían colegir con certeza que las armas y las municiones incautadas en las oficinas de la Defensa Civil se hubieran "... almacenado con fines terroristas"; por este motivo el representante del ministerio público solicitó del juzgado convocar a audiencia pública a los sindicados A. L. B., F. A. H. y al ausente T. U. como infractores del decreto 3664 de 1986.

Se suscitó entonces, en el trámite calificadorio, un conflicto de competencias trabado entre el juzgado especializado que venía adelantando la investigación y el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de la misma ciudad, el cual fue dirimido por la Corte el 28 de octubre de 1988, asignando competencia a la jurisdicción de orden público.

Para tomar esta determinación, la Corte reiteró su proveído del 15 de septiembre de 1988, del cual fue ponente el H. magistrado doctor Édgar Saavedra Rojas, en el que en amplio análisis se profundizó sobre la técnica utilizada por el legislador extraordinario en la redacción de este estatuto, concluyendo que en verdad no todos los tipos penales que lo integran requieren finalidad terrorista, pero que, de todas maneras, el conocimiento de estos hechos punibles corresponden a la jurisdicción de orden público, ya que esa fue la voluntad del legislador.

Correspondió pues al Juzgado Cuarto de Orden Público de Medellín continuar con la actuación, y en virtud de ello, el 25 de enero de 1989, profirió sentencia condenatoria contra A. L. B. y F. A. H., como autores del delito previsto en el art. 13 del decreto 180 de 1988, "absolutoria para los demás sindicados y cesación de procedimiento en favor de T. U. por haberse probado su muerte".

Al revisar la decisión adoptada por el *a quo* a través del doble grado jurisdiccional de consulta y apelación, el Tribunal Superior de Orden Público la confirmó, a excepción del punto relativo al cese de procedimiento. Se profirió, en consecuencia, la precitada sentencia condenatoria de segundo grado, ahora recurrida en casación.

## 3. LA DEMANDA

Dos cargos se formulan al amparo de las causales tercera y primera de casación del artículo 226 del actual Código de Procedimiento Penal.

### *Causal tercera*

#### *Cargo único*

Con fundamento en la causal tercera de casación, el censor acusa la sentencia de segunda instancia por haberse dictado en un proceso viciado de nulidad, ya que la jurisdicción de orden público no era la competente, para juzgar a A. L. B. por la conducta a él imputada, motivo por el cual impera dar aplicación al art. 305-1 del Código de Procedimiento Penal.

Para el libelista, cuando el porte ilegal de armas no tenga vinculación con la perturbación del orden público, el delito tipificado no es el previsto en el art. 13 del decreto 180 de 1988 sino el descrito y penado por el 202 del Código Penal, correspondiendo el juzgamiento a la jurisdicción ordinaria, tal como sucede en este caso, ya que está demostrado cómo "... La tenencia de las armas no tenía trascendencia en la estabilidad institucional...".

Por tratarse de una legislación de excepción, al interpretar y aplicar el decreto 180 de 1988, "... debe existir una *íntima conexidad* entre las medidas adoptadas por el gobierno, y los motivos que originaron la declaratoria del estado de sitio..., razón por la cual, ... es indispensable que las conductas reguladas constituyan factor de perturbación del orden público..." para que entren en el ámbito de la jurisdicción especial.

Transcribe jurisprudencia de la Corte —Sala Plena— para enfatizar que el decreto 180 de 1988 fue expedido por el gobierno nacional con el único fin de impedir la proliferación de actos terroristas desestabilizadores de las instituciones democráticas, "... como una *estrategia antiterrorista*, como un freno a la violencia generalizada..."; y en donde, además, se le señalan al juez las pautas interpretativas del referido decreto, siéndolo en todo sentido bajo un criterio armonizador "*con el artículo 1° que define cuál es la conducta constitutiva de terrorismo...*".

Estima que si bien la Corte, en decisión del 15 de septiembre de 1988, destacó la no exigencia del ánimo terrorista en la descripción de todos los tipos penales del mencionado decreto, es también cierto que, "... esta exigencia (ánimo terrorista) no se desprende de una interpretación literal del estatuto. Este requisito se desprende de la *naturaleza constitucional* de los decretos de estado de sitio y de las limitaciones que tiene el ejecutivo cuando utiliza este mecanismo excepcional".

De lo anterior colige el demandante la existencia de dos bienes jurídicos, originario uno y derivado el otro, consistente este en el "orden público" al que debe el legislador extraordinario prestar especial tutela cuando actúa por motivaciones propias de estado de sitio.

Por ello, "... No tendrá sentido entender que las disposiciones de estado de sitio se diferencian de las contenidas en el Código Penal, únicamente por el aumento de penas. En nuestro sentir, hay algo más de fondo: *los incrementos punitivos se justifican, porque el bien jurídico amplía su esfera de protección; porque el hecho trasciende los conflictos individuales para generar consecuencias de orden colectivo. Hechos que comprometen la estabilidad democrática y la existencia del orden institucional.* En consecuencia, es el bien jurídico tutelado lo que nos permite diferenciar las conductas tipificadas en el Código Penal, de las consagradas en las disposiciones de estado de sitio... *saber cuándo se aplica la legislación ordinaria, y cuándo la de excepción*".

Se refiere luego al auto-colisión del 27 de junio de 1989, del que fuera ponente el magistrado Saavedra Rojas, donde nuevamente fue objeto de estudio y se reiteraron criterios anteriores en torno a la especial y objetiva interpretación del delito de amenazas reprimido en el Estatuto para la Defensa de la Democracia.

El método interpretativo, las motivaciones y la decisión adoptada por la Corte en el citado auto, son para el casacionista pautas que lo llevan a colegir la necesidad de que todos los tipos penales del "estatuto antiterrorista" se interpreten en igual sentido, esto es, que se distinga la "finalidad terrorista", único medio que permite diferenciar cuándo se está en presencia de la conducta descrita en el art. 13 del decreto 180 de 1988, o cuándo en la que describe el Código Penal.

Analiza el aspecto fáctico, concluyendo que la personalidad de los procesados —directivos de la Defensa Civil—, el móvil en la consecución de las armas y municiones —dispositivo de seguridad debido a las amenazas de que eran víctimas como institución— y la utilización responsable dada al material incautado, son tópicos, que demuestran cómo "... las armas no se iban a utilizar en la perturbación del orden público. Su porte ilegal no comprometió la estabilidad democrática y el orden institucional... Su tenencia no estaba vinculada con actos que pusieran en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas... el bien jurídico de la estabilidad democrática no sufrió lesión alguna ni estuvo en peligro de sufrirla...".

Por tanto, solicita se case la sentencia de segunda instancia y se declare la invalidez del fallo para que sea un juez de instrucción criminal el que califique el mérito del sumario.

#### *Causal primera*

#### *Cargo único*

Afirma el censor que la sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial, habida cuenta de que el tribunal dejó de apreciar pruebas testimoniales que conducían necesariamente a que a los procesados se les reconociera la legítima defensa.

Esta omisión llevó al juzgador a incurrir en error por falso juicio de existencia, aplicando en consecuencia, indebidamente, el art. 13 del decreto 180 de 1988, y a dejar de aplicar los arts. 2°, 4° y 29-4 del Código Penal.

#### 4. CRITERIO DE LA PROCURADURÍA DELEGADA

#### *Causal tercera*

#### *Cargo único*

a) *El quid del cargo.* Para el casacionista en el juzgamiento de A. L. B. se desconoció el principio del *juez natural*, ya que la conducta investigada e imputada a este procesado se adecua en la descripción típica del art. 202 del Código Penal y no en la del art. 13 del decreto 180 de 1988, motivo por el cual la competencia radica en la jurisdicción ordinaria y no en la especial de orden público.

Entiende el censor que la falta de técnica legislativa en el estatuto de excepción impone al juzgador la tarea de interpretarlo teleológicamente, pues es la única vía



posible para precisar en qué casos impera su aplicación, pues la inescindible vinculación existente entre los fines político-criminales que motivaron su expedición y la normatividad propiamente dicha, excluye involucrar en su texto aquellas conductas ausentes de una finalidad específicamente terrorista.

El hecho de que no todos los supuestos fácticos contenidos en esta normatividad exijan expresamente tal elemento subjetivo, no exime al juez para que lo haga, dado que es su deber no afianzarse en la literalidad legal sino, por el contrario, avanzar hacia una hermenéutica finalística que permita desentrañar su verdadero contenido y alcance, como que por tratarse de una legislación expedida para contrarrestar un preciso estado de turbación politicosocial, es este el sentido de su aplicación y no uno indiscriminado que incluya conductas previamente prohibidas y sancionadas por la legislación ordinaria, que ha sido expedida con base y aspiraciones politicocriminales diferentes.

Esta función juzgadora de deslindar las prohibiciones del Estatuto para la Defensa de la Democracia de las descritas en la legislación común, impera hacerla —en criterio del demandante— recurriendo al bien jurídico, ya que carece de sentido hacerla con fundamento en el incremento punitivo únicamente, pues el aumento de penas solo es justificable en la medida en que el *bien jurídico* afectado trascienda más profundamente en las dialécticas relaciones sociales objeto de tutela estatal.

Con este marco teórico el libelista parte de las motivaciones del estatuto de excepción, para establecer por esta vía cuál es el *bien jurídico* que quiso proteger el ejecutivo-legislador con esta normatividad de estado de sitio, coligiendo, que es “la estabilidad democrática y la existencia del orden institucional”, es decir, “el orden público”; por tanto, todas y cada una de las conductas descritas y punidas por el decreto 180 de 1988 hacen exigible para su tipificación, que se ponga en peligro este bien jurídico, lo cual de suyo exige en el sujeto agente esa finalidad.

Por ello, la puesta en peligro del bien jurídico del “orden público” no debe ser de cualquier modo, sino mediante *actos terroristas*.

Esta exigencia no sería arbitraria para el libelista, sino el resultado de interpretar sistemáticamente el estatuto, pues el artículo primero guía el conjunto normativo, condicionando las descripciones típicas que lo integran a un solo objetivo: el de poner en peligro “la estabilidad y la existencia del orden institucional” del Estado.

Es, entonces, una propuesta interpretativa del Estatuto para la Defensa de la Democracia el fundamento jurídico del casacionista para sustentar el cargo de nulidad que le formula al fallo impugnado, la cual resulta de importancia en el no pacífico debate que ha suscitado esta normatividad del estado de sitio, pues, si bien busca como fin inmediato la defensa de los intereses de su poderdante, motiva para que por vía jurisprudencial se fijen las bases para una coherente e integral interpretación de las legislaciones de excepción.

Y, si bien el análisis está dedicado básicamente al estudio del bien jurídico, con el evidente fin de colegir un criterio general y objetivo de diferenciación entre los supuestos de hecho del también conocido doctrinariamente como “Estatuto Antiterrorista” y los del Código Penal, y solo como complemento, pero sin mayor profundización, se refiere a la “finalidad de la acción”, sin dubitación alguna esta

delegada se identifica sustantivamente con las premisas y conclusiones del actor, entendiéndose que el *quid* de la problemática radica en determinar la *ratio legis* del precitado estatuto y la finalidad exigible a las conductas reprochadas y punidas en los tipos penales que lo integran, pues, esclarecidos estos supuestos, puede ser viable la solución al caso concreto.

b) *La necesidad interpretativa*. No obstante, para avanzar en tal análisis, importa interrogarnos sobre si el “sentido” del decreto 180 de 1988 es claro y si el tenor literal de sus prescripciones consulta su espíritu, o por el contrario contiene “expresiones oscuras”, que imponen la obligación de interpretarlas recurriendo “a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”, conforme lo autoriza la ley 153 de 1887, integrada al Código Civil.

Por descontado que el término “expresión” no está utilizado en el inciso segundo del art. 27 del Código Civil como sinónimo de “palabra”, la comparación entre los varios supuestos de hecho consagrados en el Estatuto para la Defensa de la Democracia y su diáfana motivación legislativa, que como pocas leyes establece su finalidad politicocriminal, no dejan duda sobre su “oscuridad”, para utilizar el mismo término del legislador de 1887, pues valorados independientemente cada uno de los tipos que lo conforman, es evidente cómo aquellos que literalmente no exigen el elemento subjetivo de la “finalidad terrorista”, contrarían el “espíritu” del estatuto, desconociendo la propia naturaleza del estado de sitio y resquebrajando la estructura del Estado de Derecho por extender una política de excepción a quienes no se encuentran dentro de ella, ya que previamente para estos se ha proferido la ley penal ordinaria.

Se impone, en consecuencia, interpretarlo teleológicamente en busca de la verdadera “voluntad de la ley”, deduciéndola de los varios elementos que pueden revelarla.

c) *La “ratio legis”*. Para lograr este objetivo, es decir, para “determinar el sentido actual de la norma”, ha admitido la doctrina nacional y comparada formularse un básico interrogante: ¿Para qué se promulgó? Y tratándose de la ley punitiva, ningún extremo de la doctrina mayoritariamente reconocida duda en atribuir esta finalidad a la protección de los *bienes jurídicos* elevados a tal categoría por el Estado, pues es la única respuesta que permite que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de racionalidad de los actos de gobierno impuestos por la Constitución Nacional.

Y no se trata de una concepción moderna “de última moda”, o destinada a los “teóricos” del saber penal o a los llamados “criminólogos críticos”, pues valga recordar que desde los clásicos italianos como entre los alemanes, por citar los dos ejemplos quizá más significativos para nuestra evolución doctrinal, con uno u otro matiz, siempre se ha tenido en cuenta que la finalidad de la prohibición punitiva es la de tutelar un bien jurídico ya sea entendido como derecho, como interés, como valor o en conceptos actuales como “disponibilidad del derecho” o como “una relación dialéctica social”, pero de todas formas, reconociendo que no se puede concluir que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, pues los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica

de esos bienes. De allí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del delito, dando el verdadero sentido teleológico a la ley penal. Y si pretéritas doctrinas han intentado desconocerlo, estas tendencias insulares solo constituyen una excepción demostrativa del autoritarismo y de confusas ideologías, que afortunadamente no es nuestro caso ni puede serlo.

Sin el bien jurídico, no hay un "para qué" del tipo ni del delito en general, y por ende, no habría posibilidad alguna de interpretación teleológica de la ley penal, lo cual sería un retroceso doctrinal, además de un específico desconocimiento a la ley 153 de 1887, cayendo en un formalismo legal, o como lo afirma algún autor, en una pura "jurisprudencia de conceptos".

En fin, hoy en día nadie pone en tela de juicio el reconocimiento del bien jurídico como sustento de la prohibición y menos puede hacer frente a la normatividad penal colombiana, cuyo art. 4° del Código, como principio rector, exige la puesta en peligro o la vulneración de un bien jurídico para que una conducta sea punible, amén, en nuestro sentir, de su fundamento constitucional fácilmente deducible, principalmente, del Título III de la Carta Política.

Pero insuficiente resultaría hacer este reconocimiento si al momento de poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular, para determinar si este puede o no ser regido por aquella, es decir, cuando se la interpreta, se dejan de lado las razones por las cuales no se puede prescindir del mismo, es decir, las funciones garantizadora y teleológico-sistemática que cumple, de conformidad con las cuales, mientras la primera impide que haya tipos penales sin que lo afecte, la segunda le da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita.

De ahí el porqué sea la misma regulación general de hermenéutica dispuesta por la ley 153 de 1987, contenida en el inciso segundo del art. 27 del Código Civil, que al precisar el procedimiento a seguir respecto a las "expresiones oscuras de la ley", disponga recurrir a su "intención o espíritu manifiesto en ella misma", es decir, a su razón de ser [*ratio legis*] revelada en el bien jurídico objeto de protección.

Pero ¿cómo se establece cuál es el bien jurídico tutelado y, frente al caso concreto, el del Estatuto para la Defensa de la Democracia? Recurriendo al "criterio sistemático" que recordara el censor, de conformidad con el cual el ordenamiento juridicopenal no está constituido por preceptos autónomos o independientes unos de otros sino por un sistema orgánico de normas coordinadas entre sí y agrupadas en institutos jurídicos que, dada su afinidad, integran el sistema. Por ende, al interpretar una norma impera ponerla en relación con las demás que configuran el instituto y en general con los principios sustentadores del ordenamiento jurídico, tal como se deduce del art. 30 del Código Civil, cuando dispone que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

Este "criterio sistemático" que, al igual que el racional, el histórico y el político, entre otros, constituyen medios idóneos para lograr la interpretación teleológica de la ley, resulta tan imprescindible para establecer "el sentido" de este estatuto, que fue la misma Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, al declarar su constitucio-

nalidad, quien al percatarse de su deficiente técnica legislativa, la cual excluía la interpretación netamente literal por quebrantar el espíritu del estatuto y las propias bases del Estado de Derecho, ordenó, con efectos *erga omnes*, que "Los jueces competentes deberían interpretar tales literales con criterio sistemático armonizándolo con el artículo 1° que define cuál es la conducta constitutiva de *terrorismo* y también con las normas ordinarias del Código Penal relativas al aspecto intencional del delito, es decir, a la culpabilidad y a la complicidad criminal...". (C. S. J., marzo 3 de 1988).

Y es que no podía ser de otra forma, pues la motivación del ejecutivo-legislador dejó claro que la finalidad perseguida con este decreto de excepción era la de "enfrentar esta situación de violencia generalizada y de ataques premeditados a las instituciones democráticas que se han manifestado en el auge de actos terroristas, para lo cual es necesario complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal..." (bastardillas fuera de texto).

Entonces, no admite duda que lo perseguido no era nada distinto que proferir una normatividad especial para sancionar más gravemente "los actos terroristas", sin derogar el Código Penal ni de Procedimiento Penal, sino estatuyendo otras conductas específicamente descritas.

Tan manifiesta es la voluntad legislativa de no querer derogar los estatutos ordinarios, que en esta motivación aclaró que lo perseguido era "*complementarlos*", o sea, conformar una *unidad jurídica punitiva* que permitiera sancionar dos clases de delincuencia, pues de conformidad con la Real Academia de la Lengua, complemento es una "cosa o cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta".

Así las cosas, criticable es, por supuesto, la labor técnica en la redacción de algunos de los tipos penales que integran el estatuto, ya que mientras para algunos delitos exige *literalmente* el elemento subjetivo de "la finalidad terrorista" por parte del sujeto agente, en otros, entre los que se encuentra el del art. 13 objeto de la imputación en este proceso, no hizo tal exigencia, pero acertada la motivación del mismo, pues, aparte de clarificar los objetivos perseguidos con esta legislación, se entendió el problema jurídico, político y politicocriminal que suscitaba esta manifestación de poder, suministrando un importante auxilio para su interpretación.

Entonces, si el fin politicocriminal del legislativo de excepción fue el proteger "el orden público", o la "seguridad pública" como lo afirma la Sala de Casación Penal (C. S. J., octubre 4 de 1988), si "El decreto 180 responde..., a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo" (C. S. J., Sala Penal, marzo 2 de 1989), si el objetivo en punto de unidad jurídica, fue el de *complementar* el Código Penal y de Procedimiento Penal, si en su art. 1° define normativamente la conducta terrorista, la que exige como finalidad en varias de las descripciones típicas, y por decisión de constitucionalidad de la Corte en pleno, que, se insiste, produce efectos *erga omnes*, debe sistematizarse con todas las descripciones fácticas que lo integran, como además corresponde por mandato del precitado art. 30 del Código Civil, de conformidad con el cual "el contexto de la ley" sirve "para ilustrar el sentido", o sea, el fin, "de cada una de sus partes, de manera que haya entre

todas la debida correspondencia y armonía”, resulta una verdad de a puño que no se está tutelando una dualidad alternativa de bienes jurídicos, predicable uno de los tipos que exigen el referido elemento subjetivo y otro para los que literalmente no lo contienen, pues si así fuese, no se hubiera empleado la expresión *complementar* la legislación ordinaria, sino uno solo: el orden público, y su tutela fue la razón de ser de este Estatuto.

d) *La igualdad y los destinatarios de la ley penal*. Es una característica admitida de la ley penal la de ser general y abstracta, “no solo porque va dirigida a la generalidad de los coasociados, sino porque consigna esquemas amplios de comportamiento dentro de los cuales ha de caber la conducta del agente”.

No obstante, este carácter de *generalidad* no puede entenderse como que un determinado estatuto punitivo es aplicable indiscriminadamente a todos los eventuales destinatarios que, por ser personas mayores de 18 años, de acuerdo con el actual Código del Menor, reformador en este sentido del Código Penal, tendrían tal calidad, sino que sea *destinatario* de este *determinado* mandato legal, pues si bien en términos generales y teóricos todos los mandatos positivos sancionatorios prohibitivos de hechos punibles constituyen “la ley penal”, esto no está significando que no existan diversas leyes penales formalmente entendidas, todas las cuales tienden a cumplir los fines generales de seguridad jurídica, respecto de los derechos humanos y pacífica coexistencia de los ciudadanos, pero cada una está motivada por específicos fines politicocriminales y dirigida a un concreto grupo delincencial determinado por el fuero, como sucede con el Código de Justicia Penal Militar, o por la naturaleza del hecho, como ocurre con el Código Penal Aduanero e, inclusive, por su actividad profesional particular, como ocurre con los delitos de quiebra, etc., ya que de no ser así se violaría el principio de igualdad, que no puede seguirse considerando abstractamente, sino frente a la aplicación de la ley penal.

Y si esto sucede respecto a la legislación ordinaria, lo mismo puede predicarse de la de excepción, toda vez que su expedición obedece no a sustituir la ley penal común por una de estado de sitio, ya que una tal explicación además de simplista haría pensar en un Estado totalitario, que no encuentra ningún problema para convertir “por ley” a una determinada forma de delincuencia en otra, sino a prohibir y sancionar todas aquellas conductas que originaron la declaración de esas medidas excepcionales.

Es que no debe pasarse por alto que, aun en estado de sitio el territorio nacional se continúan cometiendo delitos comunes, los que venían ordinariamente sancionados y para quienes los ejecutan sigue rigiendo esa normatividad porque con tales comportamientos no se ha alterado el orden público, razón por la cual, el Estado no modifica la política criminal que venía aplicando, sino que con otro criterio procede a prohibir otras conductas, es decir, aquellas que han originado el estado de excepción.

Por esto discrepa la delegada de la afirmación que hace el casacionista, en el sentido de que el bien jurídico tutelado en el “Estatuto Antiterrorista”, es derivado del protegido por el art. 202 del Código Penal, pues *strictu sensu*, se trata de dos bienes jurídicos *distintos* que, como tales, le dan contenido material diverso y autó-

nomo a cada una de estas prohibiciones: la *seguridad pública*, o, más estrictamente, la *tranquilidad pública* en la legislación ordinaria y el *orden público* en la de excepción.

e) *La finalidad de la conducta*. Precisado que el bien jurídico tutelado por el Estatuto para la Defensa de la Democracia es el “orden público”, se plantea el interrogante sobre la específica descripción de algunos de los tipos que lo integran, los cuales no exigen literalmente “la finalidad terrorista” en la conducta del agente y, en principio, podrían dar a entender que respecto de estos la ley no exige su afectación.

No obstante, tal confusión no existe, ya que, si se admite —como que es una verdad jurídica inconcusa— que no se concibe una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, “puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes”, imperativo es afirmar que la conducta para que sea punible debe estar dirigida a poner en peligro o vulnerar ese determinado bien jurídico, que en este caso es el “orden público”; o, en otros términos, que el sujeto agente dirija su acción a provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o un sector de ella.

Por tanto, siendo que el contenido material de la prohibición es el de prevenir que se ponga en peligro el orden público, pero no de cualquier manera, sino “con una específica repercusión en el ánimo de los individuos que forman la sociedad”, necesariamente la conducta reprochada es la que tenga este objetivo, así la ley no lo exija literalmente, pues hoy en día, no puede entenderse la conducta sin la subjetividad del fin propuesto.

Y si bien afirmar la finalidad en la acción suele vincularse con el finalismo wetzeliiano, en la actualidad sin riesgo se puede afirmar que este concepto no responde a una escuela o corriente determinada, pues la doctrina en general reconoce que no puede existir acción sin voluntad ni voluntad sin finalidad; las reservas se precisan es en punto de la estructura misma del delito, pero no en advertir que la conducta tiene un estadio, por así llamarlo, interno y externo, y que en aquel el autor del comportamiento fija la proposición del fin y selecciona los medios para su obtención, mientras que el extremo resulta de la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado.

f) *La evolución jurisprudencial*. La Sala de Casación Penal no ha estado ausente de la necesidad de interpretar teleológicamente el decreto 180 de 1988, y antes por el contrario, lo viene haciendo progresivamente respecto a algunos de los delitos que no exigen literalmente el referido elemento subjetivo, precisando criterios que importa rastrearlos para poder concluir que estos son aplicables a todo el estatuto, pues no existiría razón valedera para excluir algunos tipos, cuando se rigen por los mismos principios hermenéuticos. Veamos:

A los pocos meses de vigencia, le correspondió a la corporación empezar a fijar los derroteros interpretativos de este estatuto, y fue así como mediante auto del 15 de septiembre de 1988, con ponencia del magistrado Édgar Saavedra Rojas, al dirimir un conflicto de competencias en el que se pugnaba sobre si se trataba de terrorismo o de un delito político, amplio análisis se hizo de todo el articulado,

señalando premisas que permitieran encontrar la vía para lograr una recta hermenéutica; al efecto se expuso:

“Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del decreto que se comenta no se siguió un tratamiento legislativo uniforme, en ocasiones por decisión política del legislador extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer parte de este estatuto, así no estuviesen guiadas por finalidades terroristas; y en otras porque la naturaleza de las materias tratadas legislativamente así lo exigían y dentro de esta línea de pensamiento es preciso destacar cómo en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo, como es el caso de la conducta descrita en el artículo 29 que se inicia «el que con fines terroristas...».

”Por el contrario existen dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma, la finalidad o propósito terrorista, en el segundo grupo se encuentra la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta realizada deba ser con finalidades terroristas o con vinculación en ellas...”.

Como se observa, para este primer momento jurisprudencial era suficiente lo objetivo de la conducta para que el juzgamiento entrara en el ámbito de la jurisdicción especial, sin importar lo subjetivo, ya que en la descripción “no se hace mención a que la conducta deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ellas”.

No obstante, en la misma decisión se destacó la finalidad o alcance político que motivó al ejecutivo a expedir el aludido decreto extraordinario, sin ser desconocido que el principal propósito era el de restablecer el orden público ostensiblemente alterado por los continuos actos terroristas amenazantes de la estabilidad democrática, de ahí que se haya dicho:

“... al crearse una competencia especialísima para los llamados jueces de orden público, el gobierno por medio de un decreto legislativo quería que estos jueces especializados y con recursos técnicos e investigativos excepcionales se dedicasen única y exclusivamente a la investigación y fallo de aquellos delitos que de manera más grave afectan la seguridad ciudadana y constituyen factor de desestabilización de las instituciones jurídicas y políticas...”.

Y más adelante se agregó:

“Las finalidades de política criminal que se advierten para este estatuto son inequívocos y de allí la denominación por el cual se lo reconoció: «Estatuto para la Defensa de la Democracia»; y dentro de tales finalidades políticas y de orden público, ¿podrá...” (C. S. J., septiembre 15 de 1988).

Estas precisiones, a no dudarlo, inquietaron el sentido interpretativo, produciéndose en la Corte una serie de decisiones en donde es claro el avance jurisprudencial cuando se considera la necesidad de demostrar la intencionalidad terrorista en ciertos delitos, así su descripción típica no lo haya contemplado. Además, la relación de causalidad que debe existir entre la conducta que se juzga y los motivos que justifican la aplicación del decreto 180 de 1988.

En efecto, un mes después, la Sala de Casación dirime un conflicto de competencias determinándola en la jurisdicción ordinaria en un proceso donde se cuestionaba el porte ilegal de armas por grupos rebeldes, como también si la conducta constituía delito de rebelión o terrorismo.

El hecho investigado refería la captura de un militante del denominado “Movimiento 19 de Abril” (M-19), que portaba armas de uso privativo de las fuerzas militares y propaganda alusiva al grupo subversivo.

La Corte en esta oportunidad, resaltando la finalidad para la cual fue expedido el Estatuto para la Defensa de la Democracia y por ende la creación de una jurisdicción especial, calificó la conducta de “rebelión”, prescindiendo de la aplicación independiente o concursal de delitos como el tráfico de armas de uso restringido y como tal envió las diligencias a la justicia ordinaria, pues la jurisdicción de orden público, por disposición del legislador extraordinario, actúa únicamente en aquellos “delitos específicamente terroristas”.

Apuntó la corporación: “1°. La creación de la jurisdicción especial integrada por el Tribunal de Orden Público y los Jueces Especializados, obedece a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social”.

Advierte igualmente la “inconsistencia del Ejecutivo como legislador extraordinario”, cuando con el propósito de defender la democracia incluye dentro del precitado estatuto comportamientos no necesariamente terroristas, dejando en cambio la estructura básica de aquellos que en verdad en un momento dado atentarían contra la estabilidad institucional, esto es, los delitos políticos descritos en el Código Penal, presentándose un tratamiento punitivo notoriamente diferenciable entre unos y otros; así lo concretó:

“En pocas palabras, se pretende simultáneamente mantener un tratamiento de benevolencia para la rebelión o la sedición, pero se exhibe excepcional dureza para lo que tenga que ver, verbigracia, con armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas..., llegándose al contrasentido de ser superior la pena de estas si no se vinculan a la rebelión o a la sedición, pero, suavizándose hasta el punto de desaparecer cuando constituyen elemento propio de la rebelión o la sedición (C. S. J., octubre 18 de 1988. M. P. Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME).

En adelante, el criterio interpretativo en torno de los comportamientos enmarcados en la legislación de orden público, como lo es el porte ilegal de armas, la utilización indebida de uniformes e insignias militares, el secuestro, el terrorismo y el concierto para delinquir, cuando encuentren relación con los delitos de rebelión y sedición, la eventual colisión de competencias se ha subsanado acudiendo a la citada providencia, no sin antes advertir, en cada oportunidad, la connotación política y la finalidad primordial que motivó la creación de la jurisdicción especial.

Días después, se tiene que definir cuál es la jurisdicción que continuará el proceso adelantado contra un ciudadano que en su residencia tenía instalado un pequeño taller con autorización oficial, en el cual, entre otras cosas, arreglaba armas del ejército y de la policía.

Se le imputaba el delito previsto en el art. 11 del referido decreto extraordinario, tenencia de armas y favorecimiento de actos terroristas. Oportunidad en que la corporación no evidenció tipificación alguna en el Estatuto para la Defensa de la Democracia; expuso:

“En todo tipo penal existe una forma verbal que nutre ontológicamente la conducta típica y que hace relación al comportamiento que debe realizar el sujeto activo para obtener el resultado...”

“En el tipo penal consagrado en el artículo 11 del decreto 180 de 1988, el verbo rector no es otro que el de favorecer a la realización de actos terroristas. Por ello, en la norma se incrimina a quien favorezca la realización de actos terroristas mediante la fabricación, adquisición, sustracción o almacenamiento de armas de fuego...”

“Es indispensable entonces, para que se tipifique la realización de actos terroristas mediante la posesión o suministro de armas. O en otras palabras que la posesión de las armas tenga por objeto favorecer la realización de actos que siembren la zozobra, el temor y atenten contra la paz o el orden público”. Se enviaron, en consecuencia, a los jueces ordinarios las diligencias (C. S. J., mayo 11 de 1989).

Inclusive, se ha insistido últimamente que, en tratándose del comportamiento previsto en el precitado art. 11, mientras los autos no surja con suficiencia de el elemento subjetivo que demanda la norma, “es a la justicia ordinaria a quien corresponde el conocimiento de los hechos...; puesto que no sobra advertir que la sola tenencia o porte del explosivo no estructura por sí mismo el tipo penal escogido por el colisionante de Puerto Berrío, ya que ello es apenas una circunstancia modal de la conducta, para que el agente logre la finalidad de favorecer actividades terroristas” (C. S. J., julio 12 de 1989).

Respecto al delito previsto en el art. 7º del decreto en estudio, indispensable es la demostración de una de las conductas alternativas que lo ubican dentro de este estatuto, esto es, que se forma parte de un grupo de sicarios o que se pertenece a una organización terrorista para que el juzgamiento corresponda a los jueces de orden público, pues cuando se evidencie que se trata de delincuentes comunes asociados con fines diversos del terrorismo, “... Es la justicia ordinaria la encargada de adelantar el proceso, pues ajeno el comportamiento de los sujetos, al especial tratamiento que el Estatuto quiere darles a las conductas que generan conmoción social, reservado para aquellos en quienes se evidencian finalidades terroristas de manera específica...”, no es posible asimilarlos (C. S. J., abril 4 de 1989).

Es que, como lo ha expuesto la Corte, la conducta “terrorista” requiere de especiales connotaciones para que a quien de ella se syndique se le someta a un juzgamiento especial, pues es necesario “... que exista por parte del sujeto agente, el propósito de provocar o mantener un estado de zozobra o terror en la población o un sector de ella, para alterar la paz, la tranquilidad o el orden público. Pero es necesario, además, que este propósito trate de realizarse con «actos que pongan en peligro la integridad física, la libertad de las personas, las edificaciones, medios de comunicación o de transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas

motrices...», valiéndose para ello de medios «capaces de causar estragos...»” (C. S. J., septiembre 6 de 1989).

Y, refiriéndose a los delitos de sujeto pasivo calificado (14 de diciembre de 1988), el magistrado Dr. Gómez Velásquez, a quien le correspondió ser ponente en un caso en el que perdió la vida un agente de la Policía Nacional cuando intentó oponerse a la acción de unos asaltantes, cuyo fin primordial era el de apoderarse de una gruesa suma de dinero, consideró al juzgado de instrucción criminal competente para adelantar el trámite pertinente, enfatizando en el referido elemento subjetivo.

Se insistió en esta oportunidad —era lo que se discutía— que si bien el decreto 180 de 1988 fue adicionado por nuevas disposiciones extraordinarias —decretos 181 y 474—, ello lo era solo en cuanto a una mayor cobertura de los sujetos cualificados, mas no en lo referente a la estructura básica que distingue a los delitos en particular, “... lo que significa que el elemento subjetivo que allí aparece, esto es, el *fin terrorista*, sigue conservando cabal vigencia. Entonces, para que un homicidio en cualquiera de las personas que como sujeto pasivo del mismo trae el numeral 1º del artículo 2º del decreto 474/88, sea de competencia de los Jueces de Orden Público, debe ser con fines terroristas” (C. S. J., diciembre 14 de 1988). En este sentido parece no bastar que el sujeto pasivo aparezca relacionado en un catálogo, sino que se hace imprescindible que las motivaciones sean propias de terrorismo cuando contra estas personas se atente.

En torno al delito de amenazas de que trata el art. 26 del decreto 180 de 1988, no se discute ya que para su estructuración y ámbito de la jurisdicción de orden público se hace incuestionable tener por demostrada la finalidad terrorista del sujeto agente, así la descripción típica no la haya incluido.

En la actualidad la Corte, para referirse al tema, lo hace con insistencia, enfatizando la naturaleza política que fundamentó la expedición del citado decreto, entendiéndose que lo fue como “estrategia del Estatuto de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social”.

Por tanto, “La amenaza a que se refiere el artículo 26 del decreto 180 de 1988, si bien tutela la libertad individual como bien personalísimo, debe tener de todas maneras, una connotación política, lo que permite en principio excluir de la normatividad relativa al Orden Público, aquellos comportamientos que apuntan fundamentalmente a la vulneración de intereses individuales, sin penetrar en el ámbito de lo colectivo y sin generar zozobra, terror o pánico en la comunidad” (C. S. J., marzo 2 de 1989. M. P. Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME), reiterada por la Sala el 7 y 29 del mismo mes y año.

Importantes también son las decisiones del 18 de mayo y 27 de junio de 1989, oportunidades en las que, aparte de afirmarse el criterio venido en curso, es clara la advertencia de la Corte a los jueces acerca del verdadero sentido de interpretación del conjunto normativo en comento.

La exégesis y la literalidad quedan excluidas, ya que “... esta no es la manera de leer los textos jurídicos, pues su hermenéutica implica necesariamente una aprehensión de toda la normatividad con la cual de una u otra manera se relacione

el precepto objeto de la lectura, para así lograr desempeñar su sentido y alcance, su razón de ser en el momento en que fue creado y en el momento en que se le esté aplicando. El Estatuto 180 que contiene ese art. 26 fue expedido para contrarrestar la inmensa y grave alteración del orden público: dentro de esa realidad y a través de esa dinámica socio-política hay que examinar toda esa normatividad de excepción, y entonces, ahí sí aparece explicable y acertado sostener... que únicamente encaja en el citado artículo 26 las amenazas que trascienden de algún modo la esfera meramente personal o privada..." (C. S. J., mayo 18 de 1989. M. P. Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ).

Pocos días después, se plantea la independencia y autonomía de las normas ordinarias en relación con las de orden público atinentes a los delitos que atentan contra la autonomía personal, partiendo de la demostración en todo caso de la modalidad *terrorista*, "único medio de distinguir" cuándo se está en presencia de la conducta prevista en el art. 26 del decreto 180 de 1988.

Se afirmó entonces: "No se puede, so pretexto de una interpretación exegética, llegar a concluir —como ya, por otra parte, se señalaba en la providencia de esta Sala atrás anotada— que todas las conductas que pretendan quebrantar la voluntad de una persona determinada se adecuan a la descripción típica del art. 26 del decreto 180 de 1988, ya que ello significaría desnaturalizar no solo las prescripciones ordinarias del Código Penal, sino la misma estructura de un estatuto que, dictado ante circunstancias especialísimas de perturbación del orden público, vinculan claramente aquellas condiciones de la alteración al texto mismo de las normas de emergencia que se han expedido" (C. S. J., 27 de junio de 1989. M. P. Dr. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS).

En el mismo sentido se manifiesta el magistrado, Dr. CARREÑO LUENGAS el 3 de agosto último, pues de acuerdo con "la clasificación teleológica" del ya citado decreto, toda conducta que persiga fin diferente del terrorista no es subsumible dentro de lo dispuesto en el art. 26 del Estatuto para la Defensa de la Democracia.

Así las cosas, no cabe duda que la jurisprudencia de la Corte viene decantando el criterio interpretativo orientado desde un punto de vista teleológico, reconociendo, a no dudarlo, que dicho estatuto justifica su aplicación en aquellos eventos de los que seriamente se infiere peligro al "orden público"; de ahí que últimamente para algunos de estos delitos exija la finalidad o propósito terrorista, así no lo predique la norma y se haya aceptado desde un comienzo, no previniéndose obstáculo alguno, para que este criterio oriente la interpretación de todo el "Estatuto antiterrorista".

g) *El caso concreto*. Debe anotarse en primer término que el cargo contra los procesados es haber tenido en su poder, sin autorización legal, armas y municiones, algunas de uso privativo de las fuerzas militares, material ubicado por las autoridades en la sede de la Defensa Civil donde F. A. H. y A. L. B. eran directivos.

En segundo lugar, la conducta referida y lo que resulta del proceso, permite deducir la no vinculación de los sindicatos con grupos subversivos, y menos con asociaciones terroristas que hayan intentado sembrar el caos o alterar el orden público con serio peligro de la estabilidad institucional.

Todo tiende a indicar que la presencia de las armas —ilegal, es incuestionable— en la precitada sede tenía como fin repeler un futuro ataque, del que venía siendo amenazada la institución; es además este el argumento defensivo expuesto por los procesados avalado a su turno por la declaración del coronel (r) A. M. P., director seccional de la Defensa Civil para Antioquia (fl. 192).

Y es que no es extraño hablar en este proceso de la ausencia total de ánimo terrorista; el juez ordinario que inicialmente asumió el conocimiento de la investigación adecuó la conducta al art. 2º del decreto 3664 de 1986; más adelante el fiscal del Circuito insistió con serios argumentos en la imposibilidad de aplicar el procedimiento establecido en el decreto 180 de 1988; inclusive, el juez que propuso la colisión de competencias así lo estimó, y por eso remitió las diligencias a los funcionarios de instrucción criminal y no a los de orden público.

Ahora bien, en este momento, ante los incuestionables avances jurisprudenciales, tales como el reconocimiento de la jurisdicción especial delimitada en sus funciones única y exclusivamente a conocer de aquellas conductas que en realidad atentan contra el orden institucional, el tratamiento que cada hecho en particular merece y del cual se debe escrudinar si surgen las causas que ameritan juzgamiento especial, vale decir, si la acción estuvo impresa de "fines terroristas" y, por último, las precisas condiciones que se predicen de los sujetos pasivos cualificados, no resulta desatinado aceptar que razón le asiste al demandante cuando solicita la infirmación del fallo, pues esta delegada, frente al caso planteado y ante la evidencia probatoria, estima que el procedimiento que ha debido orientar la investigación es el propio de la jurisdicción ordinaria; y no habiendo sido así, el proceso deviene en nulidad por incompetencia de los funcionarios de orden público.

Perfectamente la conducta se adecua al tipo penal descrito en el art. 202 del Código Penal, transitoriamente suspendido por el art. 2º del decreto 3664/86; la ausencia de "ánimo terrorista" es latente: no se observa que los procesados hayan pretendido crear pánico entre los habitantes de la ciudad, y las premisas teóricas que proceden este acápite resultan aplicables al caso concreto.

Es claro que si bien el art. 13 del decreto 180 de 1988 corresponde a la misma estructuración y denominación de las precitadas disposiciones, excepto el *quantum* punitivo, no por ello la simple materialización de la conducta lleva consigo la aplicación del régimen de orden público, pues sus características de autonomía e independencia pregonan su aplicación mediante procedimientos diferentes, siendo precisamente el elemento subjetivo el que permite diferenciar en cada caso cuándo se aplica una u otra disposición.

Esto faculta un adecuado tratamiento punitivo, acorde con las razones de política criminal que motivaron la expedición de los referidos estatutos, siendo en consecuencia pregonable la equivalencia de la pena que haya de imponerse con la conducta realizada, según se haya actuado con o sin propósito terrorista. Si lo fue, el procedimiento y la sanción se fundarán en las disposiciones del decreto 180 de 1988; por el contrario, ausente el ingrediente subjetivo aludido, adquirirá vigencia el art. 2º del decreto 3664 de 1986, que fija como sanción pena de prisión de tres (3) a diez (10) años.

Así quedaría zanjada la advertencia concluida por la Corte en cuanto a la inconsistencia del Ejecutivo como legislador extraordinario al promulgar los estatutos tutelados del orden público y la democracia.

Pues si se acepta que el "tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional" se subsume al delito político de rebelión con un tratamiento punitivo benévolo, mayor razón ha de existir cuando la adquisición, porte, conservación, etc., no están destinadas como medio para derrocar al gobierno nacional; ni mucho menos, como en el caso presente, para provocar o mantener en zozobra o terror a la población.

Significa, entonces, que a pesar de no prever expresamente el art. 13 del decreto 180 de 1988 la especial intencionalidad terrorista en el agente, es este el momento para entrar a considerar esta posibilidad frente a casos que así lo permitan, es decir, ante la *ausencia de fin terrorista*, serán los jueces ordinarios los competentes para instruir y fallar las conductas relativas al porte ilegal de armas.

h) *La conclusión*. Como corolario de las premisas expuestas, es claro que los funcionarios de orden público que sentenciaron a F. A. H. y a A. L. B. no ostentaban, tal como lo afirma el casacionista, competencia para emitir una decisión como la adoptada.

De ahí que, prosperando el cargo que por nulidad se formuló, innecesario se hace el análisis de la causal primera también invocada, imponiéndose para esta delegada *sugerir* a la H. Sala de Casación Penal *casar* el fallo impugnado y, en consecuencia, *decretar la nulidad legal* de lo actuado a partir del auto por medio del cual el Juzgado Primero Especializado de Medellín propuso la colisión de competencias, inclusive, para que de conformidad con lo dispuesto en el art. 1° del decreto 1207 de 1987, disposición que regiría la competencia en este proceso de casarse el fallo, proceda a calificar debidamente el sumario.

De los señores Magistrados, respetuosamente.

Bogotá.

Marzo 31 de 1990

*Nota del coordinador:* La CSJ, en providencia del 9 de julio de 1990, con ponencia del magistrado ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, resolvió no casar la sentencia impugnada, por considerar que el delito tipificado en el art. 13 del decreto 180 de 1988 "por su propia naturaleza constituye un peligro para la seguridad ciudadana, de conformidad con las condiciones materiales por las que atraviesa el país...".

DEBATIDOS



## La constituyente y el proceso penal. Toma de posición en un debate

Álvaro Vargas \*

Dócil a la competente invitación (¿o reto?) que epiloga el texto recientemente publicado en esta revista por el distinguido coordinador de la misma<sup>1</sup>, he decidido reunir y presentar, aunque solo sea en presurosa síntesis, algunas ideas dispersas y misceláneas, que, sobre los mismos o parecidos temas, he venido últimamente desgranando ante distintos y pacientes auditorios, que han tenido la generosidad de recibirlas con mayoritario interés.

Porque considero, en efecto, que el proceso (entendido como el instrumento del cual se vale la jurisdicción para el ordenado logro de su cometido) constituye una de las mayores e inestimables conquistas de la civilización —paralelamente con la cual ha ido tortuosamente evolucionando, desde lo rudimentario e inferior hacia lo depurado y superior—, no puedo dejar de asumir, y lo hago en estas líneas, el impostergable imperativo ético de llamar públicamente la atención acerca de cómo el progresivo deterioro de que viene haciéndose objeto al proceso penal últimamente en Colombia, con la finalidad —solo aparente y declarada— de adaptarlo a las exigencias derivadas de las nuevas formas de criminalidad, realmente responde al propósito inequívoco —aunque encubierto y silenciado— de reducirlo gradualmente a su mínima expresión, para tornar así superflua e intrascendente, en la práctica, la tarea habitualmente encomendada a la rama jurisdiccional del poder público y acometer acto seguido, entonces

\* Exdecano de la facultad de derecho de la Universidad de Medellín y profesor de asignaturas procesales en las universidades Autónoma Latinoamericana y Pontificia Bolivariana de la misma ciudad.

<sup>1</sup> Véanse las páginas 247 y siguientes del ejemplar número 48 de esta misma publicación.



—previa una campaña de desprestigio ya comenzada—, el paulatino desmonte de aquella, con el consecuente peligro que ello entraña para la propia supervivencia del Estado de Derecho, cuyo postulado esencial consiste en la existencia de por lo menos tres ramas que recíprocamente se limitan y controlan.

Adelantadas ya, en el párrafo precedente, las ideas en torno a las cuales habrá de girar el presente escrito, cumple demostrar ahora cómo, a veces con la aquiescencia previa de las cámaras legislativas y casi siempre con el aval posterior de la Honorable Corte Suprema de Justicia, el poder ejecutivo en Colombia ha venido poco a poco demoliendo el proceso penal como método civilizado de juzgamiento, hasta transformarlo prácticamente en un mero instrumento de punición, acudiendo para ello al mecanismo de los decretos-leyes expedidos en ejercicio de facultades *pro tempore* recibidas del Congreso<sup>2</sup>, o utilizando el recurso —mucho más expedito y siempre a mano— de los decretos legislativos dictados al amparo del régimen de excepción inherente a la declaratoria del “estado de sitio”<sup>3</sup>.

Ahora bien, circunscribiendo el análisis a los acontecimientos más recientes, fácil es advertir cómo el prealudido designio de aniquilar al proceso penal, por la vía de la minimización, ha utilizado alternativamente para manifestarse dos distintas estrategias, consistentes, por una parte, en desarticular su estructura para ajustarla a modelos cada vez más autoritarios y, por otra, en impedir u obstaculizar la intervención en él de aquellos sujetos procesales más refractarios al autoritarismo, que son, indiscutiblemente, los juzgadores no profesionales y el defensor.

Para ilustrar la primera estrategia resultan suficientes, entre otros muchos, los siguientes dos ejemplos: en primer lugar, la gradual eliminación de la tradicional división del proceso penal en dos grandes etapas —la del sumario (de carácter esencialmente fáctico-probatorio) y la del juicio (de carácter esencialmente jurídico-valorativo)—, cuya finalidad no es otra que la de reducirlo a una sola, precisamente la del sumario, que, merced a su connatural afinidad con el sistema inquisitivo, constituye justamente el escenario más apropiado para la entronización del autoritarismo procesal<sup>4</sup>. En segundo lugar, la transformación de la acusación —otrora inamovible centro de gravedad y verdadera “ley del proceso”— en algo esencialmente móvil y provisional, susceptible de tantas cuantas modificaciones y rectificaciones tenga a bien introducirle el juzgador, con el evidente riesgo que dicha falta de certeza entraña para el adecuado ejercicio del derecho de defensa<sup>5</sup>.

Diáfana se torna, por otro lado, la segunda de las estrategias mencionadas con antelación, si se reflexiona con algún detenimiento en la forma ciertamente insólita como el ejecutivo-legislador, con fundamento en una ley de facultades que solo lo autorizaba (en lo pertinente) para “simplificar el trámite de los procesos

<sup>2</sup> Véase el ord. 12 del art. 76 de la Constitución Nacional.

<sup>3</sup> Véase el art. 121 *ibidem*.

<sup>4</sup> Mientras que los arts. 474 y siguientes del Código de Procedimiento Penal anticipan esta estrategia, los arts. 39 y siguientes del decreto 180 de 1988 la desarrollan hasta sus últimas consecuencias.

<sup>5</sup> Véanse los arts. 470-3, 501 y 502 del Código de Procedimiento Penal, modificados por los arts. 32 y 33 del decreto 1861 de 1989.

judiciales y ajustarlo a la informática y a las técnicas modernas”<sup>6</sup>, resolvió excluir de los procesos penales al jurado de conciencia<sup>7</sup>, no obstante que, por constituir la materialización de una cierta concepción política en la esfera del juzgamiento, la eliminación del mismo implicaba la adopción de una decisión jurídico-política de singular trascendencia, con incidencia directa sobre la estructura misma del proceso e imposible de justificar, por ello mismo, dentro del contexto de una reforma supuestamente concebida para agilizar el procedimiento. Claro está que, al eco de una campaña de descrédito muy similar a la que hoy agravia a la rama jurisdiccional, el desmonte del jurado había comenzado desde hacía mucho tiempo, hasta el extremo de que, en sus últimos días, solo se le convocaba para juzgar algunos casos de homicidio, pero tan cercenada se hallaba su capacidad de decisión, que únicamente se le permitía expresar su veredicto mediante un lacónico “sí” o “no”<sup>8</sup>, olvidando que quien estaba legitimado para afirmar o negar íntegramente la responsabilidad, con mayor razón debía estarlo para atenuarla o disminuirla.

Para el defensor, por su parte, como el otro blanco de la segunda estrategia al comienzo señalada, el viacrucis —que aún no termina— se inició cuando el Código de Procedimiento penal de 1987 (después de amenazarlo a diestro y siniestro con toda suerte de severas sanciones disciplinarias por casi todo cuanto haga o deje de hacer en el proceso) autorizó al juez para impedirle conocer el contenido de ciertos autos<sup>9</sup> —con flagrante violación del principio rector de la publicidad consagrado en la propia portada del mismo Código—<sup>10</sup>, abriendo así una falsa compuerta que condujo prontamente a la prohibición de expedirle copias del expediente<sup>11</sup> y a la pesadilla del testigo secreto, actualmente vigentes en los asuntos de competencia de la jurisdicción especial de orden público.

Naturalmente, todo cuanto antecede —que es apenas una pequeña muestra de un prolijo inventario de desafueros todavía por elaborar— ha podido ser puesto en obra, porque el verdadero designio que guía la empresa reformadora del ejecutivo (que no es otro que el de acabar con el proceso y tras él, por sustracción de materia, con la rama jurisdiccional que lo maneja) ha permanecido siempre oculto, tras la prédica oficial de que se trata, simplemente, de enfrentar con eficacia el multiforme espectro de la delincuencia. Como es obvio que dicha argumentación envuelve un escurridizo sofisma, aún no detectado por la mayor parte de la judicatura pero sí prohijado y hasta difundido por algún sector académico o profesoral, imperativo resulta, entonces, colocar cuanto antes las cosas en orden, pues ni la rama jurisdiccional

<sup>6</sup> Véase el literal E del art. 1° de la ley 30 de 1987.

<sup>7</sup> Véase el art. 37 del decreto 1861 de 1989, que derogó expresamente, entre otros, los arts. 504 a 534 del Código de Procedimiento Penal, relativos, precisamente, al “juicio con intervención de jurado de conciencia”.

<sup>8</sup> Véase el art. 531 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>9</sup> Véase el art. 367, *ibidem*.

<sup>10</sup> Véase el art. 9°, *ibidem*.

<sup>11</sup> Véase el art. 1° del decreto 344 de 1989.

<sup>12</sup> Véase el art. 1° del decreto 1191 de 1990.

nal tiene como misión institucional la de combatir a la delincuencia, ni el proceso penal puede sensatamente considerarse como un arma o instrumento de combate.

Efectivamente, la lucha contra la delincuencia organizada o desorganizada, como fenómeno que entraña un sistemático desconocimiento de los imperativos penales que describen y sancionan los delitos, constituye, indiscutiblemente, una de las tareas prioritarias del poder ejecutivo en Colombia, a todas luces comprendida dentro del espíritu y la letra del ordinal 2º del art. 120 de la Constitución Nacional, motivo por el cual mal puede aquel, entonces, sustraerse al cumplimiento de la misma y desplazar toda la responsabilidad —como ha venido haciéndolo últimamente— hacia la rama jurisdiccional, a cambio de contraprestaciones tan discutibles como la de trasladar los despachos y las residencias de los jueces a las edificaciones mejor custodiadas de las fuerzas armadas, la de dotarlos de armas, chalecos, automóviles y guardias de seguridad y la de mantener en reserva su identidad.

Esclarecido, empero, el sofisma anterior y colocadas nuevamente las cosas en su lugar, perfectamente claro debe quedar, entonces, que el verdadero cometido de la rama jurisdiccional no es ni puede ser otro, en lo que a la esfera penal concierne, que el de sancionar, previo el adelantamiento de un auténtico y civilizado proceso, los eventos concretos y plenamente demostrados de infracción a los preceptos penales, actuando siempre, en consecuencia, caso por caso o por vía particular, pero jamás por vía general, como debe o debería hacerlo, precisamente, el poder ejecutivo. Siendo ello así, es obvio que, para el adecuado desempeño de las tareas que le son propias, la rama jurisdiccional requiere de una permanente y estrecha colaboración por parte de las otras ramas del poder público, especialmente de la ejecutiva, pero dicha colaboración no puede consistir, naturalmente, en suplantarla o en eliminarla, ni tampoco en encarcelar a los jueces en las guarniciones militares, en disfrazarlos de “Michines”<sup>13</sup> o en negarlos como personas, arrebatándoles su identidad.

No obstante la meridiana claridad de lo que antecede, como el equívoco a partir del cual espiga el prealudido sofisma continúa todavía encubierto, sobre él ha comenzado a girar, por supuesto, todo aquel vasto catálogo de reformas que, en lo atinente al servicio público de la administración de justicia, agota el contenido del acuerdo suscrito, el día 23 de agosto último, por los representantes de los distintos partidos y movimientos políticos de derecha e izquierda, cuyos términos deben considerarse, por lo menos, como una primera propuesta sobre el particular, destinada a conquistar el favor —con elevadas probabilidades de éxito— de la futura Asamblea Nacional Constituyente. He aquí, en efecto, cómo se utiliza el sofisma en mención, para encabezar el texto del apartado 2.1 del acuerdo político recién mencionado: “Posibilidad de dotar a la rama jurisdiccional y al ministerio público de los instrumentos jurídicos necesarios para *hacer frente* al terrorismo y a la criminalidad organizada...” (las subrayas, obviamente, no pertenecen al texto).

Una vez adelantado el sofisma, el plurinombrado acuerdo político desarrolla, acto seguido —pero siempre con base en aquel—, los lineamientos generales de

la reforma, prosiguiendo la tarea (ya comenzada por el ejecutivo) de aniquilar al proceso penal, pulverizando lo poco que todavía subsiste de su antigua estructura y empobreciendo aún más la minusválida condición del defensor, mediante la inversión de la carga de la prueba, la definitiva institucionalización de los testigos y de los jueces secretos y, sobre todo, abriéndole campo (según reza el apartado 2.5 del pacto) a la “posibilidad de consagración del principio de democratización del acceso a la justicia y de delegar en la ley la facultad de *determinar los casos en los cuales los ciudadanos requieren representación profesional* y la manera de asegurar la efectividad de este principio”, mediante la cual lo que realmente se pretende es eliminar de una vez al defensor del proceso penal, para que, prevalido de un remedo de proceso como autoritario instrumento de punición, pueda por fin el Estado omnipotente, sin el estorbo de nadie, ajusticiar eficazmente a sus súbditos, presumidos desde el comienzo responsables.

Sin embargo, como quiera que tras el abierto ataque al proceso subyace el encubierto pero inequívoco designio de desmontar paulatinamente a la rama jurisdiccional y, con ella, al Estado de Derecho, los suscriptores del acuerdo político que se comenta no podían, lógicamente, excusarse de acometer de una vez tan urgente tarea, y fue así como —en los apartados 2.3 y 2.6 del pacto— le dieron vía libre a la administrativización de la justicia (que implica, obviamente, la supresión de la rama jurisdiccional), en los siguientes términos: “Posibilidad de radicar la dirección de la investigación criminal en cabeza del Ejecutivo *para quitarle el carácter exclusivamente judicial a dicha actividad*, con el fin de colaborar con la Rama Judicial”. “Posibilidad de reformar el artículo 58 de la Constitución Política *para permitir que entidades o autoridades administrativas puedan cumplir funciones judiciales*, bajo control de los jueces”. ¡Para “colaborar”, pues, con la rama jurisdiccional —la menor y más desvalida hermana de las tres que comparten el poder público— la rama ejecutiva —su prepotente hermana mayor— ha resuelto descaradamente suplantarla y, por ende, eliminarla! ¿No es acaso asombroso el parecido existente entre esta singular forma de “colaboración” y aquel fragmento del cuento de Capucita Roja, en el cual el lobo feroz, disfrazado de abuelita y acosado por las preguntas de la niña, termina por confesarle que su descomunal bocaza habrá de servirle “para comérsela mejor”?

Es más: puesto que para lograr el efectivo desmantelamiento de la rama jurisdiccional cualquier estrategia es válida, simultáneamente con la administrativización de la justicia, en el apartado 2.4 del pacto se propone, como alternativa adicional, la “Posibilidad de establecer, en los términos que señale la ley, la institución de «Jueces de Paz», quienes *fallarán en equidad*, y podrán ser *designados con la participación de la comunidad*”. Naturalmente, por tratarse de juzgadores legos escogidos por elección popular, dichos “jueces” serán ajenos a la rama jurisdiccional (y, en consecuencia, también la sustituirán), con el agravante de que sus decisiones, por ser adoptadas “en equidad”, no admitirán recurso alguno, pues aquel personal sentimiento de justicia en que consiste la equidad es por naturaleza refractario a cualquier control externo.

<sup>13</sup> Aludo al célebre personaje del conocidísimo poema infantil de Rafael Pombo.

Persuadido de que todo lo hasta aquí expuesto ha resultado suficiente para ilustrar las dos o tres ideas generales anticipadas desde el comienzo, llegada considerada la hora de colocarle punto final a estas líneas, que suscribo, coincidentalmente, por la época en que se cumple el quinto aniversario<sup>14</sup> de aquel aciago episodio que socavó los cimientos del Estado de Derecho en Colombia, al silenciar a sangre y fuego las voces de algunos de los más preclaros miembros de la rama jurisdiccional, cuya memoria espero que este escrito contribuya en alguna medida a honrar.

Entretanto, colocado ahora sí en sus verdaderos terrenos, que prosiga, entonces, el debate en torno a lo que deben ser el proceso, la rama jurisdiccional y el Estado de Derecho en la nueva Constitución, pues hay urgencia de escuchar dentro de él no solamente a los disertados juristas que han asesorado últimamente al ejecutivo en su tarea de legislar en materia penal, sino, también, a los distinguidos dirigentes de la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados Judiciales, quienes, a raíz de su encarñamiento con la letra menuda de las reivindicaciones gremiales a corto plazo, se hallan en inminente peligro de llegar tarde a las exequias de la rama jurisdiccional, no obstante que por ella vienen hace rato doblando las campanas.

Medellín, noviembre de 1990.

<sup>14</sup> Recuérdese que el holocausto del Palacio de Justicia tuvo lugar en la ciudad de Bogotá, entre los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

# Corte Suprema de Justicia

## Secuestro con fines terroristas

El "Estatuto para la Defensa de la Democracia" (decreto 180 de 1988) exige móviles terroristas en tratándose de los tipos de secuestro descritos en él: cuando este móvil no está probado debe aplicarse la legislación ordinaria.

Magistrado ponente: Dr. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS  
Agosto 22 de 1990

Comentario: SANDRA CRISTINA MORA SOTO \*

### *Hechos:*

El proceso se inicia como consecuencia de la denuncia instaurada por M. V. A., por los delitos de secuestro simple, supresión, alteración y suposición del estado civil, quien relata que dos meses atrás dio a luz una niña y al salir del hospital fue abordada por una mujer que se identificó como Myriam N. quien se ofreció a ayudarla y siguió frecuentándola en su casa, hasta que el veintiuno de julio, luego de haber estado cargando la niña, dijo que iba a comprar algo a la tienda, llevándose la menor sin que hubiera regresado.

El nueve de noviembre amplió su denuncia, para decir que tuvo conocimiento por su esposo que habían capturado a la mujer, con quien efectivamente conversó en el DAS, reconociéndole que había hecho eso porque el marido le había dicho que la dejaría si no tenían un hijo.

### *Actuación procesal:*

Por auto del veintitres de julio se abrió investigación preliminar.

En proveído del nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho se dictó auto cabeza de proceso.

Indagada Omaira se le dictó medida de aseguramiento el doce de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Con fecha ocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve se citó a audiencia pública a Omaira M. C. A. por los delitos de falsedad y secuestro.

Realizada la audiencia pública el diez de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, se dictó sentencia el quince de mayo del mismo año, imponiéndose a la procesada la pena principal de treinta y cuatro (34) meses de prisión como responsable de los delitos de falsedad y secuestro.

Por providencia del veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y nueve, se decretó la nulidad de lo actuado, por considerar equivocada la calificación, pues se estimó que parte de los hechos configuraron un atentado contra el estado civil y no contra la fe pública.

\* Abogada de la Universidad de Medellín.

Por auto del cuatro de julio de mil novecientos ochenta y nueve se citó a audiencia pública, siguiendo los lineamientos trazados por el Tribunal.

Se dictó sentencia el ocho de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, imponiéndose pena de veintiún (21) años de prisión como pena principal. Por providencia del diecinueve de septiembre se modificó la pena imponiéndose a la procesada pena de catorce (14) años de prisión.

#### *Los argumentos de la impugnación:*

La censura es planteada por el Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali, al amparo de la causal 1ª por violación directa de la ley sustancial, por considerar que se da una aplicación indebida de la ley penal, puesto que se impuso la pena del secuestro señalada en el decreto 180 de 1988 (arts. 22 y 23), dejándose de aplicar de esta manera los artículos 269 y 270 del Código Penal.

En la demostración del cargo manifiesta la inconformidad por haberse dictado sentencia al tenor de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del decreto 180, en concurso con el artículo 262 del Código Penal, por considerar que el delito efectivamente cometido fue el de secuestro simple previsto en el artículo 269 del Código Penal, en concurso con el delito contra el estado civil.

Sostiene que la finalidad del decreto antes mencionado es reprimir las acciones terroristas y aquellas que perturben el orden público y que como muchas de estas conductas están repetidas en el Código Penal y con plena vigencia, como es el caso concreto de las modalidades de secuestro en sus artículos 268 y 269 del Código Penal, mientras que la aplicación de lo previsto en el decreto 180 es cuando tales conductas se realicen con fines terroristas y que en tales circunstancias el Tribunal Superior de Cali ha debido dar aplicaciones al artículo 269 del Código Penal y no a las normas del decreto 180, ni tampoco sus formas agravadas, porque se han de tener en

consideración son las circunstancias de los numerales 1 y 3 del art. 270 y no los literales a y c del art. 23 del decreto 180.

Termina solicitando se case parcialmente el fallo y se modifique el punto primero de la parte resolutive para que la pena corporal sea de doce (12) meses de prisión en armonía con los artículos 262, 269, 270 y 26 del Código Penal y el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Comparte la Sala la impugnación del censor, porque la verdad es que la puesta en vigencia del decreto 180 de 1988, como legislación de estado de sitio dictada bajo las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, produce las más diversas consecuencias. Una de ellas es la creación de nuevos tipos penales que no aparecen en la codificación ordinaria; otra es que suspende todas aquellas disposiciones de la ley común —de derecho penal material o procesal— que le sean contrarias; pero ha de reconocerse que en relación con varios delitos se presenta un verdadero paralelismo, entendiendo esta expresión como la existencia de un mismo ilícito previsto simultáneamente en las normas ordinaria y de estado de sitio, en ocasiones con una mayor riqueza descriptiva en la segunda, pero en otras repitiendo la descripción de la conducta típica existente en la primera.

En las condiciones anteriores el intérprete debe ser especialmente cuidadoso para determinar con claridad cuáles son los preceptos ordinarios que han sido suspendidos y cuáles rigen simultáneamente con los de estado de sitio y, de presentarse esta última hipótesis, cuándo y en qué circunstancias debe ser aplicada la disposición común o la de excepción.

En el supuesto de la doble tipicidad en ordenamientos de origen y contenido políticos completamente diferentes se presentan los más diversos fenómenos, tal el caso del homicidio que en la legislación para tiempos de paz contiene un tipo básico, con otros subordinados,

agravados y privilegiados y desde la perspectiva de la culpabilidad la triple concepción, esto es, las modalidades dolosa, culposa y preterintencional. Por su parte, en la normatividad extraordinaria aparece un homicidio terrorista, que se concreta por la muerte de alguna de las personas específicamente enumeradas en la norma que lo consagra (artículo 29 del decreto 180 de 1988), es decir que se trata de un tipo con sujeto pasivo cualificado y con particulares circunstancias de agravación previstas en el artículo 30.

Similar duplicación de tipos se presenta en las dos compilaciones legislativas en relación con el secuestro, pero con mayores complejidades de interpretación, que justifican que esta Corporación con anterioridad haya hecho una determinada exégesis del fenómeno y ahora insista en una nueva versión hermenéutica del mismo problema, cuyas bases se sentaron en providencia del seis de junio del año en curso, a la cual se hará referencia en su oportunidad.

Efectivamente, en el artículo 268 del Código Penal aparece la descripción del secuestro extorsivo que no está tipificado bajo ese *no men iuris* en el artículo 22 del decreto 180 de 1988 en donde se define la conducta, allí denominada simplemente "secuestro" y que no coincide con las expresiones utilizadas por el estatuto punitivo común en los artículos 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple), este último en la medida en que en él no aparece la expresión "con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior", lo que precisa, para determinar su adecuación, hacer el juicio correspondiente sobre los fines del agente, descartando los ya relacionados en el artículo que consagra el secuestro extorsivo, operación mental que por tanto no resultaría necesaria frente al tipo del artículo 22 del Estatuto para la Defensa de la Democracia.

No obstante lo anterior, en la norma 23 del decreto 180 se estipulan unas circunstancias de agravación punitiva, la última de las cuales (literal b) recoge dos de los elementos

subjetivos que se incluyen en la legislación ordinaria como ingredientes del secuestro extorsivo del artículo 268: "para hacer u omitir algo" y "fines publicitarios de carácter político", si bien la redacción del primero de ellos es más afortunada en la legislación ordinaria en donde aparece como "para que se haga u omita algo", aludiendo más claramente al hecho de que la exigencia de acción u omisión se dirige a persona diversa del agente, en tanto que en la norma de excepción se utiliza el infinitivo "hacer u omitir", que no brinda la misma claridad interpretativa.

Y finalmente el artículo 1º del decreto 474 de 1988, para efectos de señalar la competencia de los jueces de orden público, hace una enumeración de las personas sobre las cuales se podrían cometer varios de los ilícitos previstos en el decreto 180 entre los cuales se incluye el secuestro. A pesar de tratarse de una norma procesal de señalamiento de competencia, es evidente que tiene repercusiones típicas en cuanto a la estructuración del delito de secuestro dentro de las modalidades del decreto 180.

Es claro para la Sala y ya haciendo referencia de manera específica al secuestro que es el problema jurídico que se demanda en casación, que tal delito dentro de la perspectiva del Código Penal puede ser, de acuerdo a (sic) sus modalidades, monotutelar o pluritutelar según que proteja uno o más bienes jurídicos. Pero en relación con las modalidades previstas en el decreto 180, es evidente que se agrega un nuevo bien jurídico que debe entenderse amparado por el tipo de secuestro, cual es la seguridad pública, la conservación del orden público y su restauración, afirmando que no puede desconocerse porque si esas fueron las motivaciones políticas que llevaron a la Presidencia de la República a declarar en estado de sitio toda la Nación y si en la búsqueda de los propósitos de restablecimiento del orden público turbado se dictó el decreto 180 de 1988 y en él se tipificó nuevamente el delito de secuestro con diferencias respecto de la legislación ordinaria que por ello mismo no

resulta contraria a las especificaciones de la norma de excepción y por tanto no puede entenderse como suspendida, es natural concluir que la nueva forma de secuestro debe tener finalidades terroristas, así en su descripción no se haga expreso dicho elemento subjetivo, o el ánimo de causar perturbación pública o zozobra social; o debe ser realizado sobre una de las personas enumeradas en el artículo 1º del decreto 474 de 1988 con finalidades similares. Y debe ser así, porque de otra forma no tendría sentido repetir normas pues si no se puede inferir la suspensión de las disposiciones comunes, las nuevas deben necesariamente interpretarse y aplicarse dentro de los lineamientos de las circunstancias históricas y políticas que justificaron su nacimiento y de acuerdo con los parámetros de hermenéutica por medio de los cuales la Corte declaró su exequibilidad. Solo de esta manera podría resolverse lo que en realidad constituye un concurso aparente de tipos.

Para concluir es entonces necesario decir que para que pueda realizarse el proceso de adecuación en algunos de los comportamientos previstos en el decreto 180 (arts. 22 y 23) es indispensable que el secuestro haya tenido una motivación terrorista por parte del sujeto activo de la infracción, o que se haya actuado con el propósito de crear zozobra entre la ciudadanía; o que por la cualificación del sujeto pasivo del hecho se advierta la intención de afectar o perturbar el orden público; o que las circunstancias comportamentales de su realización necesariamente lleven a la alteración del orden público, debiéndose en todos estos casos, al aplicar la ley, recordar las motivaciones que tuvo el gobierno nacional para declarar turbada la normalidad institucional en todo el territorio nacional mediante el decreto 1038 del 1º de mayo de 1984, móviles que son importantes porque recuérdese que esta Corporación en sus decisiones de constitucionalidad ha venido exigiendo de manera reiterada, que el contenido de los decretos de estado de sitio deben tener conexidad con los motivos que tuvo el ejecutivo para decla-

rar turbado el orden público y cuando no se ha establecido tal relación, se ha declarado su inexecutable por ausencia de la misma.

En el pronunciamiento que hizo la Sala Plena sobre constitucionalidad parcial del decreto 180 de 1988, dijo en relación con la conexidad:

“Como se advierte objetivamente, el decreto 180 de 1988 se apoya en las motivaciones del decreto 1038 de 1984 que declaró turbado el orden público y en estado de sitio toda la Nación, y además, agrega otras causas de perturbación del orden público que lo han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, lo que viene a constituir las llamadas circunstancias o motivaciones sobrevinientes que la Corte ha aceptado en otras oportunidades como justificativas de nuevas regulaciones de orden público, sin que sea necesario producir ningún nuevo decreto que las fundamente.

”La validez constitucional de las normas objeto de examen depende, como lo ha dicho la jurisprudencia, de que las disposiciones suspensivas de leyes vigentes y las que establezcan las transitorias que las sustituyen, tenga conexión directa con los motivos de perturbación que se pretenden superar con su aplicación, así como de su conformidad con el artículo 121 y las demás disposiciones constitucionales. El estudio de constitucionalidad que se confía a la Corte debe atenderse por lo común previamente, de manera principal, al examen objetivo de la vinculación que exista entre las providencias decretadas por el gobierno y las necesidades del orden público turbado. (Sentencia de mayo 14 de 1980, *Gaceta Judicial*, número 2338 bis de 1970, pág. 154).

”El estado de sitio, como lo ha dicho también en forma reiterada la jurisprudencia, es un régimen de excepción previsto en la Constitución, por eso mismo no puede implicar la sustitución de sus preceptos. En estado de sitio rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas de manera expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad

que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen. Para este efecto ha distinguido la jurisprudencia tres grupos de normas: las que rigen plenamente tanto en tiempo de normalidad como de turbación, las que prevén limitaciones temporales por razón del estado de sitio, y aquellas que permiten suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades por igual causa. Las dos clases mencionadas últimamente, es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal. La Corte ha dicho que los criterios determinantes de este juicio de constitucionalidad son la conexidad entre el contenido de los decretos que se juzgan, con las causas que fundaron la declaración de turbación del orden público y el carácter sustitutivo, transitorio y restrictivo de las disposiciones frente al régimen legal de tiempo de paz.

”La Corte también ha precisado que «solo en casos extremos en los que se viera de bulto la falta de conexidad material de un decreto legislativo con los motivos invocados por el gobierno para decretar el estado de sitio o su evidente inconducencia para lograr el fin propuesto estaría legitimada la Corte para declarar su inexecutable». (Sentencia de 16 de junio de 1987). También ha dicho la Corte en ese fallo que el examen de conexidad es de carácter formal «pues el juicio sobre si, en el fondo, una medida conduce o no a superar la alteración del orden público y a procurar su restablecimiento versa sobre cuestiones de hecho extrañas a este tipo de procesos amén de que implicaría pronunciarse sobre la conveniencia de las medidas adoptadas, que es asunto que debe ser decidido por el presidente de acuerdo con los elementos de juicio de que disponga».

”Por estos aspectos se concluye que existe en el decreto 180 de 1988 la conexidad exigida por la reiterada jurisprudencia de la Corte en materia de decretos de estado de sitio”.

Esta interpretación de la jurisprudencia constitucional de la Corporación es igualmente trascendente para el adecuado entendimiento del contenido de los decretos que pasaron el exa-

men de constitucionalidad, porque es obvio que las previsiones de los mismos deben estar vinculadas con los motivos de perturbación que originaron la declaratoria de estado de sitio, tal como se dejó sentado para el caso que aquí ocupa la atención de la Sala en la revisión constitucional del decreto 180 de 1988 ya transcrito.

Soslayar los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional constituiría en la realidad un verdadero desconocimiento de la fuerza *erga omnes* que tienen este tipo de decisiones, por lo menos de manera indirecta, porque para que la Corte le dé viabilidad a esta clase de normas, es necesario que aparezca claro, cuando menos por su aspecto objetivo, que buscan el restablecimiento del orden público y como es apenas obvio, en su interpretación han de tenerse en cuenta cuáles fueron los motivos que originaron esta legislación extraordinaria y qué finalidades políticas se le señalaron o eran buscados por el gobierno. Hacer lo contrario es desconocer la doctrina constitucional, porque en tales circunstancias de nada valdría que la Corte ejerciera dicho control, haciendo tales exigencias, cuando el intérprete y aplicador de la ley estaría en libertad de señalarle a los preceptos que fueron declarados constitucionales por la Sala Plena, fines diversos o contrarios a los que justificaron su existencia.

Si la finalidad del 180 es entonces luchar contra los grupos armados que amenazan la estabilidad constitucional, hacer frente a los narcotraficantes, combatir a los terroristas y garantizar la paz, sosiego y tranquilidad ciudadanos, es apenas lógico que las conductas que han de recibir el proceso de adecuación típica del decreto 180 deben estar vinculadas así sea de manera indirecta con los objetivos políticos de la norma; no hacerlo así es desconocer la legislación extraordinaria y la interpretación que de ella ha hecho con fuerza de ley la Corte Suprema de Justicia como máximo juez de control constitucional.

Dentro de tales lineamientos del pensamiento se resalta que la parte considerativa del decreto 1038 de 1984 afirma entre otras cosas:

“Que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados ... suscitando ostensible alarma en los habitantes.

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

“Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad...

“Que recientemente ocurrieron actos terroristas en las ciudades de...

“Que al anochecer del día de ayer fue asesinado el señor Ministro de Justicia...

“Que en general, hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas han ocasionado sensibles bajas del personal de las Fuerzas Militares... lo mismo que víctimas en la población civil.

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

Es entonces el decreto 180 y en general todos los que se han dictado bajo las facultades que confiere el artículo 121 de la Carta a partir de entonces, el remedio extraordinario que el ejecutivo ha buscado ante el fracaso de las previsiones de la legislación ordinaria; y siendo esta la motivación política y social que justificó la declaratoria de estado de sitio es de absoluta necesidad concluir que existiendo normas paralelas solo podrán ser aplicadas las de estado de sitio cuando las conductas efectivamente afecten el orden público que se pretende proteger de manera extraordinaria, porque cuando se trata de violaciones normales al orden jurídico, como consecuencia de lo que podría denominarse criminalidad convencional, es apenas natural que se recurra a la legislación ordinaria, porque proce-

der de otra manera sería desconocer el querer del legislador, que concibió tal legislación excepcional solo en razón de las consideraciones precedentemente transcritas y se desconocería también de contera la jurisprudencia constitucional de la Corte de manera indirecta, en cuanto que se le estaría dando viabilidad jurídica a normas extraordinarias para solucionar o sancionar casos y conductas que nada tienen que ver con los motivos de perturbación y que no afectan en mayor grado el orden público, debiéndose entender este, dentro de la concepción política que de él tuvo el ejecutivo para justificar la expedición del decreto 1038 de 1984. La Corte de manera reiterada ha venido realizando claras precisiones en cuanto a los alcances de la legislación de emergencia, no solo por su jurisprudencia constitucional, sino por las decisiones de la Sala de Casación Penal que en varias ocasiones se ha pronunciado sobre el tema, especialmente en referencia al tantas veces mencionado decreto 180.

Como un puro criterio interpretativo y con el único propósito de unificar las pautas de aplicación de la ley, vemos la necesidad de transcribir apartes de algunas de dichas decisiones:

En providencia de la Sala de Casación Penal del trece de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho se ejemplificó con el delito de homicidio, uno de los que aparece doblemente tipificado en el Código y en el decreto 180, para demostrar cómo no todo homicidio cometido en la persona de quienes allí aparecen enumerados en el artículo 29, tenía que reputarse adecuado a tal estructura típica. Se dijo entonces:

“En el estatuto que se analiza, se debe afirmar que si el propósito del legislador es tomar medidas para contrarrestar una determinada forma de delincuencia, es necesario que en sus normas tiene que enfatizarse, cuáles son las conductas que efectivamente, y de manera más eficaz influyen en la perturbación del orden público y porque si se quiere crear un grupo de jueces con una competencia singu-

lar, denominada jurisdicción especial, es necesario delimitar su órbita de competencia, para que en un momento determinado, por falta de su precisa individualización, no se conviertan en realidad en jueces ordinarios regulados por las normas generales de competencia y dentro de tales finalidades entonces era indispensable que se especificara el elemento subjetivo. Para clarificar el concepto tómesese por ejemplo el caso del homicidio, con el que no era posible pensar que todos los homicidios, cometidos por mil y un motivos, o incluso sin motivaciones especiales, fueran a quedar dentro de la competencia de estos jueces creados especialmente para combatir una forma específica de delincuencia, determinándose entonces que el homicidio para que fuera del conocimiento de la jurisdicción especial era necesario que se cometiera con finalidades terroristas y sobre alguno de los funcionarios que se mencionan en el artículo 29 del estatuto comentado; es por ello entonces que el homicidio para que sea de competencia de la jurisdicción especial debe ser cometido con fines terroristas, y sobre determinadas personalidades y aún así, es preciso destacar que si se comete el homicidio sobre uno de los personajes allí enumerados pero con motivaciones diversas a las terroristas, las pasionales, por ejemplo, la competencia para conocer del proceso será la señalada en las reglas generales del Código de Procedimiento Penal” (M. P.: Dr. Edgar Saavedra Rojas).

En decisión del cuatro de octubre de mil novecientos ochenta y ocho con ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas y en referencia al delito de terrorismo tal como aparece tipificado en el Código Penal de 1980 y como fue adicionado y modificado en el decreto 180, se sostuvo:

“Se entiende por terrorismo un delito de mera conducta que consiste en emplear medios de destrucción colectiva contra personas o cosas, con el propósito de crear un ambiente de zozobra o perturbar el orden público. El tipo penal tutela el bien jurídico de la seguridad pública y la conducta lesiona además al conglomerado social.

“El C. P. de 1936 en el título VIII, al tratar los delitos contra la salud e integridad colectivas, trata un tipo penal (art. 261) que sancionaba el lanzamiento contra personas o edificios, de explosivos o sustancias inflamables, gases o bombas, pero guardaba silencio sobre el elemento subjetivo que debía mover la conducta del agente.

“El C. P. de 1980, subsanando la anterior omisión, sanciona con el *nomen juris* de *terrorismo* y como delito contra la seguridad pública, la conducta de un sujeto activo indeterminado que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público «... emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva...» (art. 187 del C. P.).

“Se trata de un hecho punible con un ingrediente subjetivo referido a los fines perseguidos por el infractor, de crear o mantener un estado de zozobra o perturbar el orden público, mediante el empleo de medios de destrucción colectiva contra personas o bienes. Es pues, un tipo que requiere la utilización de medios peligrosos, pero de mera conducta pues no es necesario que las personas o cosas sufran el daño, es decir, que sean alcanzadas por los objetos peligrosos o inflamables.

“El Estado colombiano, teniendo en cuenta la grave situación de alteración del orden público que vive el país y ante la pérdida del sosiego para la ciudadanía por la constante ejecución de hechos violentos contra las personas y los bienes, promulgó en ejercicio de las facultades de estado de sitio (art. 121 de la Const. Nal.) el decreto 180 de enero 27 del presente año que introdujo fundamentales variaciones al tipo penal de terrorismo de nuestro Código Penal.

“En el decreto citado ‘Estatuto para la defensa de la democracia’, que empezó a regir a partir de la fecha de su publicación, se establecen una serie de conductas constitutivas de delito, que condicionan y modifican transitoriamente la contemplada en el art. 187 del Código Penal.



"En su normatividad el citado decreto crea un tipo básico y propio de terrorismo en su art. 1º y describe en sus demás artículos diversas conductas que por atentar contra la seguridad pública al crear zozobra, terror en la población o a un sector de ella, son constitutivos de delito de terrorismo".

En decisión del veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, en relación con el delito de amenazas tipificado en el artículo 26 del decreto 180, afirmó la Sala que no todas las que se profieran tenían adecuación en el mencionado artículo, porque en el caso concreto que allí se resolvió se consideró que las amenazas recibidas por la persona "... no revisten la seriedad y gravedad necesarias, como para sostener que deben ser investigadas por la jurisdicción de orden público, en razón a que actos como el denunciado, no fueron de aquellos que llamaran la atención del Estado en la creación del Estatuto para la Defensa de la Democracia (decreto 180 de 1988), pues es responsable, como lo sostuviera esta Sala en anterior oportunidad, ... a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social.

"Basta recordar que la sola conducta, consistente en la amenaza, no es suficiente para incriminar al agente, puesto que de la estructura del tipo penal se deduce que debe producirse efectivamente la alarma, la zozobra o el terror; al fin de cuentas, el tipo penal es de resultado. Lo anterior para fundamentar el hecho, en el caso propuesto, de la falta de seriedad y gravedad que reclama el tipo penal de las amenazas personales o familiares, cuando ellas no responden, en manera alguna, a la finalidad política o de orden público, esté contenida de manera expresa o tácitamente se deduzca de ella o del espíritu del legislador extraordinario, para la expedición del decreto mencionado.

"La amenaza a que se refiere el artículo 26 del decreto 180 de 1988, si bien tutela la libertad individual como bien personalísimo, debe tener de todas maneras una connotación

política, lo que permite, en principio, excluir de la normatividad relativa al orden público, aquellos comportamientos que apuntan fundamentalmente a la vulneración de intereses individuales, sin penetrar en el ámbito de lo colectivo y sin generar zozobra, terror o pánico en la comunidad.

"En anterior pronunciamiento, que se reitera en esta decisión, la Sala con referencia a las amenazas de que trata el artículo 26 del Estatuto mencionado, como uno de sus elementos estructurales, dijo:

"No obstante, del breve contenido de la queja, se puede deducir que no se trata de amenazas proferidas para atemorizar a uno o a varios habitantes de una población o a clases o a sectores determinados de la misma, con fines de carácter social o político, sembrar la zozobra o atentar contra la paz o la tranquilidad pública.

"Solo la amenaza revestida de los caracteres de seriedad, gravedad, transmitida por medio idóneo para difundir el pensamiento y con capacidad suficiente para infundir pánico y zozobra, alterar la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, puede ser conducta subsumida en el tipo penal consagrado en el artículo 26 del decreto 180 de 1988, teniendo en cuenta además las finalidades políticas y de orden público que sirvieron de fundamento para la expedición del citado decreto» (Auto C.S.J. Dic. 6/88) M. P.: Rodolfo Mantilla Jácome".

En decisión del dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, con ponencia del magistrado Guillermo Duque Ruiz, haciéndose referencia nuevamente al delito de amenazas personales, hizo énfasis la Sala en los motivos que había tenido el ejecutivo para la expedición del decreto 180, cuáles las finalidades perseguidas y teniendo en cuenta los criterios políticos del ejecutivo, cuál la forma de realizar la adecuación típica de las conductas que tengan que ver con las descritas en el decreto 180. Dijo la Corte:

"El estatuto 180 que contiene ese artículo 26 fue expedido para contrarrestar la grave

e inmensa alteración del orden público: dentro de esa realidad y a través de esa dinámica socio-política hay que examinar toda esa normatividad de excepción, y entonces, ahí sí aparece explicable y acertado sostener, como lo ha hecho esta Sala (autos de 6 de diciembre de 1988 y 29 de marzo de 1989, entre otros) que únicamente encajan en el citado artículo 26 las amenazas que trascienden de algún modo la esfera meramente *personal o privada*, y, en ese desbordamiento, alcancen a afectar intereses sociales o de más amplitud, que pongan en peligro o perturben la vida en común o social, de los coasociados (pocos o muchos), y *no de individualidades aisladas*. En otras palabras, es con base en *sus efectos*, y no solo en consideración a la persona o personas objeto de la amenaza, como se debe dilucidar la naturaleza de la misma, aunque obviamente la calidad o carácter que tenga el amenazado en ocasiones influye en los efectos de esta".

En auto del seis de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, con ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas, se precisó una vez más por la Sala que el delito de terrorismo exigía una especial motivación del sujeto activo del delito, puesto que es menester que exista "el propósito de provocar o mantener un estado de zozobra o terror en la población o un sector de ella, para alterar la paz, la tranquilidad o el orden público".

En reciente decisión (julio 9 de 1990) en relación a la tenencia de armas trató de especificarse una vez más por la Sala, que si bien todos los tipos del 180 no tenían el elemento subjetivo de la intención terrorista, algunos como el porte de armas, constituían un verdadero presupuesto para la creación de un estado de zozobra y perturbación del orden público. Se sostuvo en esta ocasión:

"Así, en efecto, no todos los tipos penales del decreto 180 de 1988 incluyen el elemento terrorista como parte de su descripción típica, tal como se dejó sentado ya en varias providencias de esta misma Sala; empero, la simple omisión de su expresión no puede tomarse como indicativo de que el legislador extraor-

dinario haya deseado conservar inalteradas las normas pertinentes de la legislación ordinaria, en punto al porte de armas porque, como ya se vio, para el restablecimiento del orden público se hace menester entrar a tomar medidas que desarmen a los grupos que alteran la normalidad institucional y causan alarma en la población, a más de que es compatible con el estado de sitio regular —así sea por la política penal del incremento punitivo— el comercio y tenencia de instrumentos que por sí mismos tengan una especial potencialidad de contribuir al estado de zozobra que vive el país.

"La suspensión de las normas propias del Código Penal en asuntos de armas, y su regulación a través del decreto 180 de 1988, revela esa «estrategia antiterrorista» que señala el defensor en su demanda, de donde surge que el tipo penal llamado a regular la situación que motiva este recurso es el contenido en el artículo 13 del decreto mencionado, y no las disposiciones establecidas para el tiempo de tranquilidad.

"Y es que si bien la tenencia de armas no es el único camino para la perpetración de atentados terroristas o para causar zozobra en la población, si es este uno de los presupuestos que con mayor frecuencia se presentan en esta clase de hechos, de ahí por qué se ha establecido el comercio, porte, suministro, fabricación, almacenamiento, reparación o transporte de tales implementos como un hecho de por sí especialmente peligroso para la vida comunitaria dentro de las condiciones materiales que vive la nación.

"No comparte tampoco la Sala la posición del demandante en el sentido de que las normas de estado de sitio sean de carácter pluriofensivo (o pluritutelares), en la medida en que desarrollan una doble protección a los bienes jurídicos. No existe en ellas un interés originario y uno derivado, sino que su ampliación de la esfera protectora tiene fundamento en las condiciones de desestabilización institucional sin que pueda predicarse la existencia de dos órdenes públicos diferentes: uno para



los casos de normalidad y otro para las condiciones de anormalidad. El orden público, como fenómeno, es uno mismo y está concretado en las garantías de seguridad, tranquilidad, salubridad, etc., que permitan una pacífica vida en comunidad. En ocasiones, estas condiciones no se consiguen con la actividad normal del Estado y por ello se hace necesario tomar medidas especialmente rígidas que hagan posible la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y el cumplimiento de los deberes del Estado; de allí por qué la propia Constitución establezca algunas facultades extraordinarias para el ejecutivo permitiéndole solamente la suspensión de las leyes, y prohibiéndole su derogatoria; ellas, por su propia naturaleza, están encaminadas a recobrar la normalidad, no a crear «otro» orden.

«Cierto es que durante los estados de perturbación se continúan cometiendo delitos no relacionados con las causas de perturbación, esto es, se persiste en la infracción a las normas llamadas a regir en las condiciones de normalidad; ello no quiere decir, sin embargo, que todas las conductas descritas en el Código Penal puedan continuar sancionándose de acuerdo con sus preceptos, porque carecería de sentido entonces expedir reglas adicionales o temporales que no tendrían efecto alguno. El terrorismo, las amenazas, el porte de armas, y muchos de los tipos penales del estado de sitio —quizás todos— se encuentran contemplados en la legislación ordinaria y cabría siempre el argumento de la favorabilidad, de aceptarse la sofisticada tesis del demandante y del ministerio público, para impedir la aplicación de la legislación especial.

«No es válida para la Sala la argumentación traída en la demanda de aplicar los mismos parámetros interpretativos al delito de porte de armas que al de amenazas personales. Y no lo es, puesto que una y otra figura son de por sí bien disímiles en tanto que no entrañan comportamientos equiparables para las instituciones.

«Aceptado se tiene por la jurisprudencia, de la cual hizo reseña el censor, que el deli-

to de amenazas personales descrito en el decreto 180 de 1988, si bien no tiene en su construcción gramatical la exigencia de ánimo terrorista, es este un elemento propio de él en la medida en que no todo comportamiento de esa naturaleza puede tener trascendencia en el orden público. Mas no sucede igual en torno al delito tipificado en el artículo 13 del mismo estatuto el cual, según se ha dicho, por su propia naturaleza constituye un peligro para la seguridad ciudadana, de conformidad con las condiciones materiales por las que atraviesa el país, en donde (sic) la acción de grupos armados está causando significativas perturbaciones de la tranquilidad de los coasociados y permite en grado sumo la concreción de muertes a los particulares y a los funcionarios del Estado y la creación de condiciones propias para llevar a la gente común a la zozobra y al terror a más de que contribuye al clima de tensión, al aumento de los enfrentamientos entre particulares y de estos con los agentes del orden y posibilita la formación de grupos de fuerza privados como los conocidos con el nombre de «autodefensas». (M. P.: Dr. Edgar Saavedra Rojas).

Finalmente, y refiriéndose con precisión al delito de secuestro, la Sala, con ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas, expresó el 6 de junio de 1990:

«En el caso que se examina, no se trata de aplicación del principio de favorabilidad en un tránsito de legislaciones, sino que el juzgador en presencia de dos procedimientos especiales, ambos vigentes, dejó de aplicar el que correspondía al caso de estudio por mandato expreso de la ley, como es el de la ley 2ª de 1984, para adelantar el juicio por los trámites más restrictivos y desfavorables como son los establecidos en el decreto 180 de 1988, creado para comportamientos punibles diferentes al que es objeto de juzgamiento.

«En efecto:

«La ley 2ª de 1984, creó en su art. 1º unos jueces especializados con categoría de jueces de circuito a quienes atribuyó el conocimiento

de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y señaló en su art. 13 y ss. un procedimiento igualmente especial para su juzgamiento. Tal competencia se ratificó en el decreto 2829 del mismo año.

«Con posterioridad el gobierno, en uso de facultades extraordinarias de estado de sitio, dictó el decreto 180 de 1988, o estatuto antiterrorista, por el cual con el fin de restablecer el orden público se modificaron algunas disposiciones del Código Penal, se tipificaron ciertas conductas ilícitas como antiterroristas y se creó un procedimiento especial breve y sumario para su juzgamiento.

«El decreto 474 de 1988, al determinar la competencia de los jueces de orden público, creados por el decreto 1631 de 1987, les atribuyó el conocimiento de los delitos contemplados en dicho estatuto, que serían juzgados por los trámites en él señalados y en su art. 23 mantuvo la *competencia de los jueces especializados* para conocer de los siguientes delitos:

«a) De los señalados en los arts. 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 de 1986 y conexos.

«b) De los delitos de extorsión con excepción del referido en el art. 25 del decreto 180 de 1988.

«c) De los delitos de secuestro a que se refieren los arts. 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple) del C. P. y el art. 22 del decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el art. 1º (debe entenderse 2º de dicho decreto).

«De acuerdo a (sic) esta normatividad, la ley mantuvo la competencia para conocer de los delitos de secuestro en los jueces especializados y solo otorgó competencia al juez de orden público para el secuestro terrorista, es decir, el consumado en sujeto pasivo cualificado, como magistrado, juez, gobernador, intendente, alcalde, miembro del Congreso, etc.

«De manera que, para los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo, la competencia la siguieron conservando los jueces especializados quienes debían adelantar el juzgamiento por las normas de la ley 2ª de 1984.

«En el caso que se examina, se trata de un delito de secuestro extorsivo en sujeto pasivo no cualificado ni realizado con fines terroristas, tipificado en el art. 268 del C. P. y por tanto, de competencia de los jueces especializados y juzgados por las normas de la precitada ley 2ª, pues los hechos ocurrieron el 24 de octubre de 1988, en vigencia de todas las normas citadas y analizadas anteriormente. Es entonces manifiesta la violación de las normas constitucionales y legales que garantizan la legalidad del juzgamiento».

En relación con el caso debatido y como ya se había anticipado con anterioridad, razón tiene el impugnante —representante del ministerio público de la instancia—, porque claramente se encuentra demostrado que el delito de secuestro aquí investigado nada tiene que ver con los motivos de perturbación, puesto que se trata por el contrario, por lo menos en su motivación de finalidades nobles, esto es la situación de una mujer frustrada en sus ansias de maternidad, y para efectos de conservar la relación estable con el concubinario quien deseaba tener un hijo, decide secuestrar la niña y así conservar su estabilidad marital. Ni por su motivación, ni por la forma circunstancial en que se realizó, ni como se ejecutó en el tiempo, se puede pensar en una conducta, que de alguna forma perturbara el orden público, o que creara especiales motivos de inquietud o zozobra entre los miembros de la comunidad; pues debe recordarse que la dinámica criminal utilizada fue la de buscar la amistad de la madre, frecuentarla durante varios meses en su casa y luego aprovechando tal amistad decirle que iba a comprar leche para la niña y llevarse a esta sin que volviera a aparecer.

Es evidente que el secuestro existió, pero que el proceso de adecuación típica no debe predicarse de las figuras previstas en el decreto 180, puesto que en ningún momento, ni en la motivación del sujeto activo del mismo existió ánimo terrorista, ni en su ejecución, pues no se utilizaron medios que pudieran crear zozobra o una especial situación de inse-

guridad de los ciudadanos y tampoco en su desarrollo, pues durante el tiempo que la menor permaneció en su poder fue cuidada como si realmente fuese la hija de la procesada y tampoco fue ejecutado sobre ninguna de las personas enumeradas en el artículo 1° del decreto 474 de 1988.

Si no se dan las circunstancias sociales y políticas necesarias para que la conducta objeto de juzgamiento sea ubicable dentro de las previsiones del decreto 180, es necesario concluir entonces que la adecuación acertada es en el artículo 269 del Código Penal, con las agravaciones previstas en el artículo 270, numerales 1 y 3 por haberse ejecutado en menor de 16 años y por haberse consumado por más de treinta (30) días.

Es necesario resaltar que la Sala con anterioridad había tomado decisiones contrarias a las que hoy se precisan con esta providencia en ampliación a la interpretación esbozada el 6 de junio de 1990 ya transcrita y como tal es indispensable recordar los fallos anteriores que se varían y explicar un poco más ampliamente las razones de la aclaración jurisprudencial. Dijo la Corte, con ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas:

El artículo 22 del decreto 180 de 1988, dice:

«*Secuestro*. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos».

«Por virtud del inciso 2° del artículo 2° del decreto 181 de 1988, el conocimiento de ese delito fue atribuido a la jurisdicción de orden público. Sin embargo, el 16 de marzo se expidió el decreto 474 (‘Por el cual se organiza la jurisdicción de orden público, se establecen nuevas competencias y se dictan otras disposiciones’), cuyo artículo 23 es del siguiente tenor:

«Mientras subsista turbado el orden público los jueces especializados conocerán en primera instancia de los siguientes delitos:

»1. De los delitos establecidos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 de 1986 y conexos.

»2. De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 y 269 del Código Penal y el artículo 22 del decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1° de este decreto».

»¿Cuál es el secuestro previsto en el artículo 2° (no artículo 1° como dice equivocadamente el texto) del decreto 474? El secuestro simple y el secuestro extorsivo cometidos en *determinados* sujetos pasivos, que el inciso 1° selecciona en atención al cargo que desempeñen, a su profesión, a su liderazgo político o sindical, o a sus ideas políticas. El secuestro que tenga por objeto alguna de estas personas es de competencia de los jueces de orden público, dice expresamente el citado artículo 2° del decreto 474.

»Es decir que los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el referido elenco, escapan a la jurisdicción de orden público, para caer (sic) en competencia de los juzgados especializados.

»Destaca la Sala que en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del C. P., acierta el Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal al sostener que dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del decreto 180/88, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena, lo que ellos preveían.

»La referencia que a aquellos textos (arts. 268 y 269 del C. P.) se hace en el decreto 474/88, art. 23-2, no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el gobierno consideró conveniente mantener la competencia de los jueces especializados para conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del decreto 180/88, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del C. P., que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los jueces especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes

de entrar a regir el decreto 180/88, cuya tipicidad y pena consagran los artículos 268 y 269 del C. P., y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vigencia de tales normas, los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referidas del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2° del decreto 474/88, el cual es de competencia de la jurisdicción especial de orden público».

La anterior decisión fue reiterada el doce de diciembre de 1988, con ponencia del Dr. Guillermo Duque R., y el catorce de febrero de 1989, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

En providencia del 24 de febrero de 1989, al decidir una colisión de competencias entre (sic) juez especializado y otro de orden público, la Sala sostuvo:

«En el caso presente, como se resaltaba atrás, se ha acreditado la calidad de miembro de una asociación profesional y de una agrupación presuntamente equiparable a un comité cívico, pero nada hay en el expediente que diga que López Bedoya era dirigente de esas dos o de alguna de las juntas profesionales, razón por la cual no puede considerarse como una de aquellas personas a que taxativa y especialmente hace referencia el artículo 2° del decreto 474 de 1988, concluyéndose, por este aspecto, que la competencia para adelantar el juzgamiento no corresponde a los jueces de orden público sino a los funcionarios denominados jueces especializados en virtud de lo dispuesto en la ley 2ª de 1984.

»Debe advertir la Sala, además, que aun cuando esta calidad objetiva se hallara comprobada, en el caso particular sometido a estudio no se podría atribuir la competencia a los jueces de orden público. En efecto, si bien el artículo 2° del decreto 474 de 1988

establece que a tales funcionarios corresponderá el conocimiento en primera instancia de los procesos por delitos de secuestro extorsivo y homicidio, entre otros, que se cometan contra un dirigente de comité cívico, a más de otros cargos o calidades, para que aquellos jueces puedan conservar la competencia de juzgamiento se requiere que el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón a su investidura y no con base en cualquiera otra motivación (como se evidencia en el presente caso) —excluido, claro está, el motivo de las creencias u opiniones políticas partidistas o no—, porque de otra forma perdería estructura la codificación que recoge tales comportamientos y se contraría la filosofía que inspiró la jurisdicción de orden público.

»Piénsese por un momento en el homicidio que se cometa en contra de un profesor universitario por razones de celos del esposo traicionado. En esta hipótesis, el homicidio no tiene relación alguna ni con el cargo del occiso ni con las creencias u opiniones políticas, partidistas o no, y por ello debería concluirse que la calidad del sujeto pasivo no puede ser factor determinante de la competencia en los jueces de orden público, quienes están llamados a reprimir la conducta que alteren en especial forma el orden público en razón a las situaciones de zozobra o terror en que pueda colocarse la totalidad de la población o parte de ella. La atribución de juzgamiento en el ejemplo que se analiza, estaría atribuida a los jueces de instrucción criminal durante la etapa del sumario, y a los jueces superiores en su fase del juicio, porque la víctima necesariamente debe ser considerada como un ciudadano común, y el delito como de aquellos que si bien perturban el orden público, no lo hacen dentro de las motivaciones que dieron origen a la expedición de los decretos 180 y 474 de 1988 y demás que los complementan.

»Similar situación se presenta en el caso bajo estudio de la Sala. De aceptar, lo que no se ha comprobado, que el sujeto pasivo era dirigente de un comité cívico o gremial,

nada existe en el expediente que haga siquiera pensar que por esa calidad y en razón a ella se cometieron contra la persona de López Bedyoya las infracciones de secuestro extorsivo y homicidio. Muy por el contrario, de lo hasta ahora actuado parece abrirse paso como verdad procesal el hecho de que, aprovechando algunos gustos personalísimos de la víctima por sujetos de su mismo sexo, uno de sus amigos ideó la comisión de los delitos sin otra consideración que la de obtener algunos pesos y eliminar al interfecto para borrar toda huella de su acción delictuosa. Así estructurados los hechos, como hasta el presente se acreditan, no puede atribuirse su juzgamiento a los jueces de orden público, sino que la competencia radica en los juzgados especializados" (M. P.: Dr. Édgar Saavedra Rojas).

Si se tienen en cuenta las reflexiones que de manera reiterada ha dado la Sala para captar a cabalidad el alcance de las normas previstas en el decreto 180 y en razón de las motivaciones sociales y políticas que tuvo el ejecutivo para dictarlo, es entonces claro concluir que cuando el numeral segundo del art. 23 del decreto 474 de 1988 hace relación a los artículos 268 y 269 del Código Penal es porque el legislador extraordinario consideró que dichas normas continuaban vigentes de manera paralela a las previsiones que sobre el secuestro aparecen en los artículos 22 y 23 del decreto 180 y artículo 1° del decreto 474 y no como se afirma en la jurisprudencia que se ha modificado, que es para indicar que la justicia ordinaria seguiría conociendo de los delitos de secuestro que se hubieren cometido con anterioridad a la vigencia del Estatuto para la Defensa de la Democracia.

De aceptarse la tesis que en ocasiones venía sosteniendo la Sala, de la suspensión de los artículos 268 y 269 del Código Penal por las disposiciones del decreto 180 de 1988, debería concluirse en la inexequibilidad del decreto mencionado, puesto que en esta forma las previsiones de los artículos 22 Y 23 no guardarían conexidad con los motivos que tuvo el ejecutivo para declarar turbado el orden

público en todo el territorio nacional, lo que resulta imposible debido al pronunciamiento que la Sala Plena de esta Corporación hizo con referencia a la citada legislación de excepción.

Se entiende ahora que cuando se dictó el decreto 180 que preveía el delito de secuestro con similar estructura típica a la del Código Penal (secuestro simple, art. 269), pudiera aceptarse esta interpretación, porque si se trataba de dos normas que prevén una misma conducta, pero una con mayor penalidad, era evidente concluir que la correspondiente a la legislación ordinaria, necesariamente estaba suspendida por decisión tácita del decreto de estado de sitio. Pero esta duda interpretativa que hubiera podido surgir inicialmente, se despeja para acoger la segunda interpretación, que ahora se reitera, porque si esa hubiese sido la intención del legislador, así lo hubiera manifestado expresamente, esto es, hubiera indicado que la competencia para conocer los jueces especializados en relación con los delitos de secuestro previstos en los artículos 268 y 269 del C. P., era en relación con los delitos cometidos antes de la vigencia de la legislación extraordinaria; pero como evidentemente esto no se afirma en la ley, no puede el exégeta darle alcances superiores a los contenidos en la propia norma.

El compartir la jurisprudencia anterior implicaría desconocer una realidad procesal evidente en cuanto a las competencias para efectos de reconocer la subsistencia o vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, porque dentro de tal criterio se podrían proponer varios interrogantes que no tendrían respuesta de perseverarse en la doctrina que ahora se precisa o que necesariamente llevarían a reconocer la vigencia de tales normas ordinarias.

¿Los secuestros cometidos en personas diversas a las enumeradas en el artículo 1° del decreto 474 de 1988 por qué funcionario serán conocidas?

¿Cuáles serán los funcionarios competentes para conocer de los delitos de secuestro de las personas enumeradas en la norma antes

citada, pero cuando las motivaciones de los agentes sean diversas a la de sus "creencias u opiniones políticas, partidistas o no"? ¿Cuál el funcionario competente para conocer del delito de secuestro cuando [este] no tenga motivaciones terroristas ni ánimos de crear zozobra o desasosiego social?

Es evidente que los artículos 268 y 269 del Código Penal siguen vigentes, a pesar de la existencia del artículo 22 del decreto 180 y del 1° del decreto 474 de 1988.

Es igualmente evidente que cuando el numeral 2 del artículo 23 del decreto 474 de 1988 menciona los artículos 268 y 269, no es para conferirles competencia a los jueces especializados en los delitos de secuestro cometidos antes de la legislación del estado de sitio como se había afirmado, sino para señalar la facultad de juzgamiento en la justicia ordinaria de las otras formas de secuestro que por no quedar comprendidas en los artículos 22 y 23 del 180 y 1° del 474, necesariamente lo están en los artículos 268 y 269. Por ello, y en relación con el caso concreto motivo de análisis, se ha de concluir que desde la perspectiva de la competencia el proceso estuvo bien fallado, en cuanto lo fue por un juzgado especializado y en segunda instancia por el Tribunal del Distrito Judicial de Cali. Pero lo que no acaba de entender la Sala es que siendo justicia ordinaria se haya aplicado una norma (art. 22 del decreto 180/88) que es competencia exclusiva de los funcionarios de orden público. Siendo coherentes, o se ha debido declarar incompetente y remitirlo a los jueces de orden público o si, como lo hizo, se crea competente, ha debido dar aplicación al artículo 269 del Código Penal.

En las condiciones anteriores ha de concluirse, que efectivamente se ha presentado una infracción directa a la ley penal, como acertadamente lo propone el censor, por aplicación indebida de los artículos 22 y 23 del decreto 180 de 1989 y consecuentemente (sic) se ha de casar parcialmente la sentencia, en cuanto hace relación con el delito de secuestro y en tales condiciones tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal se procederá a dictar el fallo de reemplazo.

El delito de secuestro simple tiene prevista una penalidad de seis (6) meses a tres (3) años y concurren sobre la procesada las causales de agravación previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 270 por haberse realizado sobre persona menor de 16 años y prolongado la privación de libertad por más de treinta (30) días. Esta norma permite un aumento de la pena hasta en la mitad.

Como en las instancias se condenó por secuestro y supresión, alteración o suposición del estado civil y este último delito no fue demandado en casación, deben tenerse en cuenta los criterios de punibilidad adoptados en las instancias, para respetar la penalidad que en ellas se señaló para el delito que no fue impugnado y esto es importante puesto que, como ya se advirtió, la decisión de la Sala es casar parcialmente la sentencia en cuanto al delito de secuestro.

En la primera instancia la penalidad fue tasada de la siguiente manera: se partió de 15 años, pena mínima señalada en el artículo 22, aumentada en una tercera parte por la existencia de dos causales de agravación que le fueron deducidas, razón por la cual se aumentó en cinco años, para un total de 20 y por el delito del concurso, se aumentó en un año para un total de veintiuno (21).

En la segunda instancia se le reconoció la rebaja por confesión del artículo 301 en consideración a que había confesado y había colaborado para recuperar a la niña y teniendo en cuenta que la captura no se realizó en flagrancia, razón por la cual sobre el total de la penalidad, se le rebajó una tercera parte y la pena final fue de 14 años.

Para efectos de respetar entonces la pena impuesta por el delito de supresión, alteración o suposición del estado civil, debe recordarse que por esta ilicitud en primera instancia se impuso una pena de un año y al haberse rebajado en segunda instancia la tercera parte del total es obvio que la pena intocable en este caso por el delito antes mencionado es de ocho meses de prisión.

Al *quantum* antes deducido en las instancias debe sumarse la que corresponde por el delito de secuestro simple (art. 270) que como antes se dijo tiene una sanción mínima de seis

(6) meses de prisión y de allí se partirá para efectos del señalamiento de la pena, si se tiene en cuenta que ni la motivación, ni la forma de ejecución deja entrever una especial peligrosidad, sino que por el contrario podría decirse que tuvo motivaciones altruistas de fingir una maternidad frustrada para tratar de preservar una relación marital de tipo estable. Pero como tiene dos circunstancias de agravación se aumentará hasta en la mitad para que quede en nueve meses, más los ocho en que se había tasado por la penalidad correspondiente al otro delito, queda una pena principal de diecisiete (17) meses de prisión.

Se revocará la condena al pago de multa en cuantía de 88,6 salarios mínimos mensuales, pues es claro que esta pena solo está prevista en la norma indebidamente aplicada.

Se condenará a la procesada a interdicción de funciones y derechos públicos por un período igual al de la pena principal.

Se revocará la condena en abstracto a que se hizo mención en la primera instancia, pues es sabido que en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, de manera imperativa el juez debe condenar en concreto y si no se practicaron las pruebas o no se realizaron las diligencias necesarias para fijar el monto de los perjuicios, se habrá de recurrir a las previsiones del artículo 107 del Código Penal que permite que el perjuicio material se concrete en gramos oro (hasta 4.000) "cuando no pudiese avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito" y para estos efectos la suma será de cien gramos oro.

Se confirmará la condenación a cinco gramos oro por los daños morales ocasionados, tal como fueron deducidos en la primera instancia, de acuerdo a (sic) las previsiones del artículo 106 del Código Penal. La procesada estuvo detenida desde el nueve de noviembre de 1988, hasta el diecisiete del mismo mes y año.

Fue nuevamente detenida el trece de enero de mil novecientos ochenta y nueve hasta la fecha. Lo anterior quiere decir que lleva en detención preventiva más de dieciocho meses efectivos, tiempo que supera la condena definitiva impuesta; por tanto se expedirá de inmediato boleta de libertad incondicional, que

deberá cumplirse siempre y cuando no esté solicitada por alguna otra autoridad.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

#### Resuelve:

Primero: *Casar parcialmente* el fallo impugnado, en cuanto se refiere al delito de secuestro por el que fue sentenciada Omaira M. C. A.

Segundo: *Condenar* a la procesada Omaira M. C. A. a la pena principal de *nueve (9) meses de prisión* como responsable del delito de *secuestro simple* de que trata el artículo 269 del Código Penal, en concordancia con lo establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 270 de la misma codificación.

Tercero: *Revocar* la pena de multa impuesta a la misma procesada, equivalente a 88,6 salarios mínimos mensuales.

Cuarto: *Revocar* la condena en abstracto al pago de los perjuicios materiales y en su lugar *condenar* a Omaira M. C. A. al concreto pago de *cien (100) gramos oro* de acuerdo con lo previsto en el artículo 107 del Código Penal.

Quinto: *Ordenar la libertad inmediata e incondicional* de la sentenciada Omaira M. C. A., por haber cumplido con la totalidad de la pena impuesta, la cual se hará efectiva siempre y cuando no se encuentre solicitada por otra autoridad.

Sexto: *Declarar* que como consecuencia de la casación del fallo, la pena total impuesta a la sentenciada Omaira M. C. A. es de *diecisiete meses de prisión*, incluida la correspondiente al delito de *supresión, alteración o suposición del estado civil* que se falla en concurso con el delito de secuestro y la indemnización que deberá pagar queda fijada en *ciento cinco (105) gramos oro*, por concepto de perjuicios materiales y morales.

Séptimo: En lo demás, rige el fallo impugnado.

Cópiese, notifiqúese y cúmplase.

#### COMENTARIO

La ausencia de criterios uniformes y coherentes por parte de nuestro máximo tribunal de justicia en la exégesis del decreto 180 de 1988, ha tornado de especial significación el problema de la interpretación de la ley penal, particularmente cuando le exagerada reacción penal y la deficiente técnica legislativa del denominado "estatuto para la defensa de la democracia" exige, de parte del intérprete, una labor hermenéutica más cuidadosa, dirigida precisamente a preservar la transitoriedad y restrictividad que debe identificar toda legislación. En este orden de ideas, la providencia antes transcrita, al recoger el desarrollo jurisprudencial, presentado hasta el momento en dicha materia, nos ofrece la oportunidad de señalar los siguientes aspectos de interés:

1. En primer lugar se destaca que la referida sentencia concreta y refleja el viraje hermenéutico que ha dado la Corte Suprema de Justicia en relación al alcance y contenido del decreto 180 de 1988, que de una estricta interpretación literal y exegética (que trajo consigo la indiscriminada aplicación del estatuto a un sinnúmero de conductas que nada tenían que ver con las circunstancias históricas, políticas y sociales que enmarcaron su expedición) ha evolucionado a una interpretación teleológica que plantea la necesidad de exigir y, por ende, precisar, el elemento subjetivo en aquellos tipos penales en los cuales no aparece consagrado expresamente, para efectos de determinar su ámbito de aplicación.

2. Es inaceptable, sin embargo, que la Corte Suprema de Justicia no sea consecuente en su proceso interpretativo y, en desmedro del elemento sistemático que debe orientar toda interpretación que se precie de ser teleológica, se niegue a aplicar los parámetros hermenéuticos, citados anteriormente, a todo el estatuto<sup>1</sup>. Así las cosas y, mientras que para el delito de secuestro la finalidad terrorista determina la vigencia de la legislación de excepción, en materia de porte de armas, según la Corte Suprema de Justicia, basta la conducta objetiva o formal, sin miramiento alguno a su contenido subjetivo para que la misma se entienda regulada de manera exclusiva y absoluta por el prementado régimen de orden público.

Es decir, en el sentir de la Corte, no hubo un tratamiento legislativo uniforme por parte del legislador extraordinario en lo que dice relación a la tenencia de armas y, así como antes se afirmaba con respecto al secuestro, no es imprescindible actuar con fines terroristas para efectos de su tipificación en el régimen de excepción. Ello, además de suponer la vigencia dogmática del pretéritamente superado concepto causal de acción, termina por desnaturalizar la función garantizadora y material que está llamado a cumplir el bien jurídico como base de la estructura e interpretación de los tipos penales, al permitir que la adopción de conceptos de contenido vago, confuso y abstracto como son los de estado de zozobra y perturbación del orden público, actos terroristas, situación de violencia generalizada, entre otros,

<sup>1</sup> Como lo planteara en su momento NODIER AGUDELO BETANCUR, "Comentario jurisprudencial", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 45, Bogotá, 1989, págs. 402-403. Así lo reconoció también el Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del Magistrado Mario Salazar Marín, en auto de marzo 6 de 1989 (vid. *Nuevo Foro Penal*, núm. 45, cit., págs. 399 a 402).

determinen la ciega aplicación en asuntos de armas del desafortunado estatuto para la defensa de la democracia.

En este sentido parece que para la Corte no han sido suficientes los planteamientos esgrimidos por el ministerio público a través de su procurador segundo delegado en lo penal quien, advirtiendo la necesidad de interpretar sistemáticamente el estatuto y, ante un caso concreto de tenencia de armas bajo la vigencia del art. 13 del decreto 180 de 1988, relleva la importancia del bien jurídico como punto de encuentro entre la dogmática y la política criminal, al afirmar la imperiosa exigencia de establecer la finalidad en la acción de porte de armas, para efectos de fijar la normatividad a aplicar. De este modo se armonizaría también la eventual incongruencia del ejecutivo como legislador extraordinario con relación a la tenencia de armas por rebeldes pues si se acepta que "el tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares y de policía nacional" se subsume al delito político de rebelión con un tratamiento punitivo benévolo, mayor razón ha de existir cuando la adquisición, porte, conservación, etc., no están destinadas como medio para derrocar el gobierno nacional; ni mucho menos, como en el caso presente, para provocar o mantener en zozobra o terror a la población"<sup>2</sup>.

3. Finalmente, y aunque esta nueva versión hermenéutica de la Corte Suprema de Justicia con relación al delito de secuestro permite establecer de una vez por todas el contenido lógico de los arts. 22, 23 y 28 del decreto 180 de 1988, queda el interrogante respecto a los mecanismos jurídicos que, a título de recurso extraordinario de revisión o con fundamento en las facultades del juez, será necesario adecuar o implementar con el propósito de subsanar los errores judiciales que ha propiciado la desacertada interpretación del decreto 180 de 1988 y que seguirá propiciando mientras persista su aplicación caprichosa, sin el supuesto de una cabal comprensión de los principios hermenéuticos que nos rigen hace más de cien años.

Solo nos resta esperar que en aras de la igualdad ante la ley, de la seguridad jurídica y de la propia justicia, nuestro máximo tribunal de justicia pueda terminar de "descubrir" y fijar los derroteros que enmarcan la verdadera interpretación teleológica de la ley penal.

<sup>2</sup> CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, "Decreto 180 de 1988: bien jurídico tutelado y evolución jurisprudencial", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 50, Bogotá, 1990.

## Tribunal Superior de Neiva

### Inculpabilidad por error de prohibición directo

El funcionario judicial que ignorándolo aplica una norma que ha sido declarada inexecutable, a un hecho acaecido después de tal declaratoria, actúa en un error de prohibición (de interpretación) que excluye la culpabilidad de la conducta.

Magistrado ponente: Dr. YESID RAMÍREZ B.  
Junio 28 de 1990

Comentario: FERNANDO VELÁSQUEZ V.\*

#### Vistos:

Procede el Tribunal a impartir la calificación correspondiente a este proceso seguido contra el doctor C. G., quien fuera inculpado como presunto agente de un hecho punible atentatorio del bien jurídico de "la administración pública".

El dieciséis de febrero de 1987 el universitario C. G. se posesionó como juez Único Promiscuo Municipal de Elias con el propósito personal de copar el requisito de la judicatura indispensable para optar su título de Abogado en el Externado de Colombia.

Es de presumir que venía asistido de óptima voluntad de colaborar en la alta misión de administrar justicia, y en tales propósitos lo asesoraba un cúmulo de conocimientos frescos ad-

quiridos en su reciente paso por la Academia y en el programa de divulgación y publicidad que se daba a estatutos nuevos como el Código de Procedimiento Penal, el decreto núm. 50 de 1987, que fuera publicado el 13 de enero de ese año en el *Diario Oficial* núm. 37754, y cuya vigencia empezaría el 1° de julio siguiente.

Bien conocido es que en el pènsum de las Facultades de Derecho ocupa lugar preferente en los últimos cursos, la cátedra de Criminología, en cuyo programa existe en la parte culminante un apartado sobre "criminología crítica" que trata sobre los mecanismos de política criminal alternativa, uno de los cuales es la desjudicialización, adoptados entre los criterios rectores que sirvieron de marco funcional a los comisionados del mentado estatuto procesal.

\* Profesor de derecho penal de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Y, regularmente, en este trabajo teórico se esbozan los planteamientos de avanzada de esa disciplina constituidos en el discurso del holandés HULSMAN sobre el abolicionismo, referido fundamentalmente a terminar "con la pesada carga" del aparato jurisdiccional y a dejar que los problemas presentados entre los asociados se resolvieran entre ellos mismos, planteamientos que recuerdan una de las primeras fases de la civilización conocida como "comunismo primitivo".

Y algo o mucho de estas corrientes doctrinarias se recogió también en el cuerpo normativo que iba a entrar a regir en el país, ya acogido en otras latitudes con mayor tradición intelectual como España y Argentina. El art. 31 de esa legislación se refería al "desistimiento y extinción de la acción penal". ("En los procesos por delitos de lesiones personales, la acción penal se extinguirá por desistimiento del ofendido, cuando el procesado hubiere indemnizado los perjuicios ocasionados..."), apartado que fuera presentado como prototípico de las innovaciones de vanguardia que se acogían. Este era, pues, el marco intelectual en el que se movía el novel e inexacto funcionario jurisdiccional.

El lunes diecinueve de octubre de ese año, fue puesto a su disposición el joven J. E. A. T. con cargos de haber lesionado el anterior fin de semana a H. P. B. Y se presentaron casi que de manera simultánea a su despacho los padres del victimario y el propio ofendido, surgiendo de los primeros una oferta de arreglo patrimonial con el propósito de evitar el surgimiento y trámite de proceso penal que llevara a su hijo a la cárcel y frustrar su labor de estudiante, llegándose a un arreglo que se consignó en memorial que recibió el funcionario y le otorgó esa trascendencia al ordenar su archivo, actuación que desencadenó posteriormente en su adversidad acción disciplinaria y la penal generadora del proceso que acapara en este momento la atención de la Sala.

Al rendir descargos, el ex juez C. G. ha planteado progresivamente dos cuestiones:

1ª) Creía que se encontraba vigente el relacionado art. 31 del C. de P. P. (fls. 133: "... lo que hacía posible el desistimiento de la acción, según el art. 31 del C. de P. P."). Refiere que esa es una forma de extinción de la acción conforme el art. 77 del C. P., y como en el memorial presentado notó voluntad de desistir "según lo dispuesto en el art. 31 del C. P. P.", ordenó el archivo de la actuación, criterio que reitera con posterioridad: "posible el desistimiento de la acción, según el art. 31 del C. P. P."). Y,

2ª) La carencia de ánimo litigante, antes por el contrario, ostentación de espíritu conciliatorio entre los desistentes, la escasa gravedad de las lesiones que no generaban trascendencia y alarma social, y el principio de economía procesal (casos no meritorios de "poner en movimiento la maquinaria judicial", argumentó él), le mostraban como viable la aceptación del desistimiento de la acción y por eso ordenó el archivo.

Es bueno resaltar que esta postrer variante la adujo cuando se le hizo caer en la cuenta en las diligencias de descargo primeras, que esa norma (art. 31 del C. de P. P.) había sido declarada inexecutable por la H. Corte Suprema de Justicia, pero la Sala acatando las reglas generales de la sana crítica para la valoración de esta clase de elementos probatorios, se inclina decididamente a otorgarle mayor trascendencia a la primera vertiente de excusa sin que se descarte, desde luego, la segunda que, como se verá, la jurisprudencia nacional le ha otorgado por repetida ocasión el rango de causal de inculpabilidad.

Ya se anotaba cómo los legisladores y todo el elenco de doctrinantes que difundían el nuevo estatuto procesal penal, alababan casi que con frenesí esta figura que recogía el art. 31, que —proclamaban— nos situaba al mismo nivel de los códigos argentino (que reclama como requisito presupuestal del juicio, que se haya realizado un trámite de conciliación

con resultado negativo) y español (en el que el intento de conciliación es condición previa al proceso y su prueba es requisito de admisibilidad de la querrela; el intento de conciliación es una actividad preprocesal).

No obstante, la H. Corte Suprema de Justicia por razón distinta, por extralimitación de funciones del legislador delegado, lo declaró inexecutable (prov. 13 de agosto de 1987), decisión que conoció el Tribunal Superior de la ciudad casi un mes después y de la que pronto dio aviso a todos los juzgados del distrito judicial, no obstante lo cual el funcionario C. G. no se enteró, con el argumento válido que quien recibía la correspondencia en esa oficina, directamente la archivó, continuando en su situación de creencia que permanecía vigente ese importante apartado. Con el tiempo, el decreto núm. 1861 de agosto 18 de 1989, revivió en sus arts. 2º y 3º, con sutiles reformas, esa figura ("conciliación durante la indagación preliminar o el proceso penal" y "oportunidad para el desistimiento").

El municipio de Elías es región relativamente apartada de los centros culturales del Departamento y de la Nación, y por ello su movimiento intelectual es relativamente escaso. En materia jurídica prácticamente el monopolio del conocimiento lo tiene el juez porque escasamente ejercen algunos prácticos con los límites rigurosos del Estatuto del Abogado. Y, además, el tránsito de legislación causó traumas generales en todas partes, provocando interpretaciones erradas contenidas en providencias que solo excusan a sus autores de imputaciones por autoría de infracción contra la administración pública por presunción de buena fe generante de error relevante.

La jurisprudencia del más alto tribunal del país ha calificado actuaciones como la sometida a estudio, como error de interpretación, con trascendencia de causal de inculpabilidad —error de tipo, art. 40-4 C. P.—. Y afirma la doctrina más decantada que se acoge de esta manera la denominada teoría del dolo en materia de error, ubicándose un error directo de prohibición como error de tipo con el similar efecto de enervar el juicio de culpabilidad.

Sin embargo, la Sala colige de acuerdo con las versiones de excusa aportadas primero por el inculgado, que hubo carencia de conciencia de la antijuridicidad en la vertiente de error directo de prohibición al estimar que una norma estaba vigente cuando en realidad había sido declarada inexecutable, error que se califica, de acuerdo con las circunstancias especiales de modo, tiempo y lugar, como de invencible y que, al tenor del art. 40-3 C. P., es causal de inculpabilidad y de contera de cesación de procedimiento (art. 469 del C. de P. P.).

A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Neiva, en Sala de Decisión Penal, *declara* que en este proceso seguido contra el Doctor C. G., ex-juez único promiscuo municipal de Elías, se presenta la causal excluyente de culpabilidad de error directo de prohibición y por eso *ordena* la cesación de todo proceso seguido en su adversidad. El beneficio de libertad provisional de que goza se tornará en definitivo e incondicional. Y se devolverá la caución prestada.

Cópiese, notifíquese y archívese.

## COMENTARIO

No es tarea fácil evaluar el caso que el H. Tribunal Superior de Neiva, en la providencia que antecede, ha calificado como error de prohibición en su modalidad de error de interpretación, si se tiene en cuenta que el texto es en extremo escueto suministrando pocos elementos para el análisis por parte del comentarista, amén de que la hipótesis es muy discutible doctrinariamente hablando.



El error en que incurrió el juez procesado no radica, como se sugiere en la providencia, en "estimar que una norma estaba vigente cuando en realidad había sido declarada inexecutable" porque de ser así se trataría de un error sobre la norma procesal (vigencia del art. 31 del decreto 50 de 1987); en verdad, y dado que la imputación fue formulada por prevaricato (C. P., art. 149), pareciera que el funcionario al expedir la resolución judicial que puso fin al proceso hubiera creído expedir una providencia ajustada a derecho y no, como en verdad sucedió, "*manifiestamente contraria a la ley*" como reza el tipo penal del cual nos ocupamos. Ahora bien, este elemento típico de naturaleza normativa (elemento del deber jurídico) nos puede situar ante un error de tipo, si consideramos que pertenece al tipo objetivo, o frente a un error de prohibición si se piensa que es un elemento de la antijuridicidad.

Se trata, pues, de uno de esos casos "fronterizos" que son a la vez una u otra clase de error y que la doctrina contemporánea no resuelve con claridad<sup>1</sup> máxime si se tiene en cuenta que el punto más álgido de la discusión entre causalistas y finalistas ortodoxos es el atinente al error.

El tribunal coincide con el finalismo ortodoxo al ubicar el caso como un escueto error de prohibición directo (error de interpretación) aunque, curiosamente, lo ubica en el art. 40-3 que recoge el error indirecto de prohibición<sup>2</sup>, excluyendo la culpabilidad al considerarlo invencible. Sin embargo, nada impide tratar la hipótesis como un error de tipo tal como lo hiciera la H. Corte Suprema de Justicia en un evento que guarda notable similitud con el tratado; en efecto, enfrente a un caso de error sobre la expresión "*sin permiso de autoridad competente*" contenida en el tipo vertido en el art. 38 del decreto 1188 de 1974 (hoy art. 33, ley 30 de 1986) la Corte Suprema, en la que consideramos es la más técnica decisión que sobre la materia hayan pronunciado nuestros tribunales, consideró con sólidos e irrefutables argumentos que se trataba de un error de tipo<sup>3</sup>.

En nuestra opinión, debe acogerse la posición intermedia y hacerse una distinción indispensable: si el sujeto yerra porque desconocía que la resolución judicial emitida era contraria a derecho se estará enfrente a un error de tipo, mientras que si reputaba lícito emitir la resolución contraria a la ley (a pesar de la declaratoria de inexecutable) se tratará de un error de prohibición. Sin embargo, como no vemos claro cuál de estas dos situaciones fue la que se presentó, se nos hace muy difícil tomar partido en uno u otro sentido.

<sup>1</sup> Véase al respecto a HANS WELZEL: *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 234; HANS HEINRICH JESCHECK: *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 631 y ss.; CLAUS ROXIN: *Teoría del tipo Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, págs. 210 y ss. Para la doctrina nacional, aunque no con la claridad deseada, véase a JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: *Derecho penal fundamental*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 189.

<sup>2</sup> Tal ubicación la formula razonadamente un sector doctrinario. Cf. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO: *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 34.

<sup>3</sup> En "G. J.", núm. 2408, págs. 604 y 605. Providencia de septiembre 22 de 1982 con ponencia del Prof. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO cuya formación y estatura dogmática son indiscutibles.

De todas maneras, así el Tribunal haya desechado una magnífica oportunidad para sentar jurisprudencia, aunque ubicando bien el caso, la publicación y difusión de esta providencia se justifica en la medida en que permite abrir la discusión y enriquecer el necesario debate jurisprudencial. Parece paradójico, pero en esta oportunidad ha sido un tribunal de provincia el que con buen criterio jurídico ha resuelto un caso que de atenernos a la jurisprudencia normal de nuestros más altos tribunales de justicia, salvo la excepción anotada más arriba, habría sufrido un tratamiento bien diferente y sobre todo en extremo antitécnico como es usual en este ámbito.

Un aspecto más queremos destacar para finalizar. Lo que ha acontecido con el juez de provincia que resultó procesado en este evento, es una muestra más del centralismo que se observa en todos los niveles de la administración, pues ya es usual que decisiones de honda trascendencia en la marcha de la justicia tarden meses en llegar hasta sus destinatarios; si en ciudades como Medellín sucede esto, ¿qué no va a acontecer en un municipio tan alejado como el que menciona la providencia! Para no ir muy lejos esto acaba de ocurrir con la declaratoria de inexecutable del decreto 1861 de 1989. ¿Será mucho pedir que la H. Corte Suprema de Justicia ilustre adecuadamente y a tiempo a nuestros tribunales para que estos lo hagan con los demás despachos judiciales, acudiendo a comunicaciones que se pueden enviar por vía cablegráfica evitando situaciones tan engorrosas como estas? Ciertamente la justicia trabaja sin recursos, pero a veces piensa uno como observador desprevenido que también falta una verdadera voluntad política de hacer las cosas.

Medellín, octubre 23 de 1990.

BIBLIOTECA



ROBERTO BERGALLI y ENRIQUE E. MARI (coordinadores): *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, Barcelona, Edit. Promociones y Publicaciones Universitarias, Colección: Sociedad-Estado, 1989, 685 págs.

Fundamentalmente el concepto de control social ha sido desarrollado por la teoría estructural-funcionalista, y con él se ha querido estudiar los procesos a través de los cuales una sociedad impone su dominio a los individuos y mantiene su cohesión (poniéndole la connotación de un elemento del marco de referencia general de la acción social, en la teoría de PARSONS, que lo opone al concepto de desviación social). Así entendido, el control social solamente se llena de contenido en el cumplimiento de un papel eminentemente positivo de adhesión, que transmitido a través de canales formales e informales, de manera explícita o implícita, es asimilado consciente o inconscientemente por los individuos en una perspectiva que legitima el orden social, ya que la concepción del mundo que lo sustenta entiende el sistema social como una tendencia hacia el equilibrio estable del proceso interactivo de los actores sociales y esta como punto fundamental de referencia para el análisis del control social. Pues bien: no es esta, sin embargo, la perspectiva en la que podemos ubicar la interpretación y ordenación que se hace del control social en la presente obra por colaboradores provenientes de variadas vertientes del conocimiento de las ciencias sociales.

El libro, cuya presentación corre a cargo de los profesores BERGALLI y MARI, se encuentra dividido en dos partes: la primera aborda el tema en España y cuenta con colaboraciones de importantes autores, como M. PESET, F. ÁLVAREZ URÍA y P. ANDRÉS IBÁÑEZ, entre

otros, y de la que debemos destacar la introducción que hace el profesor BERGALLI (de obligatoria lectura), en la que de manera sucinta pero clara y contundente, expone histórica y críticamente —en forma por lo demás magistral— el alcance, contenido y transformación que ha sufrido el concepto de control social. En la segunda parte, con introducción de E. MARI, se analiza el tema desde la perspectiva argentina.

Resaltemos que desde la presentación de la obra hasta el hilo que conduce en última instancia cada uno de los trabajos, se encuentra una perspectiva crítica y no legitimadora sobre cómo las instituciones sociales (fundamentalmente las jurídicas, religiosas y educativas) resaltan ese control social durante los siglos XIX y XX en las formaciones sociales de España y Argentina, con propuestas de desarrollo capitalista, aunque con maneras distintas de acumulación.

Con rigurosidad, tanto en la exposición como en las fuentes utilizadas, los autores en trabajos cortos, compilados en un libro que sin embargo hay que entender como una unidad, como un todo, dan un salto, o mejor, se permiten un salto en la comprensión del control social a través de las maneras elementales, de opinión pública e institucionales, sustentadas por valores, ideales y prejuicios que en última instancia pertenecen a una clase social que detenta socialmente el poder, con una cosmovisión propia y con unos intereses de dominación que se hace necesario mantener y reproducir, haciendo extensivo a todos lo que solamente es de unos, al generalizar lo particular.

Como puede apreciarse, la pertinencia, interés, validez y aporte de este libro se encuentran en el punto sutil del enjuiciamiento crítico de un teoría que interpretada, o mejor, leída desde el punto de vista de las relaciones sociales a partir del modo de producción y distri-

bución históricamente determinado y en permanente movimiento, permite a su vez leer y organizar claramente a contraluz lo que no se capta al nivel mismo del fenómeno. Ya esto quiere decir que lo que se decía que era, no era, y todo lo contrario.

Así, poco a poco va surgiendo de manera muy detallada y con muchas referencias históricas el proyecto de dominación con el cual se persuadía y se persuade a la mayoría por la conservación de un determinado orden social. Y, valga decirlo, no solamente a través de los escritos compilados en este volumen captamos ese cómo del control social, sino que también desentrañamos en el devenir histórico de las formaciones sociales analizadas el porqué de ese cómo y el porqué de sus límites y no de otros alcances. Es a través de su forma de funcionamiento como se va reconstruyendo su verdadero funcionamiento.

En síntesis, en esta obra se revelan los contenidos e intereses ocultos detrás de las manifestaciones y formas como se ha ejercitado el control social durante el transcurso de dos siglos en las dos sociedades analizadas; y precisamente por ese ir de lo superficial a lo profundo, de lo que se dice y se organiza, a su constatación efectiva de contenido y de propósito, precisamente por eso, es por lo que el libro se intitula *Historia ideológica...*

Para terminar, digamos que en este libro se encuentra una página más de aporte al análisis científico que dialécticamente relaciona el ser social con la conciencia social. Como referencia para la reflexión y una más provechosa lectura del texto reseñado, cito *in extenso* dos apartes tomados, el primero, del prólogo a la *Contribución a la crítica de la Economía Política* de CARLOS MARX, y el segundo, del texto *Carlos Marx* de V. I. LENIN:

1) "En la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales.

"El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la so-

cialidad, la base real sobre la que se erige una superestructura política y jurídica, y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, su ser social el que determina su conciencia...

"Y del mismo modo que no podemos juzgar a un individuo por lo que él piensa de sí, no podemos juzgar tampoco estas épocas de revolución por su conciencia, sino que, por el contrario, hay que explicarse esta conciencia por las contradicciones de la vida material, por el conflicto existente entre las fuerzas productivas sociales y las relaciones de producción".

2) "El descubrimiento de la concepción materialista de la historia o mejor dicho, la consecuente aplicación y extensión del materialismo al dominio de los fenómenos sociales, superó los dos defectos fundamentales de las viejas teorías de la historia. En primer lugar, estas teorías solamente examinaban, en el mejor de los casos, los móviles ideológicos de la actividad histórica de los hombres, sin investigar el origen de esos móviles, sin captar las leyes objetivas que rigen el desarrollo del sistema de las relaciones sociales, ni ver las raíces de estas en el grado de desarrollo de la producción material..."

JUAN MARÍA RAMÍREZ VÉLEZ

Octubre de 1990.

REVISTA DOCTRINA PENAL: *Teoría y práctica de las ciencias penales*, Año 12, núms. 46-47. Buenos Aires, Ediciones Depalma, abril-septiembre de 1989.

Esta entrega, correspondiente a abril-septiembre de 1989, se abre con un sentido home-

naje a la figura ya desaparecida de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, en el cual se destaca su historial académico, político y se hace una caracterización del tratadista.

La sección *Doctrina* está encabezada por la síntesis de un estudio realizado en México por ELENA AZAOLA GARRIDO, que se titula "La ilusión de verdad en la investigación de menores delincuentes". Ubicándose en un campo que se denomina "penitenciario-correccional", hace un seguimiento histórico de las formas de ver a los menores delincuentes, para pasar luego a confrontar los "discursos políticos" con la "práctica correccional", y concluir que existe una gran distancia entre ambos campos; además que, en últimas, el campo correccional solo busca su autojustificación y su sobrevivencia.

Encontramos también un artículo titulado "Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión", desarrollado por RICARDO O. SÁENZ, en el cual se proponen tres cuestiones por resolver: primero, si la situación generadora del deber de actuar en el delito de omisión debe darse en la realidad objetiva, o si basta con que el autor se represente dicha situación; en segundo lugar, discurre sobre la no existencia de límites claros entre acción y omisión en casos como los de interrupción de cursos causales salvadores; por último, se refiere a la "impropiedad" de los "delitos impropios de omisión" por la diversidad de criterios al respecto. Para concluir dice: "... es más grave causar el mal que no hacer el bien", queriendo advertir el peligro de utilizar el derecho penal como instrumento moralizante.

Por su parte HANS JOACHIM SCHNEIDER en su escrito sobre "La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y en el proceso penal" se ocupa, luego de ubicarnos en el campo de la victimología, de reseñar los nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal Alemana, del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas.

Destaca, además, algunas consecuencias de descubrimientos victimológicos para la dog-

mática del derecho penal, junto con los principales progresos en cuanto a la situación jurídica de la víctima en el proceso penal. Llama particularmente la atención la necesidad de impedir una victimización secundaria evitando un daño psíquico adicional en la víctima, y la necesidad de darle a esta un *status* propio e independiente.

Seguidamente J. VERVAELE, profesor holandés, aporte un artículo titulado "Impunidad: el derecho penal y la protección de los derechos humanos en Colombia", en el cual, luego de realizar un interesantísimo perfil político del país, se refiere al tema de los derechos humanos. Dice que los pactos de derechos humanos que nuestra nación ha ratificado deben confrontarse no solo con la normatividad, sino especialmente con la realidad, puesto que, según sostiene en su trabajo, la nuestra es una justicia débil y militarizada, lo que ha desembocado en la desconfianza de los civiles hacia ella. Termina pidiendo que la comunidad internacional tome algunas medidas respecto a la violación de derechos humanos en Colombia.

Rematando la sección de *Doctrina* encontramos el artículo titulado "Delito de cuello blanco. Punto de inflexión en la teoría criminológica", de JULIO E. S. VIRGOLINI, en el cual cuenta cómo SUTHERLAND abrió un nuevo camino para la criminología en general, al demostrar las siguientes premisas: a) las conductas criminales no son mayoría en las clases bajas, sino que se distribuyen proporcionalmente entre las diferentes capas sociales; b) las estadísticas habituales no reflejan adecuadamente la real dimensión y distribución del fenómeno criminal; y c) la ley penal no tiene aplicación indiferenciada entre autores de clases sociales distintas. Sentadas estas premisas, se advierte la necesidad de construir un concepto de delito referido a la noción material sobre la nocividad social del comportamiento, y a la insuficiencia de las teorías criminológicas tradicionales ancladas en los límites legales, los cuales debe trascender y criticar.

En la sección *Jurisprudencia* podemos leer la nota titulada "El delincuente por conciencia. Un problema de colisión de deberes", en el cual EDGARDO A. DONNA analiza el fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina, decisorio sobre el caso de un desertor del servicio militar que alegaba una objeción de conciencia. A pesar de que se contraponía la libertad de cultos al empleo de las armas, la Corte concluye que por motivos religiosos no se puede eximir del servicio militar. En la nota el autor propone otra solución, según la cual se opta por la inculpabilidad del sujeto, sea por las reglas del error de prohibición o por las de no exigibilidad de otra conducta.

Es de anotar que la revista contiene también las secciones de *Debates*, *Bibliografía*, *Informaciones* y *Revista de Revistas*, además de una lista de obras de reciente publicación.

JUAN CARLOS SALAZAR GÓMEZ

Agosto de 1990.

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, volumen XI, Número 38, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, mayo-agosto, 1989.

La presente publicación es de gran trascendencia por su contenido, hoy, frente a la relación norma-realidad. Así, comienza con una nota editorial que nos introduce en las diferentes secciones que componen la revista, citando cada uno de los artículos.

Continúa con la sección de Derecho Penal, encabezada por el artículo del Dr. YESID REYES, titulado "Hacia un procedimiento más humano", a través del cual pretende reivindicar un proceso vinculado a la sociedad, que se ocupe más del procesado que del tecnicismo que nos caracteriza; hace algunas críticas y propone vías de humanización de la adm-

nistración de justicia. Luego nos encontramos con un escrito del profesor IGNACIO BERDUGO, catedrático de la Universidad de Salamanca, "La legislación penal antiterrorista", del cual merece destacarse el hecho de que tal legislación sea considerada por el autor como el punto de contacto entre lo jurídico y lo social; el carácter excepcional de la misma que hace que tambaleen los principios y garantías constitucionales y que la política criminal sea fundamentalmente de orden público; es la legislación antiterrorista un rezago de la dictadura.

Más adelante el Dr. NILSON PINILLA, a través de su artículo "falsificación de moneda", nos hace una descripción del concepto de moneda, su evolución histórica, la cual, según el autor, en sí misma ha dado lugar a su falsificación, especialmente en los regímenes monárquicos y en las situaciones de emergencia. La exposición termina refiriéndose a los bienes jurídicos que se tutelan con la tipificación de la falsificación del papel moneda, porque se trata de un tipo pluriofensivo.

Por último, la sección termina con un trabajo titulado "Reducción de la pena por confesión como motivo de casación", escrito por el Dr. ÁLVARO ARISTIZÁBAL CEBALLOS, quien concluye, después de analizar las diferentes causas que pueden dar lugar al presupuesto del recurso de casación, que la misma procede en determinados eventos y siempre que se reúnan los requisitos que para tal efecto ha exigido la Corte Suprema de Justicia.

Nos encontramos en segundo lugar con la sección de Criminología, encabezada por un análisis del Dr. LUIS GERARDO GABALDÓN: "Patrones de respuesta policial y efectos en vecindarios de bajo y alto estrato socioeconómico", el cual tiene por objeto mostrar los resultados obtenidos en una investigación adelantada en una ciudad venezolana, en el período comprendido entre septiembre de 1986 y marzo de 1987, sobre la relación entre la policía como mecanismo formal de control social y la población. Termina el autor concluyendo, ante la heterogeneidad de respuestas, que en

todo caso debe ser continua para lograr la eficacia del orden social.

Luego, el Dr. JAVIER ARIAS TORO, en su trabajo "Perspectiva penal y metapenal de los delitos ecológicos", se ocupa de analizar las normas que pretenden proteger el medio ambiente, destacando su carácter secundario y abordando desde unos planos teóricos y prácticos los problemas que presentan los respectivos tipos penales. Concluye diciendo que nos encontramos en un círculo vicioso, donde la conducta humana genera crisis ambiental y esta a su vez es causa de otras conductas jurídicamente reprochables, problema que no puede ser resuelto únicamente por el derecho penal, puesto que en el fondo subyacen causas de diferente índole: económicas, sociales, etc.

Terminando esta sección nos encontramos con un trabajo del Dr. RAFAEL SANDOVAL LÓPEZ, titulado "La negación del principio de la libertad personal en Colombia". Su análisis se circunscribe al derecho de locomoción, el cual, según el autor, se encuentra extremadamente limitado desde su fuente: la Constitución, y a través de numerosas instituciones legales como la detención preventiva, las capturas ilegales, entre otras.

La publicación continúa con una sección de Medicina Legal y Criminalística, compuesta por un solo artículo: "Actualización del dictamen por estado de salud", por el Dr. RICARDO MORA IZQUIERDO, médico psiquiatra de la Universidad Nacional de Colombia. Lo que pretende con el presente trabajo es actualizar lo referente a los dictámenes médico-legales introducidos por el nuevo Código de Procedimiento Penal, y mostrar algunos datos estadísticos sobre dictámenes emitidos en las oficinas e institutos seccionales y de Bogotá, en los últimos seis años.

La sección de Jurisprudencia está compuesta por dos separatas: la primera es una sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de mayo de 1989, con ponencia del Dr. FABIO MORÓN DÍAZ, que decide una demanda de inexecutableidad contra la ley

48 de 1968, que adoptó el decreto 3398 de 1965 como legislación permanente. La Corte encontró que de los artículos demandados solo uno era exequible y por ende no se podrán amparar, por razones de conveniencia, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las FF. AA.; de lo contrario se atentaría contra el artículo 48 de la Constitución. Sin embargo, hay un salvamento de voto que hace un llamado al legislador para que vuelva sus ojos al estatuto y se abstenga de elaborar leyes confusas y tan amplias como esta, que solo generan interpretaciones contradictorias.

La segunda separata contiene una providencia del Tribunal Superior de Neiva, cuyo ponente es el Dr. YESID RAMÍREZ (enero 16 de 1989), la cual encuentra que el objeto jurídico del tipo penal de "falso testimonio" es la protección del tercero en relación con aquel, no la protección de la persona que testifica, supuesto que, de lo contrario, se estaría atentando contra la garantía de defensa de no declarar contra sí mismo, consagrada constitucionalmente.

La revista contiene una sección de Documentos, los cuales son: "La vigencia del Estado de Derecho", por el Dr. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, y otro escrito por el Dr. MANUEL GAONA CRUZ: "Aspectos constitucionales y administrativos de la libertad de prensa".

Y, por último, encontramos una sección bibliográfica, la cual contiene dos reseñas: una del libro *Introducción al derecho penal*, del Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ P.; y otra del libro *Estudios de derecho penal especial*, del Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA.

Así pues, encontramos una publicación con un gran contenido cuyo propósito es acercar cada vez más al lector al Derecho Penal y a la Criminología, y a su vez estas a una realidad social y económica que vivimos.

CLARA LUZ PÉREZ PÉREZ

Julio 19 de 1990.

# NOTICIAS

MINISTERIO DE JUSTICIA  
DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES

CIRCULAR núm. 030 de junio 26 de 1990

Previo estudio de la Dirección General de Prisiones, se ha comprobado que la requisa vaginal que se viene practicando en los establecimientos carcelarios del país, además de ser un sistema denigrante, no es una medida eficaz para contrarrestar el peligro de un eventual uso de armas o entrada de estupefacientes.

A pesar de que ciertamente en la requisa vaginal se ha incautado marihuana, basuco, etc., las cantidades confiscadas no justifican el mantenimiento de este sistema, demostrándose, al contrario, que el costo moral es inconmensurablemente alto frente al poco beneficio que en materia de prevención o seguridad pudiera recibirse; en estas condiciones, los funcionarios de prisiones tenemos la obligación de preservar el bien mayor, que en este caso es el de la dignidad humana.

Por consiguiente, a partir de la fecha queda prohibida la revisión de genitales o tacto vaginal, practicándose en su reemplazo una requisa general a la persona, por encima de la ropa, sin necesidad de desnudar a la visitante.

La prohibición contenida en esta circular deberá insertarse inmediatamente en el reglamento interno de cada establecimiento.

JAIME CAMACHO FLÓREZ  
Director General de Prisiones

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres  
de Nomos Impresores, Bogotá, el día  
5 de abril de 1991.

**LABORE ET CONSTANTIA**