

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Fundador

EDITORIAL

Los hijos de la saliva
J. Guillermo Escobar Mejía

52

DERECHO PENAL

Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito,
en especial en cajeros automáticos

Carlos María Romeo Casabona

Delitos y contravenciones

Luisa Margarita Henao de Yepes

El consentimiento del sujeto pasivo en el acceso carnal
abusivo

Miguel Ángel Pedraza Jaimes

POLÍTICA CRIMINAL

El Código Penal de 1980 desde el punto de vista político-
criminal

Fernando Velásquez V.

Introducción al debate de la privatización del sistema penal:
la policía privada

Elena Larrauri

El oficio de formar abogados para un ejercicio en libertad
y democracia

Pastor Acevedo

JURISPRUDENCIA

CO/XIV
F/Z

2345

ABRIL

MAYO

JUNIO

Fundador
NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director
FERNANDO VELASQUEZ V.

Coordinador
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

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

Auxiliares

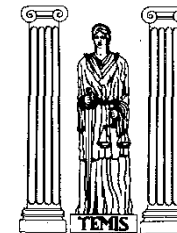
Sandra Cristina Mora Soto
Mario Alberto Arenas Alzate
Luz María Mejía Salazar
Clara Luz Pérez Pérez

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

Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006
Medellín

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



EDITORIAL TEMIS
Santa Fe de Bogotá
1991

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

A. A. 53006 Medellín

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

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

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

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

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

PÁG.

Los hijos de la saliva. J. Guillermo Escobar Mejía 139

DERECHO PENAL

Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos. Carlos María Romero Casabona 147
Delitos y contravenciones. Luisa Margarita Henao de Yepes 171
El consentimiento del sujeto pasivo en el acceso carnal abusivo. Miguel Ángel Pedraza Jaimes 191

POLÍTICA CRIMINAL

El Código Penal de 1980 desde el punto de vista político-criminal. Fernando Velásquez V. 207
Introducción al debate de la privatización del sistema penal: La policía privada. Elena Larrauri 225
El oficio de formar abogados para un ejercicio en libertad y democracia. Pastor Acevedo H. 239

JURISPRUDENCIA

I. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La *reformatio in pejus* en la nueva Constitución. Jorge Enrique Valencia M. 255
II. JUZGADO VEINTE PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN. Martha Lucía Tamayo Vélez 259
III. COMENTARIO 260

BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

LOS HIJOS DE LA SALIVA *

En la primera "Junta de Valladolid", en el año de 1542, el cardenal de Toledo, GARCÍA DE LOAYSA presidente del Consejo de Indias, sustentaba, en contra del indio americano, la doctrina medieval de "La Sociedad Ordenada", que, interpretando la voluntad de Dios, consideraba que la armonía del mundo exigía de privilegios aristocráticos y religiosos aposentados sobre las servidumbres "naturales" de la gleba. Esto era ineluctable, como la luz del día o la oscuridad de la noche.

En la "Segunda Junta", calendas de 1550, el más erudito de los españoles, JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA, exigía la impiedad de la fuerza y la divina vigencia de "La Ley del Hierro" en contra de las poblaciones indígenas. Abroquelaba intelectualmente la dureza de su corazón poniendo en duda que el aborígen poseyera alma humana porque eran "...hombrecillos en los cuales —decía— apenas encontramos vestigios de Humanidad".

Entonces llenó de lógica su discurso, citando con delectación el tratado de *La política* de ARISTÓTELES en aquellos acápites que determinan a la esclavitud como una "institución natural"; luego elevó el discurso hasta el apotegma teológico y filosófico, citando ahora con profusión el Antiguo Testamento; y ensambló, con hábil artilugio de conjunto orgánico, tesis de autoridad de SANTO TOMÁS DE AQUINO, SAN AGUSTÍN, y la doctrina de los Juristas de Bolonia.

Con tal maderamen argumental hacía legítimo, necesario y cristalino someter o extinguir "a aquello cuya condición natural es: que deben obedecer a otros".

* Palabras pronunciadas por el Dr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA el 15 de diciembre de 1989, con motivo de la entrega de premios del "Concurso Nacional Fernando Vélez Vélez", organizado por la Universidad de Antioquia. El Jurado estuvo compuesto por Aida Gálvez A., Rosa María Escobar C. y J. Guillermo Escobar Mejía.

Fue el discurrir academicista de la prepotencia. Se organizaba a manera de un silogismo del Poder.

Acá, como premisa mayor, el "destino superior" y cualificado de la clase dominante. Ontología social del gobernante, el conquistador y el clero.

Abajo, como premisa menor, la inferior condición del dominado. Así, en razón del estigma que, desde el nacimiento, marcaba su subordinación. Con tales presupuestos, necesario era concluir: existe "un derecho" de civilización clasista sobre la vida y la cultura ajenas.

Pensar que estas referencias históricas no son pertinentes en este informe, porque ellas son "cosas del pasado", resulta ser, en verdad, un refugio inmoral de nuestra mala conciencia: desde siempre, hasta ahora, hemos estado adscritos, mínimo por indiferencia, a la escuela represiva de GARCÍA LOAYSA y GINÉS DE SEPÚLVEDA.

La voz de los perseguidos no ha sido escuchada.

Traigamos, como prueba, un ejemplo histórico.

El más grande luchador indígena, MANUEL QUINTÍN LAME: autodidacta, quien se hizo *ad-vocatus* de su raza y organizó las comunidades indígenas de Nariño, Cauca, Valle, Huila y Tolima, tremolando en sus manos y en sus enseñanzas una bandera blanca y jurídica: la ley 89 de 1890, que interpretaba en favor de la integridad territorial de los resguardos y en pro de la autoridad legal de los cabildos —cuyas pequeñísimas cuotas de poder exigía como chispas normativas de autonomía—; por ello, por vivificar la ley colombiana, fue encarcelado, en el lapso de su lucha: 1910 a 1967, DOSCIENTAS veces. Sí, es increíble: ¡DOSCIENTAS veces!. Una de aquellas detenciones fue cruel: durante un año estuvo aislado en un húmedo calabozo de Popayán, arrastrando una barra de hierro que pesaba 28 libras. Su alma se templó en la reflexión; en aquel cautiverio organizó sus ideas y engendró aquel libro hermoso, intuitivo, intitulado *En defensa de mi raza*, cuyo manuscrito, de bella caligrafía, fue terminado en 1939 por su amanuense y secretario, el indígena Florentino Moreno.

Este profeta desarmado y perseguido escribió el 2 de marzo de 1967 (moriría 7 meses después) una carta al Ministro de Agricultura —¿Qué decimos? ¡A todos nosotros!—, que comienza así:

"Agobiados por las necesidades del cuerpo, es decir por el hambre y la desnudez, nos dirigimos a Ud. distinguido doctor...pidiéndole que nos ampare, que nos dé garantías, y que podamos penetrar a coger nuestros cultivos que están embargados por los ricos, por los jueces, por el señor alcalde, por el señor presidente del concejo, por el señor personero, que todos se burlan de nosotros..." (esta información se encuentra en la obra, ya citada, de QUINTÍN LAME, y en su prólogo de GONZALO CASTILLO CÁRDENAS).

El tránsito: Conquista, Colonia, Independencia, República, ha sido sobre un sólo camino: el tortuoso proceso, en veces bordado de hipocresía religiosa y política, hacia el *etnocidio*.

Dos datos estadísticos son reveladores:

En el siglo XIX Colombia tenía 4 millones de habitantes, de los cuales 550.000 eran indígenas. Hoy, *ad portas* del siglo XXI, cuenta 27 millones de colombianos; y marginados, como si no tuviesen patria, agregamos al censo: tan sólo 440.000 indígenas.

Un siglo ha pasado y son menos. No acrecen, decrecen. ¿Dónde aquesta ley demográfica de progresión geométrica?. Descienden, por el pauperismo, al abismo abscóndito de su extinción:

Unos, desnudos y erráticos, como fauna exótica y dañina son perseguidos y asesinados, como decía en Valladolid, en 1550, GINÉS DE SEPÚLVEDA: "Es legítimo emplear contra ellos el arte de cazarlos con perros de presa"; más aún: ha sido suficiente colocar, en los claros, sal envenenada como señuelo de muerte...

Otros, están anclados en la irredención: exasperados, luchan por conservar sus resguardos. Como en *La Piel de Zapa* de HONORATO DE BALZAC, la tierra se les achica día tras día, por acción de la codicia de los terratenientes, amparados por los políticos y las autoridades.

Si se nos exigiera "un caso" de inmediata actualidad, tomaríamos el *informe* de Amnistía Internacional, publicado en septiembre de este año. Allí, un nombre propio, un martirio, una pesadilla:

En San Andrés de Sotavento (Depto. de Córdoba), la comunidad indígena Zenú defiende su tierra. El 16 de abril de 1988 uno de sus dirigentes, OSWALDO TERÁN, al regresar de una reunión de indígenas que reclamaban el derecho a la vida, es asesinado por dos sicarios. Durante su entierro, su casa es saqueada y se dejan panfletos que decían: "Todos los perros mueren así". Poco después del funeral su tumba fue profanada: ¡Exhumaron su cuerpo y lo quemaron!

Olvidan, los que así obran, que la conciencia colectiva de los pueblos hace del dolor metamorfosis de Gloria: Toda la grandeza del Imperio Inca se tornó en síntesis en un cuerpo martirizado: Túpac Amaru. Aún los movimientos populares reclaman su nombre. Y así ha sucedido siempre: los que creen que pueden detener el viento polinizador de la Historia debieran mirar el firmamento en las horas de tempestad; y encontrarán que, rugiente y destellante, escrito por los relámpagos, es visible el nombre del indígena Juan Tama, nacido mortal en el año de 1638, y transportado luego a la inmortalidad por la facundia del mito de los peaces que, con hilos de leyenda, lo consideran "Hijo de la Estrella y del Dios Trueno".

El segundo dato estadístico, que ahora anunciáramos, pertenece a las comunidades indígenas del Cauca. Nadie ignora que por su organización, su laboriosidad y su conciencia política, ejercen maestría agraria y humanística para toda Latinoamérica. Empece a ello, su condición existencial es de tal precariedad que la supervivencia promedia del indígena caucano es, tan sólo, de 36 años y 8 meses. Su existencia se angosta comunitariamente por la escasez y el sufrimiento.

La lejanía del compromiso social y la constante llovizna de cierta metafísica conceptual, jurídica y ahistórica, nos ha escamoteado el dolorido y doloroso univer-

so de esta realidad perteneciente a nuestro tiempo. Nos refugiamos en el ayer anecdótico, que ningún deber puede exigirnos; o, en un presente diletante y aun pintoresco. Así vamos salvando lo que eufemísticamente cristalizamos con el nombre de "La Paz". Con tan bello nombre moral hacemos ocultamientos: cerramos los ojos ante la miseria circundante; método y absorción para todas las complicidades y facilismo para todas las claudicaciones. Tememos abrirlos porque tal vez nos horrorice nuestra "Paz": una criatura deforme y fetal que se acomoda, académicamente, en una vejiga de engañosa transparencia.

Todo esto hace que concursos como este sean necesarios. Están dentro de la línea de luz sociológica que debe trazar una Universidad. Así, porque concitan a la investigación. A que se sacuda el árbol de las Ideas y, entonces, estas dominarán la Conciencia y ya nadie, ni nada, podrá arrancarlas sin desgarramiento de la Autenticidad. Sólo así nos es permisible, como intelectuales, realizar una praxis digna en los procesos de liberación que germinan en el horizonte de América Latina.

Y eso fue —y ahora es, en este concurso— FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ: un sembrador de Trigo Social, tan inmaculado que al fin se convirtió en Hostia. Su holocausto da a sus ideas la apariencia fresca de un gajo inmarcesible. Por eso nadie cree que esté muerto, todos lo sentimos vivo, ejemplarizante y activo.

Superó la muerte porque los defensores a ultranza de los Derechos Humanos se convierten en *humanidad*.

Comprendió que los más pobres de los pobres son los indígenas Colombianos. Los amó sin paternalismo; estudió sus culturas; trajo su arte hasta la Universidad; a él y a Graciliano Arcila tenemos que agradecer nuestro gran Museo Antropológico; además fue su voz: cantó la grandeza del alma catía; denunció la violencia institucional que los aniquila y, el mezquino régimen jurídico, de entraña dura y oscura, con el cual los golpeamos a nombre de los terratenientes, las transnacionales y los políticos que arguyen títulos fementidos de "civilización".

Su libro *Relatos tradicionales de la cultura catía* nos hace sentir, con sus narraciones, leyendas y cosmogonía, que al lado de nuestra veleidosa cultura occidental, cimentaba en Grecia, otras culturas indagaron los cielos, los dioses, los elementos y el destino humano. Entonces, un fuego, sagrado y reverencial, enciéndese en nuestros espíritus, quema —hasta las cenizas— nuestros prejuicios y los impulsos estigmatizadores. Sin comprenderlo, nos purificamos: estamos ya preparados para el entendimiento. Mañana, ante el pleito de la tierra y de la raza, gracias a la antropología cultural, sus dioses nos pueden ser propicios y quizá nos eviten la amargura y el remordimiento de ser instrumentos de lo injusto. Quizás, Dachisese, el Dios preexistente, o Caragabí, que nació de su saliva, nos entreguen sus luces, su equidad y su amor por el Hombre y por el Pueblo.

Sus dictámenes judiciales, de antropología cultural, nos enseñaron que Colombia está en la noche jurídica:

El legislador nunca despejó el tema. Pergeña una vaporosa hipótesis de inimpugnabilidad en una frase lacónica. Estigmatiza lo conflictual cultural con juego vanidoso

de sinonimia: lo indio es equivalente a lo salvaje. Sólo ha sido copiosa la legislación en relación con los resguardos para atacar su estructura comunal.

La Corte Suprema se ha limitado, en un siglo, a expresar su bochorno en 2 o 3 jurisprudencias prolijas en afirmaciones pseudoantropológicas.

Los jueces no saben qué hacer con el problema. Mientras lo piensan encarcelan al indígena, en veces por tan largo período que hacen pensar, como decía FERNANDO VÉLEZ: "...no sabemos si esperando que dejaran de ser indios...".

Así las cosas, comprenderéis que este "Concurso" no es para diletantes, ni acoge el miedo. Si ha de ser laurel para el Mártir de los Derechos Humanos que el 17 de diciembre de 1987 se inmólo en sacrificio de todas las noblezas, todas la desventuras y todas la ternezas, necesariamente ha de ser crítico, combativo y de seria estructura científica.

Afortunadamente estos atributos se han cumplido: hay dos trabajos que en lo jurídico y en los históricos son de antología. Palabra hermosa que, etimológicamente, significa: flor escogida.

El jurado entrega el premio al trabajo intítulado: *El indígena ante el Derecho Penal: Testimonio de una afrenta socio-cultural*; firmado bajo el seudónimo comprometedor de "Vélez".

Es digno del galardón porque enhebra el pensamiento de manera dialéctica: a la tesis contrapone una antítesis que asciende a una síntesis iluminadora; que a su vez, progresivamente, es trabajada con maestría crítica y conceptual. De esta suerte, laboriosamente y con laudable solidez y armoniosa estructura idiomática, obtuvo su autor el resultado de la excelencia.

En segundo orden, concedemos "Mención Honorífica", por su diafanidad en el análisis político y por el alto vuelo de su justicia, al trabajo titulado *Política Indigenista y Derecho Penal*, firmado por "Agamenón y Aquiles".

Así damos por cumplido nuestro deber.

¡Llor a la sangre de FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ: sus gotas hicieron nacer rosas de espiritual policromía; y son inmortales porque están regadas por las lágrimas de los humildes!

J. GILLERMO ESCOBAR MEJÍA
Profesor de la Universidad de
Antioquia y de la de Medellín.

DERECHO PENAL

DELITOS COMETIDOS CON LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO, EN ESPECIAL EN CAJEROS AUTOMÁTICOS *

Carlos María Romeo Casabona **

1. INTRODUCCIÓN. OPERATIVIDAD Y NATURALEZA DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO

Cualquier observador atento ha podido apreciar un notable incremento en la utilización de las tarjetas de crédito en el tráfico mercantil y económico de los últimos años, en su triple función de instrumento de pago, de garantía y de crédito¹, entendiéndose incluida en ésta última la obtención de dinero en metálico. En efecto, además de la obtención de bienes o servicios de entidades comerciales de muy diversa naturaleza, cabe en la actualidad la realización de otro tipo más variado de operaciones. Como es sabido, los cajeros bancarios automáticos permiten a los clientes del banco o institución de ahorro retirar dinero en efectivo, tanto cuando tales entidades se encuentran en horario

* Este trabajo parte de otro anterior, que ahora se revisa y actualiza, aparecido en mi libro *Poder informático y seguridad jurídica (la función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información)* FUNDESCO, Madrid 1988, 121 y ss., y bajo el título *La utilización abusiva de tarjetas de crédito* en "Revista de Derecho Bancario y Bursátil", N° 26, 303 y ss, (1987), en "Actualidad Penal", N° 39, 1825-1840 (1987) y en "Actualidad y Derecho", N° 3, 31-46 (1988).

** Catedrático de Derecho Penal Universidad de La Laguna (España).

¹ V. JOSÉ IGNACIO DE ARRILLAGA, *La tarjeta de crédito*, en "Revista de Derecho Privado", 784 y ss. (1981); MARÍA GÓMEZ MENDOZA, *Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito*, en "Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues", vol. II, Madrid, 1971, 393 y ss.

DELITOS COMETIDOS CON LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO

comercial como fuera de él, gracias a dichas tarjetas (y en la actualidad también la mayoría de las libretas de ahorro), provistas a tal fin de una banda magnética que registra los datos personales del cliente, así como su número personal secreto de identificación (PIN)². Esta innovación tecnológica de incluir la banda magnética ha sido, con toda probabilidad, el factor decisivo para impulsar la extensión de su uso no sólo en los citados cajeros, sino también en otros servicios, como los de terminales de puntos de venta, telecompra y telebanca, también en estos casos con la ayuda de los sistemas modernos de comunicación.

Normalmente las condiciones del contrato establecidas por el instituto emisor —ya sea una entidad bancaria, caja de ahorros, consorcio bancario u otra organización financiera— para el uso de estas tarjetas establecen un límite de disposición, de crédito, que el cliente no puede rebasar, y cuando se trata de obtener dinero de los cajeros automáticos ellos mismos están con el fin de que ese límite más específico no sea desbordado³, de tal forma que no expidan más dinero al cliente cuando se ha llegado al tope previsto. Este control es prácticamente infranqueable cuando los diversos cajeros de la red están conectados de modo permanente con el ordenador (sistema *on line*), que es el que recibe y almacena de modo instantáneo las operaciones realizadas por cada usuario, da las instrucciones correspondientes a todos los terminales (cajeros automáticos) y permite guardar en su memoria la relación completa de tarjetas que han sido anuladas, por las razones que fueren, por la entidad crediticia emisora. Es realmente difícil que un cliente, por hábil que sea, consiga burlar al ordenador, salvo que aproveche un error momentáneo en la programación o funcionamiento del mismo, o si no existe la referida conexión permanente de las terminales, al ordenador central (sistema *off line*), que posee, además, una capacidad limitada de almacenamiento de relaciones de tarjetas anuladas. En proceso todavía de experimentación se encuentran las denominadas tarjetas 'inteligentes', llamadas a sustituir en el futuro a las de banda magnética, que ofrecen una gama variada de sofisticación y de prestaciones o servicios, y que se caracterizan todas ellas por contar con una o dos pastillas microelectrónicas (*chips*), que actúan como auténtico microprocesador y pequeño banco de datos sobre la identidad de su titular y el total de operaciones realizadas, lo que impediría abusos consistentes en rebasar el límite crediticio concedido, en los excepcionales casos en que resulta hoy todavía posible, así como su alteración o falsificación (al menor, según pretenden sus creadores)⁴. Son imaginables, no obstante, varias hipótesis de utilización indebida de las tarjetas magnéticas que dominan el mercado.

² V. más ampliamente sobre el funcionamiento de las tarjetas de crédito y los cajeros automáticos, *Tarjetas de crédito, cargo y disposición*, en "Enciclopedia Bancaria y Financiera", vol. I, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, Madrid 1984, SB-6, y *Sistemas de autoservicio bancario*, en el mismo lugar, vol. 3, 1983, BMP-1 y ss.; v. también sobre otros aspectos más generales, DE ARRILLAGA, *La tarjeta de crédito*, pág. cit.; GÓMEZ MENDOZA, *Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito*, cit., 388 y ss.

³ De hecho, suele existir un límite mucho más bajo que el concedido para el período preestablecido (por lo general un mes) para las disponibilidades máximas de metálico por día cuando se pretende obtener a través del cajero. V. DE ARRILLAGA, *La tarjeta de crédito*, cit., 797 y ss.

⁴ V. más ampliamente sobre sus características y funcionamiento interno, ROBERT MEIVOR, *Tarjetas inteligentes*, en "Investigación y Ciencia", N° 112, 72 y ss. (1986).

Veamos algunos ejemplos: efectuar retiros de dinero por el titular de la tarjeta excediendo la cuantía autorizada, manipulando de alguna forma en el cajero: falsificar la tarjeta⁵, incluida su banda magnética, a cuenta de un cliente ficticio, o alterar los datos de la propia de modo que no se le carguen los adeudos que correspondan, cuya lectura mediante otro ordenador no suele ser, por lo demás, fácil, al encontrarse 'encriptados' mediante procedimientos diferentes, aunque existen aparatos capaces de su lectura; suplantar la tarjeta de otro, obteniendo por cualquier procedimiento fraudulento⁶ el número secreto personal de acceso. Este último ejemplo no constituye en realidad una modalidad de conducta específicamente informática, aunque se mueve en su contexto, como veremos después. Un caso curioso ocurrido en Francia⁷ consistió en realizar numerosas copias de una tarjeta obtenida legalmente y utilizarlas en distintos cajeros al mismo tiempo, de tal forma que al ser simultáneas todas las operaciones, el ordenador las identificó como correctas. Frecuentemente, cuando se trata de alterar o copiar tarjetas o, inclusive, de averiguar el número de identificación personal, suele ser necesario el concurso de empleados de las entidades bancarias encargados del mantenimiento de los cajeros automáticos, o de las empresas fabricantes de los mismos o dedicadas a su revisión técnica. Un problema distinto se plantea cuando la tarjeta se utiliza para la consecución de bienes o servicios en el extranjero, infringiendo o rebasando los límites legalmente establecidos para la exportación de divisas⁸.

Tal como hemos visto, y como vamos a comprobarlo ahora, la fenomenología de la utilización irregular⁹ o abusiva de tarjetas de crédito o de cajeros bancarios automáticos es muy variada, y aunque en relación con estos últimos ciertamente en ocasiones nos encontramos ante manipulaciones en el ordenador —en la terminal— en sentido estricto, en otras tales manipulaciones no se producen en realidad, y sin embargo también se obtiene dinero de forma irregular. Por otra parte, el instrumento que sirve de medio comisivo, la tarjeta de crédito con banda magnética, puede llevarnos en algún momento a plantearnos la existencia de falsedad documenten-

⁵ Aunque la falsificación del soporte material plastificado se pretende evitar con la inclusión en el mismo de un holograma y otras técnicas de grabación o impresión de difícil reproducción o imitación.

⁶ Por ejemplo, en la casuística se ha registrado el hecho de llamar por teléfono al propietario de la tarjeta previamente sustraída haciéndose pasar por un empleado, del banco, y solicitarle el número con la excusa de que es necesario su conocimiento por el banco para confeccionarle otra tarjeta que reemplace a la sustraída. Pero se conocen otros procedimientos más sofisticados, dirigidos principalmente a su obtención directa de la memoria del ordenador del propio cajero; y más sencillos, como ver el número tecleado por el cliente, si éste no es muy precavido.

⁷ V. H. P. PENEL, *Los piratas de la visa*, en "Conocer", N° 47 103 y ss. (1986).

⁸ V. sobre el particular y sus variantes, FABRIZIO LEMME, *Spendita della carta di credito all'estero, all're i limiti consentiti e normativa penale valutario*, en "Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 346 y ss. (1983).

⁹ Con la utilización de las expresiones "irregular", "indebido", "abusivo", se quiere significar únicamente la desviación del hecho de la utilización normal o contractual, en su caso, de la tarjeta de crédito, evitando así conscientemente prejuzgar su calificación de ilícito penal, cuestión a la que me dedico en las líneas que siguen.

tal. Por último, no hay que olvidar la frecuencia de conductas ilícitas que pueden perpetrarse cuando la tarjeta se utiliza como medio de pago para la obtención de bienes o servicios, que sigue constituyendo todavía el uso más generalizado. De ahí la conveniencia de su estudio desde el punto de la adecuación de las diversas conductas y variantes que se pueden presentar con los tipos penales de contenido patrimonial —aunque no sólo con éstos— de nuestro Código Penal más relevantes. Veamos las diversas modalidades comisivas, atendiendo a la condición que pueden presentar sus autores en relación con la titularidad de la tarjeta de crédito.

II. MODALIDADES COMISIVAS

A) Utilización de la tarjeta por un tercero sin el consentimiento de su titular

La primera hipótesis que podemos plantearnos es la de la utilización de la tarjeta de crédito (con o sin banda magnética) por una persona distinta de su titular, sin conocimiento ni consentimiento de éste. El procedimiento más frecuente de obtención de la tarjeta es, lógicamente, el hurto de ésta a su titular, su pérdida y subsiguiente hallazgo, o su compra en el mercado negro¹⁰.

La utilización de la tarjeta, como decíamos, puede presentar diversas formas: como instrumento de pago por la obtención de mercancías o servicios (comercios, restaurantes, hoteles, etc.), o como medio directo de obtención de dinero en las entidades bancarias o instituciones de ahorro, frecuentemente distintas de la emisora de la tarjeta (en la medida en que existe un convenio a tal fin), o a través de los cajeros automáticos bancarios. Veamos la calificación jurídicopenal que merece su utilización abusiva en cada una de estas variantes.

a) *Utilización como instrumento de pago para la obtención de bienes o servicios, o como medio de obtención de metálico en entidad crediticia.* Como hemos visto, la tarjeta puede llegar a manos de un tercero distinto del titular por varios caminos o procedimientos. De los supuestos mencionados nos encontramos con que la sustracción de la tarjeta de crédito *en sí misma* puede encuadrarse sin mayores complicaciones en el delito de hurto del 514 del Código Penal; de la misma forma, encontrarse una tarjeta perdida puede llevarnos al delito de apropiación indebida en su particular modalidad del párrafo 2º del art. 535 del mismo Código¹¹; así

¹⁰ En este último caso podría entrar en discusión un delito de receptación (art. 546 bis a del C.P.), siempre que concurran todos sus requisitos, en particular, para lo que aquí interesa destacar, que el que la vende haya incurrido ya en un delito (no falta).

¹¹ Hasta la reforma del C.P. en 1983 (25 de junio) figuraba como variante del delito de hurto (art. 514, nº 3º). Recordemos lo que dice el art. 535 párr. 2º "Igual pena se impondrá a los que encontrándose una cosa perdida se la apropiaren con ánimo de lucro". Parece más correcta la nueva ubicación de este tipo delictivo dentro de la apropiación indebida, puesto que el que se encuentra una cosa perdida, adquiere, en principio, su posesión de manera lícita —aunque distinta de la de los demás titulares a que se refiere el art. 535—, pero con la obligación de darle su destino legal. Téngase en cuenta, a este respecto, la sentencia 19 diciembre 1978, en la que se penó el apoderamiento de la tarjeta de crédito extraviada a través del art. 514, Nº 2º.

como, por último, su obtención del titular por medios engañosos daría lugar a una estafa. Sin embargo, si detenemos por unos instantes nuestro análisis, comprobamos que con ello poco hemos conseguido, por varias razones: el delito de hurto, de apropiación indebida o de estafa, en su caso, quedaría reducido al *valor de la cosa sustraída*¹², lo que convertiría el hecho en una falta¹³; con cierta frecuencia ocurre que el autor no quiere la tarjeta para sí, no hay ánimo de apropiación de la cosa, sino que la devuelve o pretende devolver a su titular, lo que nos movería en un hurto de uso de la cosa, que, como sabemos, es un hecho atípico en el derecho penal español, salvo en el caso de utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno¹⁴. Ello no ha constituido óbice alguno para que en ocasiones el hurto de uso haya sido estimado punible por nuestra jurisprudencia —incluso referido a los vehículos de motor cuando no existía tal figura en el Código Penal español—, atendiendo, para determinar la pena, al *valor del beneficio económico obtenido con la utilización* de la cosa. Pero en nuestro caso, mientras la tarjeta no sea utilizada para su destino natural, no existe ventaja patrimonial alguna al margen de su valor intrínseco.

Aclarado esto, y puesto que lo frecuente es que se intente utilizar la tarjeta en cualquiera de sus funciones, para que la primera modalidad comisiva pueda llevarse a cabo es necesario que el autor del hecho al llenar la factura acreditativa de la compra de bienes o del disfrute de los servicios obtenidos, imite la firma del verdadero titular o la tarjeta¹⁵, que figura en ésta, pues es el único modo de conseguir su propósito sin levantar sospechas en el empleado del negocio, quien cotejará ambas firmas como aseguramiento de la coincidencia entre titular y tenedor de la tarjeta, en el caso de que no requiera algún otro medio de identificación¹⁶.

¹² V. para el derecho alemán, en el que, según afirma, conduciría a la impunidad, así como la aplicación al caso de las teorías de la sustancia de la cosa o del valor de la cosa, WALTER GROOP, *Die Codekarte: der Schlüssel zum Diebstahl*, en "Juristenzeitung", 488 y ss. (1983); KLAUS TIEDEMANN, *Computerkriminalität und Missbrauch von Bankomaten*, en "Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht" 1326 y ss. (1330) (1983).

¹³ En concreto las del Nº 1 y Nº 3 del art. 587 del C.P., respectivamente, cuando el valor de los sustraído o apropiado no excediere de 30.000 pesetas.

¹⁴ Recientemente, y en este sentido de impunidad de la sustracción de la tarjeta con la intención de devolverla a su titular una vez utilizada indebidamente, por estimar que constituye un hurto de uso atípico, se ha pronunciado también el Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof), en sentencia de 16 diciembre 1987. V. fundamentos de derecho de la misma, en "Wistra", 147 y ss. (1988). Conviene mencionar, sin embargo, que esta sentencia acepta la existencia del delito de hurto si el que ha sustraído la tarjeta quiere excluir de forma definitiva al interesado de la misma, tirándola o quedándose con ella.

¹⁵ Si, por el contrario, reemplaza la firma que figura en la tarjeta, nos encontraremos en otro grupo de hipótesis de modalidades comisivas, que veremos más adelante; al igual que si, excepcionalmente, el titular de la tarjeta, contraviniendo las indicaciones del instituto emisor, no la había firmado todavía. En este último supuesto, y de acuerdo con las cláusulas contractuales que suele establecer el instituto emisor, el titular de la tarjeta sería el perjudicado, pues en el delito de estafa sujeto pasivo es el perjudicado (art. 528 p. 1º. "en perjuicio de sí mismo o de tercero").

¹⁶ Lo que no excluye tampoco la posibilidad de que aquél sea falso, lo que nos llevaría al delito de falsificación de documentos de identidad (arts. 309 y 310 del C.P.).

No cabe duda de la comisión de un delito de estafa (art. 528 del C.P.), dados el engaño y el subsiguiente error a que se induce con la apariencia de una personalidad que no le corresponde al tenedor de la tarjeta, apariencia que es la que le ha permitido obtener el beneficio económico traducido en la adquisición de bienes u obtención de servicios; pero, al mismo tiempo, ha incurrido en un delito de falsedad en documento mercantil (art. 303, en relación con el art. 302 N° 1° del C.P.), que dará lugar a un concurso de delitos en relación de medio a fin (art. 71 del C.P.). En esta línea podemos inscribir a la doctrina jurisprudencial española¹⁷.

La misma calificación jurídicopenal merecerán los hechos si lo que se obtiene es directamente dinero en metálico de una entidad bancaria o de ahorro, o de otras que presten servicios, pero que excepcionalmente conceden créditos limitados en numerario a sus clientes.

b) *Utilización de la tarjeta para acceder a un cajero automático.* En relación con esta clase de conductas es de suponer, en primer lugar, que el autor obtiene, por cualquier medio, el código o número secreto de identificación (PIN) del titular de la tarjeta para que el referido acceso sea efectivo. El hecho de obtener el número secreto del propio titular de la tarjeta por cualquier procedimiento engañoso no es suficiente para hacernos pensar en un delito de estafa en relación con el dinero que se obtiene con posterioridad a través de ella, puesto que, aunque ha obrado engaño por parte del autor y presumiblemente un error en el titular de la tarjeta al facilitar el número secreto (en el supuesto que sea él quien lo comunique), no concurren los elementos de la estafa, en especial el acto de disposición, que realmente no existe, y además porque el engaño no parece 'bastante', en el sentido del art. 528 del Código Penal; no existe, por tanto, una cadena causal completa. En último extremo, en la intencionalidad del autor no se incluye que sea el titular de la tarjeta el que le haga la entrega directa y material del dinero. Por las razones que indicaré más abajo, tampoco puede admitirse este delito en relación con la entidad emisora o crediticia.

Como resulta evidente y señalaba más arriba, la sustracción de la tarjeta de crédito hay que ponerla en conexión con su funcionalidad, esto es, en este supuesto la obtención de dinero, gracias al acceso al cajero automático. El objeto material de la acción recae sobre el dinero¹⁸. En este sentido, no ofrece mayores obje-

¹⁷ Así resulta en el caso y sentencia antes citados, en el que conoció del uso de tarjeta de crédito de tercero relativo a compras de bienes: estimó punible el apoderamiento de la tarjeta de crédito extraviada (art. 514, N° 2°, aunque, por lo dicho más arriba, sería discutible su estimación como delito y no mejor como falta o hecho atípico, según los casos); la falsificación perpetrada en los talones de compra, fingiendo la firma de su legítimo titular (art. 303); y la estafa, en cuando que "engañó fingiendo un crédito del que carecía y del que no era titular y del que se prevaleció falseando las firmas de su cierto titular"; condenó aplicando el art. 71, apreciando un concurso de delitos de medio a fin (S. 19 diciembre 1978).

¹⁸ Con ello se excluye la posibilidad que se ha apuntado por algún autor de configurar una conducta típica de hurto mixta, con la disfuncionalidad que implicaría, al tener que admitir que la acción del hurto recaería en la sustracción de la tarjeta y el objeto de la misma en el dinero. V. más ampliamente GROOP, *Die Codekarte: der Schlüssel zum Diebstahl*, cit. 490.

ciones la subsunción de la conducta en el delito de hurto, atendiendo a la cantidad de dinero sustraído mediante la tarjeta: ciertamente el autor toma una cosa mueble (el dinero) ajena sin la voluntad de su dueño. Está claro que aquí no se trata de una cosa inmaterial (dinero escritural, documental o contable), que tantas dificultades plantea a la doctrina en relación con el delito de hurto y las manipulaciones de datos informatizados (el fraude informático)¹⁹, sino de una cosa material, corporal y tangible. Sin embargo, antes de comprobar si es viable este camino, son necesarias algunas precisiones.

En primer lugar, podría sostenerse, y en mi opinión nada habría de reprochable en esta afirmación, que el sujeto pasivo y perjudicado del delito es el titular de la tarjeta sustraída. No obstante, esto no siempre es así, o, mejor dicho, no suele ser así. En la relación contractual que se establece entre el usuario de la tarjeta y la entidad emisora suele incluirse una cláusula según la cual, en caso de pérdida o sustracción de aquélla, el titular queda exonerado de cualquier responsabilidad, esto es, de tener que soportar los débitos originados por el uso indebido de tercero, a condición de que comunique inmediatamente la sucedido al emisor, que a partir de ese momento (además de tomar las medidas oportunas para invalidar la tarjeta o, mejor, su utilización) asume los débitos que pudiesen producirse, salvo que hubiera mediado culpa o negligencia por parte del titular de la misma²⁰. Nótese que también a partir de ese instante la situación resulta más compleja, puesto que ya no se trata de sustraer algo (dinero) de un tercero (titular de la tarjeta) en un lugar determinado (el cajero), sino que ahora se presenta una relación directa entre el agente y el sujeto pasivo, la entidad bancaria o de ahorro. Así es, en cuanto que aquél "solicita" el dinero directamente a la entidad, a través, desde luego, del cajero automático. Si suponemos que la entidad no ha conseguido bloquear

¹⁹ De estas conductas y de los problemas de tipicidad que plantean en relación con los delitos contra el patrimonio del Código Penal español véase ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 51 y ss.; el mismo, *La reforma penal ante las nuevas tecnologías de la información*, en "Informática e Diritto" N° 3, 115 y ss. (1987) Véase también al respecto, MIRENTXU CORCOY/ÚJALA JOSHI, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 680 y ss. (1988); JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con los medios o procedimientos informáticos*, en "Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid", monog. N° 12, 130 y ss. (1986); THEODOR LENCKNER, *Computerkriminalität und Vermögensdelikte*, Heidelberg 1981, 25; RANIER VON ZUR MÜHLEN/RAINER SCHOLTEN, *Computer-Manipulationen aus strafrechtlicher Sicht*, en "Neue Juristische Wochenschrift", 1642 (1971); ULRICH SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2ª ed., Köln 1980, 195 y ss.

²⁰ GÓMEZ MENDOZA, *Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito* cit., 404. A modo de ejemplo, he aquí lo que dispone el Reglamento de la tarjeta VISA del Banco de Bilbao: "6. Exención de responsabilidad. A) El titular queda exento de cualquier responsabilidad por el uso indebido de la tarjeta y del número de identificación personal, desde el momento en que haya notificado, conforme al apartado 5.c), el robo o extravío de la tarjeta, o el conocimiento de dicho número de identificación por otra persona, siempre que no se le pueda atribuir dolo o culpa. B) La responsabilidad de los titulares principal, adicionales o empresas por utilizaciones fraudulentas realizadas por terceros antes de la notificación de pérdida o robo de la tarjeta, quedará limitada a 25.000 pesetas, cuando se trate de transacciones efectuadas en comercios". En relación con este último punto nada dice cuando se trata del acceso al cajero automático.

o invalidar la tarjeta sustraída (o perdida) cuando el autor realiza la operación²¹, lo que sucede es lo siguiente: una vez introducida una tarjeta auténtica y el número de identificación correspondiente, el cajero (la entidad crediticia) entrega "voluntariamente" la cantidad de dinero solititada. ¿Nos encontramos, por consiguiente, ante un delito de hurto? La respuesta dependerá de que realmente podamos probar que el dinero se ha obtenido sin la voluntad de su dueño, o, lo que es lo mismo, de la entidad bancaria o de ahorro. Pero, por otro lado, ¿existe un engaño del autor, al hacer creer al cajero automático que él es el titular de la tarjeta, y debido a esta condición, y sólo a ella, realiza un acto de disposición patrimonial, lo que conduciría a pensar en la existencia de un delito de estafa?

La respuesta en relación con esta segunda alternativa es más fácil, así que vayamos directamente a ella. Si se aceptan las conclusiones a las que he llegado en otro lugar²², relativas a la negación de la existencia del delito de estafa frente a las manipulaciones de datos o elementos informatizados, dichas conclusiones deben ser también válidas para el caso que nos ocupa ahora. En efecto, en esta hipótesis no hay tampoco, en realidad, un engaño a una persona, a la que se induzca a error —no existe esa relación psicológica necesaria entre ambos—, etc.²³; y además, sin que quepa en estos casos ninguna excepción admisible, sin embargo, en las manipulaciones de datos o elementos informatizados (interferencia de un responsable que visualice la manipulación, etc.). No quiere negarse con esto que el autor no se esté valiendo de procedimientos fraudulentos, que sí lo son, pero no en el sentido típico exigido por el art. 528. Por tanto, debemos negar la existencia de una estafa²⁴.

²¹ Si lo hubiera hecho, el propio cajero automático se "tragaría" la tarjeta y ésta ya no sería devuelta, o, en otro caso, invalidaría su utilización en cualquier cajero.

²² V. *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 58 y ss. En este mismo sentido, precisando cuando se trata de estafas dentro del sistema, CORCOY / JOSHI, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios de informáticos*, cit., 688.

²³ En la literatura española está dividida la opinión sobre la tipicidad por estafa en relación con la obtención de productos o servicios de aparatos automáticos, eludiendo la correspondiente contraprestación del usuario. Se ha manifestado en el sentido de negar la tipicidad por falta de engaño a una persona, JOSÉ ANTON ONECA, *Estafa*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", de Seix, t. IX, Barcelona, 1958, 66. Admiten, sin embargo, el delito de estafa, MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, en "Comentarios a la Legislación Penal: La Reforma del Código Penal de 1983", (dir. por M. Cobo y coord. por M. Bajo), t. V, vol 2º, Madrid 1985, 1197; el mismo, *Manual de derecho penal (parte especial)*, *Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, 185; JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores*, Madrid, 1986, 280. Nótese, sin embargo, que estas conductas no son exactamente equivalentes a las que son objeto de análisis en este trabajo, pues el usuario del cajero no está obligado en sentido estricto a realizar una contraprestación en el momento de la operación de reintegro dinerario. V. más abajo (nota 25), de este mismo parecer en la doctrina alemana sobre la no aplicación a este caso del § 265a del C.P. alemán, sobre utilización abusiva de aparatos automáticos.

²⁴ De esta opinión para la utilización abusiva de tarjetas magnéticas, aunque sin referencia expresa a esta particular relación con la entidad crediticia que he puesto de relieve en el texto, THEODOR LENCKENNER / WOLFGANG WINKELBAUER, *Strafrechtliche Probleme im modernen Zahlungsverkehr*, en "Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht", 84 (1984). Recientemente su ha pronunciado sobre la cuestión, descartando también la existencia del delito de estafa con un razonamiento similar, la Fiscalía General del Estado en la Consulta N° 2/1988, sobre *Tipicidad del apoderamiento de tarjetas de crédito y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros bancarios automáticos*.

En otro orden de ideas, un criterio contrario podría desembocar en soluciones absurdas o injustas, como sería el caso de que el titular de la tarjeta autorizase a un tercero para retirar dinero en el cajero mediante aquélla; aquí el usuario se hace pasar ante el cajero como titular de la tarjeta, pero no es suficiente para calificarlo de estafa, incluso si se hubieran infringido las condiciones contractuales establecidas por la entidad emisora para el uso de la tarjeta; para prevenir esta situación, las entidades emisoras suelen establecer en el reglamento regulador que el titular de la misma se hace responsable de las operaciones realizadas por terceros, haciendo uso indebido del número de identificación.

Volvamos entonces al delito de hurto. La cuestión acerca de si existe o no una voluntad por parte del instituto emisor de entregar el dinero a un tercero ajeno a la titularidad de la tarjeta ha sido muy discutida en Alemania. Son dos las interpretaciones fundamentales que se han propuesto²⁵. La primera de ellas viene a decir que el emisor, de acuerdo con las cláusulas contractuales, sólo está dispuesto a hacer entrega del dinero al titular de la tarjeta (olvidándose con ello que éste, a su vez, puede autorizar a un tercero a extraer dinero entregándole a tal fin la tarjeta y el código secreto de identificación, aunque tenga que asumir los riesgos derivados de tal incorrecta autorización); en consecuencia, su voluntad no se extiende al que ha sustraído o se ha encontrado la tarjeta, aunque posea también el código secreto. La segunda, resumidamente, indica que el instituto emisor en realidad está dispuesto a la entrega del dinero siempre que se utilicen la tarjeta y el código correspondiente y se cumplan las demás condiciones de disposición (no superar el límite autorizado) y que, en cualquier caso, los usos abusivos de la tarjeta están dentro de las previsiones de tales riesgos que efectúan los institutos emisores, como contrapartida de una extensión de la utilización de las tarjetas y correspondiente captación de nuevos clientes.

En mi opinión, sin embargo, la cuestión hay que orientarla desde otro ángulo, como ya he apuntado poco más arriba. Hay que resolverla desde una doble alternativa: o es sujeto pasivo el titular de la tarjeta (hipótesis ya analizada), y en este caso él asume las consecuencias de la utilización de la tarjeta por terceros con su consentimiento, puesto que podemos afirmar que la tarjeta se encuentra en la esfera de su dominio o control; o lo es el instituto crediticio o emisor de la misma²⁶.

²⁵ V. más extensamente al respecto, GROOP, *Die Codekarte: der Schlüssel zum Diebstahl*, cit., 490 y s.; LENCKER / WINKELBAUER, *Strafrechtliche Probleme in modernem Zahlungsverkehr*, cit., 85 y s.; HANS SCHROTH, *Der Diebstahl mittels Codekarte*, en "Neue Juristische Wochenschrift", 729 y ss. (1981); UDO STEINHILPER, *Ist die Bedienung von Bargeldautomaten unter missbräulicher Verwendung fremder Codekarten strafbar?* en "Goldammer's Archiv für Strafrecht", 114 y ss. (117 y ss.) (1985); y la bibliografía por ellos citada. No hace falta insistir en que la doctrina alemana excluye de todo punto la posibilidad de aplicar en estos casos el tipo de utilización abusiva de aparatos automáticos (§ 265 a del C.P. alemán), al ser claro su distanciamiento de las conductas aquí analizadas; y por todos, TIEDEMANN, *Computerkriminalität und Missbrauch von Bankomaten*, cit. 1331. Para el Derecho francés, en favor de la adecuación del delito de hurto, WILFRID JEANDIDIER, *Les trucages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, en "La Semaine Juridique", 3229, anot. 7 y 8 (1986).

²⁶ Con ello quedan abarcadas todas las hipótesis problemáticas, a diferencia de lo que me imputa BACIGALUPO en *Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados* en este mismo número de "Poder Judicial", donde originalmente se publica este trabajo.

Para esta segunda alternativa se pretende es necesario, como decía, que tras la denuncia al emisor por parte del titular de la pérdida o sustracción de la tarjeta, aquél, el instituto emisor, asuma éstas para que a continuación adopte las medidas necesarias para invalidar o bloquear la tarjeta; es decir, la tarjeta pasa, a partir de ese instante, a su esfera de control. Esta línea divisoria señala también la delimitación del sujeto pasivo: antes de la denuncia lo será el titular de la tarjeta, si ésta es utilizada por un tercero sin su consentimiento; tras aquélla, el instituto emisor. Esto significa, entre otros efectos, que el instituto emisor se convierte en propietario de hecho de la tarjeta, pues la relación contractual con el cliente ha quedado al menos suspendida, y evidentemente su voluntad manifiesta es que dicha tarjeta ya no sea utilizada, lo que queda demostrado si, en efecto, consigue bloquearla con los medios técnicos de que dispone para tal fin. Si a pesar de ello, o por poseer la entidad técnicas defectuosas o insuficientes, o antes de tomar ninguna medida, el ilegítimo poseedor de la tarjeta logra obtener el dinero, lo hace "sin voluntad de su dueño", a pesar de que el cajero automático se lo haya entregado "voluntariamente"; éste, junto con la tarjeta, ha sido tan sólo el instrumento de su delito de hurto²⁷. Por supuesto, esta solución es también válida para el caso en que el autor del hecho no suplanta a ningún titular, sin que simula un usuario ficticio. En resumen, el criterio que se propone se basa en la esfera de dominio teórico en la que se encuentra la tarjeta: si está bajo el control del titular, él es el responsable y sujeto pasivo de las utilidades abusivas, con o sin su consentimiento (en este caso el hecho constituiría un delito de hurto), y la entidad ha de conformarse con la utilización "formal" correcta de la tarjeta, lo que nos acercaría a la segunda tesis propuesta en Alemania; si se encuentra bajo el dominio de la entidad (a partir de la denuncia y la asunción de la misma), el delito de hurto se ha cometido contra ella.

Aunque la conclusión a la que llego en último extremo (en cuanto a la afirmación de la existencia del delito) es en parte semejante, si bien por un camino muy distinto, a la sustentada por quienes afirman que la entidad bancaria está únicamente dispuesta a entregar el dinero solicitado cuando se trata del titular, etc., no creo que sea de aplicación para la mía la objeción que se plantea a esta tesis de que podría llegarse por esta vía a la consecuencia de considerar también delito de hurto la extracción de una suma de dinero por parte del titular superior a su crédito o a los fondos disponibles²⁸. Esta es una cuestión que no se prejuzga y que analizaremos más adelante. Del mismo modo se comprende que la utilización de la tarjeta de un tercero con el consentimiento de su titular queda ajeno del ámbito penal y sólo puede dar lugar a que el instituto emisor retire la tarjeta por infringir las cláusulas de uso, si así se hubiera estipulado con anterioridad.

Si aceptamos que existe un delito de hurto en los términos señalados, ya sea la víctima el titular de la tarjeta, ya lo sea la entidad de crédito, queda por ver

una cuestión de gran trascendencia práctica, como es averiguar si es aplicable el tipo básico de hurto (art. 514), o el agravado de robo con fuerza en las cosas (art. 504). La duda, en cuanto a que éntre en juego o no éste último delito, estriba en que el robo con fuerza en las cosas queda calificado por el "uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes" (art. 504, núm. 4).

Aparentemente no habría dificultades para descartar la aplicación del delito de robo, porque la tarjeta magnética ni es llave, en el sentido usual del término, ni es falsa. Sin embargo, lo cierto es que la referida tarjeta constituye materialmente la "llave", el instrumento o medio adecuado y predeterminado para la apertura del cajero automático, como si de una caja fuerte se tratara; y si esta afirmación fuera válida no habría obstáculo para considerarla "falsa", a la vista de que así lo declara expresamente el Código Penal español: es falsa la llave legítima —auténtica— sustraída al propietario (art. 510, núm. 2)²⁹. Por tanto, la respuesta a la primera incógnita (es o no llave) despejará por sí sola la segunda (es o no falsa).

La cuestión no es de tan fácil solución como a primera vista pudiera aparecer, por varias razones. En primer lugar, la tarjeta magnética al ser introducida en el cajero actúa funcionalmente como una llave, que permite extraer una cierta suma de dinero, aunque no todo —en principio, el límite fijado por el propio cajero o el establecido en la banda magnética de la tarjeta—, del mismo. Es cierto que la tarjeta cumple otras funciones (operaciones de crédito, ingresos, transferencias, comprobación de saldos, etc.) más adecuados a su naturaleza y más importantes para el usuario; el acceso al cajero es sólo un medio, y la tarjeta, en este sentido su instrumento, material y funcionalmente actúa como una llave (al igual que sucede, p. ej., en algunos hoteles, que entregan para la apertura de la habitación adjudicada una tarjeta plastificada similar a las de crédito, aunque por lo general sólo perforadas, sin banda magnética). Hasta aquí no hay inconveniente en asimilarla al concepto de llave que utiliza la ley. Pero también es cierto que la tarjeta no tiene por sí sola ninguna capacidad de acceso sin el conocimiento y uso del código secreto cifrado. ¿Puede asimilarse también éste concepto de llave falsa?

No cabe duda de que funcionalmente sí, y este concepto funcional de llave falsa es el que, utiliza nuestro Código³⁰; pero tal vez estaríamos pasando de una interpretación extensiva de la ley a una aplicación analógica de la misma, perjudicial para el reo y, en consecuencia, prohibida. Téngase en cuenta que la ley se refiere expresa y exclusivamente a objetos materiales: "llaves falsas", "ganzúas", "u otros instrumentos semejantes". La última expresión no nos mueve siquiera dentro de

²⁹ La jurisprudencia entiende por llave falsa "toda utilización de llave legítima contra la voluntad del dueño o sin esta voluntad", o "cuando se tiene la misma por hurto, apropiación y estafa sobre ella" (STS 12 noviembre 1979). Sobre el sentido del término "sustraidas", v. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal (parte especial), Delitos patrimoniales y económicos*, cit., 90; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1988, 218.

³⁰ V. en el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal (parte especial), Delitos patrimoniales y económicos*, cit., 90; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, P.E.*, cit., 217 y s.; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, P.E.* 10ª ed., Madrid, 1987, 432.

²⁸ V. en este sentido. p. ej., DLAUS TIEDMANN, *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, págs. 135 y ss.

la interpretación extensiva, que por lo demás es lícita, sino dentro de la letra y espíritu de la ley³¹, pero siempre que sean "semejantes" a los anteriores, es decir, materiales³². No parece viable una interpretación evolutiva del concepto legal de llave, pues falla en esa nota descriptiva.

En efecto, frente a esta exigencia legal, la utilización de una tarjeta magnética implica una naturaleza mixta de su configuración como llave: una material, constituida por la propia tarjeta al ser introducida en el cajero; sin ella es imposible la realización de cualquier operación posterior; en este sentido se adapta, como decía, a la amplia concepción funcional de llave de que parte el Código Penal; pero, por otro lado, una espiritual, representada por el código secreto numerado, o número de identificación personal, que se introduce a continuación en el cajero mediante las pulsaciones correspondientes de su teclado; sin esta operación resulta también imposible el acceso al cajero y la obtención de dinero. No podría valer, en mi opinión, por este motivo —la presencia de ese elemento espiritual—, una asimilación al concepto material de llave, basada en que en esa "llave" o instrumento semejante" exista ya un soporte material interdependiente del espiritual, pues la tarjeta y el código son cada uno procedimientos imprescindibles para la apertura del cajero o, más propiamente, para el acceso a su cuadro de operaciones. Creo que esta conclusión se comprendería mejor si se diseñara —tal vez no practicable por razones de seguridad y de mejor control de las operaciones realizadas por el usuario— un acceso al cajero con la sola utilización del código secreto; en este caso no habría ninguna conexión con la llave en sentido material, aunque no hubiera ninguna duda de tal carácter en cuanto a su funcionalidad.

La conclusión podría ser, no obstante, nuevamente discutida si cuando, como va siendo cada vez más frecuente, para acceder al cajero automático, hay que introducirse en el receptáculo anejo a una agencia o sucursal bancaria o de ahorro; es decir, cuando el cajero no es accesible directamente desde la calle, o cuando, siéndolo, existe una ventanilla de seguridad o de mera protección física. Pues bien, en estos casos la sola introducción de la tarjeta magnética en la ranura preparada al efecto, y sin necesidad de ninguna otra operación suplementaria (p. ej. marcar el código secreto), produce la apertura de la puerta del receptáculo o de la ventanilla y posterior acceso al cajero. ¿Podremos negar en este caso la condición de llave falsa a la tarjeta, o cuando menos de "instrumento semejante"? De acuerdo con la interpretación propuesta más arriba, ya no se puede negar en este supuesto: es llave —falsa— en el sentido del Código Penal, lo que nos traslada definitivamente

³¹ V. en este sentido, en relación con este supuesto concreto, JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, 3ª ed., Madrid, 1985, 173; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1985, págs. 242 y s.

³² Por otro lado, no tengo conocimiento de sentencias referidas a la calificación que merece la apertura de una caja fuerte con apertura mediante un número cifrado. El supuesto aunque semejante no es idéntico, puesto que la clave cifrada permanece en los mecanismos de la propia caja fuerte, mientras que en caso de los cajeros bancarios automáticos, el código secreto permanece también en la banda magnética de la tarjeta.

al delito de robo con fuerza en las cosas, sin importar ya, en mi opinión, que el acceso directo al cajero requiera, además, el conocimiento y pulsación del código de identificación, puesto que la conducta integra ya la acción típica del art. 504, en cuanto al modo de ejecución del hecho acotado por el tipo³³.

Un problema distinto es cuando el autor logra entrar en el receptáculo o consigne abrir la ventanilla de protección gracias a la tarjeta, pero no obtiene el dinero por desconocer el código secreto; se trata de averiguar si lo realizado constituye actos ejecutivos o meramente preparatorios. No cabe duda de que, tanto según la teoría objetivo-formal como objetivo-material³⁴, son actos ejecutivos, punibles por tentativa, puesto que el "culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores" (art. 3º, párr. 3º del C.P.), y se pone en peligro el bien jurídico protegido. La sola obtención mediante artificios u otro procedimiento del código secreto constituyen, por el contrario, actos preparatorios impunes, salvo que incurriera el hecho en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 497 y ss. del C.P.), supuesto que parece especialmente infrecuente en relación con el tipo del art. 497, al decir "se apodera de sus papeles o cartas"³⁵ la sustracción u obtención de la tarjeta magnética es típica únicamente en los términos propuestos más arriba.

Si, efectivamente, nos movemos en el delito de robo propuesto, podría plantearse ulteriormente la aplicación del tipo agravado de robo del art. 506, núm. 4, "cuando se cometa contra oficina bancaria recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodie o transporte". Su aplicación dependerá de cómo se interpreta el texto legal, conforme apunta RODRÍGUEZ DEVESA, si referido —en el primer inciso— exclusivamente al lugar de los hechos (*en oficina bancaria, etc.*), o *contra* el conjunto de personas que desempeñan sus funciones en una entidad bancaria o mercantil y en cuanto tales³⁶. La primera interpretación permitirá discutir la inclusión —que yo rechazo por las razones acabadas de apuntar— de los hechos que venimos estudiando. La segunda, ni tan siquiera eso, y parece la más correcta, pues la *ratio legis* parece tener en cuenta el mayor riesgo que

³³ En este sentido se han pronunciado la Fiscalía General del Estado en la Consulta N° 2/1988, cit. (a diferencia de la tesis sustentada en su Memoria de 1987), así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 27 de noviembre de 1987 (comunicada a las Jornadas por Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente de la misma). En relación con las dos hipótesis mencionadas en el texto considero que no existe el tipo de hurto agravado del § 243 del C.P. alemán, aunque sin fundamentar suficientemente su conclusión, GROOP, *Die Codekarte der Schlüssel zum Diebstahl*, cit., 491.

³⁴ V. al respecto, JOSÉ CEREZO MIR, *Lo objetivo y subjetivo en la tentativa*, Valladolid 1964, 10 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966, 105; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Barcelona, 1985, 288 y ss. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, 115 y ss.; HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal, parte general*, (trad. y adic. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Barcelona, 1981, págs. 707 y ss.

³⁵ Lo cual no se debe descartar si el autor del hecho intercepta o se apodera de la carta que remite el instituto emisor al titular de la tarjeta comunicándole el número asignado para realizar sus operaciones, en los casos en que tal número no puede ser compuesto y cambiado libremente por el propio interesado.

³⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, P.E.*, cit., 439.

DELITOS COMETIDOS CON LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO

corren los empleados de estas entidades, más que el mero hecho de ser lugares donde se custodian y conservan por lo general importantes sumas de dinero, lo que se corrobora con la equiparación de las personas que los custodian o transportan aunque se encuentren fuera del local³⁷.

B) Utilización abusiva de la tarjeta por su titular

La utilización abusiva de la tarjeta de crédito por su titular reviste mayor complejidad desde el punto de vista de su calificación jurídicopenal, que cuando se trata de un tercero. Son aquí también varias las hipótesis que pueden presentarse. Distinguiremos, por un lado, aquellos casos en los que el titular sobrepasa el límite autorizado de disponibilidad de la tarjeta o, inclusive, la cobertura personal de su cuenta corriente con la cantidad gastada al disfrutar de bienes o servicios u obtenida a través del cajero y, por otros, los supuestos en que la tarjeta está caducada o ha sido anulada por el instituto emisor. En ambos grupos tendremos que proceder a las oportunas precisiones para situar con mayor claridad cada hipótesis.

a) *Abuso por exceso del crédito o de la provisión de cobertura.* no es este un hecho nuevo en la casuística jurisprudencial, pero referido a la presentación de la tarjeta crediticia como medio de pago por bienes obtenidos o servicios prestados por los establecimientos correspondientes, Sin embargo, no se han ocupado nuestros tribunales —o lo desconozco— del caso que se presenta cuando el exceso ocurre mediante la utilización directa del cajero automático, del que se obtiene exclusivamente una cantidad de dinero. De todas formas, su evidente paralelismo invita a despejar la calificación jurídicopenal del primer supuesto, a la vista del criterio jurisprudencial y doctrinal en cuanto a su posible traslado al segundo.

La jurisprudencia ha conocido varios casos de utilización abusiva de tarjetas de crédito, poco numerosas sin embargo, si se tiene en cuenta el uso generalizado en nuestro país de estos instrumentos crediticios y de pago. Todos ellos han sido calificados como delito de estafa³⁸ o, si se prefiere, según designa la doctrina³⁹, como estafa de abuso de crédito. el Tribunal Supremo aprecia hasta tres formas

³⁷ A favor de esta interpretación restrictiva, RODRÍGUEZ DEVESA, *últ. lug. cit.*; y STS 15 octubre 1980: "conclusión restrictiva a la que también se llega con una interpretación sistemática del precepto si se atiende a todo su contexto en el que, para denotar la dinámica de la acción, no se emplea la proposición 'en', sino la adversativa 'contra', con su significado de oposición activa, tanto en el caso de que el ataque patrimonial se dirija a los establecimientos como a la persona que custodia o transporta los caudales, dando así a entender bien claramente que la comisión del delito implica algún modo riesgo o peligro para las personas que se encuentran *in situ*, esto es, dentro de los locales especialmente protegidos por ese subtipo de robo, como fuera de los mismo en el caso de personas encargadas de su custodia o transporte". De signo contrario, la STS 12 noviembre 1981.

³⁸ STS 1 marzo 1973, 19 mayo 1975, 20 marzo 1976, 22 noviembre 1976, 21 junio 1979, 25 junio 1984, 8 mayo 1985, 25 junio 1985, 25 octubre 1985, 5 octubre 1987 (aunque ésta última, como veremos después, no se refiere al propio titular de la tarjeta).

³⁹ ENRIQUE BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, en "La Ley", vol. 3º, 998 (1983); MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *Protección penal de los instrumentos de pago y de crédito. Presente y futuro*, en "Revista de Derecho Bancario y Bursátil". N° 15, 519 (1984).

diferentes de aparición defraudatoria: "a) la falsificación de la tarjeta, bien simulándola enteramente de modo que induzca a error sobre su autenticidad, bien introduciendo en tarjeta verdadera alteraciones que modifiquen su texto, el nombre y apellidos del titular legítimo por los del agente falsario, defraudando con ello al banco, bien a los comerciantes que entregan mercaderías, objetos o efectos fiados en la autenticidad de la tarjeta y en la confianza que en ellos despierta la entidad bancaria de que se trata —arts. 303, 302, núms. 6º y 9º; 529, núm. 1º, y 528 del Código Penal—; b) el fin de obtener la tarjeta, la que es concedida por el banco creyendo y confiando en la veracidad de los datos facilitados mendazmente por el futuro titular de la misma, más tarde, efectúa las compras correspondientes y no reembolsa su importe al banco —arts, 529, num. 1º, y 528 del Código Penal—, y c) el agotamiento del crédito concedido y, aprovechando que no se reflejan en la tarjeta las operaciones realizadas, la ficción o la apariencia ante comerciantes y vendedores de no haber agotado todavía el referido crédito hasta el límite máximo, en cuyo caso la falacia o mendacidad engendradora del engaño ofrecen la particularidad de producirse y desarrollarse ante un sujeto, mientras que el perjuicio patrimonial lo sufre otro, el banco, el cual, en aras de la seguridad del tráfico jurídico y haciendo honor al crédito concedido, ha de satisfacer el importe de las facturas incluso por encima del límite fijado —art. 529 num. 1º y 528 del Código Penal—"⁴⁰.

Entiende, por consiguiente, nuestra jurisprudencia, que en esta clase de operaciones a que me estoy refiriendo ahora (la tercera forma comisiva relatada en la sentencia acabada de citar) el engaño consiste en "mantener falazmente la apariencia de crédito en todas la compras realizadas"⁴¹, al haber superado el límite crediticio concedido por el instituto emisor; que ese engaño obre en el comerciante frente al cual se aparenta el crédito, y es el que realiza el acto de disposición, aunque el perjudicado lo sea la entidad bancaria⁴².

En la doctrina, sin embargo, han surgido opiniones contrarias a que se pueda sustentar en estos casos un delito de estafa, bien porque falte alguno de sus elementos típico⁴³, bien porque, además, no se realicen en el orden legalmente establecido⁴⁴. Lo cierto es que aunque pudiera aceptarse la presencia del engaño⁴⁵, si bien esto,

⁴⁰ STS 22 noviembre 1976. No debe olvidarse que los arts. 528 y 529 N° 1 citados se refieren a su redacción anterior a la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 junio de 1983.

⁴¹ Como reitera en STS 25 junio 1984.

⁴² V. BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, cit., 1000.

⁴³ BACIGALUPO, *últ. lug. cit.*, 1001 y ss. El mismo punto de vista para el Derecho francés, v. JEAN-DIDIER, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, cit., anot. 20-22; para el derecho alemán (a la vista de los tipos penales tradicionales, antes de entrar en vigor la 2ª Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica); SÜSANNE OFFERMANN, *Nachruf auf einen Meinungsstreit Zur strafrechtlichen Erfassung des Scheck- und Kreditkartienmissbrauchs*, en "Wistra", 50 y ss. (52 y ss.) (1986).

⁴⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *Protección penal de los instrumentos de pago y crédito*, cit., 521.

⁴⁵ En todos los casos conocidos por nuestra jurisprudencia se presentaba como actos concluyentes una superación muy elevada del crédito concedido y una simultánea insolvencia en las cuentas bancarias del encausado. De opinión contraria a la sustentada en el texto, BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, cit., 1003.

es también discutible, pues lo que en realidad hace el autor es aparentar, por un procedimiento normalmente no falaz (salvo, tal vez, como veremos, el segundo supuesto que menciona la sentencia anteriormente citada), es decir, con la mera presentación de la tarjeta, un crédito que sí tiene en todo caso, puesto que tanto él como el comerciante saben que, sea cual fuere el límite concedido, el instituto crediticio abonará la cantidad, no sucede lo mismo con el error, pues, efectivamente, el comerciante que acepta el pago con la tarjeta "no se representa nada respecto del crédito del autor. El comerciante se representa que el banco o el instituto de crédito respectivo pagarán"⁴⁶. Por otro lado, cuando el comerciante entrega la mercancía o presta el servicio, no realiza en sentido estricto un acto de disposición del dinero del banco, sino que origina en éste la obligación —y con ello un perjuicio— de pagar al comerciante, una vez que haya comprobado que éste actuó correctamente, utilizando medidas de comprobación adicionales.

En mi opinión, en todos estos casos nos encontramos con un ilícito civil, en la medida en la que el cliente ha infringido las cláusulas del contrato sin incurrir al mismo tiempo en el delito de estafa, o el propio comerciante, particularmente, en las precauciones y control de las operaciones que culmina mediante diferentes tarjetas de esta clase, procedentes ya de numerosos institutos crediticios. Se trata de una cuestión de asunción de determinados riesgos mercantiles, como contrapartida a una captación del mayor número posibles de clientes, ofreciéndoles en condiciones ventajosas o sin grandes restricciones ciertos servicios bancarios, como es el de la tarjeta de crédito, con banda magnética (que permite el acceso al servicio de cajeros automáticos) o sin ella (en ambos casos, la obtención de bienes o servicios); así como de una cuestión de renovación tecnológica o de política interna con el fin de prevenir tales usos irregulares, como ya se están produciendo cada vez con más frecuencia, sobre todo con, la confirmación telefónica por el comerciante del instituto emisor de que el cliente tiene efectivamente crédito disponible, o con el sistema de terminales de puntos de venta. Son cuestiones político-criminales de las que nos ocuparemos en su momento.

No es ocasión todavía de valorar si esta conclusión, contraria a la línea jurisprudencial, es o no satisfactoria. Lo que nos interesa ahora es resaltar el hecho de que resulta discutible la afirmación de la tipicidad por estafa del abuso crediticio cometido mediante tarjetas de crédito.

En lo que sí que hay que estar de acuerdo con la postura jurisprudencial es en la existencia del delito de estafa cuando, al solicitar y obtener la tarjeta, el cliente ha aparentado un crédito y una solvencia que no posee realmente (o aunque los poseyera, aunque resulte difícil de probar), con el propósito desde el principio de conseguir con posterioridad bienes, servicios o dinero, sabiendo ya en ese momento que no podrá pagarlos (bien porque no posea fondos, bien porque los retira de su cuenta una vez obtenida la tarjeta y el crédito que ella significa, pues de

⁴⁶ BACIGALUPO, últ. lug. cit. A lo sumo acepta la posibilidad de plantearse una eventual tentativa inidónea de estafa, 1004.

haberlo sabido la entidad no hubiera concedido la tarjeta u su respectivo crédito; aunque es cierto también que los institutos bancarios son cada vez menos estrictos en la comprobación de esa solvencia inicial, y no es infrecuente incluso la concesión de la tarjeta sin siquiera haber sido solicitada por el cliente, a pesar del presumible conocimiento de su carencia de fondos o de movimiento de operaciones que induzcan a considerarlo merecedor de crédito⁴⁷.

¿Qué sucede entonces cuando esta relación abusiva se establece directamente entre el autor, titular de la tarjeta, y la entidad crediticia? Si la relación es realmente directa y la entidad (un empleado de la misma responsable que despacha en ventanilla) consiente en la entrega de una suma de dinero superior a la concedida, no hay nada que discutir; habría que entender que aquélla, de forma unilateral ha ampliado el límite crediticio para el periodo de que se trate (el mes en curso). Si, por otro lado, la obtención se realiza por medio de un cajero automático, caben varias posibilidades. La primera, la de estafa, debe ser inmediatamente descartada, no sólo por los argumentos acabados de citar al respecto, sino también porque aquí nos encontramos con una situación semejante a la mencionada en el apartado anterior: no hay una persona física a la que pueda engañarse, ni un error consecuente, ni un acto de disposición patrimonial realizado por una persona; agravado en esta hipótesis por la ausencia de revisiones o controles que puedan precaver la conducta engañosa y el error en relación con otras manipulaciones de datos informatizados en el seno de las empresas o de las entidades bancarias o de ahorro.

¿Delito de hurto? Si el cajero funciona conforma a la programación previa de los responsables de la misma de la entidad bancaria, no podría afirmarse ya que el cliente haya obtenido el dinero "sin la voluntad del dueño", en el sentido del delito de hurto⁴⁸⁻⁴⁹. El cliente ha infringido simplemente —consciente o no—

⁴⁷ Lo que constituye un procedimiento sutil de captar activos, si el cliente se decide a utilizarla o, incluso, de obtener ingresos suplementarios mediante la cuota anual habitualmente establecida, que se le adeuda en cuenta por la mera posesión de la tarjeta, sobre todo en relación con clientes poco diligentes en sus relaciones bancarias.

⁴⁸ A esta solución que rechaza la existencia del delito de hurto se ha llegado también en el derecho francés (recuérdese que es una figura mucho más amplia que la española, puesto que consiste en la "sustracción fraudulenta"); v. la importante sentencia de 24 noviembre 1983 (Cours. crim. caso Lafont), que ha venido a zanjar una intensa polémica doctrinal y a deshacer la jurisprudencia anterior de instancias inferiores: la retirada de un distribuidor automático de billetes (DAB) por el titular de una tarjeta magnética de una suma que excede el saldo crediticio de su cuenta bancaria "se analiza en la inobservancia de una obligación contractual y no entra en las previsiones de ningún texto represivo", indica la referida sentencia francesa. Desde el punto de vista doctrinal, véase la nota siguiente.

⁴⁹ De esta opinión: JEANDIDIER, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, cit., anot. 25; MICHEL MASSÉ, *Infractions contre l'ordre financier (Banque Fruade informatique)*, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", 103 y s., (1985); JEAN PRADEL / CHRISTIAN FEUILLARD, *Les infractions commises au moyen de l'ordinateur*, en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", 314 (1985). Opinión contraria: JEAN LARQUIER, *L'abus de distributeur de billets par le titulaire d'un compte insuffisamment approvisionné ne peut-il être pénalement incriminé?*, en "La Semaine Juridique", núm. 3061 (1982) (nótese que la publicación es de fecha anterior a la sentencia mencionada en la nota anterior). Sin embargo, en el derecho belga, tras algunas dudas en favor de la estafa, se ha impuesto en la jurisprudencia la tesis del hurto (ej. Ch. corr. de Lieja, 22 marzo 1982): v. favorable a esta interpretación: JEAN P. SPREUTELS, *Infractions liées à l'informatique en Droit belge*, en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", 367 (1985).

sus obligaciones contractuales si rebasó el límite crediticio concedido, y se convertirá, además, en deudor de la entidad si no existía provisión de fondos en su cuenta bancaria, incluidos los intereses devengados por la demora y demás gastos originados⁵⁰; por tanto, el ilícito habrá que ubicarlo en el ámbito civil. Otra conclusión nos llevaría a la situación de prisión por deudas, tan denostada por la doctrina⁵¹. Si por error momentáneo el cajero libra más dinero del solicitado y registrado en su cuenta y se apropia de él el cliente, éste incurrirá en el delito, en concreto de apropiación indebida⁵².

b) *Abuso por utilización de tarjeta caducada o cancelada*. La utilización de una tarjeta caducada o cancelada⁵³ por su antiguo titular, si es presentada a un comerciante y aceptada por éste, se origina el engaño que desencadena el proceso causal del delito de estafa, pues está aparentando un crédito del que carece en absoluto (desapareció la relación contractual que unía al titular con el emisor): la entidad bancaria o de ahorro o el instituto emisor no se harán cargo del abono de los débitos correspondientes, siempre, claro está, que en el supuesto de anulación el comerciante tenga la posibilidad de conocer por los medios habituales que suelen establecer al efecto los institutos emisores, aquella condición; en caso contrario, éstos deberían responder del pago y serían, en consecuencia, las víctimas del delito, salvo que se establezca entre estos últimos otra cosa.

Si, por el contrario, el cliente dirige su acción al cajero bancario automático, lo normal es que éste retenga o no identifique y no acepte la tarjeta y la acción delictiva del cliente quede en tentativa, ¿de qué delito? Excluida la estafa por las razones tantas veces aludidas, sólo nos queda hacer entrar en juego el delito de hurto, en sentido afirmativo, por motivos semejantes a los que también nos llevaban a estimar la existencia de este delito en el supuesto de utilización indebida de la tarjeta por un tercero distinto del titular⁵⁴. Si excepcionalmente obtuviera el dinero, el delito de hurto se habría consumado.

C) *Utilización de tarjeta falseada o alterada*

La utilización de una tarjeta falsificada o la alteración de datos de una auténtica, es verosímil que llegue a tener éxito frente a personas físicas (comerciantes, estableci-

⁵⁰ V. al respecto DE ARRILAGA, *La tarjeta de crédito*, cit., 798.

⁵¹ Téngase en cuenta que la entidad contratante se faculta en todo momento a sí mismo el derecho de cancelar la tarjeta, de modificar el límite autorizado y fija diversos procedimientos para asegurar el cobro de la deuda.

⁵² Art. 535 párr. 2º, de "cosa perdida", pues el cliente obtiene legítimamente la posesión del dinero, pero se aprobó de él al no coferirle su destino legal.

⁵³ Se entiende que ha sido cancelada o anulada por el instituto emisor, debido, normalmente a una pérdida de confianza en el cliente (insolvencia contante, utilización irregular reiterada de la tarjeta, etc.). Por lo general, antes de la fecha de caducidad de la tarjeta, ésta es renovada a iniciativa del propio instituto emisor, pero puede no ocurrir tal renovación (p. ej., por los mismos motivos que en el caso de la anulación).

⁵⁴ V. más arriba, apartado A,B.

mientos de servicios, etc.)⁵⁵. Inmediatamente surge la posibilidad de la comisión de un delito de falsedad documental, si podemos considerar la tarjeta como documento. Se entiende por documento "todo objeto que sea capaz de recoger una declaración de voluntad o un pensamiento atribuible a una persona y destinado a entrar en el tráfico jurídico"⁵⁶. A los efectos penales se ha venido estimando como documento únicamente el que recoge el pensamiento humano por signos escritos⁵⁷ en un soporte cualquiera, siempre que posea una cualidad material, corpórea, que permita la visualización de aquel⁵⁸.

Si tenemos presentes las consideraciones anteriores, no habrá dificultad en apreciar un concurso real de delitos (de medio a fin) entre el delito de falsedad en documento mercantil (art. 303 del C. P. en relación con el art. 302, num. 6 y 9)⁵⁹ y estafa, pues en relación con el primer delito la calificación de un tarjeta plastificada como documento cumple las condiciones necesarias descritas del soporte y de su condición de escrito, en los mismos términos establecidos por nuestra jurisprudencia⁶⁰.

Más compleja resultaría la valoración jurídicopenal de la alteración o creación de la banda magnética fijada a la tarjeta para ser utilizada en un cajero automático. Admitida la hipótesis (no descartable con la ayuda de un experto o de un empleado de la entidad y de los medios técnicos adecuados)⁶¹, la calificación de falsedad

⁵⁵ Particularmente, cuando el comerciante no se encuentra motivado para proceder a las comprobaciones de la identidad de la tarjeta, persuadido del aval crediticio que representan los símbolos del instituto emisor que figuran en la tarjeta. Si, por el contrario, éste descubriera la falacia, la estafa quedaría en tentativa. V. sobre estos problemas JEANDIDIER, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, cit., anot. 9 y ss. (14). Un procedimiento para ayudar a la falsificación, utilizando los datos de un usuario verdadero de las tarjetas consiste en la obtención de los calcos que emplean los propios comerciantes (con la complicidad de ellos en ocasiones) para confeccionar los justificantes de pago, que quedan en su poder.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, P.E., cit., 497 y s.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, P.E., cit., 498; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* P.E., cit., 909. También la jurisprudencia: STS 24 noviembre 1983.

⁵⁸ V. ENRIQUE CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, Barcelona, 1984, 246 y ss. SIEBER *Computerkriminalität und Strafrecht*, cit., 283 y s.; el mismo *The International Handbook on Computer Crime*, Chichester, 1986, 41.

⁵⁹ Dice así el art. 303 del C.P.: "El particular que cometiere en documento público u oficial, o en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior será castigado con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas". Art. 302: "6º. Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido. 9º. Simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Sobre su naturaleza de documento mercantil véase LUIS ROMÁN PUERTA LUIS, *Las tarjetas de crédito en el campo penal*, en el mismo número de "Poder Judicial", en el cual se publicará originalmente este trabajo.

⁶⁰ Véase más arriba, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1976, el primer supuesto que menciona.

⁶¹ Si la falsedad no hubiere sido perpetrada por el usuario, como es el caso de bandas de delincuentes que se dedican al tráfico de tarjetas alteradas o falsificadas, vendría entonces en consideración para aquél el delito de utilización de documentos de comercio falsos (art. 304), pero ello, es decir, de quién sea el autor material de la manipulación de la banda, no el óbice para seguir planteándonos la cuestión previa de si existe la falsificación de un documento, en el sentido del concepto del mismo implícito en el Código penal.

documental, referida ahora *exclusivamente* a la banda magnética, plantea serias objeciones en cuanto a la consideración de la misma como documento en sentido jurídicopenal. El soporte esto es, la tarjeta plastificada, llenaría las exigencias típicas de documento requeridas. No así el contenido, el pensamiento o realidad que refleja dicha banda magnética, puesto que no es legible⁶². Incluso aunque efectivamente lo sea por el cajero —que, como sabemos, es la terminal de un ordenador o el ordenador mismo—, no es posible su lectura directa por el sér humano. Y aun la lectura efectuada por el cajero no tiene un reflejo exterior, salvo el resultado de la operación realizada, que se recoge en un papel impreso, como comprobante de aquélla destinado al usuario, pero no expone todos los datos incluidos en la banda magnética (p. ej., el código secreto de acceso que lógicamente, habrá sido falseado). En conclusión, la conducta es nuevamente atípica y con ello aparece otra laguna real⁶³. Téngase en cuenta, al respecto, que para el acceso al cajero basta con la manipulación o 'recreación' de la banda magnética mientras la tarjeta mantenga el mismo formato y espesor de las auténticas.

A la vista de que en último término lo que persigue el autor es obtener un enriquecimiento patrimonial gracias a la tarjeta manipulada en su banda magnética, veamos, una vez más, los delitos aplicables. Como en las hipótesis manejadas anteriormente, aunque son evidentes las maquinaciones engañosas, el delito de estafa debe ser descartado por no ir dirigidas aquéllas a una persona física que pueda ser inducida a error⁶⁴. También, con los mismos argumentos utilizados más arriba, es sostenible la comisión de un delito de hurto, pues en estos casos el autor obtiene una cosa mueble sin la voluntad de su dueño, pero en la modalidad agravada del delito de robo con fuerza en las cosas, pues el autor utiliza una llave falsa o instrumento semejante.

III. CONCLUSIONES. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN RELACIÓN CON LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TARJETAS DE CRÉDITO

Como resumen de las anteriores reflexiones sobre la tipicidad de la utilización abusiva de tarjetas de crédito, provistas o no de banda magnética, ha quedado comprobado que si bien en un gran número de las variantes propuestas la conducta

⁶² V. ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 79 y s.

⁶³ De la misma opinión para el derecho francés, JEANDIDIER, *últ. lug. cit.*, por faltar los signos escritos visibles. De parecer contrario, MASSE, *Infractions contre l'ordre financier*, cit., 103. No obstante, los tribunales españoles tendrán pronto ocasión de pronunciarse sobre el particular, al haber sido detenido en España una banda de delincuentes que se dedicaba de forma masiva a estas actividades en nuestro país con tarjetas francesas que eran luego introducidas en el país vecino, con un perjuicio estimado de 125 millones de francos (unos 2.425 millones de pesetas). La Audiencia Nacional denegó la extradición solicitada por Francia y estimó que correspondía su enjuiciamiento a los tribunales españoles (según *El País*, 8 octubre 1988).

⁶⁴ Acepto, sin embargo, la estafa para el derecho francés JEANDIDIER, *últ. lug. cit.* (recuérdese la amplia configuración del delito de estafa en aquel ordenamiento jurídico, art. 405 del Código Penal, plasmado en la expresión *manoeuvres frauduleuses*).

sería inculpada por un delito de estafa o de hurto, según los casos —nunca por estafa en cuanto a la obtención de dinero a través del cajero bancario automático—, otro no desdeñable permanecería impune por atípico, al igual que no podrían castigarse por falsedad documental las alteraciones producidas exclusivamente en la banda magnética de la tarjeta, pero sí que concurriría este delito en los otros supuestos analizados.

Las manipulaciones perpetradas en cajeros automáticos mediante la utilización abusiva de tarjetas provistas de banda magnética resultan de *lege lata* inculpadas en la mayoría de las hipótesis analizadas en los apartados anteriores, no por estafa, sino por hurto o robo, en su caso. La creación del delito de fraude informático o de alteración de datos informatizados, como ya se está realizando en derecho comparado⁶⁵, contribuiría, no obstante, a satisfacer mejor la cobertura actual de su inculpación, principalmente en lo que se refiere a la falsificación o alteración de la tarjeta, en concreto de su banda magnética, aspecto éste que, ya vimos, no quedaba suficientemente comprendido por el tipo del delito de falsificación de documentos mercantiles. De todas formas, la relación de subsidiariedad que propongo para estos nuevos delitos en el derecho penal español, les relegaría a un segundo plano⁶⁶.

Queda todavía por resolver la cuestión de la inculpación de la utilización de la tarjeta por su titular con rebasamiento del crédito o límite de disposición concedido por el instituto emisor, o incluso la cobertura del saldo de su cuenta bancaria, tanto si se trata de la obtención de mercancías o servicios como de dinero. De *lege lata*, frente a la interpretación jurisprudencial, vimos que la solución que nos parecía más ajustada era la de su impunidad en todo caso, salvo en los supuestos excepcionales en los que realmente exista la intención de defraudar y concurren los demás elementos que integran el delito de estafa, por tratarse más bien de un ilícito civil en el que concurren realmente todos los elementos típicos de la estafa.

⁶⁵ P. ej., en la R. F. Alemana, la *Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2 WiKG)*, de 15 de mayo de 1986 (en vigor desde el primero de agosto del mismo año), ha introducido el delito de fraude o estafa informática, § 263 o, (véase su texto en ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 92). Sobre la aplicación de este nuevo precepto a ciertas modalidades comisivas con tarjetas de crédito en cajeros automáticos mencionadas en este trabajo, v. KLAUS TIEDEMANN, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, en "Juristenzeitung", págs. 865 y ss. (1986); el mismo, *Computerkriminalität und Missbrauch von Bankomaten*, cit., págs. 1330 y ss. En Francia cabe mencionar la ley 88-19 de 5 de enero de 1968, relativa al fraude informático, en concreto, el art. 462-2 "Quien, fraudulentamente, haya accedido o se haya mantenido en todo o parte de un sistema de tratamiento automatizado de datos, será castigado con prisión de dos meses a un año y multa de 2.000 a 50.00 francos o con una de estas dos penas"; y el art. 462-5: "Quien haya procedido a la falsificación de documentos informatizados, cualquiera que sea su forma, que por su naturaleza pueda causar un perjuicio a tercero, será castigado con prisión de uno a cinco años y multa de 20.000 a 2.000.000 francos". Para una información suplementaria sobre derecho comparado, v. ULRICH SIEBER, *The International Handbook on Computer Crime*, cit., págs. 42 y ss., y ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., págs. 90 y ss.

⁶⁶ V. más ampliamente en *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., págs. 118 y ss.

Se ha señalado en contra⁶⁷ de la incriminación del abuso de crédito que con ello se estaría dando paso a la prisión por deudas⁶⁸, que quedaría siempre en manos del acreedor. La comprobación de que este tipo de conductas no ha supuesto un detrimento o menoscabo para la difusión de estos instrumentos de pago y de crédito en el tráfico mercantil, sino que el fenómeno ha sido el contrario, hay que ponerla en conexión con el principio de intervención mínima, de *última ratio*, que caracteriza al derecho penal. No parece, por tanto, oportuna su penalización⁶⁹. Además, los bancos e institutos de ahorro, los institutos emisores de las tarjetas, cuentan con otros medios más eficaces, como es especialmente una cierta selección de los clientes, a los que hoy están cada vez más dispuestos a conceder mayores y mejores prestaciones de sus servicios, esto es, más arriesgadas para aquéllos, aunque sea a costa del detrimento de sus beneficios globales. Por otro lado, dada la relación contractual de adhesión que se establece, queda en sus manos proceder en cualquier momento, si lo estiman oportuno, al retiro de la confianza para el cliente reiteradamente irrespetuoso con las cláusulas concertadas para la utilización de estos instrumentos crediticios, en nuestro caso las tarjetas de crédito, pues a partir de ese momento ya no existiría duda alguna de su castigo por el delito de estafa o de hurto, en su caso, cuando continuara haciendo uso de una tarjeta cancelada (o caducada)⁷⁰. En fin, pueden incorporar a sus instalaciones y servicios los medios disponibles de la tecnología más avanzada y sofisticada⁷¹.

⁶⁷ V. sin embargo, la *Federal Credit Card Fraud Act* de 1984 (§1029), de los EE.UU., que penaliza no solo las conductas mencionadas poco más arriba en relación con las tarjetas con banda magnética, sino también estos abusos, siempre que durante el período de un año se alcance o supere la cantidad de 1.000 dólares.

⁶⁸ Así, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma de los delitos contra el patrimonio*, en "Documentación Jurídica" (Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal), n.º 37/40, 685 (1983), quien dice al respecto: "La Comisión ha sido consciente de la gran trascendencia práctica que puede tener la decisión en favor de una tipificación expresa de unos comportamientos difícilmente encajables en el concepto tradicional de estafa y, por tanto, dudosamente merecedores de pena. La relación causal que subyace a estos instrumentos de crédito [tarjetas de crédito y cheques garantizados], la responsabilidad que también incumbe al propio banco que los concede y la propia incertidumbre del bien jurídico protegido han pesado en su no tipificación expresa, dejando la situación en manos de la doctrina y la praxis nada unánimes todavía al respecto".

⁶⁹ En este sentido, para el derecho alemán, LENCKNER / WINKELBAUER, *Strafrechtliche Probleme in modernem Zahlungsverkehr*, cit., 87; para el francés, JEANDIDIER, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, cit., anot. 30.

⁷⁰ A ello se limita el Código Penal de Canadá (art. 301.1), que además de tipificar de modo expreso la falsificación, alteración, sustracción, posesión, utilización o tráfico de una tarjeta obtenida ilegalmente, castiga igualmente su utilización conscientemente de que ha sido revocada o cancelada. La Ley de reforma del Código Penal de 20 de junio de 1985 (*Criminal Law Amendment Act*) extiende el tipo a las tarjetas utilizables en aparatos de pago automáticos y accesos bancarios o de servicios. V. más ampliamente, D.K. PIRAGOFF, *Combating Computer Crime with Criminal Laws*, en H.W.K. KASPERSEN (ed.), "Strafrecht in de Informatiemaatschappij" (Symposion vrije Universiteit Amsterdam, 22 april 1986). Amsterdam 1983, 132.

⁷¹ Como la incorporación a los establecimientos comerciales o de servicios del sistema de terminales de puntos de venta y telecompra, o la adopción generalizada de los sistemas de cajeros *on line*, o la emisión de tarjetas con un *chip* o microprocesador incorporado a la banda magnética.

No debe menospreciarse tampoco el efecto "boomerang" que provocaría un excesivo rigor en el castigo del abuso del crédito, donde los primeros perjudicados serían los propios bancos, cajas de ahorro e institutos emisores de las tarjetas —y que son los primeros interesados en evitar, como lo prueba el hecho de las escasas denuncias por parte de los mismos sobre este tipo de conductas—, al recelar los potenciales usuarios y clientes de las consecuencias que podrían tener que asumir derivadas de una utilización irresponsable, frívola o —ciertamente también— poco escrupulosa de las tarjetas, induciéndoles tal vez a renunciar a las innegables y casi imprescindibles ventajas que comporta para la sociedad de consumo en que nos movemos.

DELITOS Y CONTRAVENCIONES

(Informe derivado de investigación) *

Luisa Margarita Henao de Yepes **

INTRODUCCIÓN

A partir de un estudio de campo que realicé sobre las Contravenciones Especiales de Policía (decreto 522 de 1971) para examinar el número de denuncias formuladas ante las inspecciones de policía entre 1979 y 1986, y para indagar por el cumplimiento del trámite procedimental respectivo, así como por las decisiones que los inspectores tomaron en los distintos momentos procesales, intenté hacer una diferenciación entre delitos y contravenciones, la cual presento como punto de reflexión en el momento de cambio que estamos viviendo. Fueron varios los problemas observados en la citada investigación que me llevaron a señalar diferencias fundamentales entre estas dos reglas de derecho.

1. La facilidad con que el legislador les ha asignado a los funcionarios de policía funciones jurisdiccionales, contrariando normas constitucionales y toda una tradición doctrinaria y jurisprudencial.

2. Los tipos legales descritos en muchas de las normas contravencionales especiales presentan conflictos con los tipos delictuales consagrados en el estatuto penal, por diversas razones: algunos modelos contravencionales son más comprensivos que los penales; otros tutelan un mismo interés jurídico y señalan idénticos elementos objetivos y subjetivos. Esta situación del doble tipo en un ordenamiento induce necesariamente al error jurídico por la pluralidad de acciones mediante

* LUISA MARGARITA HENAO DE YEPES, *Vigencia y eficacia de las contravenciones especiales de policía*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1989.

** Profesora de la Universidad de Antioquia.

las cuales se puede juzgar y sancionar un mismo hecho, con resultados punibles diferentes.

3. La frecuencia con la que conductas contravencionales pasaron a ser delitos, o viceversa, con argumentos fundados —generalmente— en razones políticas o coyunturales, sin que medie ningún estudio de la realidad social sobre la cual se legisla; todo lo cual evidencia la falta de una política criminal definida y de una técnica legislativa.

4. El incumplimiento por parte de los funcionarios de policía de los trámites del procedimiento contravencional estudiado, excusable por la variedad de procesos que, en ese entonces, debían atender, por la heterogeneidad de negocios que tradicional y erróneamente les han sido asignados (civiles, penales y administrativos), y por la complejidad de un procedimiento para las contravenciones especiales, el cual tiene una estructura judicial y no administrativa.

Todas estas circunstancias nos llevan a insistir en la necesidad de trazar una línea divisoria entre delitos y contravenciones, teniendo en cuenta que nuestro Código Penal vigente considera a ambas reglas hechos punibles con idénticos elementos estructurales, pero que ha faltado claridad para interpretar esta disposición considerando toda una tradición doctrinaria y jurisprudencial.

Este panorama confuso ha sido determinado por la falta de rigor jurídico del legislador. Hasta hace pocos años había asignado a la policía el conocimiento de algunos delitos menores, sin que existiera legitimidad jurídica para esta competencia.

La Corte Suprema de Justicia restableció —en parte— el orden en esta materia cuando declaró la inexecutable de los arts. 1º y 2º de la ley 2ª de 1984. En sentencia de mayo 31 de 1984 la Corte señaló que era inconstitucional asignar a la policía la función jurisdiccional, y que los funcionarios de policía no tenían la independencia necesaria para decidir; independencia que necesariamente se requiere en todo trámite judicial, para preservar la existencia de la justicia.

Digo que la Corte restableció 'en parte' el orden, porque las denominadas "Contravenciones Especiales" son aún de la competencia de las autoridades de policía y tienen un procedimiento judicial, pese a que el funcionario de policía es un auxiliar de la Administración y no un juzgador de hechos punibles, en contradicción con los arts. 26, 58 y 61 de la Constitución de 1886 y con los arts. 28, 29, 116 y 121 de la nueva Carta Política.

Ya es costumbre en el país tener un doble sistema: uno normal y otro de excepción; el segundo contradice o vulnera las garantías que el primero dice defender y ha convertido el derecho penal en un gran caos. No media ninguna investigación para la creación de las normas con las cuales se pretender solucionar graves problemas sociales, ni existe un método que tenga en cuenta unos límites trazados por la doctrina y la jurisprudencia en la tipificación de unas determinadas reglas.

La improvisación y la inmediatez, aparentemente, se han convertido en las dos características para dictar toda la normatividad, tanto la normal como la de excepción, con un legislador (órgano legislativo y/o ejecutivo) finalmente dominado por intereses que priman sobre la defensa de las garantías individuales, y con el argumento de solucionar conflictos coyunturales o focales.

Se derogan los conocimientos y se abandona toda una sistemática, según deba responderse a problemas nacionales o regionales, al punto que el derecho penal se ha convertido en derecho policivo: imposición de penas casi perpetuas; investigación en manos de la Policía Judicial, que no tiene ninguna independencia de la Policía Nacional ni de las Fuerzas Armadas; recorte de derechos, carga de la prueba para el acusado, procesos sumarios, violación de principios como la presunción de inocencia y el debido proceso.

En relación con las reformas propuestas para la justicia se expidió la ley 23 de 1991, en algunos aspectos favorables, cuando establece, la conciliación como el procedimiento inicial para solucionar muchos de los conflictos que se pueden suscitar en todos los campos del derecho, para lo cual crea Centros de Conciliación. Pese a este acierto, que le proporciona al derecho una nueva dimensión porque lo humaniza y hace posible la identificación de la justicia con la equidad, se comete un error al separar al órgano de la justicia del país de la posibilidad de fallar ágilmente y de tener en cuenta las soluciones planteadas por las partes en conflicto.

Si bien la anterior argumentación puede ser discutida, no lo es el hecho de que resulta erróneo volver a entregar a los funcionarios de policía el conocimiento de conductas que, desde el inicio de la humanidad, son y serán siempre delitos, pese a que se les haya denominado "contravenciones especiales", en el capítulo I de dicha ley.

Entregar a funcionarios no judiciales el juzgamiento de conductas que, aunque de poca monta económica, producen un grave impacto social por su recurrencia, constituye un grave problema que no solucionará en nada ni lo uno ni lo otro, teniendo en cuenta, además, que la ley entró en vigencia sin haberse cambiado los requisitos de formación que iban a ser exigidos a los inspectores de policía para poder enfrentar la nueva tarea; es decir, cada vez más graves y mayores responsabilidades con el mínimo o con ningún saber jurídico y, en muchos casos, sin más mérito que la recomendación de un cacique político.

Esta situación me ha movido a presentar este trabajo, que muestra de manera sucinta la evolución doctrinal de este problema desde el siglo XVIII, para intentar luego la presentación de una posible diferencia entre delito y contravención, y señalar algunas directrices para el futuro, consciente de que el problema no es ontológico sino de método, con la intención de buscar el orden entre las distintas ramas del derecho, que persiguen fines distintos y requieren de procedimientos acordes con el interés jurídico que defienden.

1. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA DIVISIÓN BIPARTITA DE LOS HECHOS PUNIBLES EN "DELITOS" Y "CONTRAVENCIONES"

En Europa, en el siglo XIX, se vivió un momento de confusión en el derecho penal cuando se presentaron diversas clasificaciones de las infracciones, acogidas por los legisladores de varios países y se suscitaban grandes diferencias entre sus

seguidores. Hoy algunas de estas discusiones siguen siendo de actualidad, porque desde entonces no fueron solucionados todos los interrogantes que tales clasificaciones plantearon.

Para referirme a este tema, presentaré la visión que sobre el particular tienen varios autores nacionales y extranjeros, pero utilizaré como guía de mi trabajo los comentarios y los estudios realizados por el Maestro FRANCESCO CARRARA, quien —según mi opinión— es el autor que trata con mayor sistematización y claridad la diferencia entre la función del derecho penal y la función de la policía, lo que nos permitirá llegar a posibles conclusiones.

Dividiré el tema en varios puntos:

A) Clasificación de las infracciones a partir del siglo XVIII

Varios autores extranjeros y nacionales hacen referencia a las distintas clasificaciones de las infracciones, que surgieron en Europa y que señalan algunos de los estatutos penales que acogieron unas u otras¹.

a) *Clasificación tripartita*. Se trata de la célebre división de los actos ilícitos en: *Crímenes, delitos y contravenciones*, los dos primeros, de competencia de la rama jurisdiccional; las últimas de competencia de la policía.

Se introdujo por primera vez en Francia en el Código de 1791 y de allí pasó al Código de 1810; fue seguido por sistemas como el alemán (hasta hace poco); el italiano (hasta 1890); el belga, el español, el rumano, el turco, el japonés, el austriaco y muchas otras legislaciones contemporáneas, pese a las críticas que se les han formulado, las que señalaremos más adelante. Es importante anotar que en esta división se les dio la calidad de ilícitos penales a las dos primeras categorías; a la otra (contravenciones), de ilícito pero no de carácter penal.

b) *Clasificación bipartita: Crímenes y delitos*. Surgió del anterior sistema luego de las diferencias que suscitara. Actualmente el Código Penal tudesco de 1975 acoge esta clasificación.

c) *Clasificación bipartita: Delitos y contravenciones*. Esta división de las infracciones se remonta hasta el Código austriaco de 1803 y, más tarde el Código Penal toscano en 1853, con características diferentes de las que daba a sus infracciones el Código Penal. Esta división toscana fue refrendada por los códigos italianos de 1890 a 1930, y acogidas posteriormente por sistemas como el español, el argentino, el brasileño, el colombiano, el ruso, el búlgaro, el sueco, el holandés, el portugués, etc.

Antes de proseguir este recuento es importante, para su comprensión, aclarar que a los hechos de policía se les ha dado el nombre de “transgresiones”, “contravenciones” o “faltas”. Se acepta por la doctrina que estas denominaciones son

sinónimas y, según el país, se ha elegido una u otras. En este trabajo serán usadas indistintamente por los diversos tratadistas.

El término *transgresión* es de la escuela napolitana y fue acogido por los estatutos penales italianos posteriores, así como por otros sistemas. Fue la denominación preferida por CARRARA, pese a haber reconocido que el término ‘contravención’ era más amplio y exacto. Se deriva de *Trans Gredior*, que significa “pasar más allá”.

El término *Contravención* es de la escuela toscana y fue adoptado por los códigos franceses posteriores (1890 y 1930) y por otros estatutos penales contemporáneos. Viene de las palabras latinas *Contra Venio*, que significa “ir contra la ley”, “chocar con la ley”. Según CARRARA:

“...señala la esencia de los hechos de policía que consisten en la mera contradicción material entre la Ley y el Hecho, con independencia de cualquier intención dolosa, y de la conciencia de que se está violando la Ley”².

El término *faltas*, es utilizado por el estatuto penal español. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esta palabra es originaria del latín *Fallitus* y éste del verbo *Fallere*, significa “engañar”. Pero en español tiene la acepción de “defecto en el obrar”, “incumplimiento de una obligación”³.

2. CRITERIOS QUE ORIENTARON ESTOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES

En cuanto a los criterios que se alegaron para aceptar una u otras de las divisiones, podemos recogerlos así:

A) Criterio de la pena

Fue el criterio que originalmente inspiró la adopción de la división tripartita en Francia, según el cual hay unos ilícitos más abominables y otros más tolerables por la opinión pública y menos deshonorosos; por consiguiente, a cada una de las categorías de la infracción: crímenes, delitos y contravenciones, le corresponde una pena en cantidad y calidad diferente; o sea, que la división se fundamenta de acuerdo con la pena que se va a imponer.

Se ha criticado con mucha fuerza este criterio *porque no corresponde a una verdadera ciencia jurídica* y porque su aplicación ha creado en la práctica confusiones.

CARRARA, quien se refiere a esta división, y particularmente al criterio que la orienta, en sus dos grandes obras⁴ anota que trajo más daño que provecho porque no es un criterio racional y positivo para diferenciar una categoría de otra. Esta posición del ilustre jurista fue acogida por estudiosos del derecho en algunos países.

¹ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, parte general, vol. I, Bogotá, Ed. Temis, 1983, pág. 108; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1980, pág. 135; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, pág. 116; LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas de las comisiones para la reforma del Código Penal de 1980*, vol. III, pág. 663.

² CARRARA, *Programa...*, vol. VIII, págs. 10 y ss.

³ MARÍN GIRALDO, *op. cit.*, vol. III, pág. 663.

⁴ CARRARA, *Programa...*, ed. cit.; *Opúsculos de derecho criminal*, vols. II, III y V, Bogotá, Edit. Temis, 1980.

No obstante, el criterio en comento fue consagrado por varios sistemas, además del francés: por el alemán, en 1871, cuando adoptó el sistema tripartita francés; por el Código tudesco, que acogió la división bipartita de crímenes y delitos; por el español, que introdujo la división bipartita de delitos y faltas desde 1848 y la mantuvo en el Código de 1963 —hoy vigente—, señalando sanciones graves para los primeros y sanciones leves para las segundas; y por el italiano de 1930, que funda la diferencia de ilícitos en la calidad de la pena conminada.

Algunos de los tratadistas colombianos consultados, como LUIS CARLOS PÉREZ, ALFONSO REYES ECHANDÍA y JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, consideran que las divisiones de las infracciones son ficticias y que es difícil trazar una línea divisoria entre unas categorías y otras. Mencionan o emplean el criterio cuantitativo y cualitativo de la pena para diferenciar los delitos de las contravenciones, pero son unánimes en afirmar que este es un criterio arbitrario y, por lo tanto, fuente de muchas confusiones.

En consecuencia, utilizar la pena como criterio de la diferencia de las distintas clasificaciones puede ser fuente de graves injusticias y de funestos errores, puesto que esta no tiene ninguna relación con la esencia o la naturaleza de los ilícitos. CARRARA, en otro estudio de su obra sobre este tema, decía:

“Esta clasificación tiene que resultar fluctuante y arbitraria. Preguntadle, por ejemplo, a un adepto de esa escuela si una violencia carnal es crimen o delito, y no podrá respondernos afirmativa ni negativamente; quizás pueda afirmar que en París es crimen, en Turín delito y en Florencia a veces delito y a veces crimen. Este resultado muestra hasta la evidencia que la tan acariciada distinción no sirve para nada en una exposición científica y que en los Códigos puede omitirse con provecho. Y, si con este criterio tan falaz de la pena, se procede también al distinguir entre delitos y contravenciones, se cae entonces en un absurdo palpable...”⁵.

B) Criterio subjetivo de la responsabilidad con culpabilidad y de la responsabilidad objetiva

Este criterio está basado en uno de los elementos intrínsecos del delito: la culpabilidad del hecho punible.

Para algunos autores de todas las épocas, este criterio señala una diferencia entre los distintos grupos de ilícitos. CARRARA —tal como lo veremos más adelante— afirmó su criterio de diferenciación en otro de los elementos intrínsecos del delito. Pero, sobre el aspecto subjetivo, fue enfático al afirmar:

“En la clasificación de transgresiones no sería posible aplicar el criterio con que nosotros clasificamos los delitos, pues no se podría recurrir al dolo: porque no es siempre elemento necesario de ellas, no se podría recurrir al impulso. Es error craso mirar la transgresión como un grado del delito con los mismos elementos...”⁶.

⁵ CARRARA, *Programa...*, ed. cit.; pág. 31.

⁶ CARRARA, *Programa...*, ed. cit., pág. 118.

Algunos tratadistas colombianos se oponen a la tesis subjetiva puesto que, de acuerdo con nuestro estatuto penal, *no existe ninguna diferencia entre delitos y contravenciones en relación con el elemento subjetivo, y ambos ilícitos tienen todas las formas de culpabilidad.*

Los comisionados para la reforma del nuevo Código Penal colombiano se oponen también a que pueda existir diferencia —por el aspecto subjetivo— entre delito y contravención, y aceptan que la culpabilidad es un elemento connatural a todos los hechos punibles, sin matices de ninguna clase. Inclusive niegan que sea cierta la crítica que se ha hecho al Código de 1936, respecto a que este hubiera consagrado para las contravenciones la responsabilidad objetiva; y hacen constar:

“Todos sabemos los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia para sacar adelante la tesis de que dentro de las contravenciones necesariamente debe haber un aspecto subjetivo y para esto ha habido necesidad de relacionar el art. 13 con el 12 que dice que las infracciones cometidas por personas que no están comprendidas en el art. 29, son intencionales o culposas...”⁷.

Recordemos que en el art. 13 se establecía que en las contravenciones se responde por la sola acción u omisión, redacción tomada del Código italiano anterior.

Pero lo que no queda claro es si el reclamo de la doctrina y la jurisprudencia (que ellos no relacionan, ni tampoco otros autores) era insistir para que se examinara el aspecto subjetivo para las contravenciones; pero, tal vez, no pretender que el elemento subjetivo de estas transgresiones fuera igual exactamente al elemento subjetivo de los delitos.

Como esta situación es compleja, dejaremos las posibles respuestas para concluir cuando, más adelante, analicemos este punto en nuestro estatuto penal vigente.

C) Criterio objetivo de la diversidad de acciones y del derecho lesionado

Este criterio es seguido por CARMIGNANI, por CARRARA y por otros. CARRARA dice:

“Pero la esencia del delito (y con esta denominación queremos indicar el delito propiamente dicho, muy distinto de las transgresiones de policía) consiste en la violación de un derecho protegido por la ley penal; y, en consecuencia, el criterio más aceptado para definir bien la cualidad de los delitos y para clasificarlos exactamente, es el que se deduce de la *diversidad del hecho lesionado*.

“Las transgresiones, vale decir las violaciones de las leyes que protegen la prosperidad, (no el derecho) se clasifican según el diverso bien que se quiere procurar al prohibir los hechos que constituyen dichas transgresiones. No podrían clasificarse tomando como base el daño o el derecho violado, porque en ellas *no existe daño ni violación de derecho*; a lo menos *no lo requieren*”⁸.

⁷ Acta núm. 50 de 1974.

⁸ CARRARA, *Programa...*, ed. cit., pág. 118.

“El criterio que pone límites entre la transgresión y el delito, debe buscarse en los elementos constitutivos. No puede haber delito en un hecho que no presente alguna agresión contra el derecho ajeno, y es transgresión porque no está castigada en razón de su inmoralidad intrínseca o de un daño efectivo de conformidad con la medida del dolo, sino únicamente como *hecho material, con miras a la prosperidad del derecho que protege*”⁹.

Además, CARRARA cita en la defensa de Juan Ría del 2 mayo de 1857¹⁰, a varios estudiosos que de una u otra manera se acercaron a este criterio.

Se puede decir entonces que este criterio objetivo de diferenciación entre delitos y contravenciones está fundado tanto en el objeto como en la acción de los delitos y contravenciones.

Esta tesis es seguida por FEUERBACH, ZANARDELLI, LUCHINI, ALTAVILLA, quienes según FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, opinan que

“Los delitos lesionan un derecho subjetivo o bien jurídico, en tanto que las contravenciones, o bien son inocuas, o representan cuando más un peligro remoto o una mera desobediencia al derecho subjetivo”¹¹.

El doctor LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, al referirse a esta diferenciación en el estudio realizado sobre las contravenciones, anexo a las actas de las comisiones del Código Penal colombiano de 1980, cita textualmente a dos autores extranjeros: ZANARDELLI y ANGELONI, quienes consideran que la contravención es más una injuria a la observancia de deberes sociales que una ofensa a la ley¹².

El criterio objetivo no se opone al criterio que diferencia las infracciones de acuerdo con la rama del derecho a que corresponde, el cual, finalmente, también se refiere al elemento objetivo e intrínseco de la infracción. Por esta razón, antes de entrar a analizar la posición de nuestra doctrina, quiero señalar sucintamente varios de los exponentes del denominado “Criterio Administrativo”, algunos de los cuales nuestros tratadistas mencionan en sus obras:

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA relaciona en su obra a NÚÑEZ, BIELSA, JAMES GOLDSCHMIDT, ROCCO, quienes, según dicho autor, expresan que “Las contravenciones no forman parte del derecho penal, sino del administrativo”¹³.

REYES ECHANDÍA también se refiere a esta tendencia y cita a ROCCO, quien, según él, dice: “El interés administrativo del Estado es el que resulta más o menos lesionado según se trate de delito o de contravención”¹⁴.

RANIERI expresa en su obra que está del lado de esta doctrina (se refiere en especial a ROCCO), que hace radicar la diferencia vinculándola al contenido del precepto cuando “descubre en las contravenciones una ofensa al interés administrativo del Estado, es decir, a la organización de la Administración Pública, en sentido subjetivo, a su actividad pública, y a las relaciones que de ellas se derivan”¹⁵.

Cualquiera sea el criterio objetivo aceptado para hacer la diferenciación, chocaría con la posición adoptada por nuestro Código Penal, puesto que todos los hechos punibles son iguales frente a la ley penal, y no existe ninguna diferencia entre los elementos subjetivos o materiales de tales infracciones.

Ninguno de los autores colombianos consultados está de acuerdo con este criterio de diferenciación, excepto el doctor CARLOS LOZANO Y LOZANO¹⁶.

D) Criterio ecléctico

El nombre de esta clasificación lo adopta el doctor REYES ECHANDÍA, que divide en tres los criterios de distinción de las infracciones. En esta, que él señala como la tercera, se incluye él mismo y dice al respecto:

“No hay criterio sólido para establecer cualitativamente una diferencia entre delitos y contravenciones”¹⁷.

Se diría que, más que ecléctico, es un criterio escéptico.

De esta misma tendencia es RICARDO LEVENE:

“La clasificación *a priori* de un hecho como delito o contravención es imposible, como también es imposible todo criterio rígido ya que en el fondo es un problema de política criminal del Estado que se traduce en una cuestión de técnica legislativa, considerando como delito lo que hasta ahora fue contravención, o viceversa, según la gravedad e importancia que se le de en un momento o lugar determinado a las razones de necesidad y utilidad prácticas y al sentimiento general predominante”¹⁸.

Tal como se anunció desde antes, por la posición adoptada, varios de nuestros tratadistas se incluyen en esta clasificación.

Para FERNÁNDEZ CARRASQUILLA todo depende de lo que disponga el derecho positivo en cada país. Es muy claro al respecto, cuando manifiesta:

“La diferencia es simplemente cuantitativa y depende de un juicio axiológico, contingente y variable del legislador histórico”¹⁹.

LUIS CARLOS PÉREZ asume también una actitud pesimista frente a la posibilidad de llegar a un criterio preciso para diferenciar las infracciones, pues considera que los “hechos constitutivos son análogos o tienen igual naturaleza”²⁰.

⁹ CARRARA, *Opúsculos...*, ed. cit., vol. II, pág. 254, vol. III, págs. 439 y ss.

¹⁰ CARRARA, *Opúsculos...*, ed. cit., vol. III, págs. 493 a 506.

¹¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 167.

¹² GIRALDO MARÍN, *op. cit.*, vol. III, pág. 663.

¹³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *op. cit.*, pág. 169.

¹⁴ REYES ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 135.

¹⁵ SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 156.

¹⁶ CARLOS LOZANO Y LOZANO, *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1979, págs. 101 y ss.

¹⁷ REYES ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 138.

¹⁸ RICARDO LEVENE, *Introducción al derecho contravencional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968, pág. 44.

¹⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *op. cit.*, pág. 168.

²⁰ LUIS CARLOS PÉREZ, *op. cit.*, pág. 116.

Pero aceptar esta posición sería reconocer que no es posible hacer del derecho una ciencia o, al menos, que no existen límites para los legisladores, que pueden tomar decisiones supuestamente basadas en intereses particulares, o por necesidades sociales del momento pero con las cuales se puede lesionar derechos y garantías individuales. Sobre este tema volveré más adelante cuando analice el punto que sigue.

3. DELITOS Y CONTRAVENCIONES EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

La clasificación bipartita de las infracciones en delitos y contravenciones fue adoptada en Colombia por primera vez en el art. 2° del Código de 1936 y continuó en el Código de 1980, aún vigente. El nuevo estatuto penal en su art. 18, para agrupar tanto los delitos como las contravenciones, utiliza el término genérico de "hechos punibles".

El art. 2° del mismo estatuto expresa que todo hecho punible es típico, antijurídico y culpable; y el art. 5° consagra el principio de culpabilidad para todos los hechos punibles y proscribida toda forma de responsabilidad objetiva.

LUIS CARLOS PÉREZ dice:

"El Estatuto vigente, en el título 3° de la parte general, bajo el epígrafe *del hecho punible*, se refiere a las dos clases de Infracciones y establece para ellas un sistema común de valoración y aplicación, a pesar de que las contravenciones particularmente consideradas no hagan parte del Código, pues se mantienen en leyes especiales"²¹.

Es entonces evidente que nuestro ordenamiento penal no estableció ninguna diferencia entre delitos y contravenciones, y sus elementos esenciales son idénticos. La única diferencia —aparente— es que de los delitos conocen las autoridades jurisdiccionales y de las contravenciones los funcionarios de policía. Digo que aparentemente porque la policía hasta hace poco tiempo conocía de algunos delitos y porque ciertos estatutos penales especiales tienen contravenciones que son de competencia de los jueces respectivos, como es el caso del estatuto penal aduanero.

De todas maneras sí es claro que el Código Penal no ha incluido contravenciones, y que ha considerado como tales las de competencia de las autoridades de policía, señaladas por los Código Nacional y Departamental de Policía y otras normas especiales.

Según los comisionados para la reforma del nuevo estatuto penal de 1980, la expresión "HECHO PUNIBLE" fue aprobada en los distintos proyectos desde 1974 para designar de modo genérico ambas infracciones; y sin entrar en polémicas sobre si es técnico o no, o si tiene tradición en el lenguaje jurídico del país, consideran que es un término que recoge y comprende sin problema las dos infracciones²².

²¹ LUIS CARLOS PÉREZ, *op. cit.*, pág. 115.

²² Acta núm. 4 de la Comisión de 1979, vol. 1.

En ninguna de las actas los comisionados explican cuáles son los criterios para introducir en el ámbito penal las contravenciones de policía y para igualar todos sus elementos intrínsecos con los de los delitos, excepción hecha de la discusión que sostuvieron sobre el elemento subjetivo y que aparece consignada en el acta número 50 de 1974, y a la cual ya me he referido y me referiré más adelante.

Esta situación, consagrada también en estatutos penales de otros países, en mi opinión, crea problemas muy graves, porque los estudiosos del derecho contemporáneo le han prestado escasa o ninguna atención al problema de la división entre delitos y contravenciones. Si algunos, un poco superficialmente defienden la inclusión de las contravenciones de policía en el Código Penal, es porque siempre han mirado al derecho de policía sin el debido interés y por ello no han sido conscientes del daño que la invasión de un derecho sobre otro pueda causar en la aplicación de la justicia, en un caso, o en la Administración Pública, en el otro.

El doctor LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, dice:

"Entre los temas más inexplorados no solo en Colombia sino en América, figura, sin duda alguna, el de las contravenciones, o el de las faltas como suelen decir los españoles. En verdad nuestra literatura jurídica carece de estudios y de análisis sistematizados sobre uno de los problemas más confusos: la diferencia entre delito y contravención"²³.

A continuación formularé los problemas que la posición adoptada por nuestro estatuto penal nos plantea.

A) *Cuáles son las contravenciones a que se refiere el Código Penal colombiano*

El Código Nacional de Policía, los respectivos códigos departamentales y las leyes especiales que los complementan, enumeran las contravenciones cuya competencia está atribuida a los funcionarios de policía. Tanto el Código Nacional de Policía como algunas normas complementarias hacen la distinción entre contravenciones comunes y contravenciones especiales —que tienen un procedimiento abreviado— con algunas de las características más importantes de un Proceso Penal abreviado. Estas últimas fueron denominadas por la doctrina en los años 70s *contravenciones penales*, y de acuerdo con algunas interpretaciones se pensaba que solo estas eran las contravenciones a que se refería el Código Penal de 1936 al dividir los ilícitos en 'delitos' y 'contravenciones'.

Pero luego de leer las actas del nuevo Código Penal y a algunos de nuestros tratadistas más destacados, no cabe duda de que el nuevo estatuto al referirse a las contravenciones alude a todas las contravenciones, tanto a las comunes como a las especiales, sin distinción. O, al menos, no posibilita otra interpretación.

²³ GIRALDO MARÍN, *op. cit.*, vol. III, pág. 664.

B) *¿Los delitos y las contravenciones tienen igual naturaleza?*

Desde 1847 CARRARA discutía con los legisladores de la naturaleza de los unos y de las otras, para efectos de que se hiciera la debida distinción en el Código Penal cuando se clasificaran bajo el término genérico de infracciones:

“Pero sería un error creer que todas las veces que la autoridad inflige un mal a un ciudadano en razón al hecho cometido por esta, *está ejerciendo siempre el derecho penal*. Las leyes de hacienda, de impuestos, de comercio, llevan consigo frecuentes sanciones.

“Las mismas reglas de procedimiento civil conminan multas; *la policía amonesta, corrige y hasta encarcela*. Todas estas sanciones no corresponden a una *función penal*. Los hechos que provocan tales medidas pueden llamarse transgresiones, pero no son delito”²⁴.

Y agrega:

“El confundir las leyes de policía con las leyes penales, las contravenciones con los delitos, las normas de coerción administrativa con las verdaderas penas, fue causa de gravísimos errores en nuestra ciencia, errores cuyos vestigios permanecerán —por desgracia— todavía en muchos Códigos y en la mente de muchos; sus efectos fueron y son funestos, como sucede siempre que se pretenda asimilar o unificar dos cosas esencialmente opuestas por su naturaleza.

“La función de policía no procede según las condiciones absolutas de la justicia sino con arreglo a las exigencias de las necesidades sociales y, como toda función gubernativa, es creación enteramente política”²⁵.

Si bien se puede estar en desacuerdo con las definiciones y distinciones que hace el Maestro CARRARA, no puede negarse que tiene razón en cuanto a las diferencias entre la *función penal* y la *función de policía*, puesto que no solo son distintas sino, en ocasiones, contrarias. La fuerza del Estado es una, pero es ejercida de distintas maneras a través de las tres ramas del Poder Público. Por lo tanto, no puede haber confusión en sus funciones y, menos aún, en las normas de conducta que corresponden a su competencia y a los medios represivos que le son atribuidos. Al menos deberán existir ciertos límites con respecto al campo penal, dado los intereses particulares que están involucrados en su ejercicio; situación muy distinta se presenta en el campo administrativo, en el cual sus normas obedecen a criterios de seguridad y son de creación política.

Tanto BECCARIA COMO CARRARA²⁶, en sus respectivas obras, se refieren al porte ilegal de armas, conducta que en la historia del derecho penal ha sido variada constantemente por el legislador: cuando quiere penalizarlo lo convierte en delito, y cuando piensa que el peligro pasa lo vuelve nuevamente a contravención. Ambos autores son enfáticos al afirmar que esta conducta es una típica contravención

²⁴ CARRARA, *Programa...*, ed. cit., vol. I, págs. 23 a 25.

²⁵ *Ibidem*, págs. 23 a 25.

²⁶ *Ibidem*, vol. VII, págs. 66-67. CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 76.

que no debe ser delito. Según CARRARA, el legislador puede castigar con igual fuerza un delito que una contravención, pero no puede hacer que un delito se vuelva transgresión ni que esta se convierta en delito, pues el accidente externo de la pena no podrá cambiar la naturaleza ni las características esenciales de los hechos. El porte ilegal de armas es una desobediencia a la orden administrativa de tramitar y obtener un salvoconducto para portarla, licencia que, supuestamente, elimina el peligro en quien la lleve. Según BECCARIA, la sanción de esta conducta solo ha servido para castigar a quienes las tienen inocentemente por colección, diversión o defensa personal, pero jamás ha servido para evitar que los criminales las porten y las usen, además de que, generalmente, los bandoleros son los que cumplen los requisitos administrativos.

Por consiguiente, es posible afirmar que hay hechos de naturaleza administrativa claramente diferenciables de hechos de naturaleza penal, y que ambos son punibles; pero no por esta razón los primeros entran en el ámbito penal.

C) *¿De dónde surge la igualdad de los elementos estructurales entre delitos y contravenciones?*

Se presenta cuando ambos son considerados por nuestro estatuto penal como hechos punibles con iguales elementos y características, lo que convierte a los delitos y a las contravenciones en hechos punibles.

Esta confusa situación no se dio ni en Italia ni en Francia, países donde surgieron las distintas clasificaciones de los ilícitos, porque no se negó la naturaleza administrativa de las contravenciones, ni se les otorgó características penales. (En Francia el cuerpo denominado “Policía” dependía de los magistrados y aquí pudo darse la confusión, pero en Colombia depende de la rama ejecutiva y cumple funciones administrativas).

Pero lo que ha sido definitivo para prolongar la confusión que hoy se vive es la falta de una técnica legislativa apropiada, falla que, unida al intervencionismo del Estado —el que ha aumentado en los últimos tiempos en casi todos los países en aras del bien social—, ha llevado a los legisladores a considerar, con su propio criterio, que conductas de peligro que no causan un daño real ni lesionan derechos particulares, deben ser delitos; y que conductas que fueron delitos y lesionan intereses particulares pasen a ser contravenciones, por ser consideradas menos graves.

De esta actitud, que ya se volvió costumbre, surge también la tendencia de varios de los autores nacionales y extranjeros contemporáneos citados, según la cual no es posible trazar una línea divisoria entre ambos ilícitos aceptando que tienen los mismos elementos objetivos y subjetivos, con el argumento de que hay contravenciones que dañan derechos subjetivos o bienes jurídicos que no se adecuan a tipos delictuales, y que hay delitos que tutelan un interés administrativo o gubernativo; y que el derecho contravencional es verdadero derecho penal, porque así lo ha dispuesto la ley vigente, lo que no admite discusión.

Entonces, pese a que puede decirse que los dos estatutos que reúnen los hechos punibles son de naturaleza distinta, es indiscutible que resulta confusa su distinción, o por lo menos así lo han hecho; pero, ¿será correcta la posición asumida?

Ninguno de estos autores se ha preguntado por qué razón, si las contravenciones de policía son ilícitos penales, su competencia está asignada a los funcionarios de policía.

Además, por más argumentos teóricos que se expongan, la realidad es que conductas como dejar transitar animales en la vía pública, vender bebidas alcohólicas sin autorización, efectuar bailes públicos sin licencia, cambiar la forma exterior o el color de un vehículo sin permiso, ejercer la medicina sin licencia —todas contravenciones *comunes o especiales*—, son equiparables a cualquier falta o transgresión administrativa, de las que los autores tratan de diferenciar las contravenciones, porque tienen las mismas características y sería absurdo analizar la culpabilidad de estas conductas como si fueran delitos, puesto el elemento intencional en estas contravenciones no tiene la misma dimensión del elemento intencional del delito.

En conclusión, hay conductas delictuales y conductas contravencionales que pueden delimitarse claramente. Las primeras porque causan un daño a un interés particular o bien jurídico tutelado por la ley; las segundas surgen del incumplimiento a reglamentos de las distintas actividades sociales, o de la violación de trámites administrativos, todos los cuales deberán estar expresos y ser conocidos por todos los ciudadanos.

Por lo tanto, es evidente que hay contravenciones de policía que son de naturaleza administrativa y no pueden tenerse como ilícitos penales; y que hay delitos que siempre lo serán, y no podrán ser convertidos en contravenciones por la simple voluntad del legislador. Pero resulta, también, que es verdad que hay algunos ilícitos que los legisladores han introducido indistintamente en uno u otro estatuto pretextando la conveniencia social y pública, que la doctrina ha terminado por aceptar, pero que son difíciles de diferenciar por las características del perjuicio causado o del peligro futuro que crean.

El problema, entonces, está en si debe aceptarse que hay un tipo de normas distintas de las aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia y que no pueden ser diferenciadas, las cuales los legisladores tienen libertad para introducir o excluir de un estatuto sin límite ninguno. Pienso que existen pero que no debe aceptarse la imposibilidad de su diferenciación.

D) La culpabilidad en las contravenciones

Sobre el particular opinaba CARRARA:

“Es delito aquel hecho que puede ser castigado si en él concurren dolo o daño efectivo unidos a la culpa; y son contravenciones aquellos hechos que pueden y deben ser castigados por el temor de un peligro, aunque no concurren en ellos ni dolo, ni daño”²⁷.

Ejercer la mendicidad, bloquear una vía, manejar en contravía, portar armas y muchas otras conductas contravencionales especiales y comunes no deben ser delitos nunca, porque en ellas la intención no tiene ninguna importancia para la

²⁷ CARRARA, *Programa...*, ed. cit., vol. VIII, pág. 142.

sanción, pues solo adquiere importancia el hecho material. El hacer esta afirmación no significa que se esté negando el análisis de los aspectos subjetivos del agente y de ciertas causales de justificación o de inculpabilidad, examen que deberá realizar siempre quien vaya a decidir si castiga o no una determinada falta: pero lo que sí se ve claro es lo innecesario o inútil de buscar el dolo y la culpa (solo como agravante o atenuante) para sancionar una contravención, lo que sí es indispensable para el delito. Porque, además, es inútil calcular el grado de la imprudencia: basta el hecho para que sea digna de sanción y se exige un criterio de prudencia, y no de justicia, como en el derecho penal.

E) Naturaleza de las sanciones

Como se anticipó, las sanciones penales (penas) son diferentes de las medidas para proteger la seguridad de la comunidad. Por esta razón a las primeras se les llama *penas*, y a las segundas *medidas correctivas*.

Como no se puede negar al legislador la potestad de castigar un hecho en razón de un peligro posible en el que no hay daño ni mala intención, tampoco hay duda de que deben existir unos límites para que le sea dado a ese hecho el nombre de delito, cuando no es ni podrá ser sino una transgresión.

El Código de Policía tiene sus propias medidas correctivas para las contravenciones de su competencia, y si el legislador quiere reprimir estas contravenciones con sanciones más fuertes puede hacerlo dada la mutabilidad connatural de las leyes de policía, que dependen de los cambios de las costumbres y las condiciones de un pueblo, pero no por esta razón las convierte en delitos, y tampoco podrá olvidar —al establecer el sistema sancionatorio— que, por la función que cumple la policía, sus medidas son de naturaleza correccional, deben ser específicas y sustentar una finalidad esencialmente preventiva que busque ante todo la educación de los ciudadanos y prevenga conductas que atenten contra la seguridad, la tranquilidad, la salubridad, la moralidad y el ornato públicos.

El tema de las medidas y de las penas es muy especializado y no intento tratarlo en este punto, pero sí quiero dejar claro que no se puede utilizar el criterio de la pena para diferenciar las infracciones porque no es útil, y, por el contrario, es dañino y fuente de manifiestas injusticias que no pueden ser aceptadas ni toleradas en un ordenamiento jurídico especial.

4. DIFERENCIAS ENTRE DELITOS Y CONTRAVENCIONES

A) Qué se entiende por delitos, contravenciones penales y contravenciones administrativas

A la luz de lo analizado en los acápites precedentes, es indudable que existen dos clases de contravenciones: unas que corresponden al campo administrativo y cuya denominación más acertada sería la de *faltas* o *transgresiones* (campo en el cual están comprendidas las de competencia de los funcionarios de policía), y otras que invaden el campo penal y que deben denominarse *contravenciones penales*,

nombre que algunos autores, con toda razón, les asignaron a las contravenciones especiales, y que equivocadamente son de competencia de los funcionarios de policía.

Por "contravención penal" se entendería, entonces, aquel hecho punible con idénticas características estructurales del delito que, a diferencia de este, no lesiona un interés jurídico sino que genera un peligro grave atentatorio de un bien público y el cual debe hacer parte del ámbito penal porque su juzgamiento y sanción no tiene un carácter preventivo sino punitivo. Debe ser así porque en el ejercicio de esta acción se pueden vulnerar garantías individuales que solo el derecho penal protege por los postulados filosóficos que lo guían. Estas normas describirían y sancionarían conductas que pongan en peligro bienes tan importantes como la salud pública, la economía, el ejercicio del comercio; algunas de las cuales ya han sido elevadas a delitos por el legislador, alegando su gravedad social; y su competencia estaría asignada a las autoridades judiciales con un procedimiento que asegure la protección de las garantías de todas las partes que en él actúan, en razón de los derechos que puedan ser vulnerados.

Las contravenciones penales harían parte de un capítulo o libro que cambiaría con más regularidad que el de los delitos, pues su existencia y naturaleza están determinadas por el bien y la utilidad públicos.

El resto de contravenciones no incluidas por el legislador como penales, las que se originan en la desobediencia de reglas sociales y que constituyen una previsión fundada en un mal futuro o en el orden social, se quedaría en el ámbito administrativo; algunas de competencia de las autoridades de policía y con los procedimientos que les corresponden, caracterizados por la prontitud y eficacia de sus decisiones, a diferencia de los procedimientos penales limitados por unas formalidades determinadas.

Las conductas en que exista alguna agresión real contra el derecho ajeno, o se haya causado un daño, o corrido algún perjuicio real al derecho de alguien, serán siempre *delitos*; y si el legislador quiere descriminalizarlas, no deberá hacerlo introduciéndolas en el ámbito contravencional, sino cambiando o graduando las sanciones que corresponden a los delitos, según su gravedad. Y si, por el contrario, lo que el legislador busca es convertir una conducta en delito graduando la gravedad de la conducta no por la entidad del bien jurídico lesionado sino por su peligrosidad, le estará otorgando al derecho penal una función y un interés que no le corresponden.

La gravedad de un daño potencial no puede ser criterio para convertir una contravención en delito, y si el legislador quiere castigar y dar otra entidad a ciertas contravenciones por el peligro social que encierran, debe clasificarlas como *contravenciones penales*, para que sean *juzgadas por tribunales de justicia*.

La inclusión de estos tipos contravencionales en el Código Penal como delitos sirve, ante todo, a los políticos para decir que han hecho algo por solucionar los problemas más urgentes, para intimidar con el rigor penal, sustituyendo con normas la acción de la Administración, y la inversión en programas de recuperación o educación de la comunidad (caso de la droga).

Es necesario aclarar que no pretendo que el derecho penal deba ser un conjunto de principios nomológicos inmutables para todos los tiempos, como lo pretendieron los jusnaturalistas. Por el contrario, creo que no se ha podido buscar un equilibrio en nuestra sociedad porque no se han tipificado como delitos conductas que son verdaderamente graves y dañinas para intereses particulares y colectivos de la gran mayoría de la comunidad. Pero para buscar esta justa armonía no se puede poner en peligro el equilibrio que debe tener todo Estado, en las acciones y en las medidas, para regular las conductas sociales en el respeto por el ámbito de cada derecho, o sea la búsqueda de un control y una defensa social compatibles con la mayor libertad que pueda darse al individuo.

B) *La culpabilidad*

Cuando insisto en que las contravenciones de policía deben ser tratadas como ilícitos no penales y que se pueden distinguir de los delitos y de las denominadas "contravenciones penales", no pretendo predicar la responsabilidad objetiva para este tipo de infracciones, puesto que toda actuación del Estado debe estar referida al hombre, único destinatario válido de las normas jurídicas.

La culpabilidad en las contravenciones de policía no puede ser examinada con las reglas del Código Penal sino con las del derecho administrativo, así como tampoco la gravedad del daño o del peligro, puesto que están condicionadas a la obediencia de unas reglas administrativas. Esto significa que debe hacerse un análisis subjetivo de la responsabilidad de acuerdo con el derecho administrativo y tal como lo dispone el Código Nacional de Policía en el art. 185: "Todo el que haya realizado contravenciones de policía será responsable, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad competente y enajenación mental".

Las contravenciones penales se distinguirán de los delitos en el análisis de la culpabilidad porque en todos los casos, sin excepción, serán dolosas o culposas y porque no causan daño o perjuicio a un derecho particular.

Es importante anotar que CARRARA distingue en los delitos una clase que denomina "delitos correccionales", los cuales exigen para ser imputados en contra de alguien, dolo y daño; y los contraponen totalmente a las denominadas contravenciones o transgresiones.

Queda entonces claro que el principio de culpabilidad es prioritario en todo juicio de responsabilidad; pero varían sus formas y su alcance según la naturaleza del derecho que se protege.

C) *Función penal y función de policía*

Se dice que la función penal es la justicia, y que la función de policía es la seguridad. La pregunta sería si justicia y seguridad se complementan, o si son contrarias. Respondida esta pregunta, entonces —creo yo— se podría llegar a aceptar o no aceptar la introducción de ciertas reglas de conducta en uno u otro campo del derecho.

La palabra "justicia" se utiliza en este caso para caracterizar las decisiones tomadas por los funcionarios jurisdiccionales a la luz de determinadas reglas. ALF Ross dice:

“El poder político es el que es ejercido mediante la técnica del Derecho, o sea, mediante el aparato del Estado”²⁸.

Para él, el derecho es instrumento de poder; y el poder no es algo que está detrás del derecho sino que funciona por medio de él.

Finalmente, son el temor y el respeto de quienes están sometidos los que hacen posibles las relaciones político-jurídicas. Las normas del derecho están sancionadas por la fuerza, pero esta es ejercida de distinta forma por las distintas ramas del Poder Público.

Las regulaciones penales son distintas de las regulaciones para la seguridad de la comunidad, como distintas son también de las normas fiscales. Porque las normas penales establecen normas de conducta que apuntan a los particulares para proteger, según Ross, por ejemplo: la propiedad, el honor, la vida y la libertad; está en juego un interés público tan grande, que la potestad para iniciar los procedimientos no puede estar librada sino a las autoridades jurisdiccionales.

El derecho penal es un derecho público, pero su carácter es diferente del de las reglas que gobiernan la organización del poder del Estado. El derecho administrativo comprende las reglas que ordenan la protección social, el trabajo, la alimentación, la importación y la exportación, los precios, el tránsito, los caminos, la vivienda, la salud, el sistema de pesas y medidas, etc. En estos casos la acción de las personas no está determinada inmediatamente por la ley, sino mediante un acto administrativo concreto, en forma de permiso, licencia, dispensa, autorización y prohibición. Ross dice:

“Es así como estas cuestiones de la vida de la comunidad llevan la marca de una sanción unilateral de Derecho por parte del Estado, concreta y revestida de autoridad, en abierta oposición con las reglas que nacen de la autonomía de los particulares”²⁹.

La seguridad busca ante todo la protección de los individuos por el bien público y requiere, también, de normas y decisiones basadas en un principio de igualdad.

Por consiguiente me atrevería a opinar que la justicia y la seguridad son exigencias de todo derecho positivo, pero que la justicia está íntimamente ligada a la administración de justicia por la repercusión social y la importancia individual que tienen sus decisiones, y en este punto se opone completamente a decisiones que se toman pensando en la seguridad, porque el derecho penal representa la máxima intromisión del Estado en la esfera de la libertad del individuo, y si se supedita a la seguridad puede ser desviado de su función y de sus fines, como ya ha ocurrido.

Por el contrario, en la Administración Pública los funcionarios actúan basados en reglas de conducta destinadas a proteger el orden y la seguridad, y sus decisiones deberán ser justas porque deben seguir las reglas generales del derecho administrativo.

En el primer caso, justicia y seguridad se oponen. En el segundo, se complementan.

²⁸ ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Edit. Universitaria, págs. 21 y 220.

²⁹ *Ibidem*.

De todas maneras, es —también— cierto que cada vez existen nuevas expectativas sociales y que ha aumentado la intervención del Estado en casi todos los países y, por consiguiente, es frecuente el aumento de las disposiciones que restringen la libertad de los ciudadanos.

Por estas razones es por lo que no puede despreciarse la problemática que nos plantea la falta de una definición apropiada de los hechos punibles, y el error de otorgarles iguales características.

En conclusión, si bien debemos entender que en una sociedad avanzada el Estado debe intervenir por el bien de todos para lograr la justicia social, y por consiguiente debe agravar y sancionar conductas que nunca antes fueron delitos, no por ello debe aceptarse que sean violados campos bien delimitados del derecho, ni permitirse que todos los hechos punibles puedan cambiar libremente de un grupo a otro de la división de delitos y contravenciones, siendo el uno de naturaleza penal y el otro de la administrativa, tal como fue entendido inicialmente.

Las normas y reglas con que se gobierna a las personas deben ser precisas y claras, a fin de que la idea de robustecer el Estado no vaya a disminuir las garantías individuales, fundamento del bien común.

La policía de todos los países obra arbitrariamente pretextando ‘estados peligrosos’; por esta razón la acción de la policía deberá especializarse, asignándole unas funciones claras mediante reglas de conducta precisas que preserven la tranquilidad y la seguridad públicas y que no toquen el límite donde empieza lo penal, y con un sistema de sanciones netamente administrativas, por la naturaleza de estas transgresiones, y al que se llega por medio de un procedimiento pronto y eficaz. Para su ejercicio requiere de un reglamento propio, elaborado sobre funciones precisas —no múltiples—, que prevenga los conflictos y responda a la necesidad de protección que tiene la comunidad.

Los funcionarios de policía no deben juzgar conductas que constituyan hechos punibles; solo vigilar que las normas impuestas por la ley y los reglamentos sean cumplidas. En consecuencia, es necesario exigir al legislador que efectúe investigaciones antes de expedir normas, y que tenga un rigor científico para ubicarlas. Así mismo, que otorgue las atribuciones y las competencias de acuerdo con la naturaleza de los intereses que dichas conductas sociales afecten. De no ser así, habrá descrédito y menosprecio de la actividad de la justicia ante la conciencia pública, como ya ha pasado.

Si se piensa en la reforma de la justicia, debe buscarse que los ciudadanos crean nuevamente en ella; que haya tribunales de justicia que resuelvan los problemas delictuales de cierta monta con mayor agilidad, y que a sus funcionarios se les de la posibilidad de conciliar y juzgar por equidad. Para que esto sea posible se requiere que tales funcionarios se acerquen a la comunidad y a sus problemas, resuelvan sus conflictos diarios y comunes con procedimientos ágiles, en presencia de los interesados y con soluciones y sanciones que beneficien a todos, en especial a las partes.

Si se trata de mejorar la justicia, y no solamente de descongestionar los despachos judiciales, para lograr ese cambio es más fácil preparar jueces que inspectores de policía, a los que se les han señalado excesivas funciones y quienes deben, más bien, ocuparse de la prevención de las conductas atentatorias de la seguridad y de la tranquilidad públicas.

EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO EN EL ACCESO CARNAL ABUSIVO

*Miguel Ángel Pedraza Jaimes **

I. OBJETO DE ESTUDIO

No pocos son los casos que se encuentran en la “praxis judicial” acerca de relaciones sexuales sostenidas por hombres con mujeres menores de catorce años, en las cuales estas prestan su consentimiento, aceptan el trato erótico e incluso proclaman un sentimiento de “amor” capaz, pues, de iniciarlas en el sexo con su pareja. Tampoco han sido escasas las reacciones doctrinarias sobre este intrincado asunto que trasciende al mundo de lo jurídico, ni mucho menos se ha quedado atrás la providencia del funcionario judicial para apuntalar la mejor exégesis a la fórmula delictual del “acceso carnal abusivo con menor de catorce años” en asuntos en los que la presunta víctima consciente la relación.

La polémica en realidad ha resultado bien interesante cuando el intérprete sobrepasa la estructura formal de la norma penal —art. 303 del C.P.— y se interna, sin temor y sin antojo propio, en la verdad de la situación fáctica con todo y sus consecuencias sociojurídicas, es decir, en la personalidad del sujeto agente y su intención de infringir la ley, en la presunción de incapacidad e inmadurez sexual en el sujeto pasivo del comportamiento, en el entorno social en el que se desenvuelven los actuantes del contacto carnal y, obviamente, en la querencia y aceptación de ambos para copular conociendo o no el hombre la edad de su joven amante.

Intentar apenas de amañó una interpretación exegética y literal del texto legal, daría pues para solo atender al hecho del acceso carnal

* Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

y a la edad cronológica de la "víctima", siendo entonces esta una primera y dijéramos que casi que facilista hermenéutica normativa. Pero adentrarse el intérprete en el mundo de lo real y no en el triste, y formalmente legal, y trasegar por el vasto estadio de la sexualidad humana, el desarrollo biosíquico de hombres y mujeres, la capacidad de concepción, el despertar de la libido, la madurez para el sostenimiento de tratos en efecto libidinosos, y la voluntad de los copulantes, conduce a estudiar mucho más a fondo el asunto, y sobre todo a reflexionar con óptima *sindéresis* en la decisión jurídica que implica tan singular episodio, con todas las consecuencias que este acarrearía en cualquiera de las categorías del tríptico "tipicidad-antijuridicidad y culpabilidad".

Por pura cuestión de método, el presente estudio, a pesar de las limitaciones que de la misma temática devienen, abordará en principio la presentación de los supuestos teóricos que informan la materia del delito sexual abusivo o "de los actos sexuales abusivos" —como el Código los denomina—, para después formular planteos de solución a los diversos problemas jurídicos que habrían de generarse en cada una de las categorías del hecho punible dentro del conocido esquema clásico y el ahora renombrado finalista. Al tanto con la formulación de problemas y su consecuente respuesta, con ello se destaca la doctrina y la jurisprudencia conocida al respecto, y se precisa pues, con proclama de *jure condendo*, por la más sana interpretación adecuables al asunto del acceso carnal con persona menor de catorce años cuando esta da el sí, consiente, recibe y acepta el hecho mismo de la relación carnal, y el agente no actúa con proclividad delincuencial.

2. LOS MENORES Y EL DELITO SEXUAL (TESIS DE LA "SEGURIDAD SEXUAL DE LOS IMPÚBERES")

La mayoría de las legislaciones penales modernas y gran parte de la doctrina de derecho punitivo comparado, al tratar el tema de los actos sexuales abusivos refieren el trato carnal con personas menores de una cierta edad y destacan así mismo las relaciones impúdicas con sujetos en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir. En las primeras siempre ubican el delito de "acceso carnal abusivo con un menor" que, lejos de estar afectado mental o físicamente, se entiende que se trata de una persona bien dotada en sus aspectos psíquicos y fisiológicos.

Se encarga entonces la legislación penal de reprimir aquellas conductas humanas de contenido erótico que se ejecutan en el cuerpo de un menor de cierta edad, y sobre todo de sancionar el acceso carnal con este, en particular partiendo de la presunción de que dicho menor no está en capacidad de consentir aún relaciones libidinosas y que su madurez frente al sexo todavía no ha alcanzado un grado estable de expresión externa que le posibilite un pleno consentimiento. A la sazón, se detiene el legislador en la observancia de la edad de la víctima de un delito sexual, en algunos códigos menor de doce años y en otros menor de catorce, para significar que es digna de tutela la "seguridad sexual" de estos menores y digno de reproche penal el comportamiento de quien sostiene relación carnal con un menor

de tal edad por no ser este sujeto capaz de otorgar un consentimiento válido debido a su propia inmadurez sexual.

Entre nosotros, la tesis de la "seguridad sexual" de los impúberes fue propuesta por el profesor BARRERA DOMÍNGUEZ, haciendo gala de una nueva concepción sobre el alcance del bien jurídico que regula los intereses sexuales de las personas, y siempre propendiendo a la defensa de los menores de catorce años como sujetos incapaces de recepcionar voluntariamente experiencias sexuales y de prestar consentimiento válido a la hora del ayuntamiento carnal. De manera sencilla, el autor citado explica su teoría de la "seguridad sexual" de los impúberes, proponiéndola "como objetividad jurídica en aquellas relaciones eróticas que se cumpla con personas que no han llegado a la expresión sexual externa. Con este planteamiento, se busca no solamente que se mencione ese interés jurídico de la «seguridad sexual» en la denominación del título, sino que se reúnan en un solo capítulo, bajo el rubro de la corrupción de menores, las conductas punibles traídas en el capítulo sobre «actos sexuales abusivos», en los artículos 303 y 305, como delitos de pelibro en la evolución normal de la sexualidad hacia la función de procrear, la que puede resultar desviada en el quantum de erotismo o en fijaciones desviadas de la apetencia erótica, originadas en trato libidinoso prematuro, por la incapacidad del impúber para responder adecuadamente al requerimiento sexual"¹. En síntesis, con la proposición de dicha tesis destaca el autor el menoscabo a la "seguridad sexual" cuando se cumple la cópula en una persona menor de catorce años y enfatiza en la falta de capacidad psicofisiológica de esta para ser sujeto perceptivo de relaciones sexuales, las cuales, de llevarse a cabo, considera habrán de repercutir desfavorablemente en el normal desarrollo de su función erótica.

Se concluye, en consecuencia, que el sustento real en que se soporta la defensa hacia el sexo de los impúberes no es otro que el consistente en el razonamiento de presumir de derecho la incapacidad erótica y la incapacidad de consentir de la persona menor de catorce años, y en esa virtud se demanda mayor protección punitiva e incluso severos castigos para quienes sostengan trato libidinoso con esas personas, pues el postrero desarrollo de su sexualidad quedaría en entredicho y profundas desviaciones en las fijaciones del sexo acabarían por trastornar el erotismo de tales menores.

Importante es significar que al prohibirse la tesis de BARRERA DOMÍNGUEZ, en férrea defensa al sexo de los menores, lo que sigue para el intérprete, es aceptar que el art. 303 del C.P., sobre el delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años", consagra una presunción de derecho acerca de la edad de la víctima, en consideración a la cual, entonces, resultaría inadmisibles aceptar el trato erótico con los menores de la edad citada por la norma, a tiempo que se reputaría típica la conducta del sujeto que ejerció dicho trato. Ello, fundamentándonos en la idea de que la presunción de derecho no admite prueba contraria y que, por

¹ HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos sexuales*, 2ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1987.

EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO EN EL ACCESO CARNAL ABUSIVO

ende, la hermenéutica de la norma sobre la base de la "seguridad sexual" no resistiría el pensar que una mujer de menos de catorce años pueda tener las condiciones psicofísicas de madurez necesarias para ser sujeto de relaciones sexuales a partir de su libre albedrío.

En el mismo sentido del citado maestro nacional, aunque sin hacer alusión a la "seguridad sexual" de los impúberes, profesores extranjeros como FONTÁN BALESTRA² y MAGGIORE³ refieren igualmente la presunción de derecho que traen consigo las normas tendentes a proteger el sexo de los menores de cierta edad —de doce o de catorce años, según la legislación comentada—, y en tal exégesis concluyen que "lo que la ley penal presume es la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico del acto" por parte de los menores, quienes en tal virtud poseen una voluntad que siempre habrá de estar viciada por razón de la inmadurez y de la falta de capacidad para otorgar consentimiento u oponer disenso en tránsito al concúbito.

3. EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER MENOR DE CATORCE AÑOS Y LA PRESUNCIÓN DE INCAPACIDAD SEXUAL

El estudio precedente toma fuerza y la polémica jurídica se aviva cuando en razón de un hecho concreto de acceso carnal entre un varón y una mujer menor de catorce años, esta da su consentimiento y decide, sin presiones, someterse al contacto y a la relación sexual. Nadie la coacciona, menos el hombre; apenas ella por su propia voluntad decide obrar así y consentir el ayuntamiento, puede que animada por el primigenio despertar de un sentimiento de amor, ora porque su desarrollo físico reclama el ejercicio de facultades eróticas en vía de desarrollo.

Anótese aquí, entonces y por ahora, que si bien algunos tipos penales exigen para su estructuración la concreción del disentimiento del sujeto pasivo en contraposición a la propia conducta ilícita del sujeto agente, otros, como los tipos penales que describen figuras delictuales consistentes en actos sexuales abusivos, no lo exigen, y solo apenas se considera tácitamente incorporado a la descripción, partiendo del supuesto de que por tratarse de una conducta eminentemente dolosa el actor obra con la intención de dañar, y la víctima, por su menor edad o por su inconsciencia o su trastorno, no tiene capacidad para aceptar o rechazar la propuesta erótica.

En el caso del delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años", el legislador penal partió de la hipótesis que considera incapaces a los menores de catorce años para llevar a cabo o sostener relaciones sexuales, y tomó como inadmisibles y a la vez reprochables el contacto carnal con tales sujetos menores por no ser ellos virtualmente conocedores de su instinto sexual y por no estar en capacidad de dar consentimiento o negarlo para la realización del acceso. Así lo

² CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, parte especial, t. V, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1969, pág. 86.

³ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, parte especial, vol. IV, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 131.

han entendido por lo menos entre nosotros, PACHECO OSORIO⁴, BARRERA DOMÍNGUEZ⁵, e incluso MARTÍNEZ ZÚÑIGA⁶, siempre presumiendo de derecho que una menor de catorce años no está en condiciones normales de sostener relaciones sexuales por su escaso desarrollo psicofísico y por su propia inmadurez, amén de que tal eventualidad —de llevarse a cabo— revierte en contra de la futura función de su sexualidad.

En este punto concreto es donde debe detenerse cualquier doctrina para discutir si el precepto del art. 303 del Código Penal consagra una presunción legal o una presunción de derecho en relación con la edad y con el consentimiento del sujeto pasivo del comportamiento, menor de catorce años. Ya se superó aquella polémica de que se está en presencia de una violencia sexual presunta, como fue la interpretación del art. 316, inciso 2º de la precedente legislación punitiva, y ahora a lo que se atiende es a descifrar si tal consentimiento presuntamente viciado de los menores en relación con el texto admite o no la prueba contraria frente al presunto vicio y lo hace, por tanto, válido y posible.

Se resalta aquí, en consecuencia, que las presunciones en materia jurídica pueden ser absolutas o de derecho, y relativas o legales. Las primeras no admiten prueba en contrario y el hecho por probar se da por conocido; las segundas admiten la prueba contraria del hecho conocido, es decir, que en ellas se permite probar la no existencia del hecho que legalmente se presume. Ambas, presunciones de derecho y presunciones legales, tienen su fuente normativa en el art. 66 del C.C.; finalmente, de la exégesis de dicha norma privatista es preciso colegir lo siguiente: a) para la existencia de presunción legal basta que el texto legal determine los antecedentes o circunstancias que dan motivo a esta, sin necesidad de que la norma en sí haga referencia a la existencia de una presunción legal; b) para que exista presunción absoluta o de derecho debe ella enunciarse en el mismo texto normativo, y c) las presunciones legales admiten prueba en contrario y las de derecho no, reputándose en tal sentido irrefragables.

En ese orden de ideas, atendiendo a la mejor hermenéutica del citado art. 66 de la legislación civil nacional, importa concluir que la norma del art. 303 del C.P. contiene una presunción legal respecto de la incapacidad de consentimiento de la persona menor de catorce años, puesto que, de un lado, estableció por lo menos las circunstancias que dan motivo a la presunción (edad de la víctima y dolo del tipo penal), y de otro, en parte alguna del texto destacó la existencia de una presunción de derecho, o lo que es lo mismo, la presencia de enunciados legales que rechacen expresamente la prueba contraria de la presunción. Entonces,

⁴ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1970, pág. 308.

⁵ BARRERA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pág. 162.

⁶ LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, *Derecho penal sexual*, Bogotá, Edit. Temis, pp. 272, 276, 278. Este autor (Martínez Zúñiga) trabaja la hipótesis de la presunción de derecho y también la de que el legislador (del 36) lo que hizo fue consagrar una "ficción legal" en relación con la edad de la víctima y su incapacidad de discernimiento.

en el sentido de la interpretación de la ley, la presunción de que trata el art. 303 citado sobre la incapacidad para consentir y discernir e inmadurez sexual del sujeto pasivo de la conducta, insistimos, es legal, y, en tal virtud, admite la prueba contraria, la cual, por ende, abandonando el campo de lo estrictamente jurídico, dice tener relación con las condiciones físicas, psíquicas y culturales de la persona que soporta el hecho del trato erótico o del acceso carnal.

Por todo ello, en contra de lo ya referido por autores nacionales como PACHECO OSORIO y BARRERA DOMÍNGUEZ, y por extranjeros como FONTÁN BALESTRAY MAGGIORE, que pregonan en el acceso carnal con menores la existencia de una presunción que no admite prueba en contrario por la edad misma de la víctima, disímil es el resultado jurídico cuando no se presume de derecho la incapacidad, la inmadurez o la inexperiencia del menor y, por el contrario, con sumo realismo se le otorga un mínimo de participación activa en la vida cotidiana, considerando por tanto que en esa persona menor de catorce años no está totalmente viciada su voluntad en punto de la aceptación del trato sexual, y que tampoco alguien es maduro o inmaduro tan solo por el automático transcurso del tiempo. De presumirse legalmente, entonces, la incapacidad para consentir, la inmadurez para otorgar consentimiento o la inexperiencia para sostener la relación, son de recibo las tesis que revisan la edad psicológica de la víctima; o, de análoga manera, las que tienen en cuenta factores sociológicos en el desarrollo de los menores, la evolución de su sexualidad sin ataduras rígidas a patrones psicológicos, y el medio en que aquellos menores se desenvuelven y llevan a cabo procesos de interacción y relaciones de convivencia con otros semejantes. Esta última visión da para hacer progresista y finalista el sentido de la ley, para invocar una interpretación más allá del simple tenor normativo y para conjugar el espíritu legal con la evolución de la vida en sociedad e incluso con factores científicos.

4. SOLUCIONES PLANTEADAS AL CONFLICTO

En el esquema de la teoría general del hecho punible y atendiendo al tríptico estructural de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son varias las soluciones que pueden acercarse a la mejor interpretación de la norma del art. 303 del C.P., en punto del problema jurídico que surge con ocasión del acceso carnal sobre una persona (mujer) menor de catorce años cuando esta presta su consentimiento y el sujeto agente realiza el hecho con ánimo absolutamente diferente del de delinquir, acaso que lo hace satisfaciendo su deseo sexual.

Así, téngase en cuenta que algunos ya han propuesto como tesis la de reputar atípica la conducta del actor al contar mejor la edad psicológica que la cronológica, admitiendo la ausencia de cualificación en el sujeto pasivo, y que otros, además, de su parte han insinuado la falta de antijuridicidad del comportamiento por considerar que este no lesiona el interés jurídico de la libertad y el pudor sexuales tutelado por la ley. De análoga manera, tampoco se descartan los análisis de inculpabilidad de la conducta, ya por error sobre el tipo, ora por ausencia de dolo, teniendo

en cuenta que el agente actúa, verbigracia, desconociendo la edad de la víctima o sin voluntad de causar daño o agravio en el sujeto pasivo del comportamiento.

Los anteriores planteos han tenido hasta ahora discusión jurisprudencial y alguna también doctrinal, y por ser de sumo interés para adoptar la solución al conflicto, merecen aquí un análisis estructural y crítico con sendas apreciaciones personales, de suerte que permitan alcanzar la sana interpretación de la citada norma punitiva frente a casos similares y conduzcan a la integración verdadera del derecho penal con las relaciones sociales y culturales de los hombres y con el mismo desarrollo natural-evolutivo de las personas. De todo ello se desprende el siguiente estudio:

A) Atipicidad de la conducta

Un conocido pronunciamiento de una sala penal de decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga⁷ enseña en su resumen de relatoría que “la suficiente capacidad de discernimiento de la menor de catorce años habilita su consentimiento para disponer de su cuerpo frente a sus apetencias erótico-sexuales”, destacando considerativamente que la norma del art. 303 del catálogo represor consagra una presunción de carácter legal “en cuanto el legislador establece que las personas menores de 14 años normalmente no tienen capacidad de discernimiento, pero admite que pueden presentarse casos excepcionales en los cuales aún teniendo edad inferior a 14 años, la persona, por razones ambientales, familiares, culturales, puede haber logrado madurez excepcional, que indique en ella capacidad de escogencia y de discernir”.

Sobre esa base conceptual, y apoyado además en un serio estudio acerca de lo que enseña la psicología evolutiva —que lo llevó a concluir que es menester para el juez revisar la edad psicológica por encima de la cronológica—, culminó el Tribunal su pronunciamiento resolviendo el caso “por la vía de la atipicidad penal”, esto es, porque el sujeto pasivo no reunía la cualificación demandada por la norma del citado art. 303.

Como al primer pronto se advierte, con esta tesis se soluciona el problema jurídico en el campo de la tipicidad, de lo que concierne en su estructura a la fórmula típica del “acceso carnal abusivo con menor de catorce años”, y, desprendiéndose el intérprete del simple tenor literal de la disposición, condujo su hermenéutica hacia la revisión de otros factores —sociales, culturales, ambientales y educativos— para dar prevalencia al desarrollo psicológico de la víctima y no al cronológico, lo que de paso da pábulos para justificar la existencia de una presunción legal frente a la supuesta incapacidad para consentir radicada en el sujeto pasivo. Empero, si bien el análisis de la norma así concebida resulta en todo lógico, sano y bien finalista, el problema que se infiere es el de que se supera el marco legal sobre la base de una ficción mas no de una realidad y que, adicionalmente, surge de bulto una situación de error en el sujeto agente sobre “una de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal”, que propiamente una

⁷ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia de marzo 13 de 1986. Magistrado ponente: doctor RODOLFO MANTILLA JÁCOME.

ausencia de cualificación en el sujeto pasivo del comportamiento, cuando este en verdad la tiene por el hecho mismo de ser menor de catorce años.

En casos como el tratado no puede negarse la importancia de la decisión y el notable avance para superar la estructura literal de la norma o el método exegético de interpretación para la misma. Lo que sucede en censura, pues, es el hecho de crear una "realidad" contraria a lo que enseña el hecho fáctico real, es decir, que la víctima, que sí es menor de catorce años y que por tanto reúne la cualificación exigida por la norma, aparezca como si no los tuviera por la circunstancia de su madurez para discernir y otorgar consentimiento. Aquí, entonces, es donde obra la presunción legal acerca de la incapacidad de consentir de la víctima, pero nunca jamás, la disminución de su edad verdadera contrariando el hecho cierto de tratarse de persona menor de catorce años.

Siguiendo con las diversas soluciones que podrían adoptarse en casos como el tratado en precedencia —en el cual el sujeto agente desconoce la edad de su pareja suponiéndola erróneamente mayor de catorce años y la accede carnalmente—, válido resulta el cuestionamiento de la solución por el planteo que alude al error sobre uno de los elementos del tipo objetivo y que, en la medida en que sea invencible, conduce a la declaratoria de atipicidad de la conducta.

En un caso en que el actor del comportamiento quedó inmerso en situación de error, por considerar que la mujer a la que accedió carnalmente tenía más de catorce años porque así se lo dijo ella y así se lo afirmó la progenitora de esta, la Corte Suprema de Justicia⁸, en pronunciamiento reciente, culminó reconociendo en favor del sentenciado la presencia de un error de tipo pero como causal de inculpabilidad de su conducta (art. 40 num. 4° del C.P.), "en cuanto por información recibida de la madre o de la propia ofendida y por la conducta sexual que esta desarrollaba antes, actuó con la convicción errada de que la menor tenía quince años en el momento del ayuntamiento sexual". Es decir que la Corte en su sistemática enseñó como típica y antijurídica la conducta del agente, pero no culpable, habida consideración de dar por estructurada la causal de inculpabilidad que refiere al error sobre el tipo.

No obstante ello, la decisión sería bien distinta si se atiende al esquema de la teoría finalista de la acción y, por ende, al esquema de la teoría de la culpabilidad, destacando en consecuencia que el error de tipo rompe indiscutiblemente con la "congruencia típica" que contienen por naturaleza propia todos los tipos penales dolosos, a expensas tal ruptura del desconocimiento por parte del actor de uno de los elementos del tipo objetivo y, por tanto, en manera alguna puede predicarse armonía en relación con los dos aspectos de la tipicidad, el objetivo (tipo objetivo) y el subjetivo (tipo subjetivo). El error de tipo proveniente de tal incongruencia típica, cuando es invencible, descarta el tipo en sí mismo y, en tal virtud, debe

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Febrero 28 de 1990. Magistrado ponente: doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS.

tenerse como causal de atipicidad de la conducta y no como circunstancia excluyente de la culpabilidad. La doctrina de ZAFFARONI es elocuente en este punto, quien, resolviendo el problema en materia de tipicidad, afirma: "Una conducta será típicamente dolosa cuando se realice la congruencia típica, mas nunca podrá serlo cuando no se produzca. Hay incongruencia típica cuando el sujeto desconoce los elementos del tipo objetivo: es un caso de error. A este error le llamaremos error de tipo, que puede ser vencible o invencible. Es vencible cuando el sujeto, poniendo el cuidado debido, podía salir de él; es invencible cuando ha puesto el cuidado debido y no puede salir de él. Cuando el error de tipo es invencible, la conducta es atípica"⁹.

Así las cosas, si en casos similares al que resolvió la Corte se comprueba que el sujeto agente obró con la convicción errada e invencible de que la mujer con quien sostuvo la relación sexual era mayor de catorce años, la solución más correcta y conveniente será la de declarar atípica la conducta, por la misma afectación del tipo penal en razón del conocimiento erróneo e insuperable de uno de los elementos del tipo objetivo, que para el caso no es otro sino el elemento que refiere al sujeto pasivo cualificado por la edad.

B) La ausencia de antijuridicidad penal

Se reputa la ausencia de antijuridicidad de una conducta cuando ella no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador represor, por aparecer una causa de justificación que torna lícito y permitido lo que de ordinario está prohibido por la ley. Las causas justificativas, como se sabe, excluyen la antijuridicidad el comportamiento y, de análoga manera, eximen de pena al sujeto agente del mismo.

En el estudio del delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años", algunos ya han proclamado la ausencia de antijuridicidad de la conducta por no ser esta violatoria del interés jurídico de la libertad y el pudor sexuales que rotula el título XI del C. P. Así lo clama un pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá¹⁰, al enseñar finalmente que por aceptar la presunta víctima menor de catorce años el trato erótico con otra persona, habiendo perdido de antaño su pudor, no puede entenderse vulnerado un bien jurídico que no se tiene ni se conserva y que, ante todo, es de libre disponibilidad del sujeto al que le pertenece. Sin embargo, destáquese que el caso resuelto por la providencia citada es tan concreto como singular, y que en últimas obedecía a un asunto específico en el cual el sujeto pasivo del actuar era "una mujer con mucho mundo", que ya de antiguo mantenía relaciones sexuales, con su libre discernimiento y en gracia de su propia determinación libidinosa, aun siendo menor de catorce años.

⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en *Nuevo Foro Penal*, N° 16, Bogotá, Temis, 1982, pág. 985. En el mismo sentido, FERNANDO VELÁSQUEZ, "La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales", en *Nuevo Foro Penal*, N° 24, Bogotá, Temis, 1984, pp. 187-208.

¹⁰ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Sentencia de marzo 14 de 1984. Magistrado ponente, doctor RAÚL TRUJILLO CORTÉS.

Pero, dejando atrás lo precedente, en donde mejor encuentra eco la solución sobre la ausencia de antijuridicidad penal para el caso de la conducta (típica) de "acceso carnal abusivo en menor de catorce años", es en la causa objetiva de exclusión del delito que dice tener relación con el "consentimiento del derechohabiente" que, a términos de lo dispuesto en el art. 50 del Código Penal italiano, no hace punible el comportamiento de "quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede disponer válidamente de él".

Sobre el punto, preciso resulta destacar que si bien esta causal de justificación no está comprendida en el art. 29 de la legislación sustantiva nacional, por el contrario, en codificaciones como la italiana, la española y la venezolana aparece dándole alcance de juridicidad a la conducta que se desarrolla en tal sentido y que explica su licitud a partir de la justificante legal. ANTOLISEI, por lo menos, explica dicho consentimiento como causa de exclusión de antijuridicidad con declaraciones de suma claridad conceptual, diciendo: "el hecho responde ciertamente a la hipótesis abstracta de un delito; es decir, se dan todos los presupuestos exigidos por una norma incriminadora especial, pero a causa de la voluntad del titular del bien protegido, la punibilidad desaparece. El consentimiento en estas hipótesis elimina del hecho la nota de la ilicitud penal y constituye una causa de justificación"¹¹. Así, lo que sigue es entrar en el análisis de los elementos del consentimiento del derechohabiente, esto es, en el estudio de los límites de su eficacia y de las condiciones de su validez, para de tal forma adecuar el hecho concreto en el espíritu de la justificante enunciada, pues no basta el mero consentimiento para dar por satisfecha la causal.

El límite para la eficacia del consentimiento está radicado indiscutiblemente en la disponibilidad o no del derecho. Es claro que si el derecho de que se trata es disponible, será entonces posible otorgar disenso o consentimiento; pero si no es un derecho disponible, en manera alguna podrá pensarse en aceptar o consentir una disponibilidad que intrínsecamente no se tiene. GRISPIGNI marca la pauta en la interpretación al señalar que son disponibles "los derechos que el Estado reconoce exclusivamente para garantizar al particular el libre goce de ellos"¹², con lo que queda claro, en tal sentido, que derechos como la seguridad y la fé públicas, y el orden económico y social son derechos indisponibles, pero que los patrimoniales, los de la autonomía personal e incluso los de la libertad y el pudor sexuales son generalmente disponibles, a no ser que con su ejercicio se atente contra la moral o la buenas costumbres. El caso del derecho a la libertad y al pudor sexuales, sin embargo, no del todo ha asumido en la doctrina la condición de disponible —aunque tampoco se reputa su indisponibilidad—, sino más bien se entiende que "el eventual consentimiento del titular no tiene por objeto el abandono de tales

bienes, sino el ejercicio de las naturales facultades inherentes a los correspondientes derechos"¹³. Finalmente, esa disquisición doctrinal también traduce su disponibilidad, y, entonces, siendo, como en realidad lo es, disponible el derecho a la libertad y al pudor sexuales, no puede desconocerse la posibilidad de consentir eficazmente sobre él, ya que se trate de la mera satisfacción de necesidades, o bien que se crea ejercer la libre determinación en el sexo.

De otro lado, en cuanto al estudio de las condiciones para la validez del consentimiento, imperioso se hace examinar su titularidad, la capacidad de su beneficiario y la manifestación y permanencia de su voluntad para consentir. De tal forma, considérese en primer lugar que el sujeto pasivo de la ilicitud sexual es el titular del derecho protegido penalmente y que, por tanto, es la persona en quien recae la facultad para consentir el trato lúbrico; su capacidad en tránsito al consentimiento tiene que ver con la edad, excluyéndose de plano aquellas personas con problemas de trastorno mental o de inmadurez, por absoluta falta de comprensión y discernimiento. La edad del sujeto pasivo, que de bulto es la que toca con la controversia aquí planteada, para el caso de la persona menor de catorce años no la hace *per se* incapaz de otorgar consentimiento u oponer disenso, y, como ya se anotó, tiene que ver con una presunción legal que admite prueba en contrario. Inclusive lo propio es atender al caso concreto materia de análisis y aceptar como de buen recibo la tesis de los que pregonan "que la cuestión hay que resolverla en cada caso particular, examinando si el que da el consentimiento tiene o no el discernimiento necesario para hacerse cargo de la trascendencia de su acto"¹⁴; y, por último, las manifestaciones de voluntad deben dirigirse a la aceptación del hecho por parte de la persona en quien recae, sin vicios de ninguna índole, ni violencia, ni dolo, ni error, y su permanencia es indiscutible, al punto tal que debe mantenerse en el momento mismo de la realización del ayuntamiento.

Quiere decir todo lo anterior que en materia de la validez del consentimiento frente al derecho a la libertad y al pudor sexuales están reunidas de consuno sus condiciones necesarias y que, en ese orden, la juridicidad de la conducta sí es posible predicarla sobre la base del consentimiento del derechohabiente, así se trate, verbigracia, de una menor de catorce años que dispone de su cuerpo y se determina para satisfacer sus primarias pero adelantadas apetencias sexuales.

C) *Inculpabilidad del comportamiento*

Por la vía del aspecto negativo de la culpabilidad del comportamiento también puede resolverse el conflicto planteado sobre el "acceso carnal en menor de catorce años", cuando la persona destinataria de la acción consiente la relación erótica y en asocio de voluntades con el sujeto agente consuman el hecho coital, o, a falta de tal consentimiento, cuando este último ignora por completo la edad de su pareja.

¹¹ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, parte general, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 200.

¹² FILIPPO GRISPIGNI, *El consentimiento del ofendido*, Roma, s.e., 1924, pág. 345.

¹³ ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 203.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 206.

En el sentido planteado las soluciones tienen que ver con el error sobre el tipo como causa legal de inculpabilidad y también con la ausencia de dolo como causa extrapenal que exime la culpabilidad la conducta, siempre y cuando en este último caso se entienda causalmente que el dolo pertenece a la culpabilidad y no a la acción típica —como con fortuna lo señalan los finalistas—. De todos modos, para el caso en que el dolo sea propio de la tipicidad y no de la culpabilidad, la respuesta en el esquema del hecho punible encuentra igualmente adecuación concreta, así no sea por la senda de la inculpabilidad. Veamos pues las tesis propuestas:

a) *Error sobre el tipo*. La legislación penal sustantiva consagra esta figura en el art. 40-4, y la reputa como causal de inculpabilidad para “quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a la descripción legal”. Así, por lo menos, bien puede pensarse que la situación de error, en casos como el del “acceso carnal abusivo en menor de catorce años”, recaiga sobre la edad de la víctima y, por tanto, se exonere al actor del juicio de culpabilidad por ignorancia plena de tal elemento cualificador del sujeto pasivo del comportamiento. La prueba sobre el desconocimiento de tal edad juega papel determinante en la configuración estructural de la causal, y aunque algún autor (MAGGIORE) sostiene “que el culpable no puede invocar nunca la ignorancia de la edad de su víctima cuando esta tiene menos de catorce años”¹⁵, otros, por el contrario, sí admiten tal ignorancia pero en el sentido de que “el agente ha incurrido en error sobre la edad del sujeto pasivo, no debido a negligencia”¹⁶, excluyéndose en tal virtud la culpabilidad de la conducta.

Empero, no sobra destacar que la solución así concebida es de propiedad de la teoría causalista de la acción, que no de la finalista, la cual, como ya se anotó, resuelve el problema en el plano de la tipicidad declarando atípica la conducta por error de tipo invencible en que incurrió el sujeto del comportamiento.

b) *Ausencia de dolo*. Si a términos de lo prevenido en el art. 35 del Código Penal, el dolo es una de las formas de la culpabilidad, claro resultaría significar que su ausencia o su no presencia dentro de las esferas de conocimiento y volición en el sujeto agente, descartaría de plano la culpabilidad bajo el frondaje de la existencia de una causal extrapenal de inculpabilidad. Si no hay dolo que revista el comportamiento integral del agente, no se podría argumentar la culpabilidad de este frente al hecho y en manera alguna podría finiquitarse una sanción penal en su contra.

Ello así contado, sin duda que pertenece al esquema tradicional de la dogmática penal de los clásicos que, como se sabe, al trabajar la teoría del delito sobre la base de las cuatro categorías, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, conciben la acción en el sentido de la voluntariedad y no de la voluntad, y la reputan

como producto de un proceso meramente causal, no final¹⁷. Empero, si se tomara como pauta el argumento *contrario sensu* de los clásicos, lo que procede es entender la acción como “ejercicio de actividad final”¹⁸, y así, hacer corresponder el dolo a la categoría de la acción y, consecuentemente, de la acción típica.

Este último planteamiento de sistemática finalista, en punto de la ausencia de dolo del sujeto agente que ejecuta el acceso carnal sobre una menor con la aquiescencia de esta y sin ánimo delincuencial, claro que degenera en una decisión de atipicidad de la conducta, tanto más en cuanto si la acción requiere esencialmente de dolo este no se escenifica en la conducta del agente, obvio, jamás dispuesto a la delincuencia.

¹⁵ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 132.

¹⁶ BARRERA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pág. 164.

¹⁷ GUILLERMO VILLA ALZATE, “Acción y fundamentos metodológicos del finalismo”, en Revista *Temas Socio-Jurídicos*. Bucaramanga, Centro de Investigaciones UNAB, núm. 15, 1986, pág. 56.

¹⁸ HANS WELZEL, citado por VILLA ALZATE, *ibid.*, pág. 58.

POLÍTICA CRIMINAL

EL CÓDIGO PENAL DE 1980 DESDE EL PUNTO DE VISTA POLÍTICO-CRIMINAL *

Fernando Velásquez V. **

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Crítica del sistema penal*. A. La criminología crítica. B. El Derecho Penal Mínimo. C. El abolicionismo. D. El uso alternativo de derecho. E. El Derecho Penal Liberal. III. *Apuntes críticos sobre el Código Penal de 1980*. A. Críticas generales. 1. Es una legislación importada. 2. Es producto de un pacto bipartidista. 3. Es clasista. 4. No ha sido creado y expedido por el órgano legislativo. 5. Aparece apartado de la realidad. 6. Es válido pero no eficaz. 7. No comprende todas las conductas punibles. 8. Su explicación es excepcional. B. Críticas particulares. 1. Rinde tributo a las difiniciones. 2. Discrimina al describir los tipos penales. 3. Discrimina mediante el interés jurídico tutelado. 4. Aplica de manera desigual la sanción penal. 5. Solo piensa en la pena privativa de libertad. 6. Consagra un sistema relativamente indeterminado en materia de penas. 7. No respeta el principio de legalidad de la medida de seguridad. 8. No es a cabalidad culpabilista. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Tratar de caracterizar desde el punto de vista político criminal una codificación como el estatuto punitivo colombiano no es tarea sencilla, si se tiene en cuenta que desde la perspectiva y el nivel de desarrollo de las ciencias penales en el país no es posible concebir la Política Criminal como disciplina, esto es, como la ciencia o arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídicopenalmente y de los métodos para tornar efectiva dicha tutela¹. Ello no impide, sin embargo, la existencia de toda una corriente de pensamien-

* El presente trabajo hace parte de uno de mayor extensión intitulado "La Legislación Penal Colombiana" elaborado para la Universidad de Salamanca, Salamanca (E), por encargo del Profesor IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

** Profesor de Derecho Penal General en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín (Colombia).

¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, tomo I. Buenos Aires, Edit. Ediar, 1980, pp. 152 y 153.

to crítico expresada en diversas reflexiones que, aunque dispersas, aportan interesantes cuestionamientos al sistema penal.

Así mismo, porque no se puede entender tal disciplina como el conjunto de políticas en el campo criminal² dado que estas, al menos desde el ángulo de los intereses de la mayor parte del conglomerado social, no existen; si algo se evidencia es que el marco de referencia está conformado por un Estado sumido en el caos institucional, sin legitimidad ni auténtico consenso, lo que se refleja de manera preocupante en el ámbito de la justicia criminal en el cual hallamos no solo una normatividad en extremo caótica, sin que a la decisión legislativa la acompañen verdaderos estudios sobre su procedencia o no, sino una profunda crisis de todo el aparato judicial.

Se trata de una nación en la cual la clase política en el poder, fiel y sumisa a los dictados norteamericanos, solo se ha preocupado por fomentar las causas generadoras de violencia e incrementar los abismos entre las clases sociales, situación que ha desembocado en una pavorosa guerra civil en la que aparecen enfrascados diversos núcleos de poder que de manera heterogénea buscan su predominio. No es de extrañar, entonces, que en una sociedad así configurada no se pueda ejercer el derecho al disenso político, ni mucho menos reivindicar las más elementales garantías democráticas: todo aquel que se oponga a los intereses de los grupos en conflicto, corre el riesgo de ser asesinado o desaparecido.

Se trata, pues, del predominio de una auténtica *criminal política criminal*.

A más de lo anterior, el sistema político vigente aparece exhibiendo una fachada civil y democrática encubridora de un Estado autoritario que desde los albores mismos de la Constitución centralista de 1886 hasta la Carta Fundamental de 1991, ha permanecido en estado de sitio, con algunas interrupciones que buscan dotar de legitimidad al orden jurídico imperante³. Por ello la ley penal no es producto del consenso, pues en su confección no intervienen todos los grupos sociales ni es expresión de los intereses de las mayorías⁴.

De ahí que en países como este la normatividad penal sea empleada desde su origen, de manera sistemática y consistente, como uno más de los instrumentos a que acuden las clases minoritarias dominantes para la defensa de las posiciones de privilegio que ostentan, con lo cual esta se torna en clasista y desigualitaria⁵.

II. CRÍTICA DEL SISTEMA PENAL

Son diversas las tendencias que en la actualidad, desde diversos enfoques, han emprendido la crítica del sistema penal vigente en Colombia, las cuales —con riesgo de incurrir en omisiones— podrían agruparse como hacemos a continuación.

A. La criminología crítica

Retomando las tesis de los expositores de esta corriente, podríamos decir que las críticas más notables al proceso de creación de las normas penales en el país

² Así, por ejemplo, HEINZ ZIFF, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Edit. Edersa, 1979, pág. 3.

³ Sobre el punto véase a MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *Die Pervertierung des Strafrechtssystems und die Verneinung des Rechtsstaates in Kolumbien*, Saarbrücken, Universität des Saarlandes, 1989, pág. 3.

⁴ ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *La perspectiva abolicionista*, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pp. 62 y 63. También PASTOR ACEVEDO, "El aumento de la violencia es también una expresión de la crisis del Derecho Penal", en *NFP* No. 37, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 325 y ss.

⁵ Así MIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 67.

que nos ocupa, así como del orden jurídico penal vigente, se encuentran básicamente plasmadas en los siguientes argumentos.

En primer término, la facultad legislativa la ejerce el Ejecutivo acudiendo al expediente de las leyes de facultades extraordinarias otorgadas por el legislativo o a la legislación excepcional, e incluso a su iniciativa en materia administrativa, a lo cual se añade que los órganos encargados de legislar —tarea que no cumplen— carecen de la más absoluta representatividad popular.

En segundo lugar, se sabe que la alternación de los partidos tradicionales en el poder ha impedido la estructuración de una auténtica política criminal que permita, más allá de los intereses partidarios, diseñar mecanismos idóneos para afrontar la criminalidad.

Se señala, en tercer lugar, que las normas penales no son producto de la realidad histórica del país porque los legisladores carecen de las más elementales técnicas jurídicas, y así aquellas están dirigidas a conservar la hegemonía bipartidista y la existencia de un poder militar detrás del poder político.

Se parte del presupuesto, en cuarto lugar, de que existe total desprotección de los intereses y bienes jurídicos populares, y se encuentra el remedio erigiendo en delito las conductas desplegadas por los sectores más pobres de la población.

En quinto lugar, se arguye que la injerencia de intereses extranjeros impide un adecuado tratamiento de los problemas internos que generan la criminalidad desviando todos los recursos hacia la represión, mientras el militarismo va ganando terreno en los ámbitos de creación y aplicación de la norma penal en perjuicio de las garantías ciudadanas e implantando procedimientos selectivos en perjuicio del disenso político.

Y, para terminar, en materia punitiva se observa una notable ausencia de criterios para la imposición de las penas, lo cual se hace de manera caprichosa y acomodaticia⁶.

Como es obvio, los defensores de esta corriente criminológica exhiben la misma falta de unidad metódica que se observa en el ámbito general de la discusión, al punto que las tesis sostenidas deambulan, en veces, dentro de los linderos de otras tendencias críticas de las cuales nos ocupamos a continuación; advirtiéndose que la ausencia de planteos metódicos, básicos para cualquier discusión que se precie de rigurosa, dificultan en extremo la exposición que nos proponemos hacer.

B. El derecho penal mínimo

En íntima conexión con los expositores que se adscriben a la dirección ya anotada, e incluso confundiendo con ella, aparecen tesis que afirman una no-

⁶ Cfr. IVÁN GONZÁLEZ AMADO, "Creación de las Normas Penales" en *Lecciones de Criminología*. Bogotá, Edit. Temis, 1988, pp. 143 y 144. SANDOVAL HUERTAS, quien ha hecho la más brillante caracterización del sistema penal colombiano, postula: "Al crear normas penales se efectúan selecciones básicamente clasistas, para que ciertos individuos sean incluidos, mantenidos o su situación agravada dentro del ámbito de la acción del sistema penal (selección positiva) y para que otros resulten excluidos o su situación atenuada respecto del mismo ámbito (selección negativa)" (ob. cit., pág. 29).

table distorsión del sistema penal colombiano, con la consecuente negación del Estado de Derecho, lo cual se refleja en la reiterada vulneración de principios como el de legalidad por la acción de la "guerra sucia"; el postulado de la subordinación de las leyes especiales al derecho material, como sucede con la ya larga vigencia del estado de sitio o la utilización de mecanismos legales para disfrazar su operancia, como acontece en la nueva Constitución; la transgresión del principio de taxatividad, mediante la manipulación de las figuras típicas; la improvisación de las regulaciones penales por los distintos gobiernos y la violación de los principios de idoneidad y adecuabilidad de la pena; el desconocimiento del principio de proporcionalidad de la pena, pues esta consecuencia jurídica se fija a partir de modelos de comportamiento previamente elegidos.

Así mismo, porque se percibe una verdadera desarticulación de la judicatura y el consiguiente desprecio del postulado de la racional utilización del sistema penal; por la acumulación de facultades en el ejecutivo, gracias a la vigencia del estado de sitio, y la transgresión del principio de la formación de las leyes penales mediante la intervención de los representantes del pueblo; en fin, por el colonialismo jurídico y cultural, la manipulación sociocultural y la lesión del postulado de exigibilidad social de los comportamientos conforme a la ley, sin olvidar las injusticias sociales, el conflicto armado en la sociedad, y la ausencia del postulado de prevención⁷.

C. El abolicionismo

Aunque no se puede decir que esta tendencia tenga defensores en el ámbito nacional, lo cierto es que los postulados pregonados por la misma han sido aplicados al sistema penal en todas sus fases, formulando de paso su crítica. Es así como se afirma que la máquina penal no funciona de acuerdo con los principios que quieren legitimarlo, salvo el azar; en vez de subordinarse al hombre, procede más bien a someterlo, a degradarlo, restándole su dignidad y colocándolo en situación de inferioridad; se apoya en un pretendido consenso enteramente irreal; labora con el mínimo delictivo, no con la "cifra negra". Así mismo juega peligrosamente con la culpabilidad y fabrica culpables, porque siempre se pone en marcha contra alguien; escogida una persona por el sistema la hace culpable para siempre, aun en la hipótesis de la absolución; como es mecanismo de poder, de control social, indefectiblemente crea y refuerza desigualdades; reduce el caso a un momento, a un acto; roba el conflicto a los involucrados en él, pues el juez se apropia de su solución; en fin, solo ofrece respuestas represivas y parece concebido para hacer daño. Esto en cuanto hace alusión a los principios generales sostenidos por esta vertiente crítica, pues también el cuestionamiento se hace a partir de los principios relacionados con la creación, aplicación y ejecución de la ley penal⁸, todo lo cual contribuye a realizar un aporte interesante que si bien no es aplicable a Colombia como modelo de solución en las condiciones actuales, sí abre perspectivas no deseables para un futuro.

⁷ Así MARTÍNEZ SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 4 y ss. El mismo: *¿Qué pasa en la criminología moderna?* Bogotá, Edit. Temis, 1990, pp. 49 a 74.

⁸ PÉREZ PINZÓN, ob. cit., pág. 35 y ss. para un estudio de abolicionismo véase el magnífico ensayo de MAURICIO MARTÍNEZ S., *La abolición del sistema penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1991, 125 pp.

D. El uso alternativo del derecho

También desde este ángulo, postulando una justicia abiertamente democrática y al servicio de los intereses populares, se han publicado algunos trabajos que, o bien esperan un mejor desarrollo de sus propuestas⁹, o, sencillamente, sin afiliarse en el plano teórico a esta tendencia terminan en la práctica suscribiendo y desarrollando sus puntos de vista¹⁰. Lo importante, y de ahí su inclusión aquí, es que formulan una coherente crítica del sistema penal en todas sus fases que, como es obvio, contribuye enormemente a la discusión.

E. El derecho penal liberal

Finalmente, y desde un ángulo estrictamente demoliberal, con una propuesta concreta, se ha abierto paso una tendencia que reivindica la necesidad de construir un derecho penal garantista, humanitario, que lleve a la realidad la concepción liberal del derecho penal para lo cual, incursionando en los terrenos de la filosofía del derecho penal, se plantea la necesidad de retornar a los clásicos, cuyo legado no ha sido todavía cosechado adecuadamente (BECCARIA, CARRARA, etc.)¹¹, de un lado; de otro, se acude a la teoría de los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo del Estado¹². En ambos casos, pues, aunque con matices diferentes, se insiste en la necesidad de velar por un derecho penal mínimo desde la perspectiva del Estado de Derecho, que debe tornarse social y democrático, en un planteo cercano en algunos aspectos al segundo enfoque ya aludido.

La exposición anterior muestra, entonces, que en el estado actual de cosas existe en Colombia una conciencia clara en torno a la imperiosa necesidad de replantear todo el sistema penal vigente, para lo cual se ensayan diversas corrientes de pensamiento crítico que, de una o de otra manera, confluyen en el mismo objetivo. Por supuesto que frente a estas tendencias del pensamiento penal se yerguen también aquellas que, defendiendo el *status quo* buscan su legitimación y fortalecimiento; de ellas, como es lógico, no nos ocupamos, porque nuestro cometido es diferente.

⁹ Así, por ejemplo, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, "La ley penal y la justicia", en *Revista Tribuna Penal* No. 1, Medellín, Ed. Lealón, 1983, pág. 21 y ss. También PEDRO ENRIQUE AGUILAR LEÓN, "Uso Alternativo del Derecho: Alcances y posibilidades de aplicación", en *NFP* No. 42, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 421 y ss.

¹⁰ Véase a J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, *Conceptos fiscales. Por los que nacen procesados*. Bogotá, Edit. Temis, 1985, con prólogo de VELÁSQUEZ GÓMEZ.

¹¹ Así NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "Crítica y control del poder punitivo del Estado", Prólogo a la obra de CESARE DE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pp. IX y ss.; hay segunda edición de 1990.

¹² Desde esta perspectiva JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "¿Es la justicia extraña a la lógica del derecho penal?", en *NFP* No. 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 209 y ss. El mismo: "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo", en *NFP* No. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 58 y ss.

III. APUNTES CRÍTICOS SOBRE EL CÓDIGO PENAL DE 1980

Una vez sentadas las anteriores bases, las cuales no han permitido realizar un encuadramiento general de la sociedad colombiana actual, del origen de la norma penal, así como de las distintas corrientes que desde diversos ángulos vienen realizando el cuestionamiento del sistema penal vigente, nos proponemos ahora efectuar el análisis del Código, como parte que es de la maquinaria penal, para lo cual reivindicamos las tesis que la corriente demoliberal viene proponiendo, y acudimos a los demás enfoques en cuanto no se opongan a los puntos de vista aquí sostenidos.

Es así como formulamos en primera instancia unas críticas generales vinculadas con el origen, la filosofía y el carácter político del estatuto punitivo, para pasar a ocuparnos luego de otras de índole más específica vinculadas íntimamente con la técnica jurídica empleada para redactar el estatuto, con aspectos de tipo sistemático y con la aplicación y ejecución del mismo.

A. Críticas generales

Como cuestionamientos más salientes desde esta perspectiva, podemos señalar los siguientes:

1. *Es una legislación importada.* El Código vigente, así como todas las legislaciones penales anteriores expedidas a lo largo de los últimos ciento cincuenta años, es una muestra más de la legislación transplantada de otras latitudes, más concretamente de los países europeos. Primero fueron copiados los códigos de España y Francia, luego los italianos, incluyendo el Proyecto Ferri de 1921, y ahora, sobre la anterior amalgama de legislaciones, rige una que no es propiamente una reproducción de la alemana pero sí un producto del decurso teórico y legislativo vivido por aquel país.

Así como antes, y no vamos a discutir en este punto la conveniencia o no de ello, a Colombia se le impusieron la religión, el bello idioma español, el arte, la filosofía y, por supuesto, las instituciones jurídicas, lo cual evidencia que no tiene tradición histórica, pues "su" Historia es un retazo de sucesos que le han negado la identidad¹³, ahora posee un Código que es en buena medida la reproducción del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, redactado por los más expertos juristas del continente en su parte General, con miras a facilitar a los países de este "rincón del planeta" un modelo codificador —anticuado por cierto— a tono con la concepción de la dogmática penal germana. De nuevo, pues, se ha incurrido en lo que un investigador sudamericano denomina "la ley importada"¹⁴.

2. *Es producto de un pacto bipartidista.* El estatuto represor en examen surge de todo un movimiento supuestamente reformador iniciado hacia 1972, del cual emanan varios proyectos, como ya se dijo (1974, 1976, 1978, 1979); y supone,

en cuanto a lo político, un compromiso entre los partidos tradicionales en el poder (liberales y conservadores); en virtud del pacto bipartidista entonces denominado "Frente Nacional", voceros de los grandes potentados financieros que en las décadas de los setentas y ochentas, como en ningún otro período de la vida nacional, alcanzaron una acumulación de capitales sin precedentes, con la consecutiva pauperización de grandes capas de la población¹⁵.

Es que, como se ha dicho, se trata del "Código propio de una capa tradicional, anclada en su situación de privilegio y al día en los adelantos de la civilización, que se asienta en o está circundada de estratos sociales que no comprende y de los que se siente ajena"¹⁶. Se trata, pues, de una codificación eminentemente defensiva, que busca proteger el *status quo* y asegurar los privilegios de la minoría hegemónica en el poder.

3. *Es clasista.* Como consecuencia de lo anterior, el Código vigente fue pensado por y para la clase dirigente del país; por ello protege, básicamente, los intereses de quienes detentan el poder político y económico y descuida los de las clases proletarias o subalternas¹⁷. Por ello se muestra tolerante con la criminalidad de los poderosos, con los de cuello blanco, y fija su atención en las conductas desviadas de los humildes; es, pues, abiertamente antidemocrático y consiguientemente desigualitario, de ahí que propicie un tratamiento legislativo diferenciador de las conductas antisociales, como se ha dicho, de manera reiterada¹⁸.

La anterior no es una crítica vaga o etérea, sino que se puede constatar sobre el estatuto mismo. Si se observa la tutela que se da a los bienes jurídicos se advierte cómo se hace hincapié en los individuales (el patrimonio económico —título XIV—, la vida y la integridad personal —título XIII—, etc.) pero se dejan a un lado los colectivos, que se protegen de manera sorprendentemente insatisfactoria (por ejemplo el orden económico social —título VII—, la seguridad pública —título V—, e incluso la misma administración pública —título III—).

Sin embargo, es en extremo severo e intolerante en tratándose de la existencia y la seguridad del Estado (título I, parte especial), lo cual refleja su carácter notoriamente autoritario y defensivo, al punto que da la impresión de haber incorporado a su texto la Doctrina de la Seguridad Nacional (cfr. art. 111). Por ello no es de extrañar que a la hora de tutelar la libertad de trabajo y asociación, realmente haya pensado en los derechos de los patronos y no en los de los trabajadores como lo revela un atento examen de los arts. 290 a 292 del C. P. (título X, capítulo

¹⁵ VELÁSQUEZ, ob. cit., pp. 435 y 436.

¹⁶ MANUEL DE RIVACOBA y RIVACOBA, "El Nuevo Código Penal de Colombia", en CAP No. 5. Cali, Ed. Feriva. 1981, pág. 41.

¹⁷ EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Criminalización, descriminalización o abolicionismo", en *Revista Nuevo Veredicto* No. 8. Popayán, 1985, pp. 149 y ss.

¹⁸ EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales en el nuevo Código Penal", en *NFP* No. 11. Bogotá, Edit. Temis, pág. 148. Muy bien lo ha precisado SANDOVAL HUERTAS, ob. cit., pág. 29.

¹⁴ JOSÉ HURTADO POZO, *La ley importada*, Lima, Ed. Cedys, 1979.

¹³ FERNANDO VELÁSQUEZ, "El derecho penal colombiano y la ley importada", en *NFP* No. 38, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 427.

sexto); y que la protección de los derechos políticos se torne inane, como se desprende del art. 293 (título X, capítulo séptimo) y de los arts. 268 y ss.

4. *No ha sido creado y expedido por el órgano legislativo.* Como se puede observar, el estatuto represor fue expedido por el poder ejecutivo haciendo uso de una ley de facultades otorgada por el Congreso para tal fin. Ello demuestra que el principio de legalidad, el cual entraña una reserva legal por parte de la rama legislativa, columna vertebral de todo el Estado de Derecho y del Derecho Penal (Cfr. arts. 150 núms. 2 y 10 C. N.) es abiertamente desconocido y vulnerado; que la clase política fue incapaz de redactar la ley penal, por lo cual decidió acudir al antidemocrático expediente de las leyes de facultades para que los voceros de la minoría dominante conformaran comisiones integradas solo por juristas, siempre dispuestos a acceder a sus caprichos y que redactaron un Código al amañío de quienes lo encargaron, sacrificando, incluso, las posiciones que por vía doctrinaria o jurisprudencial han sustentado, haciéndose tributarios de dobles discursos: critican acremente el sistema penal pero legislan para los detentadores del poder, a quienes en definitiva sirven. Este mal, por qué no decirlo, se ha acentuado de manera protuberante en los últimos años.

De esta manera se ha impedido que amplias capas de la población tengan acceso a la legislación penal, tales como los gremios económicos, las asociaciones de abogados, los sindicatos, los estudiantes, las congregaciones religiosas, los desocupados, los pensionados, en fin las organizaciones populares. Además, en la redacción del Código solo intervinieron abogados, y ocasionalmente un siquiatra a quien se le pidió alguna opinión, pero en ningún momento se pensó en conformar comisiones de antropólogos, sociólogos, jueces, sicólogos, economistas, etc., para que aportaran investigaciones de campo que contribuyeran a redactar una legislación penal acorde con la realidad circundante¹⁹.

5. *Aparece apartado de la realidad.* Con base en lo dicho hasta aquí, parece evidente que el estatuto vigente solo está dirigido a un sector de la realidad, tal como conciben esta los verdaderos usufructuarios del sistema penal. Por ello, no puede ser el Código de la cultura negra del Chocó, de las civilizaciones indígenas de la Guajira, el Cauca o el altiplano cundiboyacense, ni de los mestizos y mulatos de las montañas antioqueñas o de las costas; parece una regulación hecha para una oligarquía culta, acosada de privilegios, para la cual no tiene ninguna trascendencia que muchos sectores del territorio vivan en condiciones infrahumanas, similares a las que imperaban hace quinientos años, mientras que otros se han adentrado en un *modus vivendi* propio del entrante siglo.

Es un Código apartado de la realidad social, económica y política de los diversos núcleos de población, a muchos de los cuales les importa muy poco, o nada, que el delito se entienda como conducta típica, antijurídica y culpable (art. 2º), al estilo de las más depuradas construcciones del derecho penal europeo.

¹⁹ PÉREZ PINZÓN, *Las perspectivas*, cit., pág. 72.

6. *Es válido pero no eficaz.* Si en algún sector del ordenamiento jurídico colombiano se ve con claridad el abismo entre validez y eficacia, hondamente discutido por la teoría crítica del derecho en la actualidad²⁰, es en el que comprende la materia penal sustantiva. El Código, así se haya acudido a una ley de facultades, es formalmente válido, y ha sido declarado como tal: sin embargo, no es reconocido por la sociedad como algo que se incorpora e integra a su manera de conducirse. Muestra de ello es que, a pesar de una década de existencia, numerosos tipos penales en él contemplados no han sido aún aplicados.

Prueba de lo anterior es lo que sucede con algunos delitos contra el orden económico social (título VII), la existencia y la seguridad del Estado (título I), la administración pública (título III), la salud pública (título V, cap. III), etc. Es por eso por lo que nunca, hasta donde alcanzan las estadísticas oficiales, a veces poco confiables, se ha sancionado a alguien por propagar epidemia (art. 204), violar medida sanitaria (art. 203), violar derechos políticos (art. 293); y dudamos mucho de la eficacia de la prohibición de celebrar contratos de manera indebida (arts. 144 a 146), traficar con influencias (art. 147), etc.

Gran parte de los tipos penales fueron, pues, consagrados para no ser aplicados.

En cambio, no sucede lo mismo en tratándose de los tipos redactados para proteger el patrimonio económico, la vida y la integridad personal, etc., estos sí objeto de aplicación cuando la deficiente persecución penal se pone en marcha.

El Código Penal es en gran medida simbólico, porque fue redactado para no ser aplicado a las clases altas; y si lo es, ello se hace a título de "concesión", con miras a mantener la legitimación de la represión criminal²¹.

Hay, pues, un profundo desfase entre la ley y la realidad, sobre todo porque han surgido de modo preocupante grupos de defensa privada que aplican sus propios códigos; porque una clase política corrupta, con muy contadas excepciones, ha convertido la transgresión de la ley penal en oficio cotidiano. A lo anterior debe sumarse la generalización de las penas extrajudiciales, del secuestro, la tortura, la extorsión, el desaparecimiento forzado de personas, el asesinato, etc. en un país que en la actualidad muestra tal vez la tasa más alta de violencia en el planeta.

Se trata, para concluir, de un derecho penal simbólico, porque el ciudadano de la calle no cree en él ni se somete a sus dictados; porque reina la más absoluta impunidad así de manera teórica se acojan los más modernos postulados del derecho penal liberal incorporados al Título I del estatuto represor, realizando una ofrenda mítica a las declaraciones formales y dándole la espalda a los contenidos.

7. *No comprende todas las conductas punibles.* Otra característica propia del Código en examen es que solo alcanza a una porción de las conductas objeto de punición por parte de la ley penal, como quiera que se ha multiplicado de manera asombrosa las legislaciones penales complementarias que ya pasan de una veintena

²⁰ Véase a FRANCOIS OST y MICHEL VAN DER KERCHOVE, *Jalons pour une Théorie critique du Droit*. Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis-Bruxelles, 1987, especialmente pp. 257 y ss. 316 y ss.

²¹ FERNANDO ROJAS H., *Criminalidad y Constituyente*, Bogotá, CINEP, 1977, pág. 12.

sin que el legislador toma la más mínima medida político-criminal para evitar dicho fenómeno. Como es de suponerse, ello solo genera caos y entorpece la tarea de administrar justicia, al punto de que muchas veces ni los dispensadores de Justicia saben cual es la norma aplicable²².

Así las cosas, puede decirse que el decreto 100 de 1980 no es el Código de los delitos y de las penas porque apenas contiene una parte de ellos.

8. *Su aplicación es excepcional.* Como quiera que la norma genera no es la legislación ordinaria, objeto de la dispersión ya señalada, sino la extraordinaria puesto que en los casi diez años de vigencia del estatuto este ha sido en gran parte suspendido por la operancia del estado de sitio (arts. 121 C. N. de 1886, 212 y ss. C. N. de 1991, con base en el cual se han creado innumerables regulaciones en materia penal, el Código Penal vigente no ha podido ser aplicado porque en su lugar imperan legislaciones excepcionales como las que conforman el llamado "Estatuto para la Defensa de la Democracia" (EPDD), verdadero código penal de emergencia, expedido mediante el decreto 180 de 1988, objeto ya de múltiples reformas y recientemente convertido en legislación permanente (Cfr. decreto 2266 de 1991, octubre 4). Es por eso que al lado de la legislación ordinaria, aparece otra de carácter paralelo que sí se aplica como hemos tenido oportunidad de señalarlo.

Por ello, como se ha dicho, cada vez que se quiere enfrentar un conflicto social, sin real voluntad política de solucionarlo, que se produce una escalada de violencia que pone en peligro ciertos intereses, se acude a la legislación penal de emergencia o a reformas constitucionales improvisadas. Ello ha dado lugar a la existencia de dos derechos penales: el oficial, del cual se ocupan los manuales de derecho penal y que es objeto de teorización y debate jurisprudencial; y el paralelo, que no respeta ninguna de las garantías penales, y "cuya fundamentación habría que buscar en las doctrinas de la seguridad nacional"²³.

La anterior es, pues, una muestra más del carácter simbólico de la codificación penal ordinaria, que aparece sin conexión alguna con la realidad y que precisa otro tipo de explicaciones²⁴.

B. Críticas particulares

Desde un ángulo más específico, el Código Penal colombiano puede ser cuestionado desde los siguientes puntos de vista:

1. *Rinde tributo a las definiciones.* Si algo es notorio en este estatuto represor es el ánimo definicionista que lo preside, si se tiene en cuenta que el legislador fue pródigo en conceptos, principios, definiciones, conformando una gran red de disposiciones, que se parece más a un manual de derecho penal que a una codificación penal. Así las cosas, no es de extrañar que después de consagrar el principio

²² Contra este fenómeno nos hemos pronunciado en otra oportunidad. Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, "Derecho Penal Liberal y Estado de Derecho", en *NFP* No. 29. Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 279.

²³ JAIME CAMACHO FLÓREZ, "Derecho Penal y 'Realidad social'", en *CAP* No. 19. Medellín, Edit. Lealón, 1988, pp. 198 y 199.

²⁴ GONÁLEZ AMADO, ob. cit., pág. 141.

de legalidad de los delitos, las penas y las medidas de seguridad (art. 1º), a renglón seguido el estatuto defina el hecho punible como un agregado de tres caracteres específicos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y uno genérico (la conducta), como si el texto fuera la concreción de una aguda disputa dogmática que, después de muchos decenios de evolución, como en Alemania, le permitiera al codificador adscribirse a tal corriente del pensamiento jurídico.

No es que cuestionemos la dogmática juridicopenal, por el contrario: creemos que cumple importantes funciones, y de la mano de la política criminal y la criminología permite construir una disciplina totalizadora del derecho penal que sea la resultante de los tres aportes; lo sorprendente es que sin tradición de ninguna índole, sin que una discusión filosófica previa se haya dado y sin que unos determinados presupuestos políticos lo permitan, de la noche a la mañana el legislador colombiano se haya atrevido a hacer lo que ni siquiera el alemán de 1969 intentó: ¡Definir el hecho punible desde el punto de vista dogmático!

A no dudar, este paso va a permitir, como de hecho viene ocurriendo, un viraje notable en las construcciones doctrinarias sin caer en el absurdo de pretender matricular el estatuto en una u otra corriente como postula la *Teoría de la Matrícula*²⁵, para la cual, fuera de las interpretaciones subjetivistas neokantianas no es posible intentar una elaboración diferente, como si el estatuto no fuera el reflejo de las discusiones entre finalistas y causalistas de los años cincuentas. Lo que, sin embargo, debe ser objeto de examen es el porqué de tan repentino viraje: mientras que el estatuto de 1936 hizo profesión de fe positivista, el de 1980 se afilia decididamente a las corrientes dogmáticas.

Y así como se definen los conceptos anotados, se precisan otros: la tipicidad y el principio de determinación (art. 3º); la antijuridicidad y el postulado del bien jurídico (art. 4º); la culpabilidad como categoría sistemática y el principio de culpabilidad (arts. 5º, 35 y 61-1); el dolo, la culpa, la preterintención (arts. 36 a 38); la tentativa (art. 22); la autoría y la participación (arts. 23 y 24); el concurso de tipos penales (art. 26); la inimputabilidad (art. 31); las penas (arts. 41 y ss.). Y, para acabar de ajustar, se les asignan funciones a la pena y a la medida de seguridad que, por supuesto, no se cumplen (art. 12).

Todo lo anterior en medio de una aparente asepsia "científica" que, en realidad, esconde determinados cometidos políticos²⁶.

Como es obvio, un código engalanado con una técnica tan depurada corre el peligro de no ser asimilado por la doctrina y la jurisprudencia, las cuales, en el tiempo de su vigencia, no alcanzan aún a comprenderla a cabalidad, y mucho menos a aplicarla, con el rigor que tal opción académica exige y con la preparación y recursos materiales que semejante regulación impone.

²⁵ FERNANDO VELÁSQUEZ, "¿El inciso final del artículo 40 se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?", en *NFP* No. 19. Bogotá, Edit. Temis, 1982, p. 295 y ss.

²⁶ Véase a RIVACOBÁ, ob. cit., pp. 31 y 41.

2. *Discrimina al describir los tipos penales.* Como consecuencia del carácter clasista del estatuto punitivo ya expuesto, se evidencia una notoria tendencia del codificador a redactar los supuestos de hecho de la norma penal, que en principio considera dignos de acriminación, de tal manera que conducen a su inaplicabilidad en relación con ciertos sujetos penales a quienes se quiere proteger, y cuyas conductas no persigue en definitiva criminalizar. Es lo que, con acierto, se ha denominado como “selección de normas penales mediante la descripción de la conducta”²⁷.

Por esta razón, a la hora de redactar las descripciones típicas se acude a expedientes tan socorridos como el de complicar al máximo las exigencias del tipo, o a redactar este acudiendo a cláusulas generales, de contenido borroso o gaseoso, ambiguo, de tal manera que los potenciales transgresores de la norma siempre están en posibilidad de eludir las mallas de la ley penal. Ello es lo que sucede con el ya mencionado título VII del Código Penal, que dice proteger los delitos contra el orden económico-social, en el cual encontramos tipos como el de usura (art. 235 C. P.), que no ha podido ser aplicado por las razones indicadas; o el de daño en materia prima y producto agropecuario e industrial (art. 234 ídem), que parece diseñado para que los grandes monopolios de la industria y la agricultura, acudiendo a tal comportamiento eludan, con patente de corzo, la ley penal, que por su vaguedad y falta de claridad termina por no ser aplicada. Esto para no mencionar otros casos, como los que se presentan en materia de delitos contra la salud pública, la libertad individual y otras garantías, etc.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que la acriminación de conductas como las anotadas sirva también como pretexto para no consagrar otras que por su gravedad —máxime que se trata de bienes jurídicos colectivos— debieran estar expresamente reguladas; si algo es notorio en Colombia es que los atentados contra el medio ambiente, la salubridad pública, el orden económico social y las garantías fundamentales se producen sin que el legislador haya dado una adecuada respuesta legal, lo cual hace la codificación penal poco menos que ineficaz.

Así las cosas, se ha discriminado no solo al redactar las figuras penales sino también al omitir la inclusión de otras que, de mediar auténticas políticas criminales, deberían vertirse y acriminarse con severidad.

3. *Discrimina mediante el interés jurídico tutelado.* Unida a la anterior crítica y como producto de ella, el legislador de 1980 solo ha protegido de manera fragmentaria los bienes jurídicos de vital importancia para el conglomerado social, acudiendo a dos mecanismos diferentes: bien porque algunos bienes jurídicos no tienen respaldo en ninguna norma penal, o bien porque lo logran de manera insuficiente²⁸.

²⁶ Véase a RIVACOBIA Y RIVACOBIA, ob. cit., pp. 31 y 41.

²⁷ SANDOVAL HUERTAS, ob. cit., pág. 35.

²⁸ Ibidem, pp. 33 y 34.

El legislador, pues, no ha desarrollado cabalmente el mandato constitucional según el cual autoridades de la República están instituidas para proteger a todos los ciudadanos “en su vida, honra y bienes, y creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (art. 2º, C.N.).

Se ve, pues, patente la discriminación en tratándose de la protección de los bienes jurídicos colectivos en beneficio de los intereses particulares, lo que es producto de una estructura social injusta y de una organización estatal decididamente individualista, ajena a los cometidos sociales que deben inspirar todo Estado democrático. Desde este punto de vista, pues, el Código vigente responde muy bien a la conformación del Estado, la cual, pese a predicar que “el interés privado deberá ceder al interés público o social” (art. 58 inc. 1º, C.N.) y... que Colombia se conforma en “un estado social de Derecho”, democrático, participativo y pluralista (art. 1º, C.N.), solo se ha preocupado por asegurar los intereses de una clase política corrupta y de una burguesía decadente y dependiente de las políticas y directrices de potencias foráneas.

Así las cosas, expresándolo con realismo, ¡Colombia tiene el Código Penal que se merece!

4. *Aplica de manera desigual la sanción penal.* Pese a que el legislador formula como criterios medidos de la pena el grado de injusto y el grado de culpabilidad, como producto de la inclusión en el catálogo de ‘normas rectoras de la ley penal colombiana’ de los postulados de lesividad y culpabilidad (arts. 4º, 5º, 35, 61-1 C.P.), la verdad es que tal presupuesto teórico se torna inoperante; en efecto, mientras que algunos comportamientos relacionados con atentados contra bienes jurídicos individuales son objeto de desmedida punición, otros, relacionados con bienes jurídicos colectivos, señalan sanciones penales mínimas.

La diferencia anotada se ve de manera clara si se piensa, por ejemplo que un hurto calificado y agravado (arts. 349 a 351 y 372 C.P.) puede recibir una pena de hasta dieciocho años de prisión, cuando conductas tan graves como el acaparamiento, la especulación, la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida (arts. 229 y ss.), de común concurrencia y casi nunca punidas —por no decir nunca—, se castigan con un máximo de dos años de prisión y una multa máxima de un millón de pesos (aproximadamente US \$2.000).

La discriminación es, pues, evidente, con lo cual se incurre en una “selección clasista de las normas penales mediante la duración de la pena”²⁹, en tratándose de las consecuencias jurídicas que privan de libertad al agente.

Y así, como los casos citados, se encuentran otros en la codificación que conducen a un profundo desequilibrio en el tratamiento punitivo de diversas conductas, por encima de los principios que el mismo legislador dice respetar y profesar.

²⁹ Ibidem, p. 57.

5. *Solo piensa en la pena privativa de la libertad.* Pese a que el art. 41 del C.P., al enumerar las penas principales incluye la multa o pena pecuniaria, la verdad es que esta clase de sanción se torna ineficaz y es inaplicable. En efecto, según lo acreditan algunos estudios, corroborables sobre el texto legal mismo, en el 98.4% de la normas previstas en la Parte Especial se aplica la pena privativa de libertad en sus diversas modalidades³⁰.

Ello significa, ni más ni menos, que la pena de multa es prácticamente inaplicable en lo que respecta al Código Penal; aunque no sucede lo mismo en otros ámbitos, como en el derecho administrativo sancionador y en otras normatividades de índole sustantiva. Por ello es válido concluir que las funciones declaradas en el art. 12 del C.P. de retribución, protección, prevención y resocialización quedaron vacías de contenido, tal vez con la única excepción de la retribución, con lo cual el Código “se presenta como un instrumento de control sociopolítico velado y permanente, que permitiría aplicar la ley penal de manera diferenciada”³¹.

El estatuto está lejos de entronizar la pena pecuniaria u otras modalidades punitivas como forma de reacción estatal contra el ciudadano que ha transgredido la normatividad penal.

6. *Consagra un sistema relativamente indeterminado en materia de penas.* Como se desprende de lo hasta aquí dicho, el sistema de penas adoptado por el código represor es relativamente indeterminado si se tiene en cuenta que se consagran unos marcos punitivos muy amplios que permiten al juez moverse caprichosamente entre el mínimo y el máximo legal, máxime que en algunos eventos la misma ley patrocina la vulneración del principio de taxatividad o de certeza del cual dice partir (arts. 1º, 3º C. P.; 28-3 y 34 C.N.) como acontece en materia de penas accesorias que en diversos eventos se imponen “discrecionalmente” por el juez (arts. 52 y 53 C.P.), o se aplican “de hecho mientras dure la pena privativa de libertad” (art. 55 ídem), para citar solo algunos casos.

No se trata, como dice un comentarista, de no imponer las penas, “sino de que los criterios dosimétricos se manejen con transparencia por razones de seguridad jurídica, propios de un derecho democrático de garantías para el individuo y la sociedad”³², para evitar que la tasación punitiva sea una cuestión de albur o lotería para el reo al acudir, como única herramienta, al capricho judicial.

7. *No respete el principio de legalidad de la medida de seguridad.* Pese a que el estatuto vigente, de manera afortunada, elimina las medidas de seguridad postde-

³⁰ Ibidem, pp. 55 y 56.

³¹ JAIME CAMACHO FLÓREZ, “La pena privativa de libertad en los Códigos Penales de 1936 y de 1980”, en *DPC* No. 16. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, pág. 100. También PÉREZ PINZÓN, ob. cit., pp. 77 y ss. Sobre el tema véase a EDGAR SAAVEDRA ROJAS, *Penas pecuniarias*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pp. 23 y ss.

³² MARIO SALAZAR MARÍN, “La determinación judicial de la pena”, en *NFP* No. 43. Bogotá, Edit. Temis, 1989., pp. 9 y 10.

lictuales para imputables destinándolas solo a un sector amplio de inimputables y erradica las predelictuales consagrando con toda claridad el principio de legalidad de la medida de seguridad (art. 1º.), a la que se asignan fines de “curación, tutela y rehabilitación” (art. 12 ídem), la verdad es que el mismo estatuto se encarga de desdibujar tan trascendental aporte al estipular contrariando la Nueva Constitución que tienen una duración indeterminada (art. 93 y ss.)³³; continuando así con la tendencia peligrosista, de moda en diversas codificaciones penales contemporáneas que se precisan de liberales y respetuosas del derecho penal de acto.

Si el Código quiere ser coherente con el postulado del cual parte y con la Carta Fundamental no debería propiciar, en ningún caso, medidas de seguridad a título de sanciones penales que excedieran el máximo de la pena imponible para el evento concreto³⁴.

De todas maneras la regulación legal de la materia que nos ocupa contrasta de manera aguda con la realidad, si se tiene en cuenta que, no obstante haber sido legalmente creadas desde comienzos de siglo las instituciones para aplicar las medidas asegurativas, hasta el momento dichos establecimientos no existen. Se trata, pues, de una regulación simbólica, llamada a no tener aplicación con el consiguiente menoscabo de los derechos más elementales de los inimputables sometidos a ella, a quienes se imponen tales consecuencias jurídicas en condiciones ominosas para el ser humano³⁵, confundándose en la práctica con las mismas penas, aunque mucho más afflictivas.

Si en algún sector del sistema penal se ve con mayor claridad el fracaso es en este ámbito, convertido en tierra de nadie gracias a la persistente demagogia legal.

8. *No es a cabalidad culpabilista.* Pese a que una de las prédicas de los redactores del estatuto fue la de que este propiciaba el paso del anticuado peligrosismo al culpabilismo³⁶, la verdad es que ello no es completamente cierto, no solo porque el peligrosismo no logró ser erradicado —recuérdese lo que acontece con las medidas de seguridad, en especial la cadena perpetua que posibilitan los arts. 93 y ss., y con las circunstancias de atenuación y de agravación de la pena que no son otras que las antiguas “circunstancias de mayor y de menor peligrosidad” del Código derogado, con ligeros retoques—, sino porque el Código no responde en su integri-

³³ Así FERNANDO VELÁSQUEZ, “El principio de legalidad”, en *NFP* No. 32. Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 260. También JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el Derecho Penal Colombiano”, en *NFP* No. 33. Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 297 y ss. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Monismo y Dualismo en el Derecho Penal Español y Colombiano” en *DPC* No. 19. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pág. 28 y ss.

³⁴ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, “Reseña”, al libro de NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Imputabilidad y responsabilidad penal*, en *DPC* No. 25, 1985, pág. 153 y ss.

³⁵ Sobre ello J. GUILLERMO ESCOBAR, “Súplica por los locos” en *NFP* No. 13. Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 549 y ss.

³⁶ Así FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, “Relación explicativa”, en *Código Penal Colombiano 1980*. Medellín, Colección Pequeño Foro, 1980, pp. 86 y 87.

dad a este fundamental postulado político-criminal. En efecto, todavía se consagran figuras que posibilitan formas de responsabilidad objetiva como la preterintención (art. 38), el trastorno mental preordenado (art. 32) y diversos eventos de la Parte Especial que, de no extender a ellos de manera perentoria la norma del art. 5º, que proscribe “toda forma de responsabilidad objetiva”, como debe hacerse, encubrirían auténticos delitos calificados por el resultado (cfr. los casos de dobles resultados de los arts. 290, 291, 306, nums. 3 y 4, 310-2, 338, 371-1 del C.P.; discutibles: arts. 112, 113, 114, 232, 238, 348 y 360). Además, es evidente que la adscripción al culpabilismo, ampliamente difundida y regulada, no pasa de ser una mera aspiración teórica que repugna a una práctica judicial anclada todavía en la concepción positivista ferriana, amén de que la legislación penal paralela a la que ya nos referimos más atrás, esta si dotada de eficacia selectiva, ha desbordado completamente este axioma fundamental y todos los que el legislador, con muy buenas intenciones y por vía meramente declarativa, ha consagrado en el título I. del C. P.

4. CONCLUSIONES

De lo planteado a lo largo de la exposición se puede colegir que Colombia requiere de una verdadera reforma penal, la cual no ha sido realizada hasta el presente. El país se ha preocupado históricamente por tratar de acomodar sus textos legales a las que se piensa son las más modernas corrientes del Derecho Penal, como se constata en las exposiciones de motivos dadas por los legisladores, sin conseguirlo; sin embargo, no se ha detenido a pensar que requiere una codificación acorde con sus necesidades, reflejo fiel del acontecer cotidiano, para lo cual es indispensable que la empresa reformadora sea producto de un proceso de maduración que tenga en cuenta las particulares conformaciones históricas, antropológicas, criminológicas, económicas y sociológicas que actualmente se observan en la realidad colombiana.

Como es obvio, y dado que partimos del presupuesto de que el derecho en general y el penal en particular es un producto social, pensamos que el logro de una auténtica codificación punitiva debe ser consecuencia de los cambios urgentes que requiere el aparato estatal el cual, dada su conformación actual, no posibilita las más elementales condiciones de convivencia civilizada como quiera que no hay garantías para adelantar la necesaria lucha por una sociedad pluralista, participativa y democrática, cuya construcción es un derecho humano elemental en el mundo contemporáneo.

Es tan evidente lo que afirmamos, que, mirado el Código vigente desde el plano del *status quo* actualmente imperante en el país, la reforma penal se impone. Así lo demuestra, como ya lo dijimos, la existencia del derecho penal paralelo, de emergencia —ahora convertido en legislación permanente en contravía del texto constitucional—, expedido justamente para combatir los brotes de criminalidad que hoy afloran; por ello muchas de las críticas aquí formuladas, así no se asuma el presupuesto político del cual partimos, sustentan la necesidad de emprender el proceso transformador.

Además, en los últimos diez años las condiciones han variado a tal punto que la Colombia de los años setentas, marco del cometido reformador, es producto del pasado; hoy, cuando muchos pueblos se han desprendido de las ataduras que los oprimían ante el fracaso de los esquemas capitalistas o de las férreas dictaduras marxistas, la convivencia en sociedades abiertas en las cuales se permita el libre discurrir de todas la tendencias y la construcción de una organización estatal profundamente social y humanitaria, es también un imperativo para los países del sur del continente americano hasta ahora sometidos al dominio aniquilador de las potencias.

Es, justamente, ese anhelo de cambio el que ha generado los complejos conflictos que hoy se viven en estos países, especialmente en Colombia, donde la descomposición social ha alcanzado niveles insospechados; de consiguiente, se impone de manera perentoria la construcción de un nuevo orden social, sin consideración a los modelos propiciados por las potencias, producto de la voluntad soberana del conglomerado.

Pretender desligar un proceso político, como el que hoy vive el país, de la discusión jurídico-penal, como lo quieren algunas mentalidades retardatarias ancladas en el positivismo normativista, es no solo miope e ingenuo, sino un pecado histórico imperdonable. El derecho penal es eminentemente político, ideológico, no se trata de una entelequia abstracta reductible, solo a categorías lógicas.

Colombia, en conclusión, requiere de un nuevo orden social; y, acorde con él, una codificación punitiva que se compadezca con un derecho penal humanitario, respetuoso de la dignidad del ser humano, de los derechos fundamentales que la comunidad de naciones ha erigido en programa para toda la humanidad y que la inconclusa reforma constitucional de 1991 incorpora al texto de la ley fundamental; se requiere un derecho penal del mañana y no del ayer, una codificación para una nación que anegada de sangre y sufrimiento quiere irrumpir con grandeza en el siglo XXI.

INTRODUCCIÓN AL DEBATE DE LA PRIVATIZACIÓN DEL SISTEMA PENAL: LA POLICÍA PRIVADA *

Elena Larrauri **

1. MARCO DE LA PRIVATIZACIÓN

La primera idea que se ha de resaltar es que la “privatización” no es un fenómeno que se produce exclusivamente en el sistema penal. Actualmente nos encontramos con que esta privatización se da en numerosas áreas de la vida pública —enseñanza, vejez, sanidad—. La razón más alegada para explicar este proceso ha sido el crecimiento experimentado por los servicios a cargo del Estado social y la mayor intervención del Estado en todas las áreas económicas [CLARKE, 1987: 286]. Ello habría producido lo que se conoce con el nombre de “Crisis fiscal del Estado”.

Este proceso privatizador se produce también en el sistema penal. A título de ejemplo, enumeraré brevemente varias instancias:

— Privatización de los *órganos judiciales*. Esto fue desarrollado en EE.UU. al amparo de un movimiento que se denominó “justicia informal”¹. Lo que se pretendía con ello era, por un lado, descargar a los tribunales de múltiples casos, y por otro, favorecer una mayor participación en la resolución de los conflictos de las partes interesadas. Este movimiento consiguió cierta repercusión, fundamentalmente

* Ponencia presentada en las Jornadas “El dret penal i la víctima. Cap a una privatització del sistema?”, organizadas por el Centre D’estudis i formació. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 13-15 diciembre, 1989.

CARLOS GONZÁLEZ y JUAN FUNES reconocerán más de una opinión como propia, mi agradecimiento por su siempre activa participación y ayuda.

** Profesora titular de derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

¹ Véase por todos ABEL (1982).

en conflictos laborales en los cuales el órgano apropiado era el comité de empresa, en materia de quejas de consumidores, y también en algunos supuestos de conflictos vecinales (Community Boards de San Francisco)².

Estas experiencias no suscitaron en su momento inicial gran discusión pública. Quizás la razón de que no existiese una polémica fue la subsistencia de los tribunales formales y la poca influencia de estos organismos informales, eran adiciones a, destinados en último caso a tratar los "delitos de bagatela".

— Mayor interés ha despertado la (posible) existencia de cárceles privadas. Se aludía que en algún lugar de EE.UU. —nadie sabía exactamente dónde— existían algunas cárceles privadas. Este tipo de privatización era distinto y tropezaba ya con ciertos recelos. En efecto, se podía entender el interés del Estado en delegar a la iniciativa privada los costes de construcción y mantenimiento en un período en que se está proyectando la construcción masiva de cárceles. Pero ¿cuál era el interés de la iniciativa privada en invertir en las cárceles? ¿Dónde residía el negocio?

Si se pensaba en reinstaurar una cárcel-fábrica no se entendía por qué —y con mayor razón— los motivos que habían abocado dicho experimento anteriormente al fracaso³ no iban a repetirse en la actualidad. Como señalan RYAN-WARD [1989:23], no parece probable que las cárceles constituyan un alternativa más económica que la utilización de la mano de obra de países colonizados. Además de su viabilidad se cuestionan las distorsiones que se pueden producir si se relega el objetivo de la rehabilitación en aras de una mayor productividad [WEISS, 1987:289].

A esta incompreensión de los intereses privados en intervenir en este "negocio", lo cual ya era de por sí sospechoso, se unió rápidamente la declaración de la ACLU (*American Civil Liberties Union*). Los peligros fundamentales sobre los cuales esta asociación alertaba eran [RYAN-WARD, 1989:35]: a) la posibilidad de endurecimiento de las condiciones laborales; b) un recorte general en los servicios que se prestan en su interior; c) la falta de control público; d) la ilegitimidad de hacer de la "pena un negocio"; e) el olvido de que lo fundamental es buscar alternativas a la cárcel y no buscar formas alternativas de financiar las cárceles.

Sea que se haya fantaseado sobre el alcance de estas cárceles privadas, lo cierto es que tampoco en EE.UU. parecen proseguir su empuje retórico inicial⁴. Por lo que se refiere a cárceles de adultos, las únicas citadas por RYAN-WARD [1989:16] son Saint Mary (Kentucky), que fue financiada, construida y manejada por compañías privadas; y el caso de *Florida's Bay County Correctional Centre* (Tennessee), la cual es administrada por una compañía privada. Si se compara la población

² Desde una perspectiva ligeramente distinta también se ha producido lo que se conoce como "autorregulación" en materia de delitos relacionados con multinacionales y grandes corporaciones, donde la gran complejidad de los sujetos y asuntos involucrados convierten al derecho penal y a la policía en instrumentos altamente ineficaces [BRAITHWAITE-FISSE, 1987:228; CLARKE, 1987:280].

³ Entre estos se señalan los costos adicionales que implica el mantenimiento de la seguridad, la inestabilidad de la mano de obra, la imposibilidad de contar con maquinaria sofisticada, el rechazo tradicional de los sindicatos obreros al trabajo carcelario. Véase RUSCHE-KIRKHEIMER [1984]; MELOSSI-PAVARINI [1983].

⁴ Ello no significa que multitud de servicios en el interior de la cárcel no estén privatizados.

reclusa, de acuerdo con las mismas fuentes, de un total aproximado de medio millón de presos en cárceles estatales solo 1.200 adultos cumplen condena en cárceles privadas.

— Además de la cárcel, la privatización se ha producido en lo que podríamos denominar *instituciones intermedias*⁵. Estas instituciones intermedias pueden ser de gran variedad, pero fundamentalmente han tendido a desarrollarse en dos sectores: la delincuencia juvenil y los drogadictos. Estos centros acogen —a veces posteriormente o en ocasiones sustitutoriamente a la cárcel— a personas que han sido condenadas por delitos menores. Dichos centros han experimentado una expansión considerable. En datos proporcionados por RYAN-WARD [1989:28] estas instituciones son de carácter privado en 32 Estados (de EE.UU.), y la *American Halfway Association* agrupa a 2.300 centros.

— Existe también una privatización sobre la base de *asociaciones voluntarias*. Asociaciones que, de uno u otro modo, intervienen en el proceso penal; así, por ejemplo, ayudando a la reincorporación del preso a la sociedad, etc.

También de carácter voluntario son las "patrullas de vecinos", las cuales pretenden prevenir o reprimir actividades delictivas en barrios especialmente conflictivos, ante la ausencia, insuficiencia, o ineficacia de la fuerza policial.

— Otro tipo de privatización se refiere a las *medidas preventivas* de vigilancia. Entre las "alternativas" a la cárcel, una de ellas ha sido la posibilidad de desarrollar un sistema de vigilancia electrónica "*electronic monitoring*"⁶. Este sistema consiste fundamentalmente en sujetar una argolla a la persona, con lo cual, desde una pantalla, es posible vigilar todos sus movimientos. La empresa Marconi parece ser la más interesada [RYAN-WARD, 1989:103].

También, en la misma línea, existen los circuitos cerrados de televisión, el desarrollo de un urbanismo que dificulte la comisión de delitos, etc.

Si bien se acostumbra a agrupar bajo el concepto de "privatización" todas estas tendencias, sería posible a grandes rasgos diferenciar entre la "privatización" que pretende retrotraer el poder del Estado en materia punitiva para que este sea ejercido por (comisiones de) personas afectadas, de la "privatización" que propugna la intervención de compañías y multinacionales en lugar del Estado. Ambos fenómenos, si bien se designan con el nombre unitario de "privatización", tienen motivos y portadores distintos.

Manteniendo esta distinción en mente, es posible vislumbrar algunas de las contradicciones que se amagan bajo el lema de "privatización".

— Desde los sectores conservadores esta ayuda adquiere su fundamento en la necesidad de que el Estado se vea descargado de tareas nimias al tiempo que se concentra en los casos importantes, destacan su naturaleza auxiliar.

Desde los sectores liberales se aspira a retrotraer la actividad estatal (*roll back the State*) y a una mayor participación de los ciudadanos, recalcan su carácter sustitutivo.

⁵ Véase por todos a COHEN [1988]. Un resumen en LARRAURI [1987b].

⁶ Véase BERRY-MATTHEWS [1989].

— Desde una perspectiva conservadora se pretende responder a dos demandas contradictorias: más seguridad a un menor coste. Es cuando menos dudoso que resulten más económicos, ya que si bien muchos servicios son privados, estos aparecen empleados o subvencionados por el Estado. El ahorro es cuestionable. También los sectores progresistas presentan algunas antigüedades: a las primeras críticas realizadas cuando el Estado —directamente o subvencionando centros privados— multiplicó las instituciones alternativas a la cárcel por entender que ello representaba un exceso de intervención, les siguió una defensa de estos servicios cuando estos empezaron a ser desmantelados por recortes presupuestarios.

— Se señala que solo algunos aspectos —el ejercicio— son delegados pero que la potestad punitiva sigue en manos del Estado. Una diferencia tajante es dudosa como veremos en el caso de la policía privada, pero incluso en la cárcel dejar en manos de compañías privadas la posibilidad de cambiar de grado y acceder con ello a un régimen abierto produce que términos como definición de castigo y ejercicio sean difusos.

— Una tendencia acentúa la mayor eficacia y prevención de estas políticas; otros sitúan su énfasis en el objetivo resocializador y reintegrador del infractor. Esta última, si bien reivindica una involucración de la comunidad de vecinos, tropieza con una especialización de tareas y un número de especialistas cada vez mayor. De forma similar, los problemas económicos con que se enfrentan las asociaciones voluntarias las llevan a solicitar subvenciones oficiales, las cuales pueden en ocasiones desvirtuar los objetivos originarios.

— Difuminación: se habla de público, pero en numerosas ocasiones está subvencionado por el Estado y manejado por personal privado; otras veces se habla de privado al estar sufragado por compañías privadas, pero el personal que las maneja tiene carácter público.

— Tienen en general una valoración ambivalente: si por un lado se afirma que la cuestión fundamental no es su carácter privado o público, que la diferencia para los delincuentes no es relevante, que no importa quién lo haga mientras se haga, por otro lado acecha el temor de que tanta proliferación de medios novedosos redunden en un mayor control de las actividades cotidianas. Se teme que el precio de una mayor seguridad sea el establecimiento de un control más difuso y más difícil de someter a la legalidad.

Esta es, de forma muy esquematizada, la problemática debatida en torno a la privatización. Algunos de sus aspectos serán retomados al analizar el caso concreto de la policía privada.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS⁷

Estamos tan acostumbrados a ver una policía pública, que parece que esta siempre haya estado allí. Sin embargo, la constitución de la policía como fuerza

pública —esto es, sufragada por medio de impuestos públicos y en manos del gobierno— es de creación relativamente reciente. En EE.UU. no se conoce policía pública hasta 1845-1858; también en Inglaterra surge en 1835.

Para exponer la evolución podríamos diferenciar tres fases: el capitalismo industrial, el avanzado y el corporativo. Estas tres fases se corresponderían a grandes rasgos con la transformación de una policía privada en una policía pública, y de nuevo en una privada.

La situación anterior al surgimiento de una policía pública se caracterizaba en EE.UU. e Inglaterra por un sistema que podría definirse como “pago por resultados”; consistía en un contrato negociado entre dos partes, cuya función fundamental era la recuperación de objetos desaparecidos. Esta situación provocaba frecuentes casos de corrupción —acuerdos con el ladrón— y la dificultad de encontrar ciudadanos dispuestos a acometer dichas tareas [SPITZER-SCULL, 1977a; SOUTH, 1987:74].

Sin embargo estos problemas internos explicarían el decaimiento de la policía privada, pero aparecerían insuficientes para fundamentar por qué en esta transformación la policía adquiere precisamente el carácter de pública.

La tesis principal es que estos cambios sociales globales —surgimiento del capitalismo industrial— producen un cambio de orientación —protección de los beneficios— de la “función policial” [SPITZER-SCULL, 1977a].

La fase incipiente del capitalismo⁸ se caracteriza por el detrimento de las comunidades rurales en favor de las urbes donde se iban a ubicar las primeras fábricas. Esta desaparición de las comunidades rurales vendría a producir, entre otras consecuencias, una aminoración de los denominados “mecanismos de control informal”. El peso atribuido a la religión, las antiguas creencias, la familia, los lazos vecinales, iban a experimentar una sacudida al producirse el trasvase masivo a las urbes, en las cuales estos vínculos aparecen debilitados. Contemporáneamente surge la necesidad imperiosa de disciplinar a los campesinos para adaptarse a las nuevas formas laborales, la necesidad de acatar unos horarios rígidos, de trabajar reclusos, una nueva forma de pago, etc., lo cual podía no ser de su agrado y dar origen a las consiguientes revueltas⁹.

Es probable que en esta primera etapa el control pudiera ser acometido en forma privada. El capitalismo industrial incipiente se desarrolla en pequeñas ciudades donde existe una dependencia (casi) absoluta en los empresarios —a modo feudal—: desde los bonos de comida hasta la vivienda dependen de la empresa.

Cuando surgen disturbios es necesario encontrar una fuerza que controle estos, que asegure la maquinaria, los bienes y la continuidad de la producción. Esta tarea es en un principio acometida por la policía privada —la famosa agencia Pinkerton de San Francisco—, pero posteriormente pasa a ser desarrollada por una fuerza pública, cuando es asumida por el gobierno con la creación del FBI.

Las razones de este trasvase, aun cuando complejas, responden también a cambios estructurales del capitalismo. Estos cambios pueden sistematizarse del siguiente

⁸ Véase por todos LASKI [1969].

⁹ Véase a HOBBSBAWN, PEARSON [1978].

⁷ Basado en SPITZER-SCULL [1977 a); 1977 b)]; SOUTH [1987].

modo: un cambio en lo que se produce, la producción de bienes de consumo adquiere mayor relevancia, la mejoría de la red de transportes ocasiona que el centro de producción no deba estar ya junto a la ciudad fabril, el surgimiento de unos *managers* cuya función fundamental es asegurar la productividad en el interior de las empresas. Todos ellos son factores que minan las bases del capitalismo (paternalista) industrial.

Antes de seguir con el desarrollo es necesario hacer dos advertencias previas: en primer término, evidentemente el surgimiento de la policía pública no elimina totalmente a la policía privada, sino que coexisten múltiples áreas donde siguen funcionando policías privadas debido al interés específico de los empresarios y también a los recelos con que se contempla el dotar al Estado de este poder [SOUTH, 1987:87-92]; en segundo lugar, es de advertir que, aunque la policía pública surge con el paso del capitalismo industrial al capitalismo avanzado, ello no sugiere que esta sea su única explicación. La existencia de revueltas de trabajadores, las luchas de los campesinos contra las nuevas leyes agrarias que se estaban sucediendo, el sentimiento de desorden que ello conllevaba, la progresiva centralización de los Estados, la creación de un sistema de impuestos, el interés de la burguesía por conseguir una justicia impersonal (de la aristocracia), las ideas penales liberales que enfatizan una política preventiva que descansa en la certeza de la detención antes que en la crueldad de los castigos, etc... son todos ellos factores a tener en consideración [SCULL-SPITZER, 1977, b); SOUTH, 1987:76-80].

Estos cambios traen por consecuencia que para la protección de beneficios ya no sea suficiente con una policía privada, sino que se requiera una fuerza capaz de proteger no solo el proceso de producción sino también el transporte, los mercados, etc. Se da así un viraje de la protección de beneficios a la protección del orden. Es en este momento cuando la creación de una fuerza pública aparece más adecuada desde un punto de vista de legitimidad y de costes [SPITZER-SCULL, 1977 a)].

La ventaja de esta situación aparecería clara: la expresión "orden público" —necesario para la extracción de beneficios¹⁰— tiene un carácter neutral, lo cual permite que este sea visto no en interés fundamental de los empresarios sino del público. Si ello es así, se legitima que sea el público (i.e. el Estado) quien deba hacerse cargo de los costes que su mantención acarrea y que ningún capitalista individual acometería si todos se benefician de ello.

En esta segunda fase de predominancia de la policía pública, aparece una buena muestra del fenómeno descrito por BERGER-LUCKMAN [1984:163]: "Es correcto afirmar que las teorías se urden con el fin de legitimar las instituciones ya existentes. Pero también sucede que las instituciones sociales se cambian con el propósito de conformarlas a teorías que ya existen, vale decir, de hacerlas «más legítimas»".

El énfasis en la policía como protectora del orden público iba a provocar que la policía en efecto fuese requerida para controlar el "orden público". Difuso como este concepto es, implicaba que en general la policía se limitara a controlar el delito callejero. Y no solo el delito callejero sino además todos aquellos asuntos que

¹⁰ Sobre la relación existente entre la seguridad —certeza de beneficios— y la libertad —capacidad de producirlos— véase a LARRAURI [1987 a)].

para los ciudadanos entran dentro del concepto de orden (riñas entre vecinos, música alta, coches abandonados, etc.)¹¹.

Nos encontramos pues con una policía cuya función principal reside en controlar el orden público. Ello implicaba un vacío en la protección del mundo empresarial que se agudizaba por el retraso de la policía pública respecto de las nuevas modalidades de ataque, robo de empleados, delito informático, tarjetas de crédito, espionaje industrial, etc., respecto de las cuales la policía pública, creada para hacer frente a un modelo de desorden anterior, no estaba capacitada técnicamente.

De nuevo la protección de beneficios adquiere en esta fase, denominada "capitalismo corporativo", otras formas, y ello requiere otros métodos policiales. En este orden aparece la policía privada¹². Pero, a diferencia de la situación anterior, los costes no pueden ser ya asumidos por el Estado social. Ello provoca lógicamente el uso de otro tipo de legitimaciones, con las cuales se justifica la expansión de la policía privada. Paradójicamente lo fundamental descansa en el derecho a la propiedad, esto es, en el derecho del propietario a disponer de los medios adecuados de protección¹³.

Ahora bien, como observan SCHEARING-STENNING [1983], la diferencia de esta nueva propiedad privada con sus rasgos de "propiedad privada masa" (*mass property*)¹⁴: centros comerciales, áreas residenciales, restaurantes, etc.

Ello trae consigo que, a pesar de ser propiedad privada, los ciudadanos nos encontramos con que gran parte de nuestra vida transcurre en sus límites. De esta forma, inevitablemente, la defensa de la propiedad adquiere el carácter de control de comportamientos de los ciudadanos, con el detrimento de que este control se considera una materia privada. Por ello posiblemente se requiere de una justificación adicional invocada infinidad de veces, esto es, que la policía privada es auxiliar de la policía pública, con lo que, en últimas, su legitimidad deriva de esta delegación o adición de las fuerzas estatales.

Es indudable, sin embargo, que al margen de las anteriores consideraciones la policía privada presenta un sinfín de ventajas para los que recurren a ella.

¹¹ Las investigaciones muestran que la mayor parte de llamadas a la policía son de servicios, y que 8 de cada 10 se refieren a incidentes no criminales.

¹² A quien vea en ello un análisis excesivamente materialista lo remito a las declaraciones de E. Aparicio, Consejero Apoderado del Gabinete de Presidencia de ESABE-EXPRESS, en las que justifica la necesidad de seguridad privada: "Los rápidos cambios de estructuras, los problemas de energía y materias primas, las crisis de divisas, los problemas en las relaciones comerciales con el Tercer Mundo, las tendencias de socialización, las variaciones de coyuntura y otras muchas manifestaciones, procurarán también en el futuro que la dirección entrañe considerables riesgos".

¹³ Ello se formula a veces señalando cuán lógico es que quien más seguridad requiere pague más por ella.

¹⁴ El problema, como observan SHEARING-STENNING [1987], es que la categoría de individuo se ha convertido en una categoría residual para expresar todo aquello que no es Estado. Nuestros "conciudadanos" son, paradójicamente, corporaciones multinacionales, que tienen los derechos y la categoría de persona jurídica, a pesar de presentar más características de Estado que de individuo.

— Se concentran en la restitución. Al afirmar la existencia de un interés público, el Estado se apoderará del proceso penal, o, como afirma gráficamente CHRISTIE [1977], “le robó el conflicto a la víctima”. Ello, si bien “descargó” a la parte implicada del seguimiento del proceso, impuso grandes límites a su capacidad de maniobrar. No está en poder de la parte conseguir una restitución a cambio de retirar el proceso. La policía privada por el contrario puede detener como cualquier otro ciudadano, pero *no tiene obligación* de detener. Ello abre la posibilidad de realizar una “fructífera negociación” con la amenaza del proceso penal como telón de fondo.

— El temor de dotar al Estado de un instrumento coactivo que pudiera volverse en contra de los ciudadanos condujo a un fortalecimiento de las garantías individuales. Se desarrolló un cuerpo de leyes destinado a especificar las condiciones en que se produciría esta intervención. El hecho de que el miedo se concentrara en los ataques a la libertad provenientes del Estado determinó una desatención respecto de las vulneraciones producto de la actividad de individuos privados. Ello significó que estas garantías de cómo y cuándo puede afectarse la libertad se encuentren ausentes —o aminoradas— en el caso de la policía privada. No se trata de que esta realice actos ilegales sino de que pueda legalmente realizar actos que para la policía pública serían ilegales por su condición de autoridad [MARX, 1987: 183].

— La policía privada resulta más rentable y adaptable a las concretas necesidades del empresario. Es posible contratarla por tiempo parcial, por épocas determinadas, etc., no está sometida a los requisitos de funcionario público y responde directamente al empresario.

— La policía privada se beneficia además de la simbología de la policía pública (i. e. uniforme) y de la red de contactos informales existente —debido a que numerosos miembros de la privada han sido miembros de la pública— que permite un provechoso intercambio de información.

3. NATURALEZA DE LA POLICÍA PRIVADA

Como hemos visto en el apartado anterior, se parte de la asunción de que las nuevas tareas que debe desarrollar la policía privada¹⁵ es lo que ha propiciado su surgimiento y expansión. A pesar de esta separación de funciones la línea divisoria entre policía pública y policía privada no siempre aparece con dicha nitidez. Examinaré en primer lugar las diferencias, para posteriormente exponer las similitudes.

De acuerdo con SHEARING-STENNING [1983] lo característico de la policía privada es la no especialización de sus funciones; se trata de prevenir cualquier situación disruptiva en los términos definidos por el empresario. Su función consiste más

¹⁵ Esto es la protección del orden —ya sea en abstracto [SHEARING-STENNING, 1983] o en su versión más radical para extraer beneficios [SPITZER-SCULL, 1977], más que del orden público para evitar delitos.

en prevenir —proactiva— que en intervenir —reactiva— [REISS, 1987:25]. Ello demanda que su relación con la ley sea *instrumental*, esto es, la preocupación no reside en cuestiones morales de castigo y responsabilidad sino en la satisfacción de los intereses del cliente.

Esta difusión de tareas marcadas por la finalidad de prevenir lesiones a los intereses del cliente produce varias consecuencias. En primer lugar, conduce a una extensión de las “definiciones legales”; en efecto, la persona quizás no ha realizado un delito pero se la puede retener o expulsar porque ha vulnerado algunas de las normas definidas por el propietario. En ocasiones existe una restricción de las definiciones legales, no importa tanto la comisión de un delito o su persecución si ello no pone en entredicho el orden empresarial interno. En segundo lugar, se produce también una discrecionalidad en cuanto a las sanciones. La amenaza del proceso penal sirve para que el sujeto acepte otro tipo de sanciones y sin ningún proceso.

Estas peculiaridades son las que conducen a dichos autores a señalar que la policía privada no funciona en el marco del sistema penal, sino en un ámbito propio diferenciado. Ello significa que no son auxiliares de la policía pública, esto es, no solo ejercen el poder de castigar en los términos en que este se halla estipulado en el cuerpo de leyes públicas, sino que lo redefinen [SHEARING-STENNING, 1987]. Las razones por las que se insiste en su naturaleza auxiliar son debidas a la necesidad de adquirir legitimidad frente al público¹⁶ y a la necesidad de no enturbiar sus lazos con la policía pública, la cual los aceptará en la medida en que sigan siendo auxiliares (*junior partners*).

Sin embargo, esta tesis, que afirma la continuidad de tareas entre la policía pública y la privada, tropieza, de acuerdo con SCHEARING-STENNING [1983], con las siguientes consideraciones: 1) el número de policía privada se acerca y en ocasiones excede a la pública; 2) la policía privada posee medios técnicos superiores; 3) no es cierto que solo se ocupen de los casos menores, se ocupan de todo cuanto acontece en su ámbito; 4) el hecho no desdeñable de que el recurso a la policía pública es en última instancia decisión de la policía privada.

Si bien los argumentos esgrimidos por estos autores inciden en la especialización de las tareas de la policía privada respecto de la pública, no es menos cierto que en ocasiones es difícil trazar semejante línea divisoria. Se puede pensar en aquellas situaciones en que no es el empresario sino el gobierno quien impone la obligación de contar con policía privada, en los casos en que esta patrulla áreas públicas, en los que, no obstante ser policía privada está dotada de poderes públicos, etc. Todo ello hace que el tema de la naturaleza de la policía privada sea un poco más complejo.

MARX [1987:187] ofrece una lista de indicadores los cuales pueden servir, a su juicio, para determinar el carácter público o privado de la policía. En mi opinión los indicadores son válidos precisamente para mostrar la imposibilidad de establecer

¹⁶ El público vislumbra a la policía privada como protectora de los intereses de otros [SHEARING-STENNING, 1985a; SOUTH, 1988].

unas fronteras claras. Seguirá los criterios ofrecidos por dicho autor, intentando ilustrar las interrelaciones que se producen.

1. Lugar: la policía pública está en áreas públicas, la privada en sitios privados. No se requiere demasiada argumentación para observar que la policía privada está también en sitios públicos.

2. Intereses: la policía pública protege intereses públicos, la privada intereses de los particulares. Indudablemente la policía pública desarrolla múltiples funciones, siendo en ocasiones su misión fundamental la de proteger los intereses particulares de una víctima [FIXLER-POOLE, 1988].

3. Actividad: la policía pública se ocupa más del delito, es reactiva, centrada en los aspectos morales de culpa y responsabilidad. Ello es, a grandes rasgos, cierto; pero ¿qué duda cabe de que también la policía privada aprehende en algunas ocasiones a delincuentes remitiéndolos a la policía pública y que esta intenta a su vez el desarrollo de medidas preventivas?

4. Sujetos: la policía pública tiene el carácter de funcionario, en tanto que la privada es integrada por ciudadanos. Aparece claro que en determinadas ocasiones la policía privada está investida de poderes públicos.

5. Control: la policía pública está sometida al control del poder ejecutivo y legislativo, la privada solo responde ante su empresa. De nuevo, aun cuando ello sea a grandes rasgos cierto, los múltiples controles establecidos por el gobierno en el área de la seguridad privada pretenden ejercer sobre esta un control público.

6. Financiación: la policía pública está subvencionada por los impuestos ciudadanos —gobierno—, en tanto que la privada es sufragada por el cliente. Sin entrar en consideraciones de a quién revierten los costes en última instancia, pensamos solo en el caso de cuando el gobierno recurre a la policía privada.

7. Autodefiniciones: la policía pública se ve a sí misma como un servicio público, en tanto que la privada actúa directamente dependiente de su empresario. Como ya he señalado, este no suele ser el caso de la policía privada, lo cual afirma su carácter de auxiliar de la policía pública ante la imposibilidad de esta de realizar todo el trabajo.

8. Organización: la policía pública tiene una red y estructuras distintas de las de la policía privada. De nuevo el intercambio de personal entre ambos cuerpos desmiente una tajante separación.

En definitiva, lo que se observa en este como en los otros aspectos privatizados del sistema penal es una gran difuminación de las fronteras entre lo público y lo privado. Ello abre la discusión acerca de la irrelevancia del carácter público o privado, siempre que se realicen las funciones adecuadas —protección del público— y existan los controles públicos suficientes.

4. LA MERCANTILIZACIÓN DE LA SEGURIDAD

Desde hace algún tiempo los juristas se esfuerzan por encontrar algún tipo de definición del bien jurídico y derecho “seguridad”. Ello se ha plasmado como

“ausencia de todo riesgo” o, un poco más estricto, “ausencia de todo delito”. También se ha señalado que el derecho no está en disposición de garantizar un bien así entendido. Quienes sí parecen estarlo son las compañías privadas, las cuales, alentadas por el sentimiento de “inseguridad ciudadana” existente, se han lanzado a ofrecer unos servicios destinados a conseguir tal panacea. La explotación de un sentimiento subjetivo ha producido efectivamente unas demostrables consecuencias materiales, si atendemos al ritmo de crecimiento del sector de la seguridad privada¹⁷ [SOUTH, 1988].

Ahora bien, este sentimiento subjetivo de inseguridad se expande o se contrae en atención a contextos sociales y políticos distintos, no es inmutable [SPITZER, 1987:46]. Ello no significa que la activación del miedo responda a “las necesidades del capitalismo”, pero sí puede ser cierto que el uso de determinados productos ha sido cargado con un determinado uso simbólico —la consecución de la seguridad— por parte de las compañías anunciadoras y suministradoras de estos servicios. Ello se inscribe adicionalmente en el marco de una “cultura consumista”, la cual se caracteriza por la creencia de que “si la solución a un problema existe, esta se compra” [EWEN y EWEN, cit. Spitzer, 1987:53] y por el estímulo de este consumo a través del acrecentamiento de los deseos y/o miedos¹⁸.

Es en este sentido en el que debe prestarse atención, como ha señalado JAUME FUNES, a los mecanismos por los cuales se “genera miedo” y que se extienden más allá de la persona directamente implicada, y a la traducción que se realiza —más policía, más leyes, más orden— de este miedo.

Sin pretender realizar una lista exhaustiva¹⁹ de las funciones desarrolladas por compañías de seguridad privada, mencionemos las siguientes: expulsión de inmigrantes, cobros de morosos, servicios de alarmas, vigilancia interior de empresas, de áreas públicas (i.e. aeropuertos, metros, etc.), de “propiedad masa” (i.e. bancos, restaurantes, centros comerciales), empresas de tarjetas de crédito, detectives destinados fundamentalmente a infidelidades conyugales, drogas, investigación de historias personales, especulaciones inmobiliarias, guardaespaldas, transporte de fondos, multitud de servicios municipales (i.e. grúa, policías de aparcamiento), servicios en el interior de la cárcel, etc.

Como señalan FIXLER-POOL [1988], “nada” se opone a una completa privatización de todos los servicios que hoy en día desarrolla la policía pública. Quizás se llegue efectivamente a una “privatización de las calles” [SHAPLAND, 1989:8], en las que las “rondas” de guardias jurados sustituyan al (inexistente) policía de barrio.

¹⁷ En España se estima que existen entre 1.300 y 1.500 empresas de seguridad inscritas en el registro de la Dirección de la Seguridad del Estado. Uno de los líderes del sector ESABE estimó en el año 1988 que los beneficios superarían los 1.000 millones de pesetas.

¹⁸ Lo cual produce la paradoja advertida por SPITZER, [1987:50] de que cuanto más seguridad adquirimos tanto más inseguros nos sentimos; entre otras razones porque los no adquirentes son vistos como amenazas potenciales.

¹⁹ Las cuales previsiblemente irán aumentando, ya que, en palabras de uno de sus directivos, “también es seguridad facilitar a un anciano la asistencia necesaria, investigar a posibles insolventes, hacer que el correo no se pierda, etcétera”.

Sin embargo quisiera desarrollar algunas hipótesis acerca de los posibles riesgos que esta tendencia privatizadora puede acarrear.

La primera se refiere al argumento aludido de que la cuestión relevante no es si el control es realizado por policía pública o privada, sino que se estatuyan los mecanismos adecuados de control público. Aun cuando este argumento es coherente teóricamente, me temo que presenta una imagen de la realidad idealizada. Si atendemos a los motivos por los que la policía pública pide su cese y posterior traslado a la policía privada —se calcula que se dan 300 casos anuales de lo que se conoce como “fuga de pistolas”—, uno de los que se alega es su hastio con los tribunales. El sistema de garantías establecido por los jueces y fiscales es visto como obstáculo a su función policial. Del mismo modo una de las razones que llevan a los empresarios a contratar policía privada es su mayor flexibilidad, esto es, su no sometimiento a un cuerpo de reglas de funcionamiento rígido que les permite una mayor maniobrabilidad.

Mi duda es, por consiguiente, si la pretensión de someter esta policía privada a un rígido control público no contraviene el fundamento de su propia existencia. Una lectura, como la realizada acertadamente por Carlos González, que entienda el fenómeno de la privatización como respuesta o evasión al sistema de garantías públicas, concederá escasa credibilidad a la posibilidad de someter a la policía privada a un control público efectivo.

La segunda atañe a los temores con los que se observa este crecimiento de la policía privada. Desmentidos como son por parte de los empresarios del sector, parece innegable que este comercio posee unas características más o menos peculiares: se trata en general de un sector monopolista²⁰, con fuerte dependencia tecnológica en multinacionales extranjeras, que en ocasiones tiene conexiones con sectores políticos ultraderechistas, que a veces son constituidas por la propia policía, que acumulan una ingente cantidad de datos, que aparecen en un sector en expansión económica fabulosa, que carecen de una completa reglamentación, que se rodean de una gran dosis de secretismo, etc.

Bien está que ello se atribuya a la fértil imaginación popular, pero de nuevo mi duda estriba en que la propia función de la policía privada lleva consigo la potencialidad de un control más intrusivo en los ciudadanos. Ello se debe a la utilización de medios sofisticados, grabación de videos o de conversaciones —sin necesidad desde luego de intervenir el teléfono con la consiguiente autorización judicial—. Ello supone ya en principio una vulneración del derecho a la intimidad. Por ejemplo, en EE.UU. el mayor banco de datos se encuentra en manos de una compañía privada cuyo trabajo consiste precisamente en la venta de información a clientes que lo soliciten. Ello es posible al amparo de su carácter de empresa privada que la exime de determinadas leyes de protección de datos. Pensemos adicio-

nalmente que esta información no se refiere necesariamente a delitos sino a actos privados cuya difusión puede perjudicar la reputación de la persona.

Pero no solo la acumulación de datos es alarmante sino que debe destacarse, como ya he mencionado, que su obtención escapa de cualquier proceso legal. La utilización de medios técnicos avanzados permite averiguar, por ejemplo, la consumición de droga sin que el sujeto se aperciba. Todas las garantías que rodean el cuándo y cómo de la intervención, la posibilidad de defensa y recursos, etc., quedan cuando menos seriamente afectadas frente a las nuevas formas subrepticias de intervención.

Una consideración ulterior es la posibilidad de utilizar esta información, con lo cual nos adentramos en el terreno de las amenazas, chantajes y coacciones. Del mismo modo existe la posibilidad de evadir el proceso penal “negociando” con el infractor, lo cual puede constituir delito de usurpación de funciones, de realización arbitraria del propio derecho, etc. Adicionalmente la potencialidad de detenciones ilegales, cuando un policía privado sin autoridad “retiene” a un ciudadano. El delito de ir armado cuando se carece del correspondiente permiso. El mayor riesgo de “enzarzarse en un tiroteo”, como han denunciado los sindicatos en el ejemplo concreto de vigilantes jurados bancarios. La posibilidad de una nueva delincuencia destinada a entrar de contrabando los artilugios técnicos necesarios. Por no mencionar la cantidad de ilegalismo en la constitución de empresas de seguridad, lo que ha llevado a que la policía cree un cuerpo específico de control de dicha actividad, con sus correspondientes expedientes reglamentarios, procesos y consiguiente actividad judicial. La ironía es precisamente que aparecen como “descargando” a la policía de trabajo, pero pocas veces se llama la atención sobre la potencialidad delictiva de estos nuevos empresarios y actividades. El “aumento del delito” alegado como justificación para la creación y expansión de la policía privada, puede funcionar a modo de “profecía que se autocumple”.

Finalmente, surge la reflexión acerca de si este proceso no socava las bases mismas de existencia del Estado. El Estado ha aparecido justificado desde su existencia como el “legítimo monopolizador” de la violencia. Es cierto, como señalan RYAN-WARD [198:82], que no existe una relación inmutable entre Estado y potestad punitiva. Este parece ser efectivamente el camino emprendido. Mi duda, en el supuesto de que la provisión de la seguridad sea totalmente realizada por la industria privada (“privatización de las calles”), reside en la cuestión de ¿quién pagará por la seguridad de los pobres? ¿O resultará que la seguridad —como el derecho a la propiedad— es finalmente solo para quien tiene los medios de acceder a ella? Si cada vez que el Estado fracasa en suministrar un servicio —y garantizar un derecho— allí aparece presta la iniciativa privada a ocupar su lugar, en vez de ciudadanos solo existirían clientes [SPITZER, 1987:58].

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, R. (1982): “The contradictions of informal Justice”, en *The Politics of Informal Justice*, vol 1, R. Abel (ed). New York, Academic Press.

²⁰ La profusión de pequeñas empresas no contradice esto, ya que en la medida en que se busca una “seguridad integral” —provisión en defensa personal y medios de defensa pasiva— el coste que ello supone lleva a la concentración en un grupo reducido de empresarios.

- BERRY, B. MATTHEWS, R. (1989): "Electronic Monitoring and House Arrest: Making the Right Connections", en *Privatizing Criminal Justice*. R. Matthews (ed), London, Sage.
- BERGER-LUCKMAN (1984): *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu.
- BRAITHWAITE, J. FISSE, B. (1987): "Self-regulation and the control of corporate crime", en *Private Policing*, Shearing-Stenning (eds).
- CLARKE, B. (1987): "Prosecutorial and Administrative Strategies to control Business crimes: Private and Public Roles", en *Private Policing*, Shearing-Stenning (eds).
- COHEN, S. (1988): *Visiones de control social*, Barcelona, PPU.
- CHRISTIE, N. (1977): "Conflicts as Property", en *British Journal of Criminology*, vol. 17, n.1.
- FIXLER-POOLE (1988): "Can Police Services be privatized?", en *ANNALS, AAPSS*, 498, July.
- HOBBSAWN, E. (1982): *Las revoluciones burguesas*, 9ª ed., Barcelona, Guadarrama.
- LASKI, H. J. (1969): *El liberalismo europeo*, Madrid, FCE.
- LARRAURI, E. (1987a): *Libertad y amenazas*, Barcelona, PPU.
- (1987b): "Las paradojas del movimiento descarceratorio norteamericano", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- MARX, G. (1987): "The Interweaving of Public and Private Police in undercover work", en *Private Policing*, Shearing-Stenning (eds).
- MELOSSI-PAVARINI (1985): *Cárcel y fábrica*, 2ª ed., Madrid, Siglo XXI.
- PEARSON, G. (1978): "Goths and Vandals. Crime in History", en *Contemporary Crises*, 2.
- REISS, A. (1978): "The legitimacy of intrusion into private space", en *Private Policing*, Shearing-Stenning (eds).
- RUSCHE-KIRKHEIMER (1984): *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis.
- RYAN-WARD (1989): *Privatization and the penal system*, London, Open University Press.
- SHAPLAND, J. (1989): "Views on crime: public and private problems", ponencia presentada en la British Criminology Conference, Bristol Polytechnic, Julio. Inédito.
- SHEARING-STENNING (1983): "Private security: implications for social control", en *Social Problems*, 30,5.
- (1985a): "Police perceptions of private security", en *Canadian Police College Journal*, 9,2.
- (1985b) : "Public perceptions of private security", en *Canadian Police College Journal*, 9,3.
- (1985c) : "Corporate perceptions of private security", en *Canadian Police College Journal*, 9,4.
- (eds) (1987): *Private Policing*, London, Sage.
- SOUTH, N. (1987): "Lae, Profit and private persons: private and public policing in english history", en *private Policing*, Shearing-Stenning (eds).
- (1988): *Policing for profit*, London, Sage.
- SPITZER, S. (1987): "Security and control in capitalist societies: the fetichism of security and the secret thereof", en *Transcarceration*, Lowmann-Menzies-Palys (eds), England, Gower.
- SPITZER-SCULL (1977a): "Privatization and capitalist development: the case of the private police", en *Social Problems*, 25,1.
- (1977b): "Social control in historical perspective: from private to public responses to crime", en Greenberg (ed), *Corrections and Punishment*, London, Sage.
- WEISS, R. P. (1987): "The reappearance of the 'ideal factory': The entrepreneur and social control in the contemporary prison", en *Transcarceration*, Lowmann-Menzies-Palys (eds), England, Gower.

EL OFICIO DE FORMAR ABOGADOS PARA UN EJERCICIO EN LIBERTAD Y DEMOCRACIA *

Pastor Acevedo H.

El poeta que en 1975 escribiera una bella historia de amor titulada *Diótima*, y que fuera amigo cercano de HEGEL y SHELLING, hablo de FRIEDRICH HÖLDERLIN, formularía en su memorable poema "Pan y Vino" una dolorosa pregunta: "¿... y para qué ser poeta en tiempos de penuria?" Nos dice HEIDEGGER que esta pregunta es contestada tímidamente por el mismo HÖLDERLIN por boca de Heinse, el amigo del poeta, a quien este se dirigía: "Pero son —dices tu— cual santos sacerdotes del dios del vino, que corren de tierra en tierra en la sagrada noche".

Cuando se me invitó para que estuviera con ustedes hoy se me sugirió por una de sus compañeras que podríamos hablar sobre el perfil y la espiritualidad del abogado, de inmediato la interrogación de Hölderlin tomó para mí una relación en la necesidad de preguntar por la significación que tiene para nosotros hoy, seres formados en el derecho romano, la esencia que fundamenta el ser del abogado; porque si hay una respuesta para la interrogación de Hölderlin y los poetas sirven a Dionisos, ¿a quién servimos los abogados?

Siento una gran alegría al poder estar con ustedes e intentar esta reflexión conjunta buscando aclarar tantas dudas que ahora soportamos. En estos tiempos se ha vuelto en Colombia ya no sólo indiferente e inútil sino también peligroso el ejercicio de pensar; de improductivos y ociosos los pensadores que han llegado a convertirse en enemigos

* Estas reflexiones fueron presentadas el 29 de agosto de 1988 en la Universidad Santiago de Cali por invitación de sus estudiantes y directivas.

de no se sabe qué mano invisible, y ya muchos reposan precozmente silenciados para siempre. Tampoco en esto "nuestra democracia" es original; CLAUS OFFE, hablando del neoconservadurismo que en esta década se ha afianzado en Estados Unidos e Inglaterra con un amplio apoyo de los ciudadanos de estos países, nos dice: "la política cultural opera en dos frentes. De un lado, tiene que desacreditar a los intelectuales, en cuanto que capa obsesionada con el poder e improductiva, portadora del modernismo, ya que los valores posmateriales, especialmente las necesidades expresivas de autorrealización y de juicio crítico de una moral ilustrada universalista son una amenaza para los fundamentos motivacionales de una sociedad del trabajo que funcione y de la despolitización de la opinión pública. Por otro lado, es necesario seguir cultivando los poderes de la ética convencional, del patriotismo, de la religión burguesa y de la cultura popular. Estos existen con el fin de compensar al mundo vital por las cargas personales y para defenderlo de la sociedad competitiva y de la modernización acelerada" (JÜRGEN HABERMAS, *Ensayos políticos*¹, Ediciones Península, pág. 126).

Gracias, pues, por permitirse estar hoy aquí.

¿Para qué ser abogado en estos tiempos difíciles? O de otra manera, este oficio cotidiano y lleno de ritualidad en el cual estamos formando abogados, ¿hacia dónde mira y hacia dónde los conduce? No sé si ustedes saben que hasta hace muy poco tiempo yo fui profesor de Criminología en la Universidad de Antioquia; a mi siempre me extrañó la ausencia que ha caracterizado a esta materia en los programas de Derecho, la indiferencia —que llega casi al desprecio— de muchos abogados hacia ella, o el tratamiento que se le da cuando es dictada.

Pues bien, la idea que me gustaría discutir con ustedes aquí plantea cómo la criminología, en su origen, cuando se propuso como escuela soportada por un rigor científico, determina un giro decisivo para el fundamento que soporta el derecho y toda la formación de los abogados.

El siglo XIX es el escenario en el cual todas las disciplinas que se ocupan de una u otra manera por el conocimiento buscan acceder a un rigor metodológico que les garantice un estatuto de científicidad y un lugar de respeto y reconocimiento entre las diferentes ciencias; durante este siglo el racionalismo encontrará su máxima en el positivismo, en la instauración en pleno de las características de la época moderna, y cada época, como lo analizó reveladoramente HEIDEGGER, determina una reflexión sobre la esencia de lo existente y una decisión sobre la esencia de la verdad.

En este siglo XIX, cuando todas las disciplinas se apropian del método propuesto por el positivismo para cualquier indagación, bien sea en el orden de la naturaleza

¹ Un escritor francés, ALAIN FINKIELKRAUT, con un libro de reciente aparición, *La derrota del pensamiento*, ha destado una interesante polémica en Europa; él afirma que "...tras haberse borrado la frontera entre la cultura y la diversión, ya no hay lugar para acogerlas y conferirles sentido. Por consiguiente, flotan absurdamente en un espacio sin coordenadas ni referencias. Cuando el odio a la cultura pasa a ser a su vez cultural, la vida guiada por el intelecto pierde toda su significación". (Edit. Anagrama, 1987, p. 122).

o del hombre, habiéndose llegado a afirmar la posibilidad de una ciencia de las ciencias, es decir, de un método científico aplicable a cualquier ciencia como única garantía de rigor científico y de científicidad. Si desde el siglo XVII, cuando la ciencia accede por primera vez a un lenguaje matemático, la pregunta que se venía formulando era sobre las condiciones científicas que hacían posible la experiencia en una nueva manera de asociar razonamiento y experiencia, en el siglo XIX ya es una realidad plantear cómo la esencia de la ciencia es la *investigación*; y esta investigación, soportada y avalada por una física matemática, en la cual el rigor de la ciencia aparece dado por la *exactitud*. La investigación se torna entonces experimental y el criterio de *verificación* llega a ser fundamental para el acontecimiento científico.

En este orden de ideas podemos perfectamente comprender la afirmación que en 1892 hacía RAYMOND DU BOIS en el Instituto Médico de Brücke, creado por este en compañía de HELMHOTZ, afirmación conocida con el nombre de "Juramento de Helmholtz". "Brücke y yo hemos hecho solemnemente el juramento de dar vigor a esta verdad: No existen en el organismo otras fuerzas activas que las fuerza físicas y químicas corrientes. En aquellos casos que, por el momento no puedan ser explicados por estas fuerzas, se debe buscar de hallar la forma específica de la acción de estas últimas mediante el método físico-matemático o bien suponer la existencia de nuevas fuerzas, iguales en dignidad a las fuerzas físico-químicas inherentes a la materia y reductibilidad a las fuerzas de atracción y repulsión". (Citado por Ernest Jones, t. I, pág. 63, "Vida y Obra de Sigmund Freud", ediciones Anagrama).

ROBERT BLANCHE, en *El método experimental y la filosofía de la física*, resume con bastante precisión este proceso histórico, decisivo para el desarrollo de las ciencias en el siglo pasado y los alcances de la técnica como los apreciamos hoy: "¿Cuáles son, pues, los rasgos por los cuales el nuevo método se opone al que se había practicado hasta entonces en el estudio de la naturaleza? Se los puede reducir a tres, ninguno de los cuales es absolutamente nuevo en sí mismo, pero cuya unión íntima hará la originalidad del método experimental en física: el uso del razonamiento hipotético-deductivo, el tratamiento matemático de la experiencia y el recurso de la experimentación". (Editorial Fondo de Cultura Económica, pág. 22).

Y toda esta propuesta epistemológica que mira al mundo como un orden natural, experimental, verificable y aprehensible por ese sujeto racional, sujeto de la ciencia que se inaugura con Descartes, toda esta propuesta digo, soportada por una ley que se impone como axioma para cualquier investigación: la ley de la *causalidad*. También creo aquí interesante, así sea solo para enunciarse, la relación que surge, contemporánea al positivismo y a la causalidad, con el supuesto del evolucionismo, problema bien complicado de manejar cuando ha sido asumido para el estudio de las ciencias humanas.

Este es, pues, a grandes rasgos, el cuadro epistemológico en el cual es posible inscribir los acontecimientos que van a sacudir la historia del derecho a finales del siglo pasado; acontecimientos en los que creo posible ubicar el origen del camino que toma el derecho en este siglo y la formación no solamente jurídica sino además

intelectual y cultural que los abogados recibimos. El perfil del abogado y su espiritualidad, entendida por espiritualidad su esencia humana, moral y política, debe entenderse remitida a la significación el ser abogado en su totalidad para el servicio de la democracia. Los discursos sobre la necesidad de reformar la administración de justicia hoy en Colombia son una repetición tan común que se han vuelto apabullantes, pero pienso que debería llamarnos la atención el silencio que en ellos se mantiene sobre la necesidad de cuestionar a fondo los programas del derecho y el proyecto académico en el cual se forman los abogados; esto, pienso, es una condición *sine qua non* para lograr una reforma eficiente en la administración de justicia.

Seguramente ustedes hayan oído hablar de ARTURO ROCCO, él pronunció un discurso en 1910, el 15 de enero, en la Real Universidad de Sassari para inaugurar su curso sobre Derecho y Procedimiento penal. Quiero detenerme en el análisis de este discurso, porque si bien es cierto que se le ha reconocido su importancia diciendo que es la Carta Magna del tecnicismo jurídico y que con él se inaugura la dirección técnico-jurídica, apara algunos autores esta propuesta de la dirección técnico-jurídica no fue más que dogmática jurídica; entre otros, por ejemplo, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, quien en 1953 publica el primer artículo que trata del aspecto dogmático del delito en Colombia, dice: "La Escuela Técnico Jurídica no tuvo de tal sino el nombre porque en el fondo fue esencialmente dogmática, puesto que su método no era otro que el dogmático". O, a lo sumo, como la definen algunos autores, como otra de las orientaciones posibles del estudio del derecho positivo. Sin embargo, para el propósito que aquí nos reúne esta discusión carece de importancia, y valga solo la pena destacar que tanto la dogmática jurídica alemana como el discurso de Sassari surgen como respuesta a la crisis de fundamentos que atravesaba el derecho a finales del siglo pasado y principios de este.

Miremos pues lo que entonces se dijo por Rocco. El discurso se titula "El problema y método de la Ciencia del Derecho Penal"; pero el "problema" del cual se propone hablar es abordado a partir de un primer subtítulo: "Crisis del Derecho Penal"; es decir el "problema" se va a tratar como una "crisis" que para la época se vive no solamente en Italia sino también en Francia y Alemania, crisis que además es general a las corrientes que soportan o fundamentan el pensamiento científico del momento. Es bien interesante cómo Rocco ubica el Derecho entre las que él denomina "ciencias éticas", incluidas las disciplinas que tienen que ver con la política, la moral y las sociales; podemos ver que se está refiriendo a las hoy llamadas "Ciencias Humanas".

Pero ¿qué significó para las ciencias humanas, que apenas surgían —llamadas por Rocco "éticas"—, la aceptación del positivismo como único método garantizador de un trabajo y una validez científica. Vayan pensando ustedes cómo esta crisis que se vive en el derecho no constituye una expresión de la evolución del derecho y un avance de la Escuela Clásica a la Escuela Positiva, sino que el derecho también se ve obligado a responder ante el hacer científico por los fundamentos teóricos que lo soportan; esta crisis era perceptible en todas las áreas del derecho;

sin embargo el impacto más fuerte lo va a sentir el derecho penal, y a su vez será el área en la que más se hayan sentido las consecuencias de esta crisis hasta hoy, así los abogados no nos percatemos de ello ni logremos ubicar su origen.

Volvamos a Rocco. "Esta ciencia —dice refiriéndose al derecho penal— se hallaba tan rigurosamente definida en su individualidad, y tan irrevocablemente constituida y sistematizada en su objeto, límites, principios fundamentales y directivas, que hace 35 años su organismo parecía ya consolidado y fortificado en forma definitiva; esta ciencia, cuyo cuerpo de doctrinas se exponía en aquella época de manera tan concorde, y se enseñaba en la escuela de manera tan unánime que en la práctica era respetada y seguida por la opinión pública, se encuentra ahora reducida en tal forma que frente a las objeciones, incertidumbres y dudas que la amenazan, frente al ambiente de escepticismo y desconfianza que se ha formado a su alrededor, cabe en verdad preguntarse nuevamente cuál es en el pensamiento y en la vida social actuales, el problema de su existencia, o sea, su razón de ser, su misión teórica, su función práctica y cuál el método que deba seguir para alcanzar su meta científica y práctica".

Esta lamentación, que bien podría ser la de uno de nuestros políticos o gobernantes de hoy, se oye en 1910, y tiene una referencia al tiempo que es donde yo he creído poder articularla al movimiento epistemológico de la época, treinta y cinco años antes, es decir, en la década de 1870, que es precisamente cuando se publica la primera obra sistemática, producto de una investigación empírica; me refiero a la publicación en 1871 por LOMBROSO de *El hombre delincuente*. Esta obra, que inaugura una reflexión, en términos positivistas, científica sobre la etiología del delito, o más concretamente, la primera obra que sobre Criminología científica pueda decirse que existió, es a su vez la causante del derrumbe de esa ciencia del derecho penal hasta entonces tan respetada, según Rocco.

Porque la remisión de Rocco está referida a la hoy llamada y estudiada Escuela Clásica; pero aquí hemos de enfrentarnos con otra afirmación: escuela clásica del derecho nunca existió. Tal vez esta sea una afirmación dura para estos días, cuando se celebran los cien años del nacimiento de CARRARA; pero si quienes hoy se ocupan de distraernos con su amplia erudición y con anécdotas deliciosas en discursos de centenario en donde el Maestro no aparece por ningún lado, se dedican a estudiar con rigor su pensamiento podríamos descubrir un CARRARA que seguramente tendría mucho, ahí sí, que decirnos para nuestra crisis de hoy. Esto, porque antes del Positivismo es imposible pensar el concepto de Escuela. Yo solamente he encontrado dentro de los tratadistas del derecho una aproximación a este problema en SANTIAGO MIR PUIG, en su estudio *Evolución del método de la ciencia penal*. Él dice: "Si se tratase aquí de resumir el contenido de las doctrinas formuladas por la Escuela Clásica, tropezaríamos antes que nada con un obstáculo difícil de salvar con rigor: La Escuela Clásica no constituyó una dirección doctrinal mínimamente unitaria. Suele decirse que su propia designación —Escuela Clásica— era desconocida como rúbrica global durante su apogeo. A FERRI, un positivista, se atribuye la unificación bajo esa denominación de las muy variadas corrientes que

acostumbraban a incluirse en ella... Las opiniones en el interior de la Escuela Clásica siguieron caminos tan opuestos como los representados por las teorías absolutas y las teorías relativas”.

Pero he ahí para todas estas corrientes de pensamiento hay un denominador común, que si bien es cierto no permite la sistematización necesaria para que un cuerpo de doctrinas unitario*, sí es el soporte o fundamento sobre el cual se constituyen y brotan todas las propuestas teóricas, es un postulado básico a todas ellas: el libre albedrío.

CARRARA lo exponía así: “...esta necesidad de hombre de cumplir la ley de la naturaleza, se basa en la capacidad del hombre de mérito o demérito, esto es, el libre albedrío o capacidad moral del hombre. Es este, pues, un presupuesto ineludible, que resulta obvio y no necesario de analizar”. (Citado por Juan Bustos Ramírez, “Introducción al Derecho Penal”, pág. 117, Editorial Temis).

Pues bien, señores, es este el supuesto que LOMBROSO niega rotundamente y con unos presupuestos para la época, eminentemente científicos. Esta discusión, que se había iniciado en 1525 con el enfrentamiento entre ERASMO DE ROTTERDAM y LUTERO, en el cual, este sostiene que el hombre no es libre, que todo depende de la voluntad divina, mientras que el primero asegura que el hombre es libre, que si no lo fuera no solo la vida moral, sino la vida toda perdería sentido; esta discusión para el derecho llega con LOMBROSO a un punto tan decisivo que todas las elaboraciones teóricas que hasta ese momento se han propuesto se derrumban y el derecho entra en la crisis general que plantea ROCCO.

Es así como se nos ha querido hacer ver, asistidos por un concepto de evolución, que la Escuela Positiva y la dogmática en el derecho surgen como una consecuencia de estudios más avanzados o de posiciones más democráticas y liberales; no es como lo propone JIMÉNEZ DE ASÚA cuando dice que “Filosóficamente, la escuela Positivista Criminal fue una reacción en las ciencias penales, contra el individualismo, fruto de la filosofía del siglo XVIII, y que representa una revolución científica equiparable a la reacción filosófica en nombre de los derechos imprescindibles del hombre”; ni tampoco como lo afirma ANTÓN ONECA cuando dice que “Los derechos de la sociedad predominan sobre los del delincuente”. Es un giro epistemológico, que ha sido decisivo para la cultura occidental, el que origina esa crisis del derecho de la cual surgen el positivismo italiano y la dogmática alemana. Más acertadamente lo interpretó BETTIOL cuando lo enunciaba de la siguiente manera: “Admitir el libre albedrío significaría reconocer un hiatus, una fractura en el desarrollo de la vida del mundo que la mente humana no puede aceptar sin destruir de raíz la posibilidad de una investigación científica...”. La historia de los orígenes, cuando no se presenta como una relación de azares ni de agradables anécdotas de precursores, puede servirnos para comprender y ubicarnos en el presente.

La situación se presentaba de tal manera, que Rocco continúa: “La producción científica contemporánea del Derecho se caracteriza precisamente por dicho

* Pueda llamarse “escuela”.

estado general de incertidumbre respecto de nuestra ciencia. Esta camina sin decisión, insegura de sí misma y de sus fines, como si se buscara todavía a sí misma. Y así pasan hoy, por las manos de todos tratados o monografías y artículos, como suele llamárseles, de Derecho Penal, respecto algunos de los cuales cabe preguntarse entre otras cosas, si una ciencia que se llama Derecho Penal es o no es una ciencia jurídica. Contiene Antropología, Psicología, Estadística, Sociología, Filosofía, Política, es decir, de todos menos de Derecho”. Hubo quienes llegaron a afirmar, continuaba Rocco, “...que la ciencia del Derecho penal no es otra cosa que un capítulo y un apéndice de la Sociología”.

Dense cuenta ustedes cómo a la primera irrupción de una explicación riminológica todo el derecho se derrumba, porque esta situación descrita era general a las demás áreas del derecho también, pues todas partían de ese supuesto del libre albedrío y de la autonomía de la libertad.

Pero continuemos en nuestro rápido análisis de este discurso con la alternativa que en él se propone como solución, y que ya se aproxima a la dogmática y al camino por el cual se nos conduce hoy en nuestra formación de abogados; primeramente se cita una propuesta expresada en 1889 por V. E. ORLANDO, quien para entonces, reconociendo ya el impacto de las demás ciencias humanas sobre el derecho, exigía “... el divorcio, o para decir mejor, la separación entre estas ciencias —es decir las jurídicas— y la Sociología, la Política y la Filosofía, admitiendo que esta es la única condición del progreso de importantísimas ramas de nuestro Derecho”. “Porque —agrega Rocco—, sea cual fuere la disciplina jurídica de que se trate, es siempre cierto que el criterio histórico, el social, el político, pero sobre todo el filosófico, con las formas más abstrusas de la metafísica más desenfadada, ahogan el criterio jurídico casi hasta quitarle la vida. Y donde la niebla de la abstracción filosófica impide la percepción neta de los contornos, no hay ya derecho, porque el derecho es precisión”.

Es muy claro, señores: si el derecho quería salir de la crisis en la que lo habían sumido los principios teóricos y epistemológicos propuestos desde otras disciplinas para todo el hacer y el conocimiento científico, repito, si quería salir de la crisis tenía que marginarse de estas otras disciplinas sociales, ignorarlas y no importarles tampoco sus desarrollos teóricos, sus avances frente al conocimiento de sus objetos de estudio.

Rocco avanzará aún más en esta delimitación del campo del derecho y concluirá de una manera contundente. “Siendo así las cosas, o nos equivocamos, o no existe más que este remedio simplísimo, por lo menos en cuanto a su enunciación: mantenerse firmes y aferrados estricta y escrupulosamente al estudio del derecho. No digo ya de un derecho hipotético, natural o racional o ideal, que debería ser absoluto y por lo tanto único, dada su derivación de las leyes invariables de la naturaleza, del pensamiento o de la idea, o de un derecho que presenta, en sus sistemas de exposición, diferencias aún mayores que las que se encuentran entre los derechos positivos de los diversos Estados y que con más propiedad se llamaría derecho sobrenatural, por estar separado, como es el hecho, de sus causas verdade-

ras, esto es, de las fuerzas sociales que lo determinan. Me refiero, por el contrario y tan solo, al derecho positivo vigente, único que la experiencia nos señala y en el cual solamente puede encontrarse el *objeto de una ciencia jurídica* como lo es la del derecho penal y como debe y ha de continuar siéndolo, desmentidos ya los oráculos de una antropología tan cómoda como inexacta". El proyecto así definido conducía a la misma situación a la que ya había llegado el derecho privado, es decir, "... a un estudio general y especial del delito y de la sanción, desde el punto de vista jurídico, como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo... se quiere, en consecuencia, que la ciencia del Derecho Penal, se limite a estudiar el delito y la sanción desde el punto de vista pura y simplemente jurídico".

Yo los invito a reflexionar, y creo que podemos concluir que ya para este momento el perfil del abogado que hoy se sigue formando estaba diseñado; se nos habla de escuelas y países, de autores, de aportes novedosísimos, pero el abogado y su formación siguen siendo exclusivamente jurídicos, como se forma físicamente el físico o químicamente el químico. El profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ en su *Introducción al derecho penal* describe la situación así: "... todos colaboran en la elaboración de un sistema que, teniendo en cuenta el derecho positivo, lleve también al establecimiento de los principios fundamentales que lo informan, que por ello mismo adquieren una trascendencia mayor que el limitado al derecho positivo particular vigente. Es lo que se ha llamado la dogmática del derecho penal, que tiene su punto e inicio en la Escuela Clásica. Tal concepción supone en su punto extremo, que es el racionalismo positivista, circunscribirse estrictamente al derecho positivo y propician una política criminal exclusivamente jurídica o estatal sin consideración de ningún otro fundamento. Lo positivo pasa a ser lo absoluto, con lo cual reemplaza y descarta lo jurnatural y prescinde de lo que sucede en la sociedad. Con ello triunfa en definitiva el pensamiento hegeliano según el cual lo real es racional y lo racional es lo real, de lo cual el derecho positivo es una expresión. El delito y la pena son entes jurídicos, entre estos extremos queda aprisionado el individuo sin ninguna expresión propia, sino solo en cuanto aparece reflejado en una y otro".

Hasta aquí he querido llegar de una manera tal vez minuciosa en citas bibliográficas, pero me interesaba aproximarme a este "hermoso" sueño que se conoce en nuestro siglo con el nombre de *Teoría pura del derecho*, y que como vemos comienza a gestarse desde el siglo pasado, cuando el primer intento de una explicación criminológica dio al traste con toda la ciencia del derecho. Este sueño de una teoría pura del derecho, que ve su primera luz en 1934 en la Alemania Nazi, se venía gestando, según el mismo Kelsen, desde un cuarto de siglo antes, es decir, desde la época del discurso de Sássari; solo que ya aquí la intención es claramente expuesta: lograr una separación total entre la política y la ciencia jurídica, "... una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que son propias"².

² CARLOS SANTIAGO NINO en *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, dice lo siguiente: "... pensamos que la construcción kelseniana es una «racionalización» magistral de la ideología básica de la dogmática jurídica, hecho que le otorga un mérito singular. Cuando hablamos de «racionalización»

Todos ustedes, que seguramente habrán tenido muchos libros de derecho en sus manos, ¿se han fijado en la aridez de estos libros? Concordancias y derecho comparado llenan cientos de hojas, doctrina y jurisprudencia los avalan. Y los abogados, reducidos a meros amanuenses, permanecemos indiferentes e impávidos ante los acontecimientos en los cuales se inscribe el origen y el ejercicio de este derecho. Formados indiscriminadamente para el ejercicio, para ser jueces o legisladores, los abogados nos hemos desentendido de los fines que con nuestra profesión cumplimos. Convertidos por la teoría "pura del derecho" en unos juristas científicos, olvidamos completamente que como sujetos neutros no existimos y que también somos una producción histórica. El derecho en la formación de los abogados y su ejercicio ha debido ignorar, casi por completo, el desarrollo de las demás ciencias; cuando necesita recurrir a ellas lo hace llamándolas "ciencias auxiliares" y les damos tratamiento igual al que les damos a las personas que contratamos para ciertos oficios, de las cuales nos servimos, sin enterarnos ni interesarnos en lo más mínimo por su destino.

El profesor de derecho de la Universidad Nacional, PEDRO AUSTÍN DÍAZ, explicaba refiriéndose a la malformación de los estudiantes de derecho, que la base del sistema jurídico colombiano era un positivismo francés degenerado del siglo XIX, combinado con tradiciones hispánicas y criollas, que daba lugar a elucubradas formas jurídicas mortalmente separadas de la realidad cotidiana³.

Pero resulta que el derecho, además de ser un sistema de normas y una serie de procedimientos legales normativos formalizados, es también una de las más importantes expresiones del ejercicio del poder del Estado a través de la cual este logra su legitimación en el ejercicio del poder. Un Estado puede inscribirse e inscribir toda su actuación dentro de los más estrictos criterios de la legalidad, y sin embargo encontrar que ha perdido todas sus posibilidades de legitimidad frente a los ciudada-

utilizamos este término en sentido psicológico, porque no creemos que kelsen sea absolutamente consciente de esta característica de su teoría, a pesar de lo cual, a poco que se analice, se verán en ellas los rasgos distintivos de los presupuestos ideológicos de la Dogmática". (UNAM, México, 1974, p. 36).

³ Y más interesante aún resulta la respuesta que a una entrevista diera el magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor RODOLFO MANTILLA JÁCOME: "Lo que pasa es que en Colombia hemos empezado por hacer las cosas mal hechas, y ese es el problema de la confusión de las cosas. Cuando a mi me dicen que haga un código penal, o a mi se me encargase la labor de hacerlo, yo no creo que podemos proceder como ha procedido en Colombia, trayendo diez personas muy eminentes, todos juristas, con una mente completamente distorsionada por la disciplina jurídica en la cual se mueven y entonces, estas personas de muy buena fe y con muy buenas capacidades, indudablemente (las personas que yo he conocido en estas labores de redacción son unas personas ilustres en todo aspecto) pero que no pueden aportar más que el pequeño mundo de un jurista, con relación a una problemática social. Cuando usted piense, doctor, en hacer un código, usted tiene es que convocar las fuerzas vivas de la nación, usted tiene que llamar a los psicólogos (que han por menos buceado en la entraña psicológica del pueblo colombiano), tiene que buscar al antropólogo, y tiene que buscar al sociólogo, tiene que, en un momento determinado, preguntarle a la gente de la calle, al pueblo soberano, ¿qué opina de esto, será que ese comportamiento es nocivo o no es nocivo?".

nos. Les invito a reflexionar sobre lo siguiente: Hitler asumió el poder ciñéndose estrictamente a la legalidad, "...los altos funcionarios nunca vieron en Hitler un peligro, pues eran los típicos exponentes administrativos que sin hacer resistencia a la catástrofe venidera consideraron la legalidad como una manifestación de la legitimidad". HOKHEIMER, en un ensayo de 1950 titulado "Lo político y lo social", anota cómo el formalismo jurídico alemán criticado en su tiempo "se convierte en pretexto para imponer brutalmente las condiciones de poder existentes, sin que se tenga en cuenta la razón y la justicia". (Citado por Oscar Julián Guerrero, revista de la U. N. núms. 18, 19, 20, 21, págs. 128-145).

Hoy el Estado colombiano se debate en una de las más dolorosas crisis de violencia que puedan haber azotado a país alguno; leyes y reformas de leyes se proponen como alternativa para unas formas de violencia ejercida desde diferentes expresiones de la vida social. Se acude a la legalidad y a la vez se presenta la legalidad como obstáculo para emprender acciones que terminen con esta terrible violencia. Los abogados han encontrado una gran coyuntura para discutir sobre la constitucionalidad de las normas, y la jurisprudencia y algunos políticos hablan, en interés de su partido, de la impotencia del Estado.

Entre unos y otros y todos los discursos que presentan la paz como buenos propósitos y no como proyectos políticos, el gobierno ha presentado ante el Congreso un proyecto de reforma de la Constitución como alternativa salvadora; tiene que ver con nosotros por cuanto su presentación explica que el gobierno se ha visto limitado en su proceder por las disposiciones de la Corte Suprema de Justicia, avalada esta presentación por la acusación que le hizo el partido de gobierno a la Corte de tomar una decisión política. El mismo presidente de la República ha explicado que la reforma de la Constitución es necesaria para fortalecer nuestras instituciones y nuestra democracia, democracia que a su vez se propone como de gran madurez hoy. También nos debe preocupar esta reforma de la Constitución, porque uno de sus supuestos más importantes es la reforma a la administración de justicia.

Yo creo que podemos afirmar que esto no sería sino un ordenamiento más, que con la reforma de la Constitución nada se logrará y que, por el contrario, cada día nuestra situación puede empeorar. ALAN WOLFE, en una obra de 1977 titulada *Los límites de la legitimidad*, escribe algo que puede posibilitarnos caminos para ampliar nuestra comprensión de la situación actual: "... la democracia liberal —dice— no es ni la realización de la buena vida tal como la querían sus defensores, ni una farsa diseñada para mantener contentas a las 'masas' tal como alegan frecuentemente sus críticos. Más bien combina elementos de ambas cosas. A un mismo y único tiempo la democracia liberal expresa la hegemonía que las clases dominantes capitalistas han mantenido sobre el sistema político y da expresión a ciertas demandas democráticas para un estado más accesible. Lo que es esencial es el grado con el que se da cada elemento y ese grado se determina solamente por medio de la lucha de distintas clases por el logro de sus intereses. Aquellos que interpretan el surgimiento de la democracia como una victoria pura y simple del pequeño hombre

sobre los grandes intereses, como una prueba de que la democracia es posible en una sociedad capitalista, enfocan solo un aspecto de esta dinámica dual y tienen, por consiguiente, una comprensión incompleta de los procesos políticos. Por el otro lado, aquellos que interpretan toda reforma popular como un mecanismo de cooptación destinado a preservar o incluso aumentar sutilmente el poder de la clase dominante capitalista, enfocan con igual resultado el otro aspecto de la misma dinámica. Calificar a un sistema de democrático liberal es, en otros términos, decir que se está produciendo en él una lucha de clases y no que esa lucha ya ha sido resuelta. Para extraer algún sentido del fenómeno del capitalismo avanzado, el análisis político debe intentar comprender esas luchas y no pretender que ya se han decidido". Editorial Siglo XX, págs. 26, 27).

Si nos ubicamos en este orden de análisis podemos asumir que las soluciones al problema, en primera instancia, no es de carácter normativo, legal, sino que tiene que mirar a la incapacidad a la que ha llegado este estado de legitimarse en el ejercicio de su poder, ya sea el ejecutivo con toda su ineficiencia y corrupción, el legislativo con su interés puesto únicamente en luchas burocráticas y de partido, o el judicial en su desamparo e inconsciencia total de las dimensiones de su situación⁴.

No creo que haya quien contradiga que el Estado ha perdido todas sus posibilidades de legitimarse a través de su administración de justicia, y esto no se va a mejorar modificando la composición ni el origen de las altas corporaciones, ni tampoco con una redistribución de distritos judiciales, creando una corte constitucional ni suprimiendo la cooptación; *mientras no nos preguntemos por el abogado que estamos formando y no cuestionemos los contenidos de los programas de derecho que se dictan en las facultades, la administración de justicia continuará igual; puee que no postrada económicamente, pero sí impotente en su acción de legitimar la capacidad coercitiva del Estado*⁵.

JÜRGEN HABERMAS ha tratado este problema de la legitimidad del Estado a través de la ley de una manera bastante acertada. "La obediencia a la ley —dice— tiene que darse de un reconocimiento reflexivo y, por lo tanto voluntario, de aquella aspiración normativa a la justicia que late en todo ordenamiento jurídico. Habitualmente, este reconocimiento se fundamenta en el hecho de que la ley es debatida, aprobada o promulgada por los órganos constitucionales competentes. De esta forma, la ley alcanza vigencia positiva y determina el comportamiento lícito en su ámbito de aplicación. Llamamos a esta legitimación procedimental... La remisión

⁴ En unas recientes declaraciones, nuestro procurador general de la Nación, hombre de la clase política y de una entrega total en su vida a la política, afirmaba que ningún cambio político profundo en este país puede salir del Congreso por su total impermeabilidad para el cambio.

⁵ En otros países esta discusión comienza a darse, precisamente en Argentina, donde hace muy pocos años un enorme escritor coordinó la investigación y redacción de un informe titulado "Nunca más"; un jurista, EDUARDO ZANNONI, escribe tres ensayos sobre "La crisis de la razón jurídica", y dice: "Si de algún modo quisiera sintetizar la preocupación del auténtico jurista de nuestro tiempo, habría de decirse que ella se centra en deslindar la pura legalidad de la legitimidad... No es concebible que un orden jurídico, en su conjunto, sea eficaz, si no obtiene justificación de sus contenidos en el ámbito social". (Edit. Astrea, pp. 103, 107).

a la producción legal de las normas con vigencia positiva no es aquí de mayor ayuda. La Constitución ha de justificarse en virtud de unos principios cuya validez no puede depender de que el derecho positivo coincida con ella o no. Por este motivo, el Estado constitucional moderno solo puede esperar la obediencia de sus ciudadanos a la ley si, y en la medida en que, se apoya sobre principios dignos de reconocimiento a cuya luz, pues, pueda justificarse como legítimo... El Estado democrático de derecho no se agota en su ordenamiento jurídico”.

Llegado a este punto creo que ya es totalmente clara mi posición; si quise intentar un descubrimiento de la manera como se llegó a lo que hoy hacemos en las Escuelas de Derecho, fue precisamente para mostrar cómo los problemas de la administración de justicia tienen su raíz más compleja en lo que aprendimos y enseñamos que es la administración de justicia. Nuestra formación se agota en el manejo de un ordenamiento jurídico; manejo que, para agravar más la situación, se nos convence que es soportado y garantizado por un método y un criterio científico. Por ello Hitler sube al poder avalado por la legalidad, por ello todas las dictaduras latinoamericanas viven y proclaman su legalidad, por ello los abogados estuvimos prontos a ejercer frente a un Estatuto de Seguridad y dispuestos como jueces a su aplicación apenas los juristas hubiesen declarado su constitucionalidad. HABERMAS agrega: “La desobediencia civil deriva su dignidad de esa elevada aspiración de legitimidad del Estado democrático de derecho. Cuando los fiscales y los jueces no respetan esta dignidad, persiguen al que quebranta la norma como si fuera un criminal y le penan de la forma habitual, incurren en un legalismo autoritario... en los últimos meses ha venido profundizándose este abismo entre las exigencias de mayor legitimidad y la tendencia hacia un legalismo endurecido”⁶.

Tal vez este instrumentalismo y esta enajenación jurídica constituyen un adecuado perfil para el abogado litigante, que vive en función de cumplir con los términos en un proceso; tampoco para este abogado lo aceptaría así; pero esta formación para un juez o un futuro legislador es aberrante; ahí está, como testimonio del más estruendoso fracaso de nuestra formación, el gran cúmulo de normas que se amontonan en nuestro país, unas declaradas inconstitucionales, otras no, pero todas ineficaces por ser elaboradas de espaldas y en un desconocimiento total de la situación real del país.

⁶ Si quise nombrar esta charla con ustedes como “EL OFICIO de formar abogados para un ejercicio en libertad y democracia”, es porque pienso que la tarea de las escuelas de derecho tiene que ver con ese oficio de rezo diario a que están obligados los eclesiásticos, quiero decir, que antes de llenar la cabeza de los estudiantes con leyes, códigos, normas y sistematización jurídica, es necesario inscribir en ellos, en todo su cuerpo y su SER, diariamente, permanentemente, una pasión incondicional por la *democracia*. El perfil del abogado que forman las escuelas de derecho resulta íntimamente relacionado con la espiritualidad que se vive en la Universidad; y “La correlación entre Universidad y democracia es una tesis de valor permanente si gira en torno a una práctica expresada de la siguiente forma: “Libertad para que haya democracia y democracia para practicar la libertad”. (Manuel Enrique Amaya Franco, Revista “ARGUMENTOS”, Bogotá 1986, Nros. 14, 15, 16, 17, pág. 157).

Mientras tanto esta democracia colombiana, que podría encontrar su más depurada expresión en el cuadro de Guernica, sigue produciendo abogados “dogmáticos que generalmente estiman conveniente, como un importante ideal de su actividad dejar de lado sus opiniones personales, cuando realizan su actividad para limitarse a descubrir objetivamente el Derecho Positivo”.

RENÉ GIRARD, un antropólogo, historiador y crítico literario de origen francés autor de una hermosa e interesante obra titulada *La violencia y lo sagrado*, en un estudio sobre ALBERT CAMUS cita a J. D. SALINGER, —*The Catcher in the Rye*.

“Los abogados están muy bien... si constantemente se preocupan por la vida de la gente inocente, o cosas por el estilo, pero usted no hace esa clase de cosas si es un abogado... y además, aun cuando usted estuviera preocupado por salvar vidas, ¿cómo sabría si lo está haciendo porque realmente deseaba salvar vidas o porque realmente usted deseaba ser un abogado sobresaliente, a quien todo el mundo le palmeara la espalda y los felicitara en el tribunal una vez terminado el maldito juicio...? ¿Cómo sabría usted que no es falso? Lo malo es que usted no lo sabría”.

JURISPRUDENCIA

I. Corte Suprema de Justicia

La *reformatio in pejus* en la nueva Constitución

El art. 31 de la C. N. solo prohíbe al superior modificar el fallo de primera instancia en detrimento del condenado cuanto tenga la calidad de único recurrente. Los fallos que tengan el grado jurisdiccional de la consulta, pueden ser revisados por el superior sin limitación alguna.

Magistrado ponente: DR. JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Julio 31 de 1991

Comentario: DARIÓ GONZÁLEZ VÁSQUEZ*

Vistos

El procesado I. M. G. solicita su libertad inmediata e incondicional, por pena cumplida, por considerar que en su caso debe aplicarse la norma constitucional prevista en el artículo 31 de la Carta Fundamental ahora vigente que dispone que "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único". Dice que siendo él quien recurriera la sentencia de primer grado, el tribunal le aumentó la pena de cuarenta y cinco (45) meses de prisión que le fuera impuesta por el juzgado primero especializado de Bogotá a ochenta y cuatro (84) meses, lo cual contraría el mandato contenido en la nueva Constitución Nacional. Por ello, solicita la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en los ordenamientos sustantivos y procesal penal.

El señor procurador tercero delegado en lo penal ha emitido concepto favorable para la excarcelación del peticionario pues considera que la nor-

ma constitucional invocada por el libelista tiene plena aplicabilidad en su caso.

Consideraciones de la Corte

El juzgado primero especializado de esta ciudad, una vez concluida la audiencia pública en este proceso, con fecha 5 de abril de 1988, dictó sentencia de primer grado mediante la cual condenó a O. B. P. a la pena privativa de la libertad de ocho (8) años de prisión como autor del delito de secuestro extorsivo del que fuera víctima el ciudadano J. L. L.; a J. del C. B. C. a seis (6) años y seis (6) meses de prisión igualmente como autor del mencionado punible; a D. G. O. y M. A. T. F. a tres (3) años y seis (6) meses como cómplices en el mismo delito y a G. M. M. e I. M. G., a tres (3) años y nueve (9) meses de prisión en las mismas condiciones de los dos anteriores. Absolvió a I. M. G. por el delito de porte ilegal de armas y a F. S. C., A. M. G. P. y J. H. R.

* Profesor de la Universidad de Antioquia.

S. por los cargos que les formularon respecto del delito de secuestro extorsivo.

Dentro del término de ejecutoria, el defensor de I. M. G. y el apoderado de la parte civil, recurrieron la sentencia en apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá y fue así como en auto de fecha 25 de abril siguiente, les fue concedido en el efecto suspensivo.

El Tribunal Superior de Bogotá y luego de atender numerosas peticiones de libertad provisional y agotada la tramitación propia de la instancia, mediante sentencia de fecha 25 de mayo de 1989, reformó la de primera instancia, en los siguientes puntos: revocó la condena decretada contra J. del C. B. C. y en su lugar lo absolvió de los cargos que se le hicieron en el auto de citación para audiencia pública; declaró a D. G. O. y M. A. T. F. coautores responsables del delito de secuestro extorsivo fijándoles como pena privativa de la libertad la de setenta y dos (72) meses de prisión, en lugar de tres (3) años y seis (6) meses que les fuera impuesta como cómplices en el punible de secuestro extorsivo; a G. M. M. e I. M. G., les impuso como pena privativa de la libertad ochenta y cuatro (84) meses de prisión como coautores del delito de secuestro extorsivo en lugar de los tres (3) años y nueve (9) meses que se les impuso en el fallo de primera instancia en su condición de cómplices en el citado punible; revocó la absolución de los procesados F. S. C., A. M. G. P. y J. H. R. S. y en su lugar los declaró responsables del delito de secuestro extorsivo, en su condición de coautores, imponiendo a cada uno de ellos como pena privativa de la libertad de ochenta y cuatro (84) meses de prisión para el primero y setenta y dos (72) meses de prisión para los otros dos. Les condenó igualmente a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad si la tuvieran, por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad. Finalmente, los condenó al pago *in genere* de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción y dispuso su captura. Confirmó el fallo recurrido en todo lo demás, es decir, entre otras determinaciones, la absolución de I. M. G. por el delito de porte ilegal de armas.

Bastaría afirmar en el presente caso que al ser recurrida la sentencia de primera instancia por uno de los defensores y por el apoderado de la parte civil, el mandato constitucional previsto en el artículo 31 de la Constitución Política de 1991, no tendría operancia, pues, tal disposición prohíbe que se agrave la sanción impuesta en la sentencia de primer grado, cuando el condenado sea "apelante único" y en este caso no lo es. Pero como el ministerio público considera que la parte civil no impugnó la decisión adoptada contra el procesado I. M. G., para él se impone el reconocimiento del mandato constitucional, es decir, atendiendo la pena que se le impuso en la sentencia de primera instancia y el tiempo que lleva en reclusión efectiva, sobrepasa la sanción de cuarenta y cinco (45) meses, siendo ineludible su liberación, por pena cumplida.

Apunta la delegada:

"El artículo 538 del Código de Procedimiento Penal dice:

«Competencia del superior. El recurso de apelación otorga competencia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada».

"Con la previsión legislativa se consagra la figura de la *reformatio in pejus*, la cual permite al juzgador de segunda instancia hacer reformas, enmiendas o sustituciones de la providencia impugnada aun en perjuicio de los intereses del apelante, o sea también en lo que la providencia apelada pudiera ser favorable al procesado.

"Con ese presupuesto legal se profirió el fallo de segundo grado, respecto del cual se tramita el recurso de casación. La decisión fue legal, en la medida que tuvo como base un ordenamiento positivo que aún rige. No está dentro del marco de la legalidad la agravación punitiva deducida por el juzgador de segundo grado, pues el mandato referido lo autorizaba a desarrollar la función judicial de esa manera.

"En la actualidad con la vigencia de la Constitución Política de Colombia se introduce una norma, que en contrario sentido a lo establecido por la norma legal referida, prohíbe la figura de la *reformatio in pejus*. Dice en efecto el artículo 31, inciso 2° que «El superior

no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único».

"Vistas las dos normas, la legal y la constitucional, la variación introducida por esta a las facultades del juez de segunda instancia cuando se trate de la apelación de la sentencia condenatoria, es radical. De la *reformatio in pejus* se pasa a su prohibición en el evento señalado.

"Así con fundamento en la norma constitucional se introduce la prohibición de la *reformatio in pejus*, la cual dentro de la concepción civilista donde ha predominado, se tiene como principio negativo, por cuanto le prohíbe al juez *ad quem* modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente cuando la contraparte no ha interpuesto la apelación, ni ha adherido a dicho recurso. Se configura al concurrir las siguientes condiciones: a) Vencimiento parcial de un litigante; b) Que solo una parte apele; c) Que el sentenciador *ad quem* haya empeorado con su decisión al único recurrente y, d) Que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella (C. S. de J. Sala de Casación Civil. 10 de mayo de 1989. M. P. Dr. Alberto Ospina Botero. De Extractos de jurisprudencia. 2° Trimestre de 1989. Superintendencia de Notariado y Registro. Pág. 69).

"Para resolver el caso concreto adquiere dimensiones el significado de único apelante, dado que contra el fallo de primera instancia se interpuso apelación por el apoderado de la parte civil y el defensor del sindicado I. M. G.

"Parece ser que la concurrencia de apelantes —así sean contrarios— no desfigura el concepto de único apelante. Ante una impugnación parcial, que se limita a uno de los capítulos de la sentencia, el área de la crítica de la decisión se determina por los límites de la impugnación. Interesa en este evento es determinar el sector del fallo sobre el cual se discrepa. Si hay identidad, porque confluyen los puntos de interés de las partes —vgr. una pugna porque se mantenga la condena impuesta y la otra, a quien perjudica persigue se le revoque—, la competencia del juez de segunda instancia es plena. En cambio, si no se presenta porque cada impugnante ataca diversos apartes del fallo, sin que haya coinci-

dencia en ningún punto, ni conflicto de intereses, el límite impuesto por la ley y ahora por la norma constitucional debe ser resguardado por el *ad quem* frente a cada evento.

"El último fenómeno es el presentado. Por una parte, el representante de la parte civil circunscribe su discrepancia con el fallo de primera instancia solamente en la absolución recaída en J. H. R. S., F. S. C. y A. M. G. P., obteniendo en segunda instancia la revocatoria y, en su lugar la condena de los mismos. No se introduce en la órbita de la decisión que afectó a I. M. G. para que se le incrementara la pena impuesta, ni tampoco para que se le condenara por el delito de porte ilegal de armas, respecto del cual se le absolvió por el *a quo*. Si solo menciona que se revoque el numeral 8°, que contiene la absolución aludida, sin que realice fundamentación alguna, no se puede tener propiamente como apelación en ese sentido.

Por otro lado, el sector de la discrepancia del defensor de I. M. G. se circunscribió a la decisión de condena por el delito de secuestro extorsivo, en calidad de cómplice, para que se le eximiera de responsabilidad penal. El *ad quem* refrenda este aspecto e incrementa la pena.

"Con estos presupuestos, el concepto de apelante único que prevé el artículo constitucional como condicionante-límite a la agravación de la pena por el juez de segunda instancia, no ha sido desfigurado. En estas condiciones, se impone la aplicación del artículo 31, inciso 2° de la Constitución de 1991 respecto del peticionario I. M. G., con la consecuencia que debe quedar sin efecto el fallo de segundo grado que agravó su pena, quedando en pie el proferido por el juzgado tercero especializado de 45 meses de prisión. Solo se afecta el monto de pena, mas no la calificación y el grado de participación, respecto del cual no habría competencia para su modificación".

No comparte la Sala el criterio expuesto por el señor procurador respecto de la consideración en el caso concreto, cuando afirma que el procesado I. M. G. debe ser considerado como único apelante, y, en consecuencia, favorecésele con la excarcelación demandada, mediante la declaración de haber cumpli-

do la pena que se le impuso en primera instancia, por cuanto el tribunal no podía aumentarle la pena ni modificarle su situación jurídica definida en el fallo recurrido por él, pues la impugnación presentada por la parte civil contra la misma decisión, por referirse a puntos distintos, no puede entenderse en forma desfavorable para las pretensiones del peticionario.

Si se aceptara la postura, se llegaría al absurdo de que frente a un fallo mixto, es decir, con declaraciones diversas como ocurre en el presente caso, las partes deban ser vistas en forma independiente según sus propios intereses y, en cada materia, considerarse como recurrentes únicos cuando han manifestado su inconformidad con el fallo producido.

Es lógico que frente a una sentencia condenatoria y absolutoria, los procesados condenados presenten su impugnación con el fin de obtener del superior, bien su absolución o una rebaja a la pena impuesta y, por otra parte, los absueltos guardar silencio frente al fallo que les es favorable. Y la parte civil, impugnar el fallo para obtener la revocatoria de la sentencia en cuanto se refiere a la absolución decretada con el fin de garantizar los perjuicios en una forma más amplia. Cuando esto ocurre, el fallo debe considerarse recurrido por las dos partes en forma simultánea, sin que sea permitido afirmar que cada uno de ellos sea "apelante único" aunque su inconformidad se base en puntos diversos contenidos en el fallo proferido.

Siendo ello así, el incremento que realizó el Tribunal Superior de Bogotá en el fallo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, no pugna contra el mandato constitucional introducido en el artículo 31 de la nueva Carta Fundamental, razón por la cual resulta impropio predicar que M. G. haya cumplido la pena que se le impuso en el fallo de primera instancia, pues, ello implicará el desconocimiento de la legalidad de la sentencia proferida con arreglo a las normas vigentes y con acatamiento pleno de la Constitución Nacional que ahora rige.

Finalmente debe puntualizar la Sala que aquellos fallos recurridos por el ministerio público o los que tengan el grado jurisdiccional de la consulta, pueden ser revisados por el superior sin limitación alguna. Solamente le está prohibido al superior por mandato constitucional, modificar el fallo de primera instancia en detrimento del procesado o condenado cuando tenga la calidad de "único recurrente", entendido este como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre o si el recurso fue interpuesto por él o su apoderado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor procurador tercero delegado en lo penal NIEGA al procesado I. M. G. el beneficio de libertad provisional por pena cumplida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

II. Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín

El juzgado vigésimo noveno penal municipal, negó la solicitud de rebaja de pena del condenado, A. Z. U., auto que fue recurrido por la defensora alegando la supremacía constitucional sobre el Código de Procedimiento Penal, afianzada además en el principio rector del derecho penal, la favorabilidad.

Juez: Dra. MARTHA LUCÍA TAMAYO VÉLEZ

Agosto 29 de 1991

Dado el trámite pertinente en la segunda instancia, se oyó el concepto de la Fiscalía estando de acuerdo con la impugnación. En vista de ello esta oficina judicial procede a desatar la controversia.

El principio de favorabilidad es general, no se circunscribe a ningún nivel, así debe entenderse la disposición que recoge el principio constitucional y legal, se ampara al procesado y al reo, por igual, de manera que se puede decir que es la excepción a otro principio, el de la cosa juzgada.

No por el hecho de existir un proceso terminado y concluido con la imposición de una pena, esta debe hacerse efectiva cuando esta conducta ya no es punible, se aminoró la sanción o se crean otros mecanismos procesales más benévolos, como en este caso, donde si bien no todos compartimos esta limitación a la competencia del superior, cuando el apelante haya sido el condenado, si estamos en obligación de cumplirla por ser una orden incorporada al ordenamiento jurídico

penal en virtud de la jerarquía de normas (artículo 4° de la C. N.).

En consecuencia, así se trate de un proceso con efectos de cosa juzgada, y pese a ser un privilegio procesal, ya que este artículo 31 estatuye una restricción la llamada *reformatio in pejus* debe volverse atrás ya que sus efectos se extienden en el tiempo, el transcurso de la pena.

Y es que ya jurisprudencial y legislativamente con la concesión en casos juzgados de la diminuyente por efectos de la confesión (artículo 301 del Código de Procedimiento Penal), aparecen antecedentes de esta regla de interpretación general, ya que como se dijo el principio de la favorabilidad puede ser sustantivo o procesal.

Así es que de acuerdo con el parecer fiscal, este despacho estima que en la rebaja de pena se debe otorgar, revocando en consecuencia el auto recurrido por la defensora de A. Z. U.

Podría pensarse en este caso que la apelación a la sentencia fue interpuesta por la defensora y esto elimina

la causal del artículo 31 de la Constitución Nacional pero ello no es así puesto que el sindicado o condenado, conforma uno de los llamados sujetos procesales en unión con su mandatario-representante judicial, el abogado. A este respecto debe tenerse en cuenta lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión, en reciente pronunciamiento: "Si la sentencia no tiene el grado de consulta y solamente es recurrida por el condenado (entendido este como un solo sujeto procesal, sin importar el número de procesados recurrentes), o su defensor, el superior no podrá agravar la pena que se le haya impuesto en el fallo de primera instancia, pues ello violala

norma constitucional antes transcrita", página 4, Magistrado Ponente Dr. Dídimo Páez Velandía, aprobado Acta Nro. 052, Santa Fe de Bogotá D. C., julio 31 de 1991.

Por consiguiente, la pena que debe cumplir el reo A. Z. U., es la de dieciocho (18) meses de prisión, revocándose así la negativa del juez de la instancia en concederle la rebaja requerida.

En mérito de lo expuesto, el juzgado veinte penal del circuito de Medellín, REVOCA el auto recurrido, de fecha, origen y naturaleza indicados. Por consiguiente la sanción a purgar el señor A. Z. U., es la de dieciocho (18) meses de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

III. Comentario

La Constitución expedida el 5 de julio de 1991, modificó el art. 538 del C. de P. P. introduciendo en su capítulo I, referente a los derechos fundamentales (art. 31, inc. 2º) una limitación a los indefinidos poderes que se atribuían al juez de segunda instancia para modificar las providencias impugnadas por vía de apelación.

El texto que contiene la novedad en referencia es el siguiente:

"El superior no podrá agravar la pena impuesta, cuando el condenado sea apelante único".

Se elimina de este modo la figura de la *reformatio in pejus* que subsistía para los asuntos penales.

Tanto la disposición constitucional citada, como otras novedades de igual estirpe se consideran de "aplicación inmediata" (C. N., art. 85).

La jurisprudencia colombiana ha comenzado a acatar la orden de urgencia impartida, no sin algunas dificultades de aplicación de la norma pluricitada, cuestión esta que pretende mos reseñar sintéticamente en las líneas que siguen.

1. LA ORIENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Entendemos que el preámbulo de la Constitución sintetiza los principios que deben orientar el sistema jurídico colombiano y dentro de estos destacamos por la clara pertinencia con la figura de la *reformatio in pejus* el de *libertad*, que más adelante es reiterado por otras disposiciones del mismo documento.

Es entonces, a la luz de valores como el citado, como debe entenderse el nuevo texto constitucional quedando solo como referencia para el análisis las elaboraciones extraídas a partir del texto de la Carta de 1886.

2. EL PROBLEMA PLANTEADO

De manera resumida, el asunto en consideración puede plantearse bajo la siguiente cuestión: ¿Cuál es el alcance procesal que tiene la autorización contenida en el art. 31, inc. 2º de la C. N.? de modo más amplio el debate partiría de la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las implicaciones procesales derivadas de inhibir los efectos privativos de la libertad a la adición que el juez *ad quem* ha sumado a la determinación del juez *a quo* en aplicación de las posibilidades previstas por el artículo 358 del C. de P. P. (*reformatio in pejus*)?

3. DISPOSICIONES A CONSIDERAR

3.1. Arts. 4º, 28, 29, 30, 31, 85 de la C. N.

3.2. Ley 157 de 1887, arts. 44 y 45.

3.3. Arts. 3º, 4º, 5º, 64, 141, 209, 216, 358, 616 del C. de P. P.

4. CONCEPTOS IMPLICADOS

4.1. Principios legales informadores

Con la puesta en vigencia de la nueva Constitución, adquirieron rango constitucional los principios de: Libertad (arts. 4º del C. de P. P. y 28 de la C. N.), presunción de inocencia (arts. 3º del C. de P. P. y 29 de la C. N.).

La superior vigencia de los principios citados permite pensar que, para el lapso materia de agravación de la pena impuesta, prevalece la vigencia de la presunción de inocencia y como su efecto obligado la libertad. Adiciónese a la argumentación anterior la imperiosa vigencia del principio de favorabilidad contemplado en la ley 153 de 1887, arts. 44 y 45.

4.2. Del apelante único

Condición para restringir los poderes del juez que conoce la apelación es la referente a que "el condenado sea apelante único". Consideramos que la existencia del único apelante debe definirse a partir de la siguiente consideración: ¿cuál es el interés o intereses que se propone se examinen por el juez de segunda instancia? Para concluir que no importa el número de recursos que formalmente se interpongan, no interesa la plural composición del sujeto condenado, no es óbice que la interposición del recurso de apelación provenga del ministerio público o de la parte civil, lo que interesa es si el interés que pretende discutir el sindicado en apelación es sometido a examen desde otro ángulo del proceso y, haciendo uso de igual medio de impugnación.

4.3. El juez competente

Es meridianamente claro que según los arts. 609 y 616 del C. de P. P., será el juez de primera o única instancia el funcionario habilitado legalmente para conocer las solicitudes que genere la aplicación del art. 31 de la C. N.

4.4. Apelación de otros intervinientes

En las modalidades de intervención previstas en los arts. 64 y 141 del C. de P. P. debe prevalecer un criterio similar para resolver las dificultades que pueda originar el concepto de "único apelante". El aspecto a examinar es, si sobre el mismo punto llevado a la consideración del juez de alzada existe un debate lógicamente contradictorio.

4.5. "Reformatio in pejus" en los casos de consulta

En la providencia de la Corte Suprema de Justicia, se sostiene sin embargo lo siguiente:

“Finalmente debe puntualizar la Sala que aquellos fallos recurridos por el ministerio público o que tengan el grado jurisdiccional de la consulta, pueden ser revisados por el superior sin limitación alguna. Solamente le está prohibido al superior por mandato constitucional, modificar el fallo de primera instancia en detrimento del procesado o condenado cuando tenga la calidad de único recurrente, entendido este como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre o si el recurso fue interpuesto por él o su apoderado”.

Por las reflexiones hechas atrás nos sentimos relevados de referirnos extensamente a la primera parte de la tesis sostenida por la Suprema Corte, que reintroduce la *reformatio in pejus* cuando existe apelación del ministerio público. Al respecto solo consideramos necesario reiterar nuestra opinión, antes expresada, que se contrae a definir, si sobre el mismo punto materia de apelación se confrontan dos o más discusiones que pretenden declaraciones opuestas.

Ahora bien, sobre la reintroducción de la *reformatio in pejus* en los casos de procedencia de la consulta, las siguientes son las consideraciones que nos merece dicha posibilidad:

— No puede olvidarse que el grado jurisdiccional de consulta es un mecanismo de control de carácter residual que procede solamente en los casos previstos expresamente por la ley y a falta de apelación regularmente interpuesta.

— El grado jurisdiccional de consulta debe asumirse además como un control de legalidad de la providencia que explícitamente contempla la ley, previsión que no admite su extensión a otra modalidad de resolución.

5. CONCLUSIONES

5.1. Por ser la libertad un derecho de carácter fundamental (C. N., art. 13) puede generar la protección contemplada en el art. 86 *ibidem*, o acción de tutela para los casos de violación o amenaza de violación.

5.2. La privación de la libertad más allá del límite fijado en primera instancia constituye una ilegal privación de la libertad que autoriza la interposición del recurso de *habeas corpus* (C. N., art. 30).

NÓDIER AGUDELO BETANCUR: *Defensa putativa (teoría y práctica)*, Medellín, Colección Nuevo Foro Penal, 1990, 170 págs.

La presente obra del profesor NÓDIER AGUDELO constituye, sin ninguna duda, un valioso aporte a la teoría y práctica del derecho penal colombiano, específicamente en lo que tiene que ver con el tema de la llamada "defensa putativa". En efecto, en un lenguaje sencillo el autor logra un coherente análisis conjunto de los aspectos teóricos y prácticos de la figura de que se trata, sin que ello afecte de modo alguno la rigurosidad de los planteamientos teóricos, ni esta su viabilidad práctica. Tal combinación es uno de los méritos más importantes de la obra, pues demuestra que la labor dogmática es una actividad esencialmente práctica y que por tanto solo tiene sentido si sus construcciones y conceptos están orientados a facilitar una decisión racional, coherente y justa de los casos que se presentan en la realidad. Lo contrario convierte la dogmática en un mero ejercicio mental de interés exclusivo para el "dogmático".

Conforme a lo anterior, la obra aparece dividida en dos partes: en la primera se analizan los aspectos teóricos (jurídicos y psicológicos) en la defensa putativa, mientras que la segunda se dedica a la aplicación práctica de la teoría.

En lo que tiene que ver con la parte teórica, el autor comienza por formular algunas precisiones terminológicas (cap. I), para continuar luego con la evolución del tratamiento de la defensa putativa en el derecho penal moderno y en Colombia (cap. II). En este capítulo, después de diferenciar la defensa putativa de la legítima defensa, analiza su tratamiento como error de hecho, como error de prohibición y como error de tipo, concluyendo que se trata de un caso de error de prohibición indirecto y, más concretamente, sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

En el capítulo III, dedicado a "Problemas particulares", trata el tema de la "Injusticia imaginaria" y el de la "Defensa recíproca", para llegar luego al análisis del "Problema de la vencibilidad del error que conduce al delito culposo" (págs. 34 a 54). Al respecto, después de un apretado resumen de la teoría del dolo y de la teoría de la culpabilidad, ubica la problemática frente al Código Penal colombiano, optando por la teoría del dolo. Según dice, "Parecería que el tratamiento que da la ley al dolo y su ubicación fuera un tratamiento y ubicación conforme al esquema neoclásico del delito. En estas condiciones, adoptando el Código la teoría del dolo, habría que sacar las consecuencias propias de tal teoría para decir que si el error de prohibición es vencible, la conducta se debe sancionar a título de culpa si existe el respectivo tipo culposo" (pág. 47).

Lo anterior parece sostenerlo solo de *lege data*, pues entiende que unas son las convicciones en abstracto y otras en concreto, frente a un ordenamiento legal; y respecto del Código Penal colombiano encuentra "difícil" definir el dolo prescindiendo de la conciencia de la antijuridicidad (pág. 47). Por consiguiente, sugiere distinguir para la interpretación de nuestra ley penal entre intención y dolo: la intención sería el "tender de la voluntad hacia lo que se le ha representado por el intelecto" (pág. 48), mientras que el dolo implica "la conciencia y la voluntad de la materialidad del acto y, además, la conciencia actual de la antijuridicidad" (ib.). De donde concluye entonces que si el error sobre la existencia de la agresión es vencible y el sujeto reacciona para defenderse, su obrar es intencional pero no doloso (lo que en la práctica significa trabajar con una doble posición del dolo). Luego, en estos casos solo procede la atribución culposa, si existe el respectivo tipo culposo.

El capítulo III contiene además un aparte dedicado al problema de la proporcionalidad entre "ataque" y reacción en la defensa putativa, así como otro sobre la defensa putativa de terceros. Finalmente, esta primera parte culmina con una "Explicación psicológica de la defensa putativa" (cap. IV), en la que se rescata la definición que sobre la misma hiciera VÁSQUEZ ABAD, desde una perspectiva psicológica.

La segunda parte de la obra, como ya dijimos, está dedicada a los aspectos prácticos del tema. Allí se incluye un alegato sobre un caso de homicidio, así como una recopilación de la jurisprudencia más representativa sobre la materia, terminando con una ayuda docente en la que se plantea una serie de preguntas, casos y problemas específicos relacionados con el tema de la defensa putativa.

Como puede deducirse de la mera enunciación de su contenido, la obra que se reseña resulta, pues, de gran interés para quienes de una u otra forma se dedican al derecho penal (profesores, estudiantes, jueces, abogados, etc.). Ello no significa, sin embargo, que no sean discutibles algunos aspectos, como sucede con la afirmación del autor en el sentido de que el C. P. colombiano *adopta* la teo-

ría del dolo (lo que VELÁSQUEZ denomina "teoría de la matrícula"), sobre todo porque los argumentos que lo llevan a sostener tal posición no son todo lo contundentes que parecen.

— Por ejemplo, si bien en la definición de dolo que consagra nuestro C. P. en su art. 36 puede entenderse incluida la conciencia de la antijuridicidad, nada impide que se interprete como un dolo típico, toda vez que el mismo art. 36 sostiene que *lo doloso es la conducta* y no la culpabilidad, como sería lo adecuado conforme al esquema neoclásico.

— Por otra parte, sostener que el C. P. ubica el dolo, la culpa y la preterintención en la culpabilidad, pues entiende que son "formas de culpabilidad" (pág. 47), es producto de una lectura apenas literal de la ley, pues si nos atenemos al *contenido* del art. 35, por ejemplo, encontramos que dolo, culpa y preterintención no son otra cosa que *formas de realización del hecho* (lo cual aparece ratificado en los arts. 36, 37 y 38).

— Asimismo, pareciera que la diferenciación que hace el C. P. entre error de tipo (art. 40-4) y error de prohibición (art. 40-3) solo tiene sentido si al mismo tiempo se diferencia entre dolo (típico) y conciencia de la antijuridicidad. Es más, si se acepta que el art. 30 consagra el evento del error vencible sobre los límites de una causal de justificación (como lo entienden FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y VELÁSQUEZ, entre otros), resulta aquí ya no solo difícil sino casi que imposible sostener una teoría distinta de la de la culpabilidad, pues dicho artículo consagra una atenuación de la pena y no una remisión al tipo culposo, como sería lo correcto conforme a la teoría del dolo.

Lo anterior es suficiente para demostrar que el C. P. colombiano no se matricula en ninguna teoría en particular; antes, por el contrario, parece ser que por evitar "matricularse" en alguna teoría nuestro legislador incurrió en el error mayúsculo de tomar elementos de una y otra, mixtura cuyo resultado es una confusa e incoherente regulación del error. Por ello, en mi opinión, no es que el Código *adopte* la teoría del dolo, sino más bien que permite una interpretación conforme a dicha

teoría, así como *también* es indudablemente compatible con la teoría de la culpabilidad.

En definitiva —y en esto parece existir acuerdo—, el problema no es de carácter sistemático sino politicriminal, es decir, de las consecuencias a las que conduce el sistema. Y en esta dirección, si bien no habría nada que objetar a la solución del delito culposo en el caso del error vencible sobre los presupuestos de la legítima defensa (como tampoco podría considerarse descabellada la aplicación de la atenuante del art. 30, como lo propone VELÁSQUEZ con base en la teoría de la culpabilidad), sobre todo tratándose del delito de homicidio (que es el ejemplo con el que trabaja el profesor AGUDELO), no creo que pueda decirse lo mismo cuando se trata de otras causales de justificación, como el cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima o el ejercicio de un cargo público, dado que la gran mayoría de los delitos de funcionarios no admiten la modalidad culposa. Y ello, en momentos en que el país se enfrenta a una creciente autonomía de la actuación de los organismos de seguridad del Estado y a la sistemática violación de las libertades fundamentales, no deja de ser preocupante.

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA
Medellín, Septiembre de 1990.

JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS: *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, 347 págs.

El catedrático de derecho penal de la Universidad de Málaga, profesor JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, en esta investigación recientemente publicada, ha puesto el dedo sobre la llaga en relación con una temática que toca de lleno con las bases y la estructura del actual derecho penal: los elementos subjetivos del delito. Todos sabemos que esta disciplina maneja cantidad de conceptos de índole enteramente subjetiva como son los de dolo, los elementos subjetivos del injusto, el elemento subjetivo en las causales de justificación, el conocimiento

de la antijuridicidad, la imputabilidad, el error, la culpa, etc., para cuya explicación solemos acudir a nociones tomadas de las ciencias sociales, especialmente de la psicología, pero tales elementos no son objeto de mucho cuestionamiento y, todo pareciera indicarlo así, su entendimiento es pacífico, doctrinariamente hablando. Ello sin embargo no es cierto si tenemos en cuenta que nuestra disciplina sigue empecinada en ignorar la realidad, continúa de espaldas al desarrollo social y científico y, como en el caso que nos ocupa, sigue apegada a las concepciones más primigenias en el ámbito psicológico.

Razón tiene el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE cuando en el prólogo a este interesante trabajo, que se torna en lectura obligatoria para cualquier penalista que se precie de serlo, afirma: "Parece, sin embargo, mentira que en el moderno derecho penal, a la hora de hacer estas valoraciones, en lo que se refiere a la constatación de los elementos subjetivos, apenas se tengan en cuenta los datos y conocimientos que nos brinda el estado actual de la psicología y la sociología, y se siga aferrando a las viejas concepciones de una psicología asociacionista o puramente mecanicista. Y lo que es peor: que en los planteamientos teóricos más modernos tampoco exista, con todas las excepciones que haya que hacer, la menor preocupación por remozar el viejo arsenal psicológico con el que durante más de un siglo han trabajado las teorías tradicionalmente dominantes en derecho penal" (pág. 11).

El autor, quien reúne al mismo tiempo las envidiables calidades de licenciado en psicología y de penalista, amén de una excelente hoja de vida, busca exponer la problemática general en torno a la normativización de los elementos subjetivos del delito acorde con la construcción dogmática imperante sentando las bases para una discusión a profundidad sobre el tema que, por cierto, no se reduce solo al derecho penal material sino que cobija el derecho procesal penal y el proceso como fenómeno social.

Como es obvio, y ya el lector lo habrá captado, el expositor se mueve dentro de las tendencias modernas del derecho penal que buscan

entender este en íntima conexión con las disciplinas sociales. De allí que afirme en la introducción: "Concibo mi trabajo en la línea con lo exigido enfáticamente por NAUCKE cuando recuerda que una auténtica colaboración entre el Derecho Penal y las ciencias sociales solo se logrará cuando exista un *corpus* investigador que utilice ambas perspectivas en el análisis de *problemas concretos* de la Administración de Justicia, prescindiendo de escritos programáticos y planteamientos generales de colaboración" (pág. 26).

La temática abordada ha sido objeto de enconados debates en la literatura penal alemana, no así en España, donde, a pesar de que muchos penalistas la manejan, una discusión amplia sobre el asunto se torna necesaria en el estado actual de cosas; ello es lo que busca tan distinguido expositor al publicar esta investigación, que data de cerca de diez años de paciente labor. Para el lector colombiano la lectura de la obra, nada fácil para quien no se mueva en círculo tan especializado y maneje unas mínimas categorías psicológicas y sociológicas, aparece como novedosa, pues, hasta donde alcanza nuestra información, apenas algún autor se ha preocupado en algo por el tema.

El estudio consta de siete capítulos: el primero de ellos dedicado a la introducción, mientras que los acápites dos, tres, cuatro y cinco, se destinan a exponer las cuatro corrientes que según el profesor español dominan la discusión actual enfrente a la temática propuesta, esto es, los enfoques propios de la psicología individual, de las perspectiva normativa, de la psicología colectiva (básicamente a partir del psicoanálisis) y la postura interaccionista. En el capítulo sexto, con absoluto rigor científico, expone la polémica entre las cuatro vertientes señalando las respuestas que cada una de ellas formula a las otras corrientes, concluyendo con el último acápite dedicado a las conclusiones.

Estamos, pues, frente a una obra importante para la literatura jurídica penal hispanoamericana que, a diferencia de muchas que se limitan a seguir las discusiones alemanas para traducirlas al idioma español sin ninguna ori-

ginalidad (y a veces olvidando las comillas), enfrenta con una postura metódica muy definida el problema abordado y que, con seriedad y rigor, formula planteamientos llamados a enriquecer la polémica. El expositor, por supuesto, se afilia a una de las cuatro perspectivas, optando por la que defiende la visión psicológico-individual aunque sin dejar fuera de consideración a las restantes: ello porque, con razón, postula que es el único enfoque que se compagina con el actual derecho penal y con la sociedad democráticamente concebida, con un derecho penal de garantías.

Sostener la perspectiva psicológico-colectiva, por ejemplo, se nos hace muy difícil si se tiene en cuenta que va de la mano de una concepción preventivo-general de la pena y en algunas de sus formulaciones, como la de OSTERMEYER expuesta por el autor, cae en un vulgar derecho penal de autor (cfr. pág. 174). Mientras que acudir a las otras dos corrientes (la normativa y la interaccionista) por sí solas tampoco brinda la claridad requerida.

Por ello parece válido el enfoque que la obra defiende a partir de una concepción psicológica individual, pero sin desconocer los aportes de las demás perspectivas metódicas.

La Revista saluda alborozada este nuevo aporte a la literatura juridicopenal contemporánea de quien ha sido uno de sus más solícitos colaboradores e invita a sus lectores a penetrar en tan interesante y afortunada reflexión que, por supuesto, también interesa al derecho penal colombiano.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Medellín, noviembre de 1990.

FERNANDO TOCORA: *Política criminal en América Latina*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1990, 226 págs.

La presente obra, fruto de la labor investigativa del magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, FERNANDO TOCORA, examina, a la luz del derecho comparado, la historia de la política criminal latinoamericana siguiendo los dos modelos que

han enmarcado su transcurrir jurídico: el liberal autoritario y el de la seguridad nacional, los cuales son abordados, en un gran esfuerzo de síntesis, a través de sus diversas expresiones jurídicas para, finalmente, dejar a descubierto la brecha existente entre norma y realidad que, en suma, compendia nuestra política criminal. En este sentido, el trabajo reseñado se divide formalmente en dos partes: la primera referida a la llamada "política criminal liberal", y la segunda a la denominada "política criminal de seguridad nacional", cada una con un enfoque constitucional, penal y policivo.

En lo que dice relación a la política criminal liberal, el autor presenta las distorsiones del modelo liberal clásico que constituyen el autoritarismo crónico propio de las estructuras políticas de los países de América Latina, que exhiben un marcado desfase entre la proclamación teórica de la tridivisión del poder y la protección de las garantías fundamentales y la realidad práctica de un ejecutivo presidencialista que conculca esas garantías a través del estado de excepción o de los frecuentes regímenes *de facto*, lo que, en últimas, tal como lo denuncia la investigación en comentario, degenera en una política criminal autoritaria y represiva, que explica la progresión de los procesos de criminalización e inflacionismo legislativo frente a un derecho penal que es resultado de la extrapolación de las teorías europeas y de sus codificaciones penales. En este orden de ideas se destaca el énfasis que el autor le otorga al estudio del control contravencional como una de las características que han desvirtuado el modelo Estado-sociedad liberal en América Latina, particularmente si tenemos en cuenta la escasa bibliografía jurídica que existe al respecto.

En lo atinente a la política criminal de seguridad nacional, como triste contribución de América Latina a la historia de la humanidad y a la del control social, se analizan los interrogantes que le plantea a una novel ciencia politicocriminal que trata de definir sus categorías, la evidencia de una criminalidad que parte del Estado; asimismo, se estudia la "nueva institucionalidad" que exigen los regíme-

nes de seguridad nacional, cuya raigambre totalitaria se refleja, según lo expresa el profesor TOCORA, en la ausencia de control constitucional; el abuso de los estados de excepción; la paranoia criminalizadora; la creación de procedimientos securistas y, en fin, el proceso de militarización-criminalización de la sociedad civil, dentro de un modelo de disciplina social que deifica un Estado que, imponiéndose sobre el derecho, se enfrenta a la sociedad en una relación de antagonismo. Igualmente dedica un capítulo especial al examen del poder de policía, como estrategia de control social basada en el terror, señalando su creciente tendencia a la militarización, así como también la existencia de cuerpos paralelos con idénticos fines profilácticos de control de la marginalidad social.

Es importante anotar que la relevancia conferida por el autor al sistema contravencional, espacio de control soslayado tanto en la teoría como en la práctica, no obstante su considerable amplitud, parte de que, en su concepto, "el estudio de la política criminal no se ha de limitar solamente a las definiciones de comportamientos desviados proporcionados por las leyes penales, lo que sería una reducción de ella a una mera «política penal», sino que ha de abarcar toda la reacción formal que implique el sistema de sanciones que restringen derechos fundamentales, las que no son solamente dispuestas por el derecho penal, sino también por otras normas como las del derecho contravencional" (pág. 118).

De igual modo se advierte el espíritu totalmente crítico que orienta la investigación realizada, la cual no se reduce al discurso histórico sino que encierra importantes planteamientos que nos permiten descubrir la ideología que encubre los dos modelos politicocriminales más generales y característicos del subcontinente, por lo que recomendamos su lectura, cualquiera que cualquiere intento de aproximación a la misma es incapaz de comprenderla en su exacta magnitud.

Como se deduce de todo lo anterior, el trabajo investigativo además de constituir un valioso aporte de la judicatura, representa, en virtud de la autonomía y claridad de sus con-

ceptos, un claro ejemplo de que al interior de la misma aún subsisten jueces y magistrados de la envergadura y calidad de aquellos que, como lo manifiesta la dedicatoria del libro, fueron sacrificados por su honestidad y su vocación democrática.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Medellín, noviembre de 1990.

MAURICIO MARTÍNEZ: *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Editorial Temis, 1990, 179 págs.

El hombre se ha interrogado acerca de su desobediencia al ordenamiento jurídico, y por ello ha estudiado el crimen. Pero solo hasta el siglo pasado se logró estructurar una ciencia que pudiese asumir dicho conocimiento de una manera metódica. Esta es la criminología que a través de su tradición histórica nos permite llegar al libro escrito por MAURICIO MARTÍNEZ.

La obra en sí es un interrogante, como lo planteó el autor en el título. El responderlo implicaba circunscribirlo a un lugar determinado, que es Latinoamérica, a fin de que pudiésemos diferenciar los fenómenos estudiados. Por tanto el texto presta una especial atención a la criminología en nuestro continente, aunque se trata de una manera lo suficientemente abstracta para alcanzar la universalidad científica.

El estudio consta de cuatro capítulos, así:

En el primero nos encontramos con una ilustración acerca de las principales corrientes en la criminología contemporánea. Es por ello por lo que explica la razón histórica y los postulados del neorrealismo de izquierda, del derecho penal mínimo y del abolicionismo. Termina este acápite con un breve análisis sobre la criminología en Latinoamérica, en el que se descubre que el centro de la discusión es el objeto de estudio de esta.

El segundo capítulo es mucho más dinámico, puesto que enfrenta dos posiciones, como son: el neorrealismo de izquierda y el minimalismo. Analiza primeramente la génesis de am-

bas teorías; en segundo lugar estudia los diferentes puntos de enfrentamiento. Además, en el texto no existen talanqueras para leer las críticas que de ambas hace el autor. Lo sorprendente es encontrar dos concepciones diferentes que conducen a conclusiones similares, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad de ambas es lograr una verdadera aplicación de la ley penal, pero, a diferencia del neorrealismo, el minimalismo no cree en la eficacia del derecho represivo y esta es la razón por la que trata de encontrar políticas alternativas.

En la tercera parte se desarrolla más a fondo el planteamiento del derecho penal mínimo, dejando sentado que para Latinoamérica el abolicionismo no es el mejor remedio. Siendo necesario un cambio, la propuesta de reducir el derecho penal comienza a tomar fuerza puesto que se esgrime la razón de la deslegitimación del derecho penal. Por ello enuncia lo que pudiésemos denominar las normas caóticas —en oposición a las normas rectoras— que rigen el derecho penal en América Latina.

Por último, nos encontramos con las entrevistas hechas a BARATTA y BERGALLI. A este último le corresponde responder la mayoría de las incógnitas que tocan puntos álgidos en la criminología. BARATTA, por su parte, inclina la entrevista hacia un profundo análisis sobre el campo filosófico y científico de la misma. Sin embargo, ambos autores llegan a algunas conclusiones similares, como aquella según la cual el hecho de que exista heterogeneidad al interior de la criminología, no significa su destrucción; al contrario, BARATTA destaca la vitalidad que esto entraña. Mientras que para BERGALLI la diversidad doctrinaria corresponde a expresiones culturales diferentes. Además, ambos autores acuden a la sociología como fuente de la criminología; es así como sociología del control penal es para BERGALLI, lo que para BARATTA es sociología jurídica penal.

La lectura detallada del libro nos permite concebir la criminología como una ciencia que pretende internarse en el campo de la solución. Si bien las diversas corrientes criminológicas difieren en el objeto de estudio, se

identifican en tratar de encontrar una solución idónea a los problemas que tienen relación con el crimen y el derecho penal, lo que nos lleva a pensar que la criminología es una suma de soluciones, porque nuestro derecho penal, y en general toda la raigambre histórica, proviene de Europa. Claramente es allí donde las tendencias han encontrado divergencias por los distintos fenómenos analizados. Lo que ocurre en Latinoamérica es que nuestra legislación es el compendio de todas las influencias europeas, por cuanto la violencia generalizada es la adición histórica de todos los vicios de las legislaciones foráneas;

por ello, para la criminología moderna, Latinoamérica es un escenario que proporciona una suma de problemas para los que las diversas tendencias generan una suma de soluciones.

Por lo tanto, no vacilamos en recomendarle al lector este libro. Además de las razones esgrimidas, es un texto que plantea hipótesis para su posible solución, lo que nos llevará a responder de una manera científica al interrogante ¿qué pasa en la criminología moderna?

JOHN JAIRO SÁNCHEZ
Medellín, febrero de 1991.

NOTAS

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres de Editorial Nomos, S. A., el
día 22 de diciembre de 1991.

LABORE ET CONSTANTIA