

# NUEVO FORO PENAL

Revista del Centro de Estudios Penales  
de la  
Universidad de Antioquia

63

Enero - Abril 2000

CO/XIV  
F/Z

2345

EMIS



# NUEVO FORO PENAL

Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia

## Directores honorarios

NÓDIER AGUDELO BETANCUR  
FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

### Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

### Coordinadores

ALFONSO CADAVID QUINTERO  
GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA

### Comité Consultivo

LUIGI FERRAJOLI (Camerino, Italia); WINFRIED HASSEMER (Frankfurt, Alemania);  
JOSÉ HURTADO POZO (Fribourg, Suiza); JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS (Málaga, España);  
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ (Madrid, España); IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA  
TORRE (Salamanca, España); JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ  
(Las Palmas de Gran Canaria, España); ELENA LARRAURI PIJOÁN (Barcelona, España);  
JUAN BUSTOS RAMÍREZ (Santiago de Chile, Chile); ROSA DEL OLMO (Caracas,  
Venezuela); JULIO B. J. MAIER (Buenos Aires, Argentina).

### Auxiliares

JULIO DARÍO VÉLEZ LÓPEZ  
JUAN CARLOS ÁLVAREZ ÁLVAREZ  
RICARDO POSADA MAYA  
ROBERTH URIBE  
DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN

AÑO XXI Enero - Abril 2000 N° 63

Licencia 00577 de 1985

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA CUATRIMESTRAL



EDITORIAL TEMIS S. A.  
Santa Fe de Bogotá - Colombia



CENTRO DE ESTUDIOS PENALES  
Universidad de Antioquia

**Dirección - Coordinación  
Suscripciones e información**

Centro de Estudios Penales  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Antioquia  
Calle 67 N° 53-108  
Bloque 14, oficina 303, Ciudad Universitaria  
Medellín (Colombia)

Teléfono (57-4) 2 10 58 56  
Fax (57-4) 2 10 58 57

Correo electrónico: dpenal@quimbaya.udea.edu.co  
Apartado aéreo: 53006 Medellín (Colombia)

Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

Hecho el depósito que exige la ley.

1961 2000138000

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

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

*Nuevo Foro Penal no se responsabiliza por las opiniones emitidas en los escritos firmados.*

## ÍNDICE GENERAL

### EDITORIAL

	PÁG.
Las banderas en el aire. Homenaje a Jesús María Valle. J. Guillermo Escobar Mejía .....	5

### ESTUDIOS

La teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal. Fernando Velásquez V. ....	15
Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso. Armando Luis Calle Calderón .....	45
Cómo se atenta contra la libertad en el proceso penal. Hernando Londoño Jiménez .....	69
Construcción, de(s)construcción y reconstrucción del proceso penal de la modernidad. Álvaro Vargas .....	77
El indígena ante el derecho penal. Hernando León Londoño Berrío. Alicia Eugenia Vargas Restrepo .....	87

### JURISPRUDENCIA

Término de la celebración de la audiencia pública y libertad provisional. José Fernando Reyes Cuartas .....	137
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

“Habeas corpus” y prevaricación judicial. Alfonso Cadavid Quintero .... 151

## BIBLIOGRAFÍA

## Nota previa

Hace poco más de dos años fue asesinado en Medellín Jesús María Valle Jaramillo, presidente del Comité de derechos humanos de Antioquia, abogado penalista, profesor universitario, líder social y, sobre todo, hombre ejemplar.

Su muerte, parecida y distinta a la vez a la de Santiago Nassar, el personaje de una de las obras de GARCÍA MÁRQUEZ, se produjo cuando todos, inclusive el mismo Valle, y he ahí la diferencia, sabíamos que iba a ocurrir; pues en medio de la intolerancia de la Colombia actual, una vida consecuente y comprometida con la denuncia de la injusticia y la reivindicación de los derechos de los más pobres, está destinada al sacrificio. Esa profecía que se autocumplió nos quitó a uno de los mejores, a uno a quien todos los que estuvimos cerca de él llegamos a sentir como maestro y como ejemplo de dignidad y coherencia, aun en medio de las presiones que padeció durante los últimos años de su vida.

Como un signo que amarga aún más su muerte, Jesús María Valle fue asesinado en su oficina de abogado, la misma desde la que se libraron tantas luchas en favor de la libertad y de los derechos humanos. Esa circunstancia se constituyó en uno más de los indicios de la postración en que las amenazas o el aniquilamiento físico han sumido en Colombia el ejercicio de la abogacía y de todas las demás formas de defensa de los derechos de los otros.

Para Nuevo Foro Penal, a la que siempre estuvo vinculado, esta ausencia ha sido especialmente dolorosa. Con las del pensamiento, las únicas herramientas de que disponemos, hemos querido rendirle un homenaje y dejar constancia de que su pensamiento sigue vigente y presente entre nosotros. Por eso, a los dos años de su muerte, invitamos a un grupo de amigos de Colombia y del exterior, a participar en la elaboración de un número homenaje a Jesús María Valle en el que las contribuciones destacaran aspectos de las relaciones entre el derecho penal y los derechos humanos. Este es el resultado, al que se suman otras colaboraciones que pronto serán publicadas.

Quede rendido entonces un homenaje al maestro, de todos quienes de alguna forma nos consideramos sus discípulos.

# EDITORIAL

## Las banderas en el aire\*

*Homenaje a Jesús María Valle*

*J. Guillermo Escobar Mejía\*\**

Que el chivo es un animal de ruda supervivencia, mezcla de ermitaño y basuriego, con digestión de acero; que su hendida pezuña le permite transitar lo intransitable: la empinada falda y el riscal inalcanzable... eso, es verdad y todos lo sabemos.

Es reconocida su adaptación evolutiva que asimila y pervive en la pobreza, dignificándola en el erial o en la montaña fosca enmalezada con abrojos espinosos, desprendiéndose así de los cuidados del hombre por ser un terco dominador de dificultades que conquista el don de la independencia, coronándose: príncipe de la libertad...eso, todos lo sabemos.

Pero, JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO sabía más...

Aprendí en la lectura de la "Historia de la Revolución rusa", escrita por LEÓN TROTSKI, que no hay hombres predestinados, como si hubieran nacido al azar; ni es científico fantasear con hadas madrinas que, con sus varitas mágicas, signan con virtudes extraordinarias a los escogidos. No, la grandeza de los hombres reside en una lenta asimilación de las necesidades de los pueblos a los que pertenecen y, luego, haciéndolas conscientes, las asumen con vocación de solución, imponiéndose disciplina de acción en veces heroica, siempre santa.

JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO introyectó, desde la niñez y durante su estudiosa juventud, todas las necesidades sentidas de la sociedad colombiana, recogió sus frustraciones, sus esperanzas y abanderó intrépido sus indignaciones. Era sencillo, agradable en su trato y generoso. Nada era suyo si alguien lo necesitaba; espléndido en la amistad e indomeñable

\* Capítulo del libro *Evocaciones otoñales*, en preparación.

\*\* Fiscal especializado.

en la lucha por los principios. Nada en él fue improvisado, todo lo construía al yunque de su voluntad: dominaba la teoría política, para poder soñar con un Estado que afirmara la justicia distributiva favoreciendo a los olvidados de la fortuna y abriera, para ellos, la oportunidad de potencializar sus capacidades, transfigurándolos en forjadores de un futuro creciente en saber y sabiduría de patria.

Fundó un movimiento cívico-político: El "Api". Nos agolpamos a su alrededor a soñar utopías.

Iba, agotando el aceite de las lámparas nocturnas, escalando cimas jurídicas: se le conocía en Antioquia como pionero y experto en la técnica casacionista. De ahí hay sólo un paso al escalón pedagógico: profesor de Ética en la Universidad Autónoma; de Pruebas Penales en la Universidad de Medellín; y en nuestra querida "Alma Mater", la Universidad de Antioquia, enseñó: Ética, Pruebas Penales, Justicia Penal Militar y la Teoría Procesal. Entonces era un iluminado del deber y de la exactitud investigativa. Era mi par, en Medellín, en la enseñanza de la Oratoria, con él compartí maestría al Sindicalismo Bancario.

Por otra parte, en el ejercicio profesional gozó de excepcional crédito como penalista —cobraba a la clientela rica los honorarios de los pobres que atendía amorosa y gratuitamente—, llegando a ser un gigante en la tribuna en aquellos buenos tiempos del "jurado de conciencia", siendo famosos sus exordios filosóficos por su clásica belleza y la profundidad humanística de sus reflexiones.

Conformado así, tenemos al líder: fundó "La liga de usuarios", para enfilear resistencia orgánica ante los desafueros tarifarios de los servicios públicos y exigir agua potable y alcantarillado para los barrios marginados de la ciudad.

Después, atraído por el propicio y breve espacio democrático de la campaña política para la elección de dignatarios de la Constituyente del año 1991, fundó la "Acción Popular Independiente", que nos permitió, fui su compañero, recorrer todos los caminos de Antioquia, acompañados de jóvenes entusiastas, predicando el humanismo de los derechos humanos, como palabra profética que desnuda los abusos de los poderosos y la crueldad de los perversos, contra la ingenuidad de nuestro pueblo, uno de los más hermosos de la tierra: espléndida es la bondad natural de los humildes y la paciencia de los mansos.

Él era, indudablemente, quien congregaba por su virtud y su desprendimiento sin límites; magnetizaba no por esas fingidas arrogancias, propias de nuestros intelectuales, sino por su amoroso quehacer de Justicia que entendía, superior a los otros, por ser la única "que no es para sí, sino para otro".

Cuando el doctor CARLOS GÓNIMA LÓPEZ fue asesinado, al parecer, por haber facilitado, a nombre del "Comité de Derechos Humanos: Héctor Abad Gómez" (así bautizado en memoria del mártir), un jeep a una comisión francesa que, con propósitos humanitarios, visitó a Colombia, entonces, desgarrada sobre el charco de su sangre, quedó expósita la bandera del Comité, furiosamente diezmado. Nadie se atrevía a recogerla. Se hizo un silencio de catedral, y rompiéndolo, como la luz lo hace con la niebla, lo vimos venir, con paso sereno y en los labios su sonrisa de ternuras tímidas y

sin algazara, ni clarines, que siempre fue ajeno a las pompas, la recogió, besó sus pliegues, juró su servicio hasta la muerte y encumbrándola a la cima de su moral, la hizo flamear con tanta dignidad que, en la oscuridad de la catedral se agazaparon, fríos, calculadores y mezquinos: los bufones, los cornejos y los verdugos.

Se inició uno de los períodos más fecundos en la praxis de los derechos humanos en Antioquia: presencia jurídica y sociológica en las barriadas infrahumanas. Poder representativo ante los tribunales internacionales por delitos de lesa humanidad, como en el caso de los jovencitos asesinados en "Villatina" por agentes encapuchados, proceso que finalizó con la condena del Estado colombiano, obligándolo a suplicar perdón público, a indemnizar a las familias de las víctimas e impulsar obras de servicio a la comunidad.

También se logró incrementar: el conocimiento de los derechos correspondientes a los servicios públicos; la atención a las situaciones dantescas de las cárceles; el cultivo del civismo y del espíritu de conciliación y el respeto por la diferencia. Se hizo examen del orden democrático, de la ética ciudadana y una objetiva oposición a la violencia como práctica del poder.

JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO como concejal del "Api" en su tierra natal, Ituango, se vio comprometido por su carácter de vocero social y testigo ático, en la asunción altisonante del dolor de sus coterráneos: un proyecto macroeconómico, la "represa de Pescadero", con vocación a ser una de las más importantes de América del Sur, hizo que aquella tierra campesina, greda ingenua, se anegara en sangre inocente. Se inició con una masacre en la vereda "La Granja" y se fue extendiendo en radiales de muerte por todo el territorio, las expediciones disgregaban y laceraban a todo el norte de Antioquia: Yarumal, Santa Rosa de Osos, San José de la Montaña, Entreríos, San Pedro de los Milagros. Cada población tenía un núcleo paramilitar, tolerado por las autoridades no activas.

El Norte tiene, como toda economía lechera, una cotidianidad de trabajo que se inicia con el alba y termina al anochecer: ordeñadas oportunas que si tardan se enferman las vacas de mastitis; desmalezada de potreros, su fumigación y abonos y cal para la acidez de la tierra. Clima frío, lluvias sobre el cuerpo; ir y venir con canecas, bultos de cuidado, trasiego con los animales; reparación de alambrados; distribución de aguas ..., desaguar pantaneros; transitar entre la bruma que los cubre como un poncho absorbente que a la distancia va borrando las siluetas. Después, recogerse en el hogar y rezar el rosario o escuchar la radio.

Idiosincrasia religiosa, virtud en la mujer y tradicionalismo en los hombres. Esto fue atacado sin compasión: caseríos como "El Aro", corregimiento de Ituango, conocieron la barbarie en grado de destrucción; San Pedro de los Milagros, de sacro lugar de romería al Cristo milagroso, pasó al escándalo con tres burdeles vulgares e impuros; San José de la Montaña sufrió la infamia del impuesto sexual a sus matronas y la preñez de las muchachas estudiantes en la Normal; el éxodo de los pobladores de "Labores" lo convirtió en pueblo fantasmal; Santa Rosa escondió su moral, como la cabeza de la tortuga, en dura caparazón de carey; Yarumal, el ciclópeo, cuyas construc-

ciones sólidas parecen alcázares etéreos que tocan los mismos cielos, como la escala que soñara Jacob, olvidó las enseñanzas que, en sus estrofas, contiene la más bella cantata a la libertad, el himno antioqueño, inspiración de uno de sus hijos, EPIFANIO MEJÍA, loco sabio que descubrió: en los colmenares de los montes, la miel para la ternura de sus poemas; y, en las selvas, el arrullo de las tórtolas; y, en las hojas de colores, epicúreos placeres de la montaña. También las aguas se tiñeron en sangre y la represa de Río Grande se convirtió en irrespetuoso botadero de cadáveres.

¡Qué dolor!, ¡qué grave pecado histórico!, ¡metamorfosis de la paz hacia el terror!

JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO, en absoluta soledad, se subió a la torre de la civilidad. Tomó en sus manos los lazos del campanario y tocó a rebato, a sómátén. Nadie lo quería oír: estuvo en la gobernación de Antioquia y ante el mandatario de entonces y su secretario de gobierno, doctores ALVARO URIBE VÉLEZ y PEDRO JUAN MORENO VILLA, expuso de manera escueta la verdad de los acontecimientos. No tuvieron voluntad real de escucharlo: arrogantes, polemizaron con él y desconociendo su carácter de Profeta, como un mendrugo, le ofrecieron "seguridad personal en la medida de lo posible". La respuesta fue: "No suplico por mí, sino por mi pueblo" (Conozco el acta de esa reunión, suscrita por la Secretaría del Comité de Derechos Humanos).

Fue a la justicia y denunció los hechos. Tocó las puertas de la Iglesia. Nada fue enmendado.

Su voz caía en el desierto, ni siquiera el eco le correspondía: Entonces. Como en los recintos oficiales se burocratizaban las denuncias y él poseía poder de convocatoria periodística, protagonizó debates públicos: en la universidad, en la televisión, la radio y la prensa. Incluso, en foro abierto en la Cuarta Brigada.

Era el espectáculo heroico del Cid contra los moros: su voz tribunicia invocaba los principios del cristianismo, de la civilización y del amor. No era trémula su palabra: racionalizaba, demostraba y exigía derechos. Su indignación tenía alas espirituales, nunca procaz y en todo momento el buen decir le hacía atrayente, creíble y santa. Matices que pertenecen a la verdad auténtica que germina en el sufrimiento, cuando se va apagando el sol de la esperanza.

Tuvo por respuesta la denuncia penal, como estrategia para silenciarlo mediante el terrorismo abusivo de lo legal. Olvidaron al aguerrido penalista y al intrépido líder de los derechos humanos: se presentó ante la justicia —la víspera de su muerte— y en "versión libre", diligencia para la historia, ratifica que el horror de Ituango y del norte de Antioquia es apocalipsis producido por una bestia híbrida: los que mancillan el deber constitucional y fuerzas mercenarias, carentes de sentimientos de humanidad.

El 27 de febrero de 1998, un comando de muerte lo sorprendió en su oficina. Estaba con un amigo y con su hermana que le cooperaba como secretaria. Serenamente, para evitar la muerte de ellos, se brindó en holocausto: dos disparos penetraron a su pensamiento final: "Aquí estamos y estaremos siempre, en el fragor de la lucha o en la quietud de la muerte...".

\*\*\*

Un sacerdote, el padre Federico Carrasquilla, perteneciente a la Teología de la Liberación, apóstol de los barrios tuguriales de Medellín, profeta perseguido y santo, hace del héroe caído la más perfecta semblanza, en carta que envía al infinito.

La mensajera que recibió aquella epístola, en el corredor de los cielos, es una anciana octogenaria, india catfa.

De inmediato la entrega a su destinatario. Su texto es el siguiente:

"Querido Jesús María:

"Mientras estuviste viviendo entre nosotros esta primera etapa de tu vida, solo te encontré una vez. Como siempre, estabas en lo tuyo: defendiendo con ardor y entusiasmo el derecho a la vida y denunciando los poderes de muerte que están sembrando la destrucción y el dolor de nuestro pueblo.

"Pero en realidad tu persona, tu palabra y tu vida me acompañaban y me seguían por todas partes desde hacía mucho tiempo. Estabas tan cerca de mí como mis amigos más queridos. Siempre me decía a mí mismo: mientras en este mundo haya personas como Jesús María Valle, vale la pena seguir luchando. Vos me reconciliabas con la humanidad.

"Toda mi vida he tenido la gracia y el privilegio de estar cerca del dolor y el sufrimiento de nuestro pueblo, en esa forma de dolor y sufrimiento que es más doloroso que el producido por la enfermedad, porque proviene de la maldad, la dureza y la indiferencia de un corazón que se cierra a sus hermanos y que es lo que produce la explotación, la miseria y la violencia en todas sus formas. Este dolor y este sufrimiento son más insoportables porque revelan en el que lo hace la inhumanidad radical y, en el que lo padece, el grito desgarrador de una vida que reclama respeto y exige dignidad. Y esto es más destructor que la peor de las enfermedades o quizás es eso lo que hace inhumana la enfermedad. Y en medio de esta vivencia mía, la persona tuya se levantaba mostrándome otro rostro: el de una humanidad a quien el dolor de sus hermanos había pulido, purificado y hecho, sin más, transparencia de amor, de bondad, de autenticidad.

"Ahora me pregunto desde cuándo empezaste a vivir para mí de esta manera. Solo recuerdo que fue poco tiempo después del asesinato de ese otro hermano imborrable —Héctor Abad Gómez—, quien desde el comienzo de mi ministerio sacerdotal en medios populares había ocupado ese lugar. El día del asesinato de Héctor —que sucedió precisamente cuando pasaba por la prueba de un derrame cerebral—, sentí que mi vida se hundía: se me había perdido un punto de referencia, una vida que me sostenía y me animaba. Y providencialmente, poco tiempo después, te conocí a vos. Lo único que me acuerdo es que cuando le dije a mi corazón qué íbamos a hacer nosotros sin la presencia de Héctor, me dijo: 'tranquilo que ahí queda Jesús María'. Y me contó de tu vida, de tus convicciones, de tu compromiso, de tu coherencia y de tu honestidad; es decir, de una vida que rayaba en lo heroico y que solo estaba matizada por una sencillez y una simplicidad de puro estilo franciscano. Y volvió a florecer en mí la alegría, la esperanza y el entusiasmo en mi compromiso.

## LAS BANDERAS EN EL AIRE

"Como vos sabés, soy profundamente creyente. Mi vida desde siempre ha girado alrededor de Jesús de Nazaret, y desde ese Jesús de Nazaret, mi pasión, mi única y absoluta pasión ha sido el mundo pobre. Jesús y el pobre siempre me han fascinado y llenado totalmente mi vida. Pero precisamente por eso y como persona humana, necesito de testigos, de personas de carne y hueso que encarnen y hagan visible ese mundo de Jesús y me estén recordando lo que significan hoy su persona y su mensaje. Y vos sos de esos testigos. Nunca me pregunté si eras creyente o no. Poco me importa. Tu vida me hacía presente a Jesús de Nazaret y eso me bastaba.

"Por eso tu asesinato, tu muerte tan despiadada, selló en total coherencia esta primera etapa de tu vida. Y la selló como tenía que ser y como vos mismo lo habías previsto. Los que te mataron pensaron quitarte de por medio. ¡Pobrecitos! Solo consiguieron que saliera a la luz pública la vida de tu vida. Tu muerte es tu vida. Frente a los que te mataron sólo tengo sentimientos de dolor y tristeza. El que mata a otro, ya hace tiempo está muerto en sí mismo. Te alejaron físicamente de nuestra vida, para hacerte definitivamente presente. Como en las anécdotas de GALEANO, 'se llevaron todo, menos tu música'. Y como lo decía el indígena maya: 'cortaron tu tronco, pero nunca podrán arrancar tus raíces'. Por eso, JESÚS MARÍA, ahora ya podemos gozar libremente de tu presencia. Todos los días nos levantábamos angustiados pensando que alguien podría venir a arrebatar nos tu compañía. Ya nadie nos la puede quitar. Ya nadie te puede matar. Estás definitivamente en la vida. Tu muerte, como la de Jesús, NO es un fracaso. Es tu triunfo: ¡venciste, hermano!

"Con la noticia de tu muerte quedé por un momento como los discípulos al ver morir infamemente a Jesús en la cruz: desconcertado, terriblemente desesperado; con ganas de salir huyendo de una ciudad asesina, que mata a los mejores de sus hijos. Pero eso solo fue un instante. Pronto apareciste de nuevo como el Jesús del camino de Emaús, haciéndome comprender que si el grano de trigo no muere, no da fruto; que solo entra en la vida el que la pierde. Comprendí entonces que tu vida ahora nos es más preciosa que antes; que vos seguís caminando con nosotros; que tampoco debí buscar entre los muertos al que estaba vivo; que todos y en especial tus amigos podemos ya definitivamente y sin angustia contar con tu vida, con tu presencia que marcha a nuestro lado. Ahora tu vida nos va a seguir diciendo que no temamos a los que están matando al cuerpo sino a los que están asesinando el alma de nuestro pueblo; que no nos encerremos en nuestras seguridades ni salgamos huyendo de nuestro miedo; que comprendamos de una vez por todas que la vida solo vale la pena vivirse cuando se vive por valores que valen más que la propia vida. Y que a vos, como a Jesús, te vamos a encontrar y a reconocer siempre si compartimos el pan con nuestro hermano. Gracias, JESÚS MARÍA. No te alejes de nosotros. Contamos siempre contigo y necesitamos de tu presencia.

Tu hermano".

\*\*\*

Sentados en el lugar destinado a los justos y a los misericordiosos, tomando tacitas de café, están: HÉCTOR ABAD GÓMEZ, LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ y JESÚS MA-

RÍA VALLE JARAMILLO. También los acompaña otro mártir: El doctor RAMÓN EMILIO ARCILA, constructor de la conciencia comunal en el oriente Antioqueño. Su ejemplo y sus palabras fueron pedagogía fecunda.

Los nombres de los líderes que lo siguieron, ahora, solo pueden leerse escritos en sus cruces. La anciana catía que los atiende, les dice: "Todos los hombres nacen de la saliva divina de Caragabí y nada tan cerca de la saliva como la palabra".

Ellos responden: "Es cierto, sin embargo, la palabra del profeta, predestinado a la hazaña y al martirio, es agua lustral purificada y purificadora. Es viva porque representa las necesidades del pueblo. Viene de la entraña misma de la roca: hay que golpearla con el bastón de peregrinos, tres veces, así no se permita entrar a la tierra prometida; es decir: El goce de la utopía del hombre".

La anciana sonríe y se esfuma...

LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ explica: Ella es Clementina Sapia, la memoria del pueblo catío. A ella debo, por su paciente narración oral, mi libro: "Relatos tradicionales de la cultura Catía". No me ha sorprendido encontrarla aquí, me lo había anunciado: antes de morir, cuando estaba agonizando, ordenó a sus hijos que debían venir desde el tambo lejano a Medellín, para decirme: "La vieja Clementina cuando estaba muriendo, le envió esta razón: "Dígale al doctor VÉLEZ que en el cielo nos topamos".

Hubo un silencio respetuoso que permitió escuchar la ronda que cantaba un niño famélico, con tonada de villancico navideño, anticipado al mes de julio:

"Pan, pan  
que repetido suena a disparo,  
a golpe de puerta,  
a tambor,  
a campana,  
a hambre...  
paz, paz,  
que repetido o sin repetir  
suena y huele a pan caliente".

\*\*\*

La vieja Clementina Sapia volvió a escena, traía en su paz toda la dignidad de su raza vencida, el cabello como recogido, con una bella peineta hecha con la concha amarilla del armadillo, caía organizado hasta la mitad de su espalda; caminaba con el donaire del silencio descalzo y erguida, levantada su frente, parecía, ciertamente, una sacerdotisa de Caragabí. Su voz tenía acentos arcaicos de musical misterio y cada frase brillaba en sus ojos gastados, memorísticos y sabios. Preguntó a Jesús María: "¿Señor, para qué sirven los chivos?". Mirándola le respondió: "Señora, solo usted podrá com-

prenderme, para los demás mi respuesta será la confesión de una aventura económica de la ingenuidad: vi tanta pobreza en mis paisanos y estaban los niños campesinos tan desnutridos que un día pensé: tengo una tierra inculta y enmalezada, si llevo allí unas parejas de chivos, bastará el transcurso del tiempo y naturalmente se irán reproduciendo. Cuando ajuste 200 pares, machos y hembras, en 4 camiones los llevaré y entregaré en los propios ranchos, diciéndoles: "Si tienen paciencia y amor los hijos y los nietos comerán carne...".

"Señor: ¿Cuándo lo mataron, cuántas parejas tenía en su finca?" "veintiocho, mi familia los regaló a los desplazados, también campesinos hambrientos y desarraigados que ahora malviven en improvisados tugurios: roto el techo y rotas sus almas".

Clementina Sapia recordó las hambrunas de su pueblo, lo miró con cariño y díjole susurrante: "Usted fue bendecido por los dioses: es el único blanco que ha comprendido la leyenda del diluvio...".

Y se hizo con átomos de eternidad, brillantes como el diamante, un silencio de gloria.

# La teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal

(A la memoria del Dr. Jesús María Valle Jaramillo)

Fernando Velásquez V.\*

## I. INTRODUCCIÓN

Para rendir un cálido y sentido homenaje a un gran amigo —quien no solo se destacó por ser un notable líder y defensor de los derechos humanos, sino un connotado estudioso y abogado en ejercicio en el ámbito del derecho penal—, cuya preciosa vida fue segada hace ya más de dos años por los actores de esta violencia desenfrenada que sacude todos los escenarios de la vida nacional, se aprovecha esta oportunidad para examinar el articulado del nuevo Código Penal<sup>1</sup> de cara a las recientes elaboraciones en el ámbito de la teoría dogmática de la conducta punible.

Naturalmente, dada la forma como se concibió el Proyecto original —lo cual ha desatado diversas críticas, incluidas las objeciones pre-

\* Profesor titular y emérito de la Universidad Pontificia Bolivariana.

<sup>1</sup> Aprobado el día 14 de diciembre de 1999. El Código tuvo su origen en el *Proyecto de ley 40*, de 4 de agosto de 1998, presentado a la consideración del Senado de la República por el Fiscal General de la Nación (véase *Gaceta* núm. 139, año VII, págs. 1 y ss.; también FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: *Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal*, págs. 7 y ss.), y que luego se convirtió en Proyecto de ley 238 de 1999, al hacer su tránsito por la Cámara de Representantes. No obstante, el presidente de la república, en decisión hecha pública el 20 de enero del año en curso, objetó 85 artículos del Proyecto por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia y ordenó su devolución al Congreso de la República que, tras acoger algunos reparos, lo aprobó el día seis de junio de 2000.

sidenciales aludidas<sup>2</sup>—, no ha sido posible hacer el estudio propuesto teniendo a la vista los materiales de trabajo utilizados por la Comisión que elaboró la propuesta inicial, porque ellos nunca se plasmaron en actas; ha sido necesario, pues, acudir a la exposición de motivos correspondiente, y a los textos pertinentes de las ponencias elaboradas por las diversas células del Congreso de la República que se han ocupado del asunto. Por supuesto, esta carencia no deja de ser contraproducente sobre todo si se aborda el articulado desde una perspectiva histórica, o desde el ángulo de la Política Criminal, tópicos fundamentales a la hora de encarar procesos de reforma en estos ámbitos. Es más, pese a que la producción del texto ha sido fruto de la actividad del órgano legislativo —lo que es de trascendencia, pues desde 1936 el Congreso de la República no se ocupaba de tales materias—, también es cierto que el Código no ha sido tramitado siguiendo el rito propio de la ley estatutaria como, sin duda alguna, lo ordena la Carta Fundamental de 1991 en su artículo 152; ello pone en evidencia, obvio es decirlo, una trasgresión al principio de legalidad o de reserva en estos ámbitos<sup>3</sup>.

Así las cosas, con miras a cumplir con el cometido propuesto, el presente trabajo se ocupa de la problemática planteada de cara a las llamadas “Normas rectoras de la ley penal colombiana”; muestra cómo el dolo, la culpa y la preterintención, aparecen como formas de conducta punible. Igualmente, examina la concepción del injusto y de la culpabilidad bosquejadas por el reciente legislador; mira cómo regula el estatuto la problemática del concurso de personas en la conducta punible, en sus modalidades de

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, a GROSSO GARCÍA, *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen-Perspectiva político-criminal*, Santa Fe de Bogotá. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, págs. 158 y ss.

<sup>3</sup> No obstante —contrariando el criterio absolutamente dominante en España (véase, por ejemplo, a MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 111 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, 5ª ed., pág. 80; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, pág. 72; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal*, págs. 236 y ss.), de cuya constitución se tomó la figura—, la Corte Constitucional ha sostenido un criterio opuesto: “si se prohibiera la tesis extrema de que la totalidad de las implicaciones o facetas propias de los derechos constitucionales fundamentales deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, se llegaría a la situación absurda de configurar un ordenamiento integrado en su mayor parte por esta clase de leyes que, al expandir en forma inconveniente su ámbito, petrificarían una enorme proporción de la normatividad, y de paso vaciarían a la ley ordinaria de su contenido, dejándole un escaso margen de operatividad, a punto tal que lo excepcional vendría en lo corriente y a la inversa. Se impone, entonces, en cuanto toca con los derechos fundamentales, una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria... Las leyes estatutarias a que se refiere el artículo 152-a de la Constitución Política se ocupan de regular, de modo preferentemente positivo y directo, el ejercicio de los derechos fundamentales. Bien distinto es el contenido de aquellas normas mediante las cuales el Estado, al ejercitar el *ius puniendi*, limita alguno de esos derechos, a manera de sanción imputable a una conducta tipificada como delictiva. Tal es el caso de las disposiciones que integran el Código Penal que, por las razones expuestas, no están sujetas al trámite especial de las leyes estatutarias ni participan de la naturaleza jurídica propia de estas. Obsérvese, finalmente, que la ley estatutaria se refiere, en cada caso, a un derecho determinado y su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución. La ley penal, en cambio, asume *ab initio* un tenor marcadamente prohibicionista que le permite delimitar genéricamente la libertad, definiendo el campo de lo ilícito y reprochable socialmente. Definitivamente, no hace parte del núcleo esencial de ningún derecho fundamental delinquir; luego, señalar legislativamente los tipos penales y establecer las condignas sanciones, en modo alguno equivale a “regular los derechos fundamentales” (véase sent. C-313 de 1994).

autoría y participación criminal; estudia la forma como ha sido regulada la omisión, en especial la comisión por omisión u omisión impropia. Igualmente, aborda la teoría del error que, a no dudarlo, es uno de los avances más significativos; examina la idea de causalidad, ahora prevista de forma escueta; y termina planteando algunas conclusiones para el análisis.

## 2. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL EN EL TÍTULO PRELIMINAR

Siguiendo el ejemplo del Código Penal de 1980, el nuevo estatuto prevé un título introductorio denominado “De las normas rectoras de la ley penal colombiana”, que contiene los principios básicos del derecho penal liberal, erigidos por la doctrina<sup>4</sup> en límites al *ius puniendi* del Estado y que, además, como hasta ahora, está llamado a cumplir un importante papel en la construcción dogmática del derecho positivo<sup>5</sup>, como lo dispone la propia Carta Fundamental<sup>6</sup>.

En efecto, el artículo 1º de manera escueta prevé el apotegma de humanidad afirmando que “el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”, con lo cual no se le asigna al postulado un contenido concreto. No obstante, nada impide entenderlo como límite material al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, desde dos perspectivas: por un lado, porque implica el reconocimiento del principio de la *autonomía ética* de la persona, a cuyo tenor el Estado no ejerce ninguna tutela sobre ella, lo cual es básico para entender la idea de responsabilidad penal; por el otro, pues significa el reconocimiento de la *indemnidad personal*, lo cual es fundamental para poder entender la determinación de la pena, que —de esta manera— se convierte en un instrumento llamado a asegurar el tratamiento igualitario y digno del ser humano<sup>7</sup>. En fin, concibiéndolo así se logra desarrollar de mejor manera en el ámbito penal el contenido de los artículos 1º, 5º, 12 y 16 de la Carta Fundamental que, como se sabe, incluyen ambos aspectos a la hora de desarrollar el llamado “principio de principios”, en tributo de lo cual se le coloca a la cabeza del título preliminar<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Véase, *verbi gratia*, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 33 y ss.

<sup>5</sup> Sobre ello, véase a FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 1982, págs. 339 y ss.; VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 253 y ss., y bibliografía citada por ambos.

<sup>6</sup> Así lo reconoce la Corte Constitucional: “Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados —particularmente en el campo de los derechos fundamentales— que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas que aparecen, así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas” (véase sent. C-038 de 1995).

<sup>7</sup> Véase a BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, págs. 28 y 29.

<sup>8</sup> Así, por lo demás, lo ha destacado la sentencia de la Corte Constitucional, núm. C-239 de 1997: “La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona

En el artículo 2° se reproduce el principio de la integración que, por razones de tipo metodológico y dado que se trata de redactar la espina dorsal del futuro Código desde una perspectiva filosófica, ha debido ser incluido al final del título preliminar, para reafirmar que este se rige acorde con las directrices propias del llamado “bloque de constitucionalidad”<sup>9</sup>; el texto aprobado es el siguiente: “Las normas que sobre derechos humanos se encuentren consignadas en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”.

Así mismo, el artículo 3° se dedica a los “Principios de las sanciones penales”, señalando que ellas —penas y medidas de seguridad— se deben imponer atendiendo a los postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad<sup>10</sup>, y se añade que el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan<sup>11</sup>; por supuesto, si se trata de señalar las normas que rigen la actividad punitiva del Estado, se ha debido denominar el artículo como *Justificación de las sanciones penales*, pues no parece coherente llamar “principios” —en un título dedicado, precisamente, a los postulados orientadores del derecho punitivo— a los criterios erigidos por la doctrina penal para justificar la punición penal, desde el ángulo de las concepciones legitimadoras<sup>12</sup>.

humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”. También, en sent. T-465 de 1996, dijo: “El principio de la dignidad no es solo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es consecuencia un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales, que se expresa en el respeto a la vida y a la integridad física de los demás; es un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce solo a un ámbito policivo o penal; también compromete el deber de las autoridades y de los particulares de no maltratar ni ofender ni torturar ni infligir tratos crueles o degradantes a las personas por razón de sus opiniones, creencias, ideas políticas o filosóficas, pues cualquier acción contraria desconoce el derecho a la igualdad”.

<sup>9</sup> Este postulado ha sido entendido por la Corte Constitucional, así: “El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución, sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias” (véase sent. C-191 de 1998). Otras sentencias que se han pronunciado sobre el asunto, son las siguientes: C-225, C-423 y C-578 de 1995; C-135 de 1996; C-040, C-358, y C-467 de 1997.

<sup>10</sup> Dice el texto: “Art. 3°.—Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”.

<sup>11</sup> En el trámite propio del segundo debate en el Congreso, se añadió el inc. 2°. “Cfr. *Gaceta*, núm. 63, pág. 13; también *Gaceta*, núm. 126, pág. 2.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, a ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, págs. 24 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 252 y ss.

De todos modos, parece evidente que de la previsión emerge el llamado *principio de necesidad*, cuya importancia ha sido destacada por la doctrina contemporánea<sup>13</sup>. Así mismo, el artículo contempla otro supremo límite a la actividad punitiva del Estado, el *principio de proporcionalidad*<sup>14</sup>, gracias al cual —desde la época de la Ilustración— se afirma que las sanciones penales tienen que ser moderadas, adecuadas a la infracción a la ley penal, de tal manera que a cada delito se imponga la calidad y la cantidad de la pena adecuada; obvio es decirlo, este apotegma está íntimamente vinculado con los de lesividad y de culpabilidad, que también se infieren del articulado, pues de ambos se desprenden las dos supremas pautas de tasación punitiva: el grado de injusto y el grado de culpabilidad.

Naturalmente, ambos principios se acentúan cuando se insiste en la idea de *racionalidad*, siguiendo las directrices propias del postulado de humanidad y evidenciando que la imposición de la sanción penal debe enmarcarse dentro de los linderos propios de una organización social democrática y participativa (véase Preámbulo y art. 1° de la Const. Pol.).

También, el artículo 4° se ocupa de las “funciones” de la pena, e indica: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción

<sup>13</sup> Véase a FERRAJOLI, *op. cit.*, págs. 465 y 466: “Justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella solo como remedio extremo... Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su ‘absoluta necesidad’ son, a su vez, las *prohibiciones mínimas necesarias*, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal”.

<sup>14</sup> Véase a GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *op. cit.*, pág. 289: “El principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplando este en su significado global. Tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de este). Complementa, por tanto, las exigencias del principio de culpabilidad que, en sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena”. Por ello, aludiendo a este apotegma, ha dicho la Corte Constitucional en la sent. C-239 de 1997, lo siguiente: “En un Estado social de derecho las penas tienen que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de culpabilidad del acto, y no solo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico”; también, mediante sent. C-285 de 1997, ha indicado: “En un Estado de derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera”.

social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”, con lo cual se le da prevalencia a las finalidades de corte preventivo por encima de cualquiera otra acorde con el modelo constitucional<sup>15</sup>.

Por supuesto, para evitar la confusión entre dos planos distintos: el de la realidad (del ser) y el axiológico (del deber ser), se ha debido hablar de los *finés de la pena* —no de las *funciones*— para indicar el objeto o motivo que preside la aplicación de la misma, o el “significado del acto de castigar tanto para el propio condenado como para la sociedad que castiga”<sup>16</sup>; el inciso 2º, por su parte, se ha debido destinar a los *finés de las medidas de seguridad*, que aparecen en el artículo 5º de manera independiente<sup>17</sup>.

Tal confusión<sup>18</sup>, se observa ya desde la expedición del Código Penal de 1980 en cuyo artículo 12 se habla tanto de los *finés* como de las *funciones* de la pena y la me-

<sup>15</sup> En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional: “La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables” (sent. C-565 de 1993).

También, ha expresado: “La pena, en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no solo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir las conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia. Es así como el Código Penal, en su artículo 12, señala que ‘La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora’” (sent. C-026 de 1995).

En otra oportunidad dijo: “Durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de la resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario... en el aspecto sustancial de la dignidad humana, se concentra gran parte del debate moderno sobre la función resocializadora de la pena y del sistema penal en general. La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no solo desde el punto de vista fundamental de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana. La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la inbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal” (véase sent. C-261 de 1996).

<sup>16</sup> Véase a GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *op. cit.*, pág. 68, siguiendo a JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., 1993, pág. 56.

<sup>17</sup> El tenor es el siguiente: “Art. 5º.—*Funciones de la medida de seguridad*. En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”.

<sup>18</sup> La idea de *función* tiene el significado de operación o de acción dirigida a un fin susceptible de ser realizado (lo que es); mientras que el concepto de *fin* hace referencia al intento o mira, o sea a la finalidad en su aspecto subjetivo, como término de una cierta intención, pero que puede ser también diferente del término al cual esa intención se dirige en realidad (lo que debe ser). Estas acepciones, entre otras, en ABBAGNANO, *Diccionario de filosofía*, págs. 556 y 576. sobre ello, con lucidez, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *op. cit.*, págs. 322 y 323.

da de seguridad. Desde luego, las dificultades planteadas por el asunto no desaparecen con la unificación de la terminología consignada en el nuevo Código, que ha preferido hablar solo de las *funciones* (el papel que en una determinada estructura ocupa la sanción penal) en dos artículos distintos —aunque el equívoco también aparece en otros artículos como el 61, inc. 3º—, lo que se puede prestar a dificultades adicionales<sup>19</sup>.

Por otra parte, el artículo 6º se dedica al apotegma de legalidad<sup>20</sup> que está mal ubicado porque, si existe alguna jerarquía entre los principios elevados al rango de normas rectoras, acorde con los postulados propios de un derecho penal garantista<sup>21</sup>, debió preverse al lado del apotegma de humanidad, en el artículo 2º; además, la redacción es incompleta, pues no cobija a cabalidad las diversas garantías penales que emergen del axioma<sup>22</sup>.

Se ha debido, pues, hacer énfasis en las *garantías substantivas*, al afirmar que la ley penal tiene que ser escrita, estricta, cierta y previa, cobijando tanto el supuesto de hecho como las consecuencias jurídicas de la norma penal. Igualmente, en las *garantías procesales*, dado que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal previo, y la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función; lo cual equivale a desarrollar, de manera sucinta, el postulado del debido proceso legal vertido en el artículo 29 de la Carta, haciendo hincapié en uno de los postulados basilares del mismo: el juez natural<sup>23</sup>. Y, finalmente, en las *ga-*

<sup>19</sup> Hablar de las “funciones de la pena” implica, necesariamente, una concepción teleológico-funcionalista en el campo de la teoría del delito. Sobre ello, BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pág. 66.

<sup>20</sup> En el Senado, no obstante, se le hicieron algunos retoques a la propuesta original: “Art. 6º.—*Legalidad*. Las descripciones típicas y las sanciones penales estarán contenidas en leyes vigentes y previas a la realización de la conducta punible. *La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco*. La ley permisiva o favorable posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. *Ello también rige para los condenados*. *Igual criterio se aplicará cuando los organismos encargados de unificar la jurisprudencia nacional varíen su jurisprudencia*”. La analogía solo se aplicará en materias permisivas”.

Los resaltos corresponden a los textos introducidos por el Senado y aprobados por la comisión primera, al darle el primer debate al Proyecto (véase *Gaceta del Congreso*, núm. 10, pág. 1).

<sup>21</sup> El texto fue sugerido por los ponentes para segundo debate en el Congreso, que lo acogió aunque el tópico atinente a la favorabilidad por cambio de jurisprudencia fue objetado por el presidente de la república, por entenderlo contrario a la Carta Fundamental (véase *Gaceta del Congreso*, núms. 63, págs. 13, y 126, pág. 2), y, finalmente ha desaparecido del texto tras su aprobación final.

<sup>22</sup> Con razón ha dicho la doctrina que este axioma es el supremo límite formal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado: “Constituye el primer principio limitador del *ius puniendi* estatal. Pero se trata, fundamentalmente, de un límite ‘formal’ porque afecta no tanto al contenido mismo del poder punitivo del Estado como a sus presupuestos y condiciones de ejercicio. Las diversas garantías que entraña esta *Magna Charta* del ciudadano (*Lex previa, lex certa, lex scripta, lex stricta*) trazan el marco de actuación de aquel, sus contornos y fronteras” (Véase a GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, pág. 231).

<sup>23</sup> Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., *op. cit.*, págs. 264 y ss.

El debido proceso ha sido entendido por la Corte Constitucional, como sigue: “El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegu-

rantías de ejecución penal, al tenor de las cuales no puede imponerse pena ni medida de seguridad sin un adecuado tratamiento penitenciario y asistencial; sin tratamiento humanitario; sin resocialización, tal como debe suceder en una organización social presidida por la idea de dignidad del ser humano, a la hora de imponer las sanciones penales. Así se habría logrado armonizar de mejor manera el artículo 6º con los artículos 1º y 12 de la Carta Fundamental.

En el artículo 7º se regula el axioma de igualdad, en los siguientes términos: "La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política". No obstante, este artículo ha debido ubicarse en una disposición posterior (en el art. 10), con postelación a la noción de conducta punible, a la que debieron preceder los principios del acto, de taxatividad, de lesividad y de culpabilidad, no consagrados con la propiedad y la claridad deseables.

Así mismo, en el artículo 8º se ha vertido la *prohibición de doble incriminación* en términos bastante parecidos a los contenidos en el Código de 1980; esta disposición, que fue objeto de cambios de redacción en el tránsito del Proyecto por el Senado<sup>24</sup>, ha debido colocarse como artículo 11 después del apotegma de igualdad.

Igualmente, el artículo 9º<sup>25</sup> prevé la noción dogmática de la conducta punible coincidente, a grandes líneas, con los desarrollos de la moderna ciencia penal alemana, esta vez acompañada de una escueta y genérica referencia a la causalidad. Sin embargo, téngase en cuenta, el texto contiene un inciso 3º<sup>26</sup> —que debió ser el segundo—, de

rar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados. Las aludidas garantías configuran los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho" (véase sent. T-039 de 1996).

<sup>24</sup> En el primer debate se reemplazó la propuesta original por otra similar a la contenida en el art. 9º del C. P. de 1980: "*Cosa juzgada*. El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por la misma conducta, aun cuando a este se le dé una denominación distinta" (véase *Gaceta*, núm. 10, pág. 1). No obstante, en el segundo debate se volvió a la propuesta original pero con un agregado, en su parte final, que se subraya: "Art. 8º.—*Prohibición de doble incriminación*. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los tratados internacionales" (véase *Gaceta*, núm. 63, pág. 14; también *Gaceta*, núm. 126, pág. 2).

<sup>25</sup> La redacción inicial es la siguiente: "Art. 9º.—*Conducta punible*. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica y antijurídica".

<sup>26</sup> Así se acordó en el Primer Debate dado en el Congreso: "Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la existencia de causales de ausencia de responsabilidad" (véase *Gaceta*, núm. 10, pág. 1).

muy buena factura, al tenor de la cual es indispensable constatar en los injustos realizados por los sujetos que puedan llegar a ser considerados como inimputables, la *existencia de causales de ausencia de responsabilidad*, con lo cual se busca evitar odiosas formas de responsabilidad objetiva en este ámbito, y se abren las puertas para interesantes desarrollos teóricos ya insinuados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Naturalmente, esta disposición debería aparecer en el artículo 5º una vez enunciados los fines de las sanciones penales.

Desde luego, después de la noción dogmática de conducta punible se debió consagrar el principio del acto o del hecho, advirtiendo que no hay comportamiento punible sin conducta humana manifestada exteriormente, y que al hombre se le castiga por lo que hace y no por lo que es, a cuyos efectos se debió destinar el artículo 6º<sup>27</sup>.

Así mismo, el artículo 10<sup>28</sup> al introducir una redacción en la que se confunde la categoría de la tipicidad con el principio de taxatividad o de determinación<sup>29</sup>, que fuera objeto de algunas enmiendas en lo tocante a los delitos de omisión<sup>30</sup>, ha debido dar plena cabida al postulado de taxatividad, comprendiendo tanto el supuesto de hecho como las consecuencias jurídicas de la norma penal completa, en armonía con el principio de legalidad. A esta norma rectora se debió dedicar el original artículo 7º.

Igualmente, el artículo 11 al aseverar que "para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal", que también confunde la categoría dogmática

<sup>27</sup> De esta manera se habría desarrollado de mejor manera el texto constitucional que, de forma amplia, da cabida a este apotegma como lo ha dicho la sent. C-239 de la Corte Constitucional: "El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa'. En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Desde esta concepción, solo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. El derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual solo puede llamarse acto al hecho voluntario... Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad".

<sup>28</sup> Dice así: "Art. 10.—*Tipicidad*. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos penales que tengan como fundamento la infracción a un deber, este deberá estar consagrado y claramente delimitado en la Constitución Política o en la ley".

<sup>29</sup> Sobre ello, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, pág. 3.

<sup>30</sup> En la Comisión Primera del Senado se aprobó la siguiente modificación al inc. 2º: "En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley" (véase *Gaceta*, núm. 10, pág. 1); y así ha quedado desde el primer debate dado al Proyecto en la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes (véase *Gaceta*, núm. 432, pág. 22).

de la antijuridicidad con el postulado de lesividad<sup>31</sup>, se ha debido emplear para regular el axioma en mención afirmando que la intervención penal solo se llevará a cabo cuando sea imprescindible para la protección de los bienes jurídicamente protegidos, amén de que la pena se tasa atendiendo a la gravedad del injusto cometido, cosa que no se hizo aunque cabe inferirlo del inciso 3° del artículo 61 de nuevo estatuto cuando alude a “la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado”. Por supuesto, esta disposición se debió trasladar al artículo 8°, a continuación del axioma de taxatividad, precisando su alcance de cara a los tipos de peligro abstracto previstos en la parte especial y que, por supuesto, no quedan comprendidos en ella.

También, siguiendo la secuencia de la noción dogmática de la conducta punible, el Código regula en el artículo 12 la última categoría de la misma confundiéndola con el principio que lleva igual nombre<sup>32</sup>, aunque —por todo lo ya dicho— debió incluir este apotegma en el artículo 9° haciendo referencia a sus dos consecuencias más importantes: la erradicación de la responsabilidad objetiva —recuperada para el texto después del tránsito legislativo en la Cámara de Representantes— y la tasación de la pena, atendiendo al grado de culpabilidad, como concibe la doctrina dicho axioma<sup>33</sup>.

Por supuesto, a continuación se debieron consignar los principios de igualdad (art. 10), prohibición de la doble incriminación (art. 11), integración (art. 12), y fuerza normativa de las normas rectoras (art. 13).

De todas maneras, debe destacarse cómo el proyectado Código Penal ha logrado empotrar —siguiendo al Código de 1980— la noción de conducta punible dentro del

<sup>31</sup> Mal denominado como *principio de antijuridicidad* por la propia Corte Constitucional que, no obstante, ha indicado que emana de todo el entramado de la Carta: “Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (C. P., art. 4°) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que este tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los arts. 1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)” (véase sent. C-070 de 1996).

<sup>32</sup> Reza así: “Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”. Como se recordará la propuesta original contenía un agregado del siguiente tenor que fue incluido, finalmente, en el núm. 11 del art. 32: “Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

<sup>33</sup> Véase a JESCHECK, *Tratado...*, op. cit., pág. 19: “Del principio de culpabilidad se infiere, de un lado que la pena presupone en todo caso culpabilidad, por lo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*), y de otro, que la pena tampoco puede superar la medida de la culpabilidad (*medición de la pena respetando el límite máximo de la culpabilidad*)”; también JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts*, pág. 23. Al respecto, ha dicho la sent. C-239 de la Corte constitucional: “El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que solo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto”.

título preliminar, lo que le da una jerarquía superior a la de las demás normas contenidas en el estatuto y permite, sin duda, una elaboración teórica acorde con los dictados propios del derecho penal liberal.

### 3. EL DOLO, LA CULPA Y LA PRETERINTENCIÓN COMO FORMAS DE CONDUCTA

Del mismo modo, el nuevo Código Penal en discusión se adscribe a una sistemática de la conducta punible para la cual el contenido de la voluntad del agente, la finalidad, es un problema a examinar en la categoría de la acción, como carácter genérico de la noción de conducta punible. En efecto, así se desprende de las previsiones contenidas en el título III, capítulo único.

En primer lugar, el artículo 19 dice que “*las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones*”, aunque en relación con esta última modalidad de infracción a la ley Penal cabe expresar que el texto está llamado a quedarse en el papel, no solo porque se incorporan las contravenciones penales existentes al texto del Código, sino también porque se derogan las demás, con lo cual la división mentada pierde su razón de ser<sup>34</sup>.

Así mismo, en segundo lugar, el artículo 21 afirma que *la conducta es dolosa, culposa o preterintencional*, incluyendo de nuevo la preterintención como tercera forma de comportamiento punible<sup>35</sup>; esta última figura ha sido heredada de la legislación italiana, que suele concebirla como una forma de culpabilidad anclada en la responsabilidad objetiva<sup>36</sup> y ha debido abolirse<sup>37</sup>, máxime que no aparece con tales alcances en la dogmática de otras naciones como Alemania, Austria, España, etc., donde los problemas planteados por esta construcción, se resuelven en la práctica acudiendo a las teorías del dolo o de la imprudencia, sin que los estudiosos la echen de menos. Además,

<sup>34</sup> El proyecto de Código, pues, al igual que sus predecesores —el C. P. de 1980, los proyectos que le antecedieron, y el C. P. de 1936—, olvida consagrar un libro tercero dedicado a las contravenciones como era el querer de los legisladores de 1936 y 1980, siguiendo el modelo del C. P. ital. de 1930, en su libro tercero intitolado *Delle contravvenzioni in particolare*, arts. 650 y ss. Un sistema similar prevé el C. P. esp. de 1995 en su libro III, denominado *Faltas y sus penas*, arts. 617 y ss.

<sup>35</sup> Esta especie de conducta, había sido eliminada del texto en la ponencia para primer debate en la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes, con el siguiente argumento: “La preterintención, como forma de imputación subjetiva, ha sido duramente cuestionada por la jurisprudencia y por la doctrina, calificándose como un resquicio de responsabilidad objetiva. Por otro lado, las legislaciones modernas, salvo la italiana, prescinden de tal figura en la medida en que el tratamiento de los eventos que la representan pueden ser correctamente solucionados a través del dolo y la culpa. En nuestro medio...resulta una figura superflua en la parte general de un Código Penal” (véase *Gaceta del Congreso*, núm. 432, pág. 6).

<sup>36</sup> Sobre ello, MANTOVANI, *Diritto penale*, pág. 305; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, 3ª ed., pág. 584; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, págs. 309 y ss.

<sup>37</sup> Así lo preconizó GALÁN CASTELLANOS, “La teoría del delito en la reforma del Código Penal”, en *La reforma penal en curso*, pág. 35, pretextando las dificultades que ha generado la figura.

de cara al postulado de culpabilidad, no deja de ser problemática esta institución como lo han dicho los estudiosos<sup>38</sup>. En fin, su inutilidad se evidencia todavía más cuando se verifica que ha sido establecida para dos casos particulares (véase art. 105 en concordancia con los arts. 103, 104 y 118).

Acorde con esa clasificación el artículo 22, al definir el dolo en sus diversas modalidades, expresa que “*la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”; así mismo, cuando el artículo 23 se ocupa de la culpa —que ha debido llamarse *imprudencia*, para unificar la terminología y colocar la legislación a la par con la denominación usual en el derecho comparado<sup>39</sup>— establece que “*la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo*”. Así mismo, el artículo 24 —sin titular— afirma que “*la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente*”, fórmula igual a la contenida en el artículo 38 del Código Penal de 1980.

De esta manera, el Código prospectado al ubicar el dolo, la culpa —no así la preterintención—, como formas de conducta punible, sean comisivas u omisivas, se adscribe a los recientes cambios legislativos en el derecho comparado<sup>40</sup>, independientemente de si se opta por las de corte neoclásico-finalista, finalista, o funcionalista defendido por recientes concepciones<sup>41</sup>, lo cual también pone en evidencia que se puede partir de cualquiera de los conceptos de acción defendidos por los autores contemporáneos (social, final, personal, etc.)<sup>42</sup>. No parece, entonces, posible afirmar —como ha

<sup>38</sup> El texto ha sido criticado por conducir a la responsabilidad objetiva en este campo: Véase a PAVEDA PERDOMO, “Apuntes críticos en torno a los proyectos de reforma del sistema penal colombiano”, en *Alé-Kumá*, núm. 5, pág. 88. Sobre el tema véase la completa y amplia exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. VI, págs. 18 y ss.

<sup>39</sup> Así los arts. 5º, 10, 12, 14, entre otros, del C. P. esp. de 1995; para la doctrina hispana CEREZO MIR, *Curso de derecho penal*, t. II, 6ª ed., 1998, pág. 18; para la doctrina austriaca: BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, págs. 14 y ss. Es la denominación imperante también en el derecho penal alemán (véase a JESCHECK, *Tratado...*, op. cit., págs. 509 y ss.).

<sup>40</sup> Véase C. P. al. de 1969, § 11 (2); C. P. aust. de 1975, §§ 5, 6 y 7; C. P. esp. de 1995, arts. 10 y 12; C. P. port. de 1982 —con la enmienda de 1995—, arts. 13, 14 y 15.

<sup>41</sup> Sobre ello, ROXIN, *Derecho penal*, op. cit., t. I, pág. 201; el mismo, *Strafrecht*, 3ª ed., págs. 152 y ss.; JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch...*, op. cit., 5ª ed., 1996, págs. 214 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, 2ª ed., 1993, pág. VII.

<sup>42</sup> Véase a ROXIN, *Strafrecht*, op. cit., págs. 185 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENEKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1997, págs. 141 y ss. Desde luego, ello es válido para las naciones que siguen las orientaciones propias de la dogmática alemana, no así para aquellas, que como Francia, han caminado por otros senderos y atraviesan en la actualidad una fase que los expositores califican como “neoclásica” (véase a JEAN PRADEL, *Droit pénal général*, págs. 126 y ss.), denominación que, por supuesto, no coincide con similar fase de la dogmática penal alemana.

sucedido con el Código Penal de 1980— que el dolo, la culpa y la preterintención sean formas o especies de culpabilidad<sup>43</sup>.

Así mismo, cuando los arts. 22 y 23 definen el dolo y la culpa adoptan posturas teóricas a tono con la discusión actual, aunque no exentas de algunos reparos. En efecto, de un lado, parece evidente que la primera parte del artículo 22<sup>44</sup> —similar a la contenida en el artículo 36 del Código Penal de 1980<sup>45</sup>— recoge la noción acuñada por el Finalismo<sup>46</sup> y por la dogmática contemporánea<sup>47</sup>, ya acogida por la doctrina nacional<sup>48</sup>, haciendo alusión al *dolo directo* (de primer o de segundo grado), mientras que la segunda hace referencia al *dolo eventual*. No obstante, cuando —a diferencia del Código de 1980<sup>49</sup>— se asume una noción que pretende definir esta última modalidad a partir

<sup>43</sup> Por ello, se habló de la *teoría de la matrícula*. Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., pág. 331, con referencias. Todavía se afirma que el Código de 1980 es causalista. Cfr. *La reforma al sistema penal*, Procuraduría General de la Nación, 1999, pág. 25.

<sup>44</sup> El texto afirma que “*la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización*”, y añade: “*también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”.

<sup>45</sup> No obstante, según los voceros de la Procuraduría General de la Nación, en el Código de 1980 el conocimiento de la antijuridicidad forma parte del dolo acorde con directrices causalistas, mientras que en el Proyecto original se acoge el finalismo: “El proyecto abandona la llamada *teoría del dolo* propia del causalismo, que entendía el dolo integrado por dos elementos: el conocimiento del tipo (conocimiento de los hechos) y el conocimiento de la antijuridicidad. Acoge la *teoría de la culpabilidad* propia del finalismo, que concibe el dolo como simple conocimiento de los hechos” (véase PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *La reforma al sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999, pág. 30). Desde luego, no puede admitirse que enfrente a nociones de dolo semejantes quepan dos interpretaciones diametralmente opuestas, dependiendo de si se critica el Proyecto —ahora nuevo Código— o el Código de 1980.

<sup>46</sup> Véase a WELZEL, *Derecho penal alemán*, pág. 95. Se equivocan, pues, los distinguidos estudiosos de la Procuraduría General de la Nación cuando afirman que en el Código de 1980 el conocimiento de la antijuridicidad forma parte del dolo acorde con directrices causalistas, cosa que no sucede en el Proyecto original de nuevo Código: “El proyecto abandona la llamada *teoría del dolo* propia del causalismo, que entendía el dolo integrado por dos elementos: el conocimiento del tipo (conocimiento de los hechos) y el conocimiento de la antijuridicidad. Acoge la *teoría de la culpabilidad* propia del finalismo, que concibe el dolo como simple conocimiento de los hechos” (véase *La reforma...*, pág. 30).

<sup>47</sup> ROXIN, *Strafrecht*, op. cit., 3ª ed., 1997, pág. 365; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, op. cit., 5ª ed., 1996, págs. 293; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch*, op. cit., págs. 224 y ss., con amplia bibliografía. Distinto, JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 261: “dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias”, y bibliografía citada por él. No obstante, la Procuraduría pretende que la única manera de entender el dolo es la de este insular expositor alemán: “La creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo, son elementos del tipo penal. Esto significa que además de la causalidad, la teoría del riesgo integra el tipo objetivo. Por ende, el aspecto cognoscitivo del dolo debe apuntar a todos los elementos que integran el tipo. En consecuencia, el conocimiento ex ante de la peligrosidad de la conducta, la desaprobación del riesgo y la realización del mismo, deben ser abarcados por el conocimiento del autor, para que el hecho pueda serle imputado a título de dolo” (véase *La reforma...*, págs. 37 y 38).

<sup>48</sup> Así, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 406 y ss.

<sup>49</sup> Esta fórmula es similar a la contenida en el § 5º (1) del C. P. aust., y equilibra los componentes cognoscitivo y volitivo del dolo. Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, op. cit., 3ª ed., pág. 410; en otro sentido, SOTOMAYOR ACOSTA/GALLEGO GARCÍA, “El dolo eventual...”, en *NFP*, 60, 1999, págs. 21 y 22, aunque sin hacer ningún aporte significativo a la reforma.

de la idea de peligro no cubierto o asegurado, de tal manera que durante o después de la acción del sujeto deben intervenir la suerte o la casualidad para que el tipo penal no se lleve a cabo<sup>50</sup>, se acoge una postura bastante polémica, que no pocas discusiones ha suscitado en países como Alemania<sup>51</sup>.

Por otra parte, en el artículo 23<sup>52</sup> debe destacarse la introducción de la “infracción al deber objetivo de cuidado”<sup>53</sup> como componente de la noción de culpa, lo cual solo es posible a la luz de los desarrollos propios de las últimas décadas en el ámbito de la teoría de la imprudencia<sup>54</sup>. Sin embargo, el texto presenta el gran inconveniente de hacer girar la susodicha noción en torno al elemento *resultado*, pues el propio articulado del Código —como acontece en la doctrina y en el derecho comparado<sup>55</sup>— prevé tipos imprudentes de mera actividad, como sucede con los artículos 360 en armonía con los artículos 356 (conducta de disparar), 358 (conducta de tener en su poder), 359 (conducta de emplear), entre otros, para darse cuenta de que no exigen resultado alguno<sup>56</sup>; obviamente, la afirmación contenida en el citado artículo 360, en el sentido de que la imputación a título de culpa solo es viable en los casos allí mencionados, cuando “ello sea posible según su configuración estructural”, no parece salvar los obstáculos dogmáticos que el asunto plantea.

<sup>50</sup> Se ha sugerido —GÓMEZ PAVAJEAU, “Orientación...”, pág. 38— que el Proyecto acoge la teoría del “tomarse en serio” por la que ha propugnado ROXIN (véase *Derecho penal*, págs. 427 y 428). Según esta postura hay dolo eventual “cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —sea de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella” (ROXIN, *idem*, pág. 427). Lo curioso, desde luego, es que GÓMEZ PAVAJEAU también cite un aparte de una decisión del Tribunal Supremo Federal de 1981, comentada por el autor alemán, acorde con la cual hay dolo eventual cuando el agente “deja al azar el que el peligro por él conocido se realice o no” (*ibidem*, pág. 450); esto es, desde luego, lo que se dice en la fórmula finalmente propuesta que, según el mismo ROXIN (véase pág. 449), es expresión de “los criterios de probabilidad (‘peligrosidad extrema’) y del dejar que las cosas sigan su curso” (pág. 449).

No obstante, en la Exposición de Motivos del Proyecto se da a entender que se acoge la teoría “del peligro no cubierto o asegurado” de HERZBERG (1988) (véase a ROXIN, *idem*, pág. 443, quien la entiende como una variante de su propuesta) e incluso, también como apoyo doctrinario de la propuesta, se cita a ALBIN ESER y BJÖRN BURKHARDT, *Derecho penal*, págs. 168 y ss. (véase *Proyecto de ley*, pág. 21).

<sup>51</sup> Por ejemplo en Alemania, véase a SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch*, págs. 240 y ss.

<sup>52</sup> Dice así: “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

<sup>53</sup> En esta materia se recoge, sin duda, el aporte de legislaciones penales como la austríaca en su § 6.

<sup>54</sup> Tal como sucede desde la obra de BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitdelikt im Strafrecht*, págs. 31 y ss.; en contra de incluir este elemento de manera autónoma en los tipos culposos, por entender que es un criterio de imputación objetiva, ROXIN, *Derecho penal*, pág. 999.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, JESCHECK, *Tratado*, pág. 515, mostrando cómo en el derecho alemán vigente hay tipos imprudentes de resultado y de actividad.

<sup>56</sup> El Código ha consagrado las siguientes hipótesis a título de culpa: arts. 109, 110 y 120 en concordancia con los arts. 111 a 119, salvo el art. 118 que alude a una hipótesis de preterintención; art. 121 en concordancia con el art. 110 y con los arts. 111 y ss.; arts. 126 y 136, en concordancia con los arts. 111 a 121, salvo el art. 118 que alude a una hipótesis de preterintención; 333; 339 en concordancia con los arts. 331 y 332; art. 360 en concordancia con los arts. 350 a 359, 400 y 450.

Obvio es decirlo, el entendimiento del dolo, la culpa y la preterintención como formas de conducta punible, permite elaborar la teoría de la tipicidad penal respetando las categorías propias de las construcciones del delito más recientes, como lo muestran los textos del artículo 25 inciso 1º, en armonía con los artículos 21 y 24, el primero de los cuales afirma que “la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”<sup>57</sup>. Surgen, así, cuatro estructuras típicas distintas: comisivas dolosas, comisivas culposas o imprudentes, omisivas dolosas, y omisivas culposas o imprudentes, sin olvidar las preterintencionales que serían una quinta estructura típica, teniendo como punto de partida una concepción compleja del tipo penal, como aparece en las exposiciones dogmáticas de hoy<sup>58</sup> y lo ha propuesto un sector de la doctrina desarrollada a partir del Código Penal de 1980<sup>59</sup>.

#### 4. LA CONCEPCIÓN DEL INJUSTO Y DE LA CULPABILIDAD

El Código parte del presupuesto de que el injusto penal está conformado por un doble juicio negativo de valor: sobre el resultado (bien jurídico) y sobre la acción (valores ético sociales), tal como se infiere —entre otras— de las siguientes previsiones.

Por un lado, tiene en cuenta el desvalor de acción al ubicar el dolo, la culpa y la preterintención como formas de conducta (véase arts. 21 a 24) y permite una elaboración compleja del tipo penal; exige el elemento subjetivo en las justificantes, como lo muestra un examen atento de las figuras contenidas en el artículo 32.

Así mismo, consagra el componente subjetivo en la tentativa aunque no prevé expresamente la tentativa desistida —que los redactores infieren del inciso 1º del artículo 27<sup>60</sup>—, salvo la modalidad que se ha dado en llamar como “fracasada”<sup>61</sup> o *mal-*

<sup>57</sup> Esta fórmula tiene precedentes en el C. P. al. § 15; C. P. aust., § 7º; C. P. esp. de 1971, art. 1º, recogido por el C. P. de 1995, art. 1º. Es también el texto del art. 15 de la ley 74 de 1968; y 9º de la ley 16 de 1972.

<sup>58</sup> Por todos, ROXIN, *Strafrecht*, *op. cit.*, pág. 215, con la pretensión de formular un concepto de acción válido para todas las formas de aparición del hecho punible; KÜHL, *Strafrecht*, 2ª ed., 1997, págs. 2 y ss.

<sup>59</sup> Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 333, 362 y ss.

<sup>60</sup> En efecto, según GÓMEZ PAVAJEAU (*op. cit.*, pág. 35), la figura consagrada en el inc. 2º es el “desistimiento fracasado que se presenta cuando el agente hace todo lo posible por desactivar el peligro pero no lo logra porque otro se le adelantó”. La fórmula ha sido duramente criticada por quienes, como los integrantes de la Procuraduría General de la Nación, no han entendido la institución allí plasmada, en la creencia de que se quería prever de manera general el desistimiento (véase *La reforma*, pág. 46).

<sup>61</sup> No obstante, la redacción ha sufrido algunas modificaciones al darle al Proyecto su primer debate como se infiere del art. 27, inc. 2º, en su versión modificada: “cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, cuando voluntariamente haya realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo” (véase *Gaceta del Congreso*, núm. 10, pág. 3); adicionalmente, desapareció el inc. 3º en el cual se disponía: “En todo caso de desistimiento y cuando se trate de delitos progresivos, se impondrá la sanción penal que corresponda a lo ejecutado”, con lo cual se daba pie a la punición del delito remanente.

*grada*<sup>62</sup>; naturalmente, para insistir en este último tema, resulta paradójico que los autores de la fórmula se hayan preocupado más por las modalidades especiales de esta figura y olvidaran la más general, contrariando lo que es usual en el derecho comparado<sup>63</sup>. Ahora bien, la redacción final del aparte que contiene la *tentativa desistida malograda*<sup>64</sup> —después de las modificaciones introducidas en el primer debate dado al Proyecto—, de manera desafortunada, castiga al autor con una atenuante punitiva como lo proponen derroteros doctrinarios hispanos<sup>65</sup> (véase art. 27).

En fin, otra muestra de que se tiene en cuenta el desvalor de acción es la consagración del caso fortuito como causal de exclusión de la acción en el numeral I del artículo 32.

Por otro lado, la nueva legislación penal se afina en el desvalor de resultado al referirse al principio de lesividad y a la categoría de la antijuridicidad, oportunidad en la cual exige la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado (véase art. 11)<sup>66</sup>. Igual sucede cuando introduce las diversas modalidades de conducta punible; distingue las distintas formas de concurrencia de personas; prevé la tentativa; tiene en cuenta la causalidad que, recuérdese, por sí sola no es suficiente para la imputación del resultado; y regula de manera amplia las diversas justificantes (véase art. 32).

En fin, basta leer atentamente la parte especial para percibir que tanto el desvalor de acto como el desvalor de resultado, son los dos pilares sobre los cuales se asienta el injusto penal en el texto examinado.

Ahora bien, dado que la idea de dolo asumida por el artículo 22 es la propia de la concepción avalorada del mismo, esto es, aquella para la cual el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, es indudable que el Código posibilita una postura de corte normativo a la hora de construir la última categoría específica del

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, págs. 144 y ss.

<sup>63</sup> Así, por ejemplo, el texto contenido en el art. 16.2 del C. esp. de 1995: "Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta". Otros ejemplos los brindan el § 24 del C. P. al. que, incluso, prevé el desistimiento fracasado; el § 16 del C. P. aust., muy similar al anterior; y el art. 24 del C. P. port.

<sup>64</sup> Desde luego, debe precisarse, la propuesta original contemplaba la impunidad para esta modalidad de desistimiento: "Cuando el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe se prescindirá de la sanción penal cuando voluntariamente haya realizado todos los esfuerzos necesarios para impedir la consumación", con lo cual se acogía la misma solución que proponen, por ejemplo, el § 24 del C. P. al. o el § 16 (2) del C. P. aust..

<sup>65</sup> Es esta la postura de MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, op. cit., pág. 152.

<sup>66</sup> Por ello, era y es desacertada la crítica de la Procuraduría General (véase *La reforma...*, pág. 31) cuando pretendió ver una "incongruencia sistemática" en el art. 11 del Proyecto inicial que, en su opinión, debió haberse redactado también desde la perspectiva del juicio negativo de valor sobre la acción, como si no fuera evidente que otras disposiciones de la parte general de dicha propuesta —cosa que se admite— se refieren a él.

concepto de conducta punible en la cual encajan, a más de este componente, la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta. Justamente, del inciso 1° del artículo 33 —en términos bastante similares al artículo 31 del Código Penal de 1980<sup>67</sup>— se desprende no solo la inclusión del *conocimiento de la antijuridicidad* —fórmula comprendida tanto en la expresión "capacidad de comprender la ilicitud" de dicho artículo, como en el inciso 2° del número 11 del artículo 32— sino también de la *exigibilidad de otra conducta* —plasmada en la locución "capacidad... de determinarse de acuerdo con esa comprensión"—, como componentes de la idea de culpabilidad. No puede, pues, afirmarse que el Código asuma una idea "estrecha" en esta materia<sup>68</sup>, sino todo lo contrario, que parte de una visión amplia de la misma que posibilita —a título de ejemplo— asumir un concepto social-normativo<sup>69</sup> o acudir a la postura de ROXIN<sup>70</sup>, amén de que permite jalonar la teoría de la conducta punible de cara a los desarrollos actuales sin posiciones excluyentes.

##### 5. LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Otra de las consagraciones que permite calificar de avanzado el Código —por lo menos en el ámbito que es objeto de estudio en esta sede—, es la correspondiente a las previsiones en materia de concurso de personas en el hecho punible, las cuales pueden ser entendidas a cabalidad a partir del criterio del dominio del hecho ampliamente sistematizado por la dogmática alemana<sup>71</sup>

En efecto, en primer lugar, afirma que "concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes" (véase art. 28); así mismo, en segundo lugar, prevé las diversas modalidades de autoría (directa, mediata, y coautoría) en el siguiente texto: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con

<sup>67</sup> Dice el texto: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental o desadaptación socio-cultural". En el primer debate en el Senado se cambió la expresión "desadaptación sociocultural" por la de "diversidad socio-cultural" (véase *Gaceta*, núm. 10, pág. 3); por su parte, los ponentes para el segundo debate en el Senado sugirieron nuevos cambios, quedando la fórmula así: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio-cultural o *estados similares*" (véase *Gacetas*, núms. 63, pág. 14 y 126, pág. 4).

<sup>68</sup> Así, la Procuraduría: "*Una concepción estrecha de la culpabilidad...* no resulta aceptable que el contenido de la culpabilidad se llene con uno solo de sus aspectos, pues esto implica una visión unilateral de esta categoría del ilícito" (véase *La reforma*, pág. 37). ¡Desde luego, "concepción estrecha" no es la del Proyecto inicial, sino la de los comentaristas que claman por una noción autoritaria como la de "falta de fidelidad al derecho" o la de "infidelidad al derecho", como lo pretende JAKOBS recordando a sus autores de cabecera: ¡los penalistas del nacionalsocialismo!

<sup>69</sup> Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 549.

<sup>70</sup> Véase a *Strafrecht*, op. cit., 3ª ed., págs. 724 y ss.

<sup>71</sup> Sobre ello, véase a ROXIN: *Autoría y dominio del hecho...*, págs. 79 y ss.

división del trabajo criminal atendiendo la (*sic*) importancia del aporte” (véase art. 29, inc. 1º)<sup>72</sup>.

Es más, en tercer lugar, consagra una interesante fórmula destinada al *actuar por otro*<sup>73</sup> encaminada a dotar a los funcionarios judiciales de mejores herramientas para luchar contra la criminalidad organizada, sobre todo aquella que se escuda tras el manto de las personas jurídicas o entes colectivos sin tal atributo, sin tener que acudir a la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>74</sup>. El texto es el siguiente: “También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado” (véase art. 29, inc. 3º).

Así mismo, en cuarto lugar, incluye como modalidades de participación criminal la determinación —noción no exenta de dificultades y que algunos entienden en un sentido amplio para cobijar, incluso, la instigación<sup>75</sup>— y la complicidad, advirtiendo que ellas solo son posibles en la conducta típica y antijurídica de otra persona que actúa como autora, con lo cual se acoge la tesis de la accesoriedad limitada, como es de usan-

<sup>72</sup> Con esta redacción queda erradicada la posibilidad, en la que insistieron algunos críticos del Proyecto original, de incluir en la fórmula la llamada “coautoría impropia” (véase a HERMAN GALÁN CASTELLANOS, “La teoría del delito en la reforma del Código Penal”, en *La reforma penal en curso: ¿Avance o retroceso?*, Memorias, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional, 1998, pág. 35), esto es, aquel engendro dogmático al tenor del cual habría coautoría sin la presencia del aspecto subjetivo, desconociéndose el alcance de los principios de acto y de culpabilidad. En este sentido, ponencia para el primer debate en la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes, en *Gaceta*, núm. 432, pág. 7. El precedente más remoto de esta figura se remonta a la providencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia de diez de mayo de 1991, publicada en *NFP*, núm. 55, Bogotá, Edit. Temis, 1992, págs. 111 y ss.

<sup>73</sup> La figura ha sido tomada de los códigos penales contemporáneos: alemán (§ 14), español (art. 31), Portugués (art. 12), y el peruano (art. 27). Ya GALÁN CASTELLANOS: “La teoría del delito...”, *op. cit.*, pág. 35, había clamado por su introducción, aunque citando —¡como si estuviese vigente!— el art. 15 bis de la legislación hispana derogada en 1995; para el derecho español, por todos, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 638 y ss.; para el derecho alemán, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, CRAMER/ESER/STREE, *Strafgesetzbuch*, págs. 208 y ss.

<sup>74</sup> En contra la Procuraduría General, *La reforma...*, págs. 39 y 46. No obstante, ya esta forma de responsabilidad se había plasmado en las leyes 365 de 1997 —que introdujo el art. 61A en el Código de Procedimiento Penal y que, pese a que los comentaristas de la Procuraduría lo olvidan (véase págs. 51 y ss.), se mantiene en el art. 64 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal— y 491 de 1999. Sobre ello, VELÁSQUEZ, en *DPC*, núm. 62, págs. 31 y ss.; en el derecho español: BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, págs. 26 y ss. Naturalmente, el derecho penal colombiano está muy lejos —sobre todo por las cortapisas constitucionales— de plasmar un sistema que permita introducir con amplitud la responsabilidad penal de las personas jurídicas al estilo de la que impera en Francia (véase a PRADEL, *Droit pénal général*, págs. 659 y ss.).

<sup>75</sup> Así lo ha entendido la doctrina argentina partiendo del texto del Código Penal de aquella nación. (véase a ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. V, págs. 311 y ss.).

za en la dogmática contemporánea<sup>76</sup>; así se desprende del artículo 30 en sus tres primeros incisos<sup>77</sup>. Obviamente, con una normatividad así confeccionada se puede sostener —como lo hace gran parte de la actual teoría del delito— que la participación criminal solo puede concebirse de forma dolosa en un hecho doloso, sin que sea posible la participación culposa en hechos dolosos y la participación culposa en hechos culposos<sup>78</sup>.

Por supuesto, resulta reprochable desde el punto de vista político-criminal equiparar la pena del determinador a la del autor como lo hace el artículo 30 inciso 2º, siguiendo las pautas de la legislación de 1980, pues habría sido aconsejable introducir una atenuante facultativa en estos casos, para preservar los principios del acto y de culpabilidad.

Así mismo, en quinto lugar, es de importancia la consagración contenida en el inciso 4º del artículo 30, en cuanto prevé una pena atenuada para el *extraneus* que intervenga en la realización de conductas típicas que exijan una calidad especial en el sujeto activo, lo cual soluciona un evidente vacío legislativo del Código de 1980 que ha obligado a la jurisprudencia a acudir a la figura de la complicidad para castigar esos comportamientos. El texto es del siguiente tenor: “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Ahora bien, en sexto lugar, para referirse a un tema afín al expuesto, debe decirse que después de la confusa fórmula contenida en el artículo 61 del Proyecto inicial destinada a regular la “comunicabilidad de circunstancias” —que era copiada del artículo 60 del Código Penal español de 1944 retomado por el artículo 65 del Código de 1995<sup>79</sup>—, el texto aprobado ha logrado introducir una previsión más clara y menos

<sup>76</sup> Sobre ello, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/ESER/STREE, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, pág. 400.

<sup>77</sup> Reza así: “Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.

<sup>78</sup> Así lo sostuvo, sin embargo, la Procuraduría General partiendo del art. 30 de la propuesta original: “El proyecto no sigue en este aspecto las tesis del finalismo, porque al regular la participación permite el favorecimiento imprudente de conductas dolosas; además, la complicidad y la determinación imprudentes en los delitos culposos” (véase a *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 32).

<sup>79</sup> Sobre ello, véase a QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual...*, págs. 719 y ss; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, vol. I, págs. 378 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, págs. 27 y ss. El modelo español, según apunta el autor acabado de citar (véase pág. 28, contrariando a JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, *op. cit.*, t. VI, pág. 610, para quien se inspira en los arts. 76 y 77 del C. P. fr. de 1810), parece tener sus orígenes en los arts. 76 y 77 del Código Penal napolitano que, para una mejor ilustración, es bueno transcribir: “Artículo 76. Las circunstancias personales que agraven la pena de un cómplice o de uno de los autores del crimen, o que los eximan de responsabilidad, no aprovecharán ni perjudicarán a los restantes”.

“Artículo 77. Las circunstancias materiales que agravan la pena de un crimen solo perjudicarán a los autores o cómplices que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación real para el crimen”.

problemática al disponer: "Comunicabilidad de circunstancias. Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurran en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y solo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurran en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubieren conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible".

## 6. LA MODERNA TEORÍA DE LA OMISIÓN

Otro de los logros del Código, llamado a contribuir a la modernización de la teoría de la conducta punible que se edifique a partir del texto, es el avance en materia de la concepción de la omisión, cuyas bases ya ha sentado el Código de 1980 (véase art. 21), siguiendo las directrices de las construcciones alemanas<sup>80</sup> y del derecho comparado<sup>81</sup>, recogidas por la doctrina nacional<sup>82</sup>. En efecto, del artículo 25 se infieren no solo los diversos componentes de la figura típica omisiva, sino que también se indican, a nuestro modo de ver no necesariamente de manera taxativa, los eventos en los cuales concurre la posición de garante<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Véase a KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, págs. 91 y ss. Para una exposición de la teoría de la omisión en la doctrina actual, véase a JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, op. cit., 5ª ed., 1996, págs. 598 y ss., 613 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, 5ª ed., págs. 291 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, "La omisión impropia...", en *Estudios de derecho penal*, págs. 257 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, págs. 3 y ss.

<sup>81</sup> Así, entre otros, el C. P. al., § 13 y el C. P. aust., § 2º. La fórmula colombiana va más allá de las acogidas por estos Códigos —sobre todo de la contenida en el art. 11 de la legislación española que, pese a enumerar dos situaciones genéricas, se muestra como bastante anticuada—, pues señala las hipótesis en las cuales se configura la posición de garante.

<sup>82</sup> Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 444 y ss.

<sup>83</sup> Al texto original se le introdujeron diversas modificaciones. En primer lugar, en la comisión primera del Senado, se le adicionó un *parágrafo* del siguiente tenor: "En tratándose de los numerales 2, 3, 4 y 5 solo tendrán efecto para la ley penal respecto de los delitos que atenten contra la vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales" (véase a *Gaceta del Congreso*, núm. 10, pág. 2). Luego, en segundo lugar, en la ponencia para primer debate en la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes, se cambió la redacción para introducir el texto final: "Art. 25.—*Acción y omisión*. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

"Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

"Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

"1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

"2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

"3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

Observado el texto se infiere que el *sujeto activo* debe tener *posición de garante*, para cuya configuración se emiten diversas pautas en los cuatro ordinales que coinciden, en buena parte, con los que la doctrina contemporánea ha elaborado; naturalmente, dichos modelos deben ser objeto de cuidadosa depuración doctrinaria y jurisprudencial.

Así mismo, se consagra como elemento de dichas figuras *la ausencia de realización del mandato*: "Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo...", redacción que al mismo tiempo incluye *el resultado, la causalidad hipotética* —igual se deduce del artículo 9º— y *la posibilidad de realizar la acción ordenada* (que se desprende de la expresión "estando en posibilidad de hacerlo"), como elementos de la figura típica. El elemento de *la ausencia de realización del mandato*, también se infiere del artículo 10, inciso 2º en el cual se dice: "En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley".

Así las cosas, el Código Penal asume una concepción mixta en lo atinente a las pautas para señalar la posición de garante, pues, por un lado, afirma que debe estar consagrado en la Constitución o en la ley (criterio formal); y, por el otro, indica en que casos procede luego de acoger con toda claridad la teoría de las funciones<sup>84</sup> de la siguiente manera: "... se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo". De esta manera, entonces, se intenta desarrollar la Carta Fundamental en sus artículos 1º, 6º, 49, párrafo 5º; y 95, párrafo 3º número 2, donde se desarrolla el principio de solidaridad social<sup>85</sup>.

Además, parece prudente la limitación de las posiciones de garantía mencionadas en la disposición solo a los delitos contra la vida y la integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, como se dice en el párrafo respectivo.

"4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

"*Parágrafo*. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales" (véase *Gaceta*, núm. 432, pág. 25).

<sup>84</sup> Véase a KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, págs. 283 y ss., quien fue el primero en sistematizar el asunto; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/LECKNER/CRAMER/ESER, *Strafgesetzbuch*, págs. 192 y 193; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, pág. 265; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 621; WESSELS, *Strafrecht...*, pág. 214.

<sup>85</sup> La trascendencia de este postulado ha sido destacada por la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional: "El mismo artículo 1º de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la solidaridad como uno de los postulados básicos del Estado colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias. Y no es difícil descubrir el móvil altruista y solidario de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno, venciendo, seguramente, su propia inhibición y repugnancia frente a un acto encaminado a aniquilar una existencia cuya protección es justificativa de todo el ordenamiento, cuando las circunstancias que la dignifican la constituyen en el valor fundante de todas las demás".

## 7. LA TEORÍA DEL ERROR

Sin duda, otro de los logros del Código es el atinente a la forma como se ha previsto la concepción del error en su artículo 32, que contiene una enumeración de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, en todos los estratos del hecho punible<sup>86</sup>, en sus números 10 a 12<sup>87</sup>. Desde luego, del texto se desprenden las siguientes modalidades de error, sin que se utilice la contradictoria expresión de *convicción errada* heredada del Código Penal de 1980<sup>88</sup>.

En primer lugar, eventos en los cuales el agente obra con *error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica* (núm. 10, inc. 1°); esto es, el error de tipo invencible.

En segundo lugar, casos en los que el autor actúa con *error invencible de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad* (núm. 10, inc. 1°). Esta consagración, sin duda, alude a una de las modalidades del error de prohibición indirecto, esto es, al llamado error de tipo permisivo invencible que el texto aprobado —siguiendo las directrices propias de la teoría limitada de la culpabilidad<sup>89</sup>— trata para efectos punitivos como el error de tipo.

Así mismo, en tercer lugar, situaciones en las cuales el sujeto activo de la conducta obra con *error invencible de su licitud*. (véase núm. 11, inc. 1°), lo cual sucede cuan-

<sup>86</sup> La inclusión de las causales básicas —la enunciación no es taxativa— de exclusión del hecho punible en sus diversos estratos (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) en una única disposición, al estilo del modelo español (véase art. 20 del C. P. de 1995, art. 20 y C. P. de 1972, art. 8°), parece saludable y posibilita un buen desarrollo dogmático. Para el derecho español, véase a QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual*, págs. 451 y ss. También, debe recordarse, es el modelo acogido por el art. 20 del C. per. de 1991.

<sup>87</sup> Rezan así: "Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: ... 10.—Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

"Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

"11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

"Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

"12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente" (véase Gaceta del Congreso, núm. 432, págs. 23 y 24).

<sup>88</sup> Véase a VELÁSQUEZ en *NFP*, núm. 19, pág. 310, nota 43: "'error'" y 'convicción' son dos conceptos claramente diferenciables no solo desde una perspectiva lingüística o gramática, sino psicológica y filosóficamente... El origen de la locución se remonta a la rectificación que propusiera el comisionado REYES, a la ponencia muy técnica de GAITÁN MAHECHA, en el seno de la comisión redactora del A-74, según la cual debía hablarse de 'creencia errada e invencible', que en proyectos posteriores se convirtió en 'convicción errada e invencible', la misma que hoy se encuentra instalada en el art. 40".

<sup>89</sup> La fuente de la fórmula colombiana, en lo atinente al error de tipo permisivo, parece ser el § 8° del C. P. aust.

do el agente actúa en un error de prohibición invencible, trátase del directo o de las restantes modalidades del indirecto: error sobre los límites o sobre la existencia de una causal de justificación.

En cuarto lugar, hipótesis en las cuales el agente actúa con *error vencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica* (núm. 10, inc. 2°). Se hace referencia, pues, a los errores de tipo vencibles.

Así mismo, en quinto lugar, sucesos en los cuales el sujeto activo de la conducta obra con *error vencible de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad* (núm. 10, inc. 2°); esto es, se consagra el error de prohibición indirecto de tipo permisivo vencible, que, como ya se anotó, se asimila al error de tipo vencible.

En sexto lugar, hechos en los cuales el autor de la conducta obra con *error vencible de su licitud* (véase núm. 11°, inc. 2°), con lo cual se da cabida a todas las modalidades restantes de error de prohibición vencible.

En séptimo lugar, situaciones en las cuales el sujeto activo de la conducta obra en una situación de *error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno*, esto es, el llamado error sobre supuesto de hecho más benigno (véase art. 10, inc. 3°)<sup>90</sup>.

Y, para terminar, en octavo lugar, aquellos casos en los cuales el autor actúa por *error invencible sobre una atenuación de la punibilidad* (véase núm. 12), más conocido como error sobre atenuantes.

Obvio es decirlo, de las ocho hipótesis anteriores, son auténticas causas de exclusión de la "responsabilidad penal"<sup>91</sup> las tres primeras en cuanto consagran los errores invencibles; las cinco últimas hacen referencia a las modalidades vencibles o evitables, o a eventos en los cuales el error solo alcanza parcialmente el tipo o la punibilidad. Ahora bien, las situaciones enumeradas en cuarto y quinto lugar son causales condicionadas de exclusión de la responsabilidad penal, pues la conducta llevada a cabo por el agente es punible solo cuando la misma ley penal la prevé a título de culpa o impruden-

<sup>90</sup> Para el derecho comparado véase el modelo consagrado en el § 16 (2) del C. P. al. Desde hace veinte años el profesor NÓDIER AGUDELO BETANCUR, había propuesto la introducción de esta modalidad de error. Véase "El error sobre circunstancias atenuantes o disminuyentes. Sugerencias para la reforma", en *NFP*, núm. 3, pág. 72.

<sup>91</sup> La expresión "responsabilidad" calificada de *penal* no es utilizada en un sentido técnico por el Proyecto de Código que, esta materia, se ha limitado a copiar casi textualmente al legislador hispano; por ello, son válidas las consideraciones de QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, pág. 453: "El concepto de *responsabilidad criminal* que hemos utilizado no es de naturaleza «dogmática» o doctrinal. Es simplemente, lo que no es poco, un *concepto tradicionalmente empleado por el derecho positivo español*, y que hoy subsiste en el primer párrafo del artículo 20 C. P., para designar aquella situación en la que nada impide aplicar pena" (véase pág. 453). Así las cosas, cabe afirmar que el empleo de tal voz se hace en un sentido amplio para cobijar cualquier evento en el cual no sea posible imponer pena, sea porque se configure una causal de exclusión de la conducta, de la tipicidad, de justificación o de inculpabilidad; no se concibe en un sentido estricto, para el cual es equivalente a palabra *culpabilidad*. Sobre ello, véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 547, nota 98.

cia, de lo contrario no. La sexta, a su vez, no excluye la responsabilidad penal pero aminora la pena en la mitad, no *hasta en la mitad* como lo señalaba el Proyecto original consagrando una férrea postura que recordaba el más ortodoxo finalismo<sup>92</sup>.

En fin, cabe observar que se han consagrado las diversas modalidades de error utilizando fórmulas adecuadas y llamadas a servir de gran utilidad a la hora de administrar justicia; ello representa, sin duda, un avance notable en relación con la legislación de 1980.

#### 8. LA IDEA DE CAUSALIDAD

Así mismo, a diferencia del Código de 1980 que de manera expresa prevé la existencia de la causalidad (véase art. 21), el texto del Código —sin comprometerse con ninguna postura en particular— reconoce que esta problemática se debe examinar no solo a partir de pautas ontológicas sino normativas. Así se desprende, en efecto, de lo afirmado por el artículo 9° en su primera parte, inciso 2°: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”; disposición que deberá entenderse en armonía con los tipos contenidos en la parte especial que, cuando son de resultado, necesariamente aluden a esta figura. Obviamente, esto no significa que la normatividad se haya afiliado de un todo a la concepción de la imputación objetiva, como se afirma<sup>93</sup>, ni —mucho menos— que haya rechazado la tendencia de JAKOBS para dar cabida a la de ROXIN, sino que consagra una fórmula general dentro de la cual tienen cabida diversas elaboraciones: teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la causalidad adecuada, teoría de la imputación objetiva en sus diversas variantes, etc.<sup>94</sup>; es más, nada impide entender, como ya lo hiciera alguna tendencia del Finalismo, que la imputación objetiva opere como un correctivo más de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

<sup>92</sup> El texto encontraba su antecedente en el § 17 del C. P. al., *op. cit.*, que, en caso de vencibilidad del error de prohibición, consagra una atenuante facultativa.

<sup>93</sup> Véase *La reforma...*, Procuraduría General de la Nación, *op. cit.*, págs. 32, 33 y 36. En efecto: “El proyecto, al hablar de condiciones”...*para la imputación jurídica del resultado*”, adopta una teoría de la imputación que solo apunta al segundo nivel, es decir, a la realización del riesgo, dejando de lado los criterios para determinar cuando se encuentra prohibido un comportamiento. Criterios ofrecidos por la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, a través de cuatro elementos: el riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso” (pág. 37). Por supuesto, mal se puede criticar la propuesta de la Fiscalía, y con ella el texto aprobado, aduciendo supuestos “errores relevantes en su concepción, con graves consecuencias (!) para la administración de justicia y la libertad ciudadana (pág. 33)”, cuando las “graves consecuencias” alegadas penden, más bien, de una concepción emparentada con el peor derecho penal autoritario, como la de JAKOBS, que es asumida por los críticos. Naturalmente, si de discutir los criterios de imputación objetiva en la propuesta se trataba, no se entiende cómo tan notables estudiosos no han captado que los mencionados criterios, si es que se quiere partir de la concepción mencionada, se podrían elaborar a partir de otras disposiciones como, por ejemplo, de los arts. 11, 23, y 25, y no solo del art. 9° del Proyecto, ahora convertido en nuevo Código Penal.

<sup>94</sup> Con razón, pues, afirma GÓMEZ PAVAJEAU: “No significa lo anterior que en el Proyecto se haya consagrado sin más la teoría de la imputación objetiva, habida cuenta de que se habla es de ‘imputación jurídica del resultado’; empero, tampoco le cierra las puertas a su desarrollo” (*op. cit.*, pág. 19).

Así las cosas, de la disposición se infiere la idea de causalidad tanto en los hechos de comisión como en los de omisión, para los cuales la doctrina ha construido la categoría de la causalidad hipotética; al mismo tiempo, si se quiere partir de la imputación objetiva, también el estudioso encuentra un fundamento legal para desarrollar su postura.

#### 9. CONCLUSIONES

*Primera.* Examinado el texto del nuevo Código Penal a la luz de los lineamientos básicos en materia de la teoría de la conducta punible, puede concluirse que, a grandes rasgos, se compadece con los desarrollos de la ciencia del derecho penal actual, y se acomoda a las enseñanzas propias de la política criminal y de la criminología.

*Segunda.* Al contrario de lo que han dicho algunos críticos, el estatuto es rico en matices y posibilita —sin matricularse en ninguna corriente en particular— un amplio debate académico sobre los problemas más sobresalientes de este acápite de la parte general, que puede brindar importantes frutos para la administración de justicia.

*Tercera.* Por desgracia, no solo la premura al elaborar el Proyecto original, sino también el desconocimiento de los documentos preparatorios y de las actas que plasman los trabajos realizados, impiden conocer el pensamiento de los asesores que redactaron el texto. Como es obvio, ello dificulta el mejor entendimiento de la reforma e impide interpretarla acorde con el querer del codificador.

*Cuarta.* Así mismo, no puede pensarse que el texto examinado comporte una elaboración completamente distinta a la contenida en el estatuto penal vigente hasta el 2001; por el contrario, es evidente el ánimo de profundizar en el articulado del estatuto de 1980 introduciéndole nuevas figuras y depurando su estructura.

*Quinta.* Tal vez los ámbitos en los cuales se observan mayores aportes son los atinentes a los delitos imprudentes, la omisión, las causales de exclusión de la responsabilidad penal, el concurso de personas en la conducta punible, y la teoría del error, en los cuales se ven importantes logros fruto de la decisiva influencia de la doctrina y de la jurisprudencia nacionales sobre el asunto. Igual sucede con los textos en materia de unidad y pluralidad de acciones, que han clarificado las figuras del delito continuado y del delito masa.

*Sexta.* No empece lo anterior, no es completamente satisfactoria la manera como se concibió el contenido del capítulo dedicado a las normas rectoras de la ley penal colombiana que, por su trascendencia desde una perspectiva filosófica, debe orientar con toda claridad los derroteros de la nueva legislación.

#### 10. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ABBAGNANO, NICOLA: *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, reimpresión, 1996.

- AGUDELO BETANCUR, NÓDIER: *Documentos para la reforma penal*, Medellín, Edic. Nuevo Foro, 1999.
- “El error sobre circunstancias atenuantes o disminuentes. Sugerencias para la reforma”, en *NFP*, núm. 3, Medellín, Edit. Acosta, 1979, págs. 62 y ss.
- ALJBRANDI, LUIGI: *Il Codice Penale commentato per articolo con la giurisprudenza*, 2ª ed., Piacenza, Casa Editrice la Tribuna, 1993.
- BACIGALUPO, ENRIQUE: *Principios de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Madrid, Akal Editor, 1998.
- BACIGALUPO, SILVINA: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, Bosch, Casa Editorial, 1998.
- BAUMANN, JÜRGEN/ULRICH WEBER/WOLFGANG/MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Bielefeld, 1995.
- BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL: *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, Edit. Civitas, 1995.
- BURGSTALLER, MANFRED: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, Manzschel Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1974.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1994.
- CARACCIOLI, IVO: *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Padova, Cedam, 1998.
- CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, t. II, 6ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1998.
- ESER, ALBIN/BJÖRN BURKHARDT: *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Edit. Colex, 1995.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982. Hay segunda edición en dos tomos, publicados en 1986 y 1989 por la misma Editorial.
- FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y colaboradores, Madrid, Edit. Trotta, 1995.
- FIANDACA, GIOVANNI/ENZO MUSCO: *Diritto penale*, Parte generale, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1995.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: *Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal*, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional, 1998.
- FOREGGER, EGMONT/HELENE BACHNER-FOREGGER: *Strafgesetzbuch*, Wien, Manzschel Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998.
- FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS: “Crítica al tratamiento de la omisión en el proyecto de Código Penal”, en *Ámbito jurídico*, año 2, núm. 36, 5 a 18 de julio de 1999, Santa Fe de Bogotá, Edit. Legis, 1999, pág. 4.
- GACETA DEL CONGRESO*, año VII, núm. 139, 6 agosto 1998, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, págs. 1 y ss.
- año VII, núm. 280, 20 noviembre 1998, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, págs. 1 y ss.
- año VIII, núm. 10, 3 marzo 1999, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, págs. 1 y ss.
- año VIII, núm. 63, 23 abril 1999, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, págs. 10 y ss.
- año VIII, núm. 126, 27 mayo 1999, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, págs. 1 y ss.
- año VIII, núm. 432, 11 noviembre 1999, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, págs. 1 y ss.
- GALÁN CASTELLANOS, HERMAN: “La teoría del delito en la reforma del código Penal”, en *La reforma penal en curso: ¿Avance o retroceso?*, *Memorias*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional, 1998, págs. 22 y ss.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Universidad Complutense, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Estudios de derecho penal*, Madrid, 3ª ed., Edit. Tecnos, 1990.
- *Ensayos penales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1998.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: “Orientación dogmática del Proyecto de Código Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación al Congreso de la República”, inédito, ponencia presentada a las XXI Jornadas de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1999, 46 págs.
- GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR: *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen. Perspectiva político-criminal*, Santa Fe de Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- HAFT, FRITJOF: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1992.
- JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1993.
- JESCHECK, HANS HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., Granada, Coamres, 1993.
- JESCHECK, HANS HEINRICH/THOMAS WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1975.
- KAUFMANN, ARMIN: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª ed., Verlag Otto Schwartz & Co., 1988.
- KÜHL, KRISTIAN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., München, Verlag Vahlen, 1997.

- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL y otros: *Código Penal*, 2ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2ª ed., 1998.
- MAIA GONÇALVES, M.: *Código Penal português. Anotado e comentado e legislação complementar*, 12ª ed., Coimbra, 1998.
- MANTOVANI, FERRANDO: *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1979.
- MAURACH, REINHART/HEINZ ZIPF: *Derecho penal*, Parte general, trad. de Jorge Boffill Genzch y Enrique Aimone Gibson, t. I, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1994.
- MAURACH, REINHART/KARL HEINZ GÖSSEL/HEINZ ZIPF: *Derecho penal*, Parte general, t. 2, trad. de Jorge Boffill Genzch, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Barcelona, PPU, 1998.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, Casa Edit., 1972.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/MERCEDES GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- PALAZZO, FRANCESCO C.: *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979.
- PAREDES PÉREZ, JORGE MARTÍN: *Para conocer el Código Penal*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 1994.
- POVEDA PERDOMO, ALBERTO: "Apuntes críticos en torno a los proyectos de reforma del sistema penal colombiano", en *Revista Alé-Kumá*, núm. 5, año II, neiva, Universidad Cooperativa de Colombia, 1999, págs. 83 y ss.
- PRADEL, JEAN: *Droit pénal général*, 11ª ed., Paris, Edit. Cujas, 1996.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN: *La reforma al sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO/FERMÍN MORALES PRAT/JOSÉ MIGUEL PRATS CANUT: *Manual de derecho penal*, Parte general, Madrid, Edit. Aranzadi, 1999.
- ROXIN, CLAUS: *Derecho penal, Parte general*, t. I, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Edit. Civitas, 1997.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 3ª ed., München, C. H. Beck, 1997.
- *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1998.
- *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.
- SCHÖNKE, ADOLF/HORST SCHRÖDER/THEODOR LENCKNER/PETER CRAMER/ALBIN ESER/WALTER STREE: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, Casa Edit., 1986.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: *Inimputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1996.

- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO/GLORIA MARIA GALLEGO GARCÍA: "El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-Universidad de Antioquia, 1999, págs. 7 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN: *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Madrid, Akal Editor, 1981.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- "La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano", en *DPC*, núm. 62, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, págs. 31 y ss.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SANTIAGO/JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal*, 2 vols., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- WESSELS, JOHANNES: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 27ª ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982.

# Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso

Armando Luis Calle Calderón\*

## I. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La fórmula que se encuentra regulada en el artículo 1º de la Constitución de 1991, según la cual se define al Estado colombiano como social de derecho y que encuentra fundamental respaldo y ampliación de su espectro normativo en el resto del Texto Constitucional (especialmente en el título II, que permite recepcionar sin dificultad el texto y el sentido de lo democrático<sup>1</sup>, más material y sustancial que formal, desde los derechos fundamentales) y en todas las demás normas que le integran, como los tratados públicos sobre derechos humanos y derecho humanitario<sup>2</sup>,

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

<sup>1</sup> ANTONIO PÉREZ LUÑO resalta el esfuerzo doctrinal del "sector más progresista de los intérpretes de la *Grundgesetz*, tendente a potenciar la virtualidad del principio democrático en el seno del Estado social de derecho. Ahora bien, estas posturas teóricas no postulaban la conformación de un Estado democrático de derecho como alternativa al Estado social, sino que, como se ha expuesto, insistían en la íntima y necesaria conexión de los principios democrático y social con el Estado de derecho, frente a las interpretaciones conservadoras que impugnaban la posibilidad de su complementariedad y abogaban por una interpretación fragmentaria y programática de tales principios", véase *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, pág. 229. En el mismo sentido FERRAJOLI, ver "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la democracia*, núms. 16 y 17, pág. 65.

<sup>2</sup> Se hace relación así al fenómeno que en la dogmática constitucional de hoy se llama "el bloque de constitucionalidad", ampliamente tratado por la doctrina extranjera (véase por todos a FRANCISCO RUBIO LLORENTE y LOUIS FAVOREU, *El bloque de constitucionalidad*) y de

es realmente de una importancia sin precedentes en nuestro constitucionalismo. Y no precisamente por la mera enunciación y regulación normativa, ya existente desde la reforma constitucional de 1936, sino por la potencialización que necesariamente se produjo por la introducción de otros principios constitucionales de igual eficacia y justiciabilidad, así como por la definición de los instrumentos de guarda y protección de los derechos fundamentales. Por supuesto, también porque desde la base del pacto constituyente se expresaba así el compromiso por la articulación de los términos políticos para una nueva y mejor concepción del poder y de la democracia.

El Estado social de derecho surgió en la cultura de Occidente no como gracia, merced o concesión del Estado, sino como fruto de una dispendiosa lucha política por la transformación del Estado liberal en algo más que los formales e irrealizados reconocimientos de derechos libertarios y autonomías individuales. La segunda década de la presente centuria sería decisiva. Eventos como la revolución mexicana, la primera gran guerra y la revolución bolchevique van a exigir la incorporación a los textos normativos constitucionales de las condiciones para las transformaciones necesarias en las instituciones estatales. La Constitución de Weimar de 1919, tras el Tratado de Versalles, de rendición de la Alemania imperial, regula normativamente y quizás por primera vez el Estado social de derecho. Se trata, ni más ni menos, del abandono del dogma del *laissez faire* en favor del intervencionismo de Estado en los procesos económicos de modernización. “El Estado social de derecho tuvo, por tanto, un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares, que ha gravitado sobre su evolución ulterior. De un lado, representó una conquista política del socialismo democrático, lo que se advierte con nitidez en la ideología inspiradora de una de sus primeras manifestaciones: la Constitución de Weimar; de otro, es fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro. Su componente socialista democrático se traduce en la superación del agnosticismo axiológico y del formalismo positivista al imponer al Estado la realización de determinados fines materiales, que contribuyan a una reforma social y económicamente justa, en términos de justicia social, de las condiciones de convivencia”<sup>3</sup>.

Que así, se trata de una fórmula que supera, política y filosóficamente, la situación de menoscabo en que fueron colocados los derechos y las garantías individuales por los Estados “socialistas” y defensistas, que en la paradoja más dramática consintieron en la idea de un Estado que intervenía fuertemente para proponer correctivos de cara a la superación de insostenibles condiciones de injusticia y desigualdad, al tiempo que se entendía legitimado para fracturar la herencia liberal que el ideario revo-

algún modo en la doctrina nacional (por todos, BERNARDITA PÉREZ RESTREPO, *Elementos para la recepción de la doctrina del 'bloque de constitucionalidad' en nuestro orden jurídico*, págs. 6 a 17). Y también considerado por la doctrina de la Corte Constitucional, véase sent. C-225, mayo de 1995, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, págs. 223 y 224.

lucionario había hecho esencia fundamental de sus más altas convicciones por una nueva comprensión del hombre y del poder. Es decir, los derechos y las garantías individuales<sup>4</sup>.

En la fórmula del “Estado social y democrático de derecho”, entonces no cabe el dilema que se propone entre libertades y poder, o entre individualismo y “socialismo”, o entre racionalismo y empirismo, o entre lo social y lo democrático, o entre la sociedad y el individuo; que, por ejemplo, muchos en Colombia han visto entre los artículos 1º y 5º de la Constitución (“... prevalencia del interés general” y “... primacía de los derechos inalienables de la persona...”). Y que a algunos les ha servido como “piedra de toque” para llamar la atención sobre los peligros que en los procesos de criminalización podrían advenir de la mano de la concepción del Estado social y no democrático y liberal<sup>5</sup>.

La fórmula del “Estado social y democrático de derecho” supone en fin la vigencia de las garantías individuales, sin lugar a dudas la más formidable herencia política de los proyectos de la modernidad y en favor de la libertad y de la limitación del poder, pero al mismo tiempo el reconocimiento y la efectividad de los derechos “positivos” o de prestación. Que se trata de un asunto resueltamente bien documentado por FERRAJOLI, cuando discute sobre la dialéctica propia de los derechos “penal máximo” y “penal mínimo”:

“... Es tal vez superfluo precisar que los significados de estas fórmulas no son ni lógica ni políticamente coincidentes con las más habituales de ‘Estado mínimo’ y ‘Estado máximo’, de las que sin embargo son paráfrasis. Donde estas fórmulas designan respectivamente a sistemas políticos en los que es máxima o mínima la intervención del Estado en la satisfacción de expectativas o de derecho a prestaciones positivas (al trabajo, a la salud, a la instrucción, a la vivienda y similares) y corresponden una al modelo del Estado liberal clásico y la otra al del moderno Estado social, las expresiones ‘derecho penal mínimo’ y ‘derecho penal máximo’ designan en cambio sistemas jurídicos donde es mínima o máxima la intervención del Estado en la restricción de las libertades negativas. El análisis de las relaciones entre los dos órdenes de sistemas comporta problemas fundamentales de teoría política a los que solo podré aludir en el capítulo 13. Aquí baste decir que un Estado social máximo puede convivir perfectamente con un derecho penal mínimo, y un estado social mínimo puede igualmente convivir —como por desgracia la historia demuestra ampliamente— con un derecho penal máximo; y que, más todavía, la conjunción entre estado social máximo y derecho penal mínimo expresa precisamente aquel conjunto de deberes públicos de los órganos estatales —positivos (u obligaciones) y negativos (o prohibiciones)— que ca-

<sup>4</sup> “... el Estado social lejos de implicar un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, inherentes al concepto clásico del Estado de derecho, ha significado su aplicación a las formaciones sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad. De ahí que el Estado social de derecho entrañe la integración de los principios de libertad y de solidaridad, antes contrapuestos” (PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, pág. 229).

<sup>5</sup> Véase a IVÁN OROZCO ARAD y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*.

racterizan al estado de derecho en su forma más compleja y desarrollada, idónea para maximizar los vínculos del poder estatal y, a la vez, sus funciones de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”<sup>6</sup>.

De todos modos, el tránsito del Estado de derecho, como un recurso instrumental al control de los poderes despóticos de las monarquías existentes en el siglo XVIII, al Estado social y democrático de derecho, ha significado esencialmente el reconocimiento de las transformaciones<sup>7</sup> siguientes:

a) Necesidad de continuidad entre los principios del Estado social y democrático y del Estado de derecho: la necesidad del reconocimiento de la apelación a la ciudadanía para la toma de decisiones políticas en conjunción con el concepto Estado de derecho, significa que las decisiones de la mayoría, a través de los conductos establecidos en las normas que regulan la participación y la representación, no se traducirán en un decisionismo arbitrario (si acaso la expresión no es un pleonismo) de las mayorías que actuarían fácilmente movidas por la opinión pública<sup>8</sup>.

b) Abolición de la separación entre el Estado y la sociedad: Se trata de que el Estado asuma el compromiso real y serio de la transformación del orden existente en la idea democrática de justicia social e igualdad material. Se refleja esta abolición en lo que se ha conocido como el carácter “bilateral” de las normas constitucionales, que ha abandonado el esquema de la Constitución como norma dirigida al legislador y único destinatario de ella y ha devenido en norma que vincula al Estado en sus diferentes poderes y a la sociedad y los ciudadanos individualmente considerados.

c) Superación del carácter negativo de los derechos fundamentales, que así dejan de ser mera autolimitación del poder del soberano, porque se incorporan derechos económicos, sociales y culturales, accionables directamente ante los tribunales de justicia.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, teoría del garantismo penal, nota 23 del cap. 2, págs. 114 y 115).

<sup>7</sup> No se trata propiamente de una transformación del sistema jurídico, la diferencia entre Estado de derecho y Estado social es solo de grado, no de concepto.

<sup>8</sup> “Se ha dicho antes que la democracia resulta a menudo identificada, en el sentido común, con la omnipotencia de la mayoría e, incluso, con el ejercicio desregulado de las libertades económicas: o sea, con los dos absolutismos, de la mayoría y del mercado, perseguidos por la actual ideología mayoritaria y liberista. Después de lo que se ha dicho, es claro que semejante concepción de la democracia es de hecho antitética con el significado y el papel de los derechos fundamentales como límites y vínculos de cualquier poder”, FERRAJOLI, *El Estado constitucional de derecho hoy*, pág. 27. Y en “El derecho como sistema”, *op. cit.*, el mismo autor dice: “En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra que el valor de igualdad como igualdad en *droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen. Este es el sentido de la frase “¿existen tribunales en Berlín”!: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso la totalidad de los otros se uniera contra él, a absolver por falta de pruebas cuando la opinión general querría la condena o a condenar, cuando existan pruebas, aun cuando esa misma opinión quisiera la absolución” (pág. 66). Sobre la dialéctica mayorías y democracia, véase a ELSTER, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, págs. 165 a 199. Y quizás la que es, por excelencia, la obra clásica sobre el tema, JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON y JOHN JAY, *El federalista*, págs. 210 a 213.

d) Superación de la estructura rígida del Estado de derecho. La discusión se va a centrar fundamentalmente en que ya no se trata simplemente de sustraer la actividad de los poderes públicos al sometimiento del principio de legalidad, sino de verter de contenido la preceptiva constitucional mediante la regulación de valores y principios constitucionales y,

e) Exigencia de la superación del régimen centralista de poder. El Estado debe descentralizarse administrativamente y debe hacer un reconocimiento de las autonomías locales, tanto desde el punto de vista económico, como político y cultural. “Uno de los aspectos más importantes del Estado social es la exigencia de la realización material de los valores y las libertades individuales. La libertad se despliega en su sentido positivo, esto es, como autonomía y posibilidad. Al Estado le compete respetar la libertad, pero ese respeto no se agota en su simple enunciación formal: se realiza en la participación. En otras palabras, es deber del Estado proteger la libertad entendida como procura de condiciones materiales para su desarrollo y no simplemente como neutralidad y autorregulación”<sup>9</sup>.

El Estado social y democrático de derecho ha exigido necesariamente una identidad normativa especial, esto es, una estructura constitucional sólida y contentiva de principios, valores y derechos exigibles y protegibles directamente desde el mismo texto normativo superior. Los regímenes constitucionales de viejo cuño, entendidos como un conjunto de normas organizativas del ejercicio del poder estatal no tienen ya recibo en la nueva conciencia constitucional. “El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”<sup>10</sup>.

La incorporación de valores, principios y derechos fundamentales, ha introducido una forma diferente de ver el derecho. Se trata de la pérdida de la importancia sacramental del texto legal que se entendía tradicionalmente como el acto de la voluntad del Soberano, no discutible siquiera ante los tribunales de justicia, precisamente por ser el acto fundamental de voluntad política. El legicentrismo caracterizó decididamente al Estado liberal y el valor seguridad jurídica fue su fundamentación. A partir de la consagración del Estado social de derecho, se perfila como exigencia básica la regulación de principios de eficacia directa desde la Constitución y con ello, la tendencia hacia un “constitucionalismo moderado” en desidia de aquel “Legiscentrismo”<sup>11</sup>. De ahí que fi-

<sup>9</sup> CRISTINA MOTTA, “Intereses y derechos: La transición al Estado social”, pág. 221.

<sup>10</sup> MANUEL ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, pág. 34.

<sup>11</sup> Término utilizado por ROBERT ALEXY, en *El concepto y validez del derecho*. Véase capítulo “Sistema jurídico y razón práctica”.

guras despreciables otrora, como los principios y la actividad jurisdiccional, adquieren relevancia decisiva en la nueva estructura jurídica. Esta nueva concepción de desidia del imperio de la ley y prevalencia de los postulados constitucionales significa una redistribución funcional del Estado, esto es, la necesidad de criterios de corte finalista (los principios) y un organismo que los potencialice, optimice y aplique a las soluciones concretas de justicia material (el juez), para que la comunicación Estado-sociedad, sea más elocuente. Ello mostrará, sin lugar a dudas, el cambio de paradigma, *el juez constitucional* como la figura protagónica en el Estado social y democrático de derecho<sup>12</sup>.

Los intentos recientes de deslegalización del derecho, por ejemplo al tenor de lo que ha sido alguna corriente conocida como "uso alternativo del derecho"<sup>13</sup> ha expuesto la tensión en la relación legislación-jurisdicción. Según aquella, desde los principios, valores y derechos fundamentales, se derivarían las reglas aplicables en sede jurisdiccional, como acción alternativa a las normas del legislador. Este evento conduciría a una exclusión de la ley para la cualificación de los casos y obviamente privilegiaría al juez llegando hasta el activismo judicial o gobierno de los jueces. La importancia de un constitucionalismo moderado va a significar el justo equilibrio entre activismo judicial y omnipotencia legislativa, donde el legislador mantiene el ámbito de configuración política de los principios constitucionales y el juez el deber de integrar el ordenamiento en ausencia de leyes o cuando estas son inconstitucionales, evitando así el vaciamiento de los postulados constitucionales. Como concluye precisamente GUSTAVO ZAGREBELSKY para ilustrar bien la necesidad de este equilibrio entre jurisdicción y legislación:

<sup>12</sup> Con la advertencia de que la legitimación del juez está precisamente en la realización cabal de su condición de garante de derechos fundamentales. "Por la incorporación plena de los valores constitucionales inspiradores de la disciplina constitucional del proceso a su práctica jurisdiccional es como puede y debe legitimarse el juez, soportando, por tanto, en primera persona, las consecuencias deslegitimadoras de una posible actitud de signo contrario en ese plano" (ANDRÉS IBÁÑEZ, citado por BANDRÉS, *Poder judicial y Constitución*, pág. 11). Desde luego, no desconocemos que en punto a la legitimación judicial existe una ardua polémica, que ha sido puesta en realce por el profesor OTTO BACHOF, cuando se preguntaba, a propósito del poder judicial en la Ley Fundamental de Bonn, "¿No se ha pedido demasiado al juez, no se le ha cargado con una función política en el fondo y esencialmente extraña a la administración de justicia, dando lugar con ello al peligro, a menudo presentado, de una politización de la justicia?. No se ha contravenido también un principio fundamental de la división de poderes, en cuanto se ha transformado a uno de los poderes del Estado en control de los restantes?" (cit. por BANDRÉS, *op. cit.*, pág. 16). Con la constancia de que la respuesta del profesor alemán es negativa, recomendamos ver a ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, pág. 261, quien resume y caracteriza (y quizás asume como suya) la posición de quienes impugnan la condición de legitimación por la que nosotros optamos.

<sup>13</sup> Por lo demás, "teorizar sobre un uso alternativo del derecho en el final del siglo XX exigiría ponerse de acuerdo sobre qué puede entenderse hoy por 'uso alternativo del derecho' e incluso qué se entendió hace ya más de 25 años por tal propuesta teórico-práctica. No es lo mismo el uso alternativo de la década de los sesenta que las propuestas que pudieran hacerse ahora en los noventa. Como no es lo mismo hacer propuestas de este tipo en la Europa continental que en América Latina. En definitiva, el tiempo y el espacio determinan lo que se ha entendido y se entiende por tal práctica e incluso tal teoría" (NICOLÁS LÓPEZ CALERA, "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", pág. 32).

"En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como 'partes' del derecho, y no como 'todo' el derecho. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático.

"... Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y 'cualquier señor del derecho' hay una radical incompatibilidad. El derecho no es objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos"<sup>14</sup>.

El pacto constituyente de 1991 va a recoger ampliamente todos los postulados del Estado social y democrático de derecho. Basta dar una mirada desprevenida a toda la parte dogmática constitucional y muy especialmente al artículo 1º.

Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

En reciente sentencia de unificación jurisprudencial la Corte Constitucional ha dado sentido a este artículo en los términos siguientes: "La cláusula del Estado social de derecho (Cont. Pol., art. 1º), tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales; asigna competencias al legislador; establece como deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; amplía el ámbito de responsabilidades de la administración en punto a la gestión, inspección y vigilancia de los servicios y prestaciones a cargo del Estado; abre un claro espacio de participación a los usuarios

<sup>14</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pág. 153. Y sobre el tema otra vez BACHOF (cit. por BANDRÉS, *op. cit.*, pág. 16): "Tampoco se puede pasar por alto que la función de control de los tribunales no implica solamente una disminución del poder del legislativo y del ejecutivo, sino también un fortalecimiento de la autoridad de los poderes controlados. En efecto, frente a los actos anulados por los tribunales encontramos un gran número de actos confirmados, cuya validez queda, en virtud de esa ratificación, sustraída en el futuro de toda duda".

y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales; en fin, convierte los procesos de planificación económica, diseño y ejecución del presupuesto y descentralización y autonomía territorial, en oportunidades institucionales para fijar el alcance del Estado servicial y de los medios financieros y materiales destinados a su realización"<sup>15</sup>.

Ya antes, en la sentencia T-406 de 1992, había sostenido el Tribunal Constitucional: "Por lo menos tres postulados se desprenden del artículo 1°:

"a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.

"b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales.

"El sentido y alcance del artículo 1° no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual, a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo 1°, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

"En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La Carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales"<sup>16</sup>.

## 2. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Estado de derecho en su fórmula del liberalismo clásico se limitaba a enunciar los derechos en sus textos constitucionales, la mayoría de las veces en sus Preámbulos, y ello hasta para discutir posteriormente su naturaleza jurídica, dejando como era lógico al omnícompetente legislador el ámbito pleno de competencias para regularlos en los textos normativos y determinar su radio de acción. Así mismo, permitía que los derechos fueran suspendidos en los estados de excepción y con ello se sustrafía cual-

<sup>15</sup> Sent. SU-111 de 1997, *Corte Constitucional*, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>16</sup> Sent. T-406 de 1992, *Corte Constitucional*, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

quier discusión en torno a la naturaleza de estos derechos como fundamentales. El "sábio legislador", como representante directo de la voluntad general<sup>17</sup>, emite su acto volitivo en torno a la limitación, regulación, fijación de contenido y hasta desconocimiento de los derechos. Aunado a todas estas competencias normativas de los Parlamentos, el derecho no ofrecía realmente acciones garantes y protectoras de los ámbitos de libertad regulados en esta categoría de derechos.

El Constitucionalismo de hechura "francesa" vino a demostrar después de las dos grandes guerras de este siglo, que el imperio de la ley no es suficiente garantía para los ciudadanos, así esté totalmente investido de eso que se denominó en las teorías contractualistas legitimadoras del poder como "voluntad soberana"; al contrario, el legislador como depositario durante más de un siglo de esa "fe" popular, se desacreditó y fue necesario buscar nuevos referentes de legitimidad. Puede decirse sin vacilación, que las doctrinas políticas de la época de la segunda posguerra mundial observaron los modelos de derecho que habían permanecido más estables en aquellos tiempos. El modelo anglo-americano que parecía reservado a los países del *common law*, ocupó papel protagónico y entró al escenario de Europa continental para servir como referente de las Constituciones que debían expedirse una vez terminada la segunda guerra mundial. Ingresan, pues, al escenario jurídico conceptos como supremacía constitucional, control de constitucionalidad como su consecuencia, derechos fundamentales y principios o valores supremos del orden jurídico como límites al ejercicio del poder del Estado. La concepción de la regulación constitucional de los principios o valores como límite a la acción del Estado había sido definida desde la premonitory decisión del juez Coke en Inglaterra en 1610 en el Bonham-Case:

"... Resulta de nuestros textos que en muchos casos, que el *common law* controlará las leyes del Parlamento, y algunas veces las declarará totalmente nulas; porque cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho, la razón y la equidad, o incompatible, o imposible de ejecutar, el *common law*, la controlará y procederá a declarar su nulidad"<sup>18</sup>.

Precisamente este antecedente judicial tuvo una significación decisiva en la construcción del modelo jurídico-político norteamericano donde las instituciones mencionadas, y en esencia, la supremacía constitucional, tuvieron plena recepción jurídica.

La necesidad como reclamo político del reconocimiento del Estado social y democrático trajo consigo el debilitamiento del valor puramente formal de los derechos

<sup>17</sup> Que la lógica política de su tiempo, y también a los efectos del tránsito entre comprensiones políticas tan diferentes, llevó a BECCARIA, y también a los demás ilustrados (MONTESQUIEU hablará del juez que es "*la bouche qui prononce les paroles de la loi*") a prohibirle al juez la interpretación de la ley, tal como luego sucedería también en Alemania con el Código bávaro de 1813, realizado con inspiración liberal por LUDWIG FEUERBACH. Que hoy en la distancia y a golpes de otras dimensiones políticas tal prohibición resulta un ejercicio "de ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico", tal como lo sostiene FERRAJOLI, no hay por qué dudarlo (*Derecho y razón*, pág. 46, nota 24, págs. 75 y 76), citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 189.

<sup>18</sup> Tomado de BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, pág. 229 (cursivas en el texto).

libertarios incorporados en los textos constitucionales decimonónicos; se hizo preciso poner en acción los derechos libertarios formalmente estipulados, además de entender la necesidad de que el Estado se comprometiera efectivamente con su protección y garantía mediante amparos específicos que vinieron a tener regulación constitucional. Igualmente, el devenir del Estado intervencionista vino a reconocer mínimos de justicia social y, por tanto, la normación de lo que se define como derechos constitucionales fundamentales económicos, sociales y culturales o prestacionales. Así se vino llegando a la adopción de la importante concepción que hoy se tiene de los derechos, a saber, derechos constitucionales fundamentales.

En el tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social y democrático de Derecho se ha producido realmente una "materialización" del derecho, no una transformación conceptual, esto es, el Estado no solo se compromete a "dejar hacer", fórmula de los derechos libertarios clásicos, sino que proporciona los medios para que la acción sea posible, "hace". La nueva conceptualización de los derechos como obligaciones estatales lo que supone es la vinculación de todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, tanto negativa como positivamente, esto es, en la no injerencia, como en la obligación de regulación para su protección. "La caracterización de los derechos fundamentales como límites al poder, como verdaderas obligaciones del Estado, no requiere únicamente de un sistema de garantías constitucionales, un legislador negativo en palabras de Kelsen, que expulse del ordenamiento jurídico toda norma legal que infrinja la Constitución, así como de una protección del texto fundamental frente a la hipotética voluntad reformadora de los órganos estatales. Tal caracterización exige además que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia. Los derechos reconocidos en la Constitución..., forman parte del orden jurídico sin necesidad de ningún complemento legal o reglamentario"<sup>19</sup>. Se trata de la eficacia o justiciabilidad directa de los derechos constitucionales fundamentales.

En esa medida, podríamos resumir diciendo que los derechos fundamentales en el modelo político del Estado social y democrático de derecho (Estado constitucional), en primer lugar, son *elementos-cofundadores del modelo*<sup>20</sup>: sin su consagración y rea-

<sup>19</sup> LUIS PRIETO SANCHIS, *Estudio sobre los derechos fundamentales*, pág. 116.

<sup>20</sup> Salvo para algunas concepciones "democrático-funcionalistas", que, por ejemplo, condicionan la legitimidad de un cierto derecho a su funcionalidad, como subsistema, para el aseguramiento de la vigencia del Estado. Que por esa vía se llega a la defensa a ultranza del derecho, de cualquier derecho, como una verdad absoluta y ahistórica, está dicho por la obra jurídico-penal de GÜNTHER JAKOBS en Alemania y su concepción de la pena como prevención general positiva, siguiendo precisamente la pista de la obra sociologicista de NIKLAS LUHMANN. Precisamente, sobre el tema y sus conexiones con la discusión en favor de los derechos fundamentales, esta reflexión de PIETRO BARCELLONA (*Postmodernidad y comunidad*, pág. 50): "La experiencia de estas últimas décadas nos dice sin embargo que las Constituciones no bastan si no están apoyadas por una continua movilización democrática y por la construcción de nuevas estructuras de poder arraigadas en la sociedad y capaces de realizar un control difuso. Es curioso que precisamente ahora los juristas parecen olvidar no solo la gran lección en ciertos aspectos trágica de CARL SCHMITT sino también lo que escribió PIERO CALAMANDREI tras

lización efectiva y cierta las relaciones políticas no serán las propias de dicho modelo. Cualquiera otra cosa, menos el Estado constitucional. Es en ese sentido como se puede sostener el carácter absoluto de los derechos fundamentales, que cuando por vía de ponderación no adquieren reconocimiento y protección lo es porque prevalentemente hay un derecho con una mayor carga política y axiológica<sup>21</sup>.

En segundo lugar, son límites frente a los poderes, es decir, derechos en favor de los hombres y los ciudadanos y contra el poder.

En tercer lugar, y como consecuencia, son ellos las últimas y más estrictas condiciones para la discusión de la legitimación del poder político<sup>22</sup>. Porque así son las

finalizar el segundo conflicto mundial acerca de la vía legal de la ilegalidad fascista, o lo apuntado más tarde por ALESSANDRO BARATTA acerca de la posible ambigüedad del positivismo respecto de la legislación excepcional del nazismo en el ámbito del derecho penal. La tecnicidad del formalismo es en realidad inerme ante la continua deformación de la legislación de excepción. Hoy el formalismo jurídico es deformado constantemente por la adaptación de la autonomía de la esfera jurídica al cálculo económico de coste y beneficios o al funcionalismo sistémico (por lo demás, NIKLAS LUHMANN lo ha escrito con todas las letras al afirmar que el derecho moderno responde esencialmente a una estrategia oportunista y que es absolutamente contingente, convencional y mutable, y que los propios derechos fundamentales son una mera reglamentación de fronteras entre esferas de poder que constantemente pueden ser traspasadas por los poderes)".

<sup>21</sup> "Esto es así, porque entre principios... no se presentan conflictos que obligan a establecer cuál se aplica y cuál no (propios de las normas), sino que entre ellos se presentan colisiones, en las que es preciso establecer el grado en los que uno prima sobre el otro, y viceversa"; ESCOBAR MARULANDA, citando a ALEXYS ("Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Daxa*, 1988, págs. 139 a 151), "Los monitores electrónicos ¿Puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?", en AA.VV., *Penas alternativas a la prisión*, J. Cid y Elena Larrauri (coordinadores), Barcelona, 1988, pág. 221

<sup>22</sup> "La Constitución, y en general el derecho, no es otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparece, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de Estado o cambios institucionales. Si es verdad que la actual crisis de los vínculos constitucionales proviene sobre todo de su pérdida de presencia en el sentido común, cualquier proyección alternativa democrática pasa a través de una refundación del sentido del pacto constitucional como garantía de la igualdad y de los derechos vitales de la persona, en la conciencia de que los derechos fundamentales son siempre otras tantas leyes del más débil, contra la ley del más fuerte que toma la delantera cuando se debilita el sentido de aquellos, y en la conciencia también de que la única posibilidad de éxito en la defensa del pacto constitucional depende de que cada uno la perciba como defensa de sus propios derechos y de su identidad de ciudadano" (FERRAJOLI, "El Estado...", op. cit., pág. 29). Y sobre la legitimación: "En su origen el adjetivo *legitimus*, significaba que un mandato o legislación eran adecuados a un orden establecido. El núcleo normativo de este sentido tradicional de la legitimidad descansa en el supuesto de que los valores y normas de ese orden están fundamentados en un principio de justicia que trasciende la arbitrariedad de las voluntades particulares. De ahí que en el lenguaje común el término 'legítimo' se use con frecuencia como sinónimo de justo o razonable. Desde esta perspectiva, decir que algo es legítimo equivale a sostener que tiene una justificación en relación a un interés o bien común. A lo largo de la historia la diferencia entre las múltiples concepciones de la legitimidad se localiza, fundamentalmente, en las distintas interpretaciones sobre el principio de justicia. Este último se puede considerar como un principio divino, natural, histórico o racional. Las disputas entre las interpretaciones del principio de justicia que sustenta la legitimidad no solo tiene implicaciones teóricas, sino que también están en juego problemas de la organización, las funciones y los límites del poder político" (ENRIQUE SERRANO GÓMEZ, *Legitimación y racionalización*, págs. 12 y 13 cursivas en el texto). En ese mismo sentido, FRANCISCO J. LAPORTA (*Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo*, pág. 283): "Legitimidad es un término que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que tratan de operar como criterios de justi-

cosas, es por lo que es el Estado mismo el más interesado en su salvaguardia y protección. Y es por ello que son estrictamente irrenunciables.

En último lugar, su eficacia y activo reconocimiento pasan por la presencia del juez, garante primero y último de los derechos fundamentales en el Estado de las libertades.

### 3. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL

La constitucionalización de principios y valores y la formulación de los derechos fundamentales como principios, tiene consecuencias especialmente en el proceso de aplicación de las normas generales a los casos concretos, desaparece la técnica de la subsunción como única forma del proceso de decisión judicial<sup>23</sup>, se hace necesaria la remisión a criterios extrajurídicos y el juez entra decididamente a participar en la creación del derecho, dejando de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. De otra manera dicho, la optimización de los principios y los derechos se configura en la decisión jurisdiccional, por lo que el juez constitucional es definitivo en la estructura jurídica del derecho en el modelo de la democracia (Estado Constitucional), correspondiéndole, como garante de la prevalencia y eficacia de los derechos constitucionales fundamentales, hacer valer la supremacía constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico y siempre a través de una hermenéutica *de y desde la Constitución*<sup>24</sup>.

*ficación de normas, instituciones, acciones, etc. Si estas normas o instituciones satisfacen esos criterios, entonces se dice que son legítimas. Por eso he usado legitimidad como un equivalente amplio de la idea de justicia o justificación ética, y sistema jurídico-político (o gobierno) legítimo como un equivalente igualmente amplio de sistema jurídico-político justo o gobierno justo"* (hemos hecho las cursivas).

<sup>23</sup> "Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formuladas abstractamente". Esta constatación de KARL LARENZ señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones legales de las normas jurídicas, que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados". ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, pág. 23. En el mismo sentido, ATIENZA ("Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", pág. 83), para quien "la representación del razonamiento del juez como "un silogismo" es equivocada". De la obra de ALEXY, por su importancia para la reflexión en orden al tema de los derechos fundamentales, debe verse su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993.

<sup>24</sup> "... emerge así con carácter prescriptivo, un paradigma de legitimación del juez de carácter material o sustancial, que es aplicación directa del rango normativo de los derechos fundamentales y que tiene proyección, al menos en tres sentidos, con la correspondiente contrapartida de deber profesional. El primero se concreta en el aludido imperativo de lectura crítica de la ley para verificar su compatibilidad sustancial con la Constitución. El segundo lo hace en la obligación de observar escrupulosamente las garantías procesales en que se traduce el derecho fundamental a la tutela judicial, que son cautelas frente al propio juez. El tercero, en la obediencia al deber de motivar la decisión, para asegurar tanto la racionalidad en el uso del poder que mediante ella se ejerce, como la adecuada comprensión de su fundamento real por terceros" (ANDRÉS IBÁÑEZ, "Garantía judicial de los derechos humanos").

El constituyente de 1991 ha establecido un régimen de justicia constitucional complejo, pleno y mixto. Desde el acto-legislativo 3 de 1910, reforma constitucional en la que se adoptó el modelo norteamericano difuso y por vía del juez ordinario consagrado en la Constitución de Filadelfia de 1787, todo juez debe aplicar de preferencia la Constitución sobre la ley y en todo caso, es su deber hacer un juicio de constitucionalidad sobre la ley que aplica<sup>25</sup>. Así mismo, esta reforma constitucional creó la competencia concentrada en el máximo organismo de la jurisdicción existente en la época, la Corte Suprema de Justicia, para conocer de acciones públicas ciudadanas contra leyes y decretos-leyes del presidente expedidos en los estados de excepción y así, en el evento de considerar estos actos violatorios de la Constitución, proceder a declarar su inconstitucionalidad. La reforma constitucional de 1945 creó la jurisdicción contencioso-administrativa y con ello la competencia para que esta, a través de su máximo organismo, el Consejo de Estado, conociera de las acciones de inconstitucionalidad que las personas instauraran contra los decretos y actos administrativos del presidente. Puede decirse que de esta reforma constitucional se creó en Colombia la dualidad de jurisdicción constitucional concentrada y de única instancia, cuyos riesgos advirtió ya Kelsen desde cuando configuró para Europa el modelo concentrado de justicia constitucional radicado en cabeza exclusivamente de un Tribunal Constitucional<sup>26</sup>.

La reforma constitucional de 1968 incorporó al control de constitucionalidad el control automático para los decretos-leyes de estados de excepción, creó la sala constitucional en la Corte Suprema de Justicia con funciones meramente de ponente y reguló un procedimiento de control de constitucionalidad más expedito que el aplicado analógicamente hasta entonces, el Código Judicial. Antes del Pacto constituyente de 1991, la fallida reforma de 1979 había introducido el control de constitucionalidad para las reformas constitucionales, pero solo por vicios en el proceso de su formación.

Realmente, la supremacía, y con ella la garantía del control de constitucionalidad pleno vino a darse con la Constitución de 1991. La jurisdicción constitucional se define como una función pública que se asigna a todos los jueces de la república y en especial a la Corte Constitucional para que aseguren la integridad y la supremacía de la Carta Constitucional como garantía básica y fundamental del Estado social y democrático de derecho, asegurando que todos los poderes públicos sujeten sus actos (leyes, actos administrativos y decisiones judiciales) a los principios, valores y derechos fundamentales, así como a las estrictas competencias constitucionales asignadas. Además de la competencia atribuida a los órganos de la jurisdicción constitucional referente al control de constitucionalidad de todos los actos de las autoridades del Estado, evitando por fin los llamados "actos no justiciables", esta jurisdicción tiene el compromiso cons-

<sup>25</sup> Que en la metodología ferrajoliana, por ejemplo, constituye la condición para la construcción de un derecho justo y válido, ahora no por el camino de la vigencia sino por la realización en la norma jurídica de los valores constitucionales (véase en FERRAJOLI, *El derecho como sistema*, ed. cit., pág. 64).

<sup>26</sup> HANS Kelsen, *La garantía de la jurisdicción constitucional*, escrito en alemán en 1928 y traducido al español en 1985 por Eduardo Montero, publicado en Escritos sobre el socialismo.

tituyente de la guarda de los derechos fundamentales mediante la acción de amparo para el logro efectivo de los mismos y su oponibilidad frente a todos los poderes públicos y aun contra las mayorías políticas.

Nuestro Tribunal Constitucional en sus inicios había mostrado la importancia del juez constitucional en la configuración y definición de los derechos fundamentales: “Una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”<sup>27</sup> (son nuestras las cursivas).

Después de varios años de jurisprudencia constitucional, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-111 fijó los límites de la jurisdicción constitucional en esta materia y precisó las relaciones con las otras ramas del poder estatal:

“La actualización concreta del Estado social de derecho, corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la ley. No se ve cómo pueda dejar de acudir a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción, sino como prescripción incluíble que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa...

“... La jurisdicción constitucional y el conjunto de los instrumentos que componen su arsenal defensivo, asume y promueve el normal funcionamiento de los órganos del Estado y limita su intervención al control de los límites externos de su actuación con miras a preservar la legitimidad constitucional que ha de caracterizar invariablemente el ejercicio de los poderes constituidos. La misión de la jurisdicción constitucional no es exactamente la de sustituir a los órganos del Estado, sino la de frenar sus desviaciones respecto del plano constitucional. El remedio constitucional del amparo no se edifica sobre la anulación del esquema constitucional de las funciones y poderes del Estado. Existen fallas de las personas que la Corte no puede enmendar sin subvertir el orden constitucional y aminorar hasta un grado extremo la propia responsabilidad personal”<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Sent. T-406 de 1992, cit.

<sup>28</sup> Sent. SU-111 de 1997, cit.

#### 4. EL DEBIDO PROCESO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

Desde la mejor tradición liberal está bien entendido que el poder político encuentra linderos insobornables, si quiere recabar alguna legitimidad, en el respeto de las libertades y de las garantías individuales. Y siendo cierto que el poder punitivo es, como el que más y mucho más sensiblemente que cualquiera otro<sup>29</sup>, expresión y ejercicio del poder político, y escenario donde se crean las más graves confusiones entre autoridad y libertad, entonces su limitación y su control constituyen una legítima aspiración en favor de todos los hombres y sus libertades, en favor de todos los perseguidos penalmente, que es decir, en favor de un cierto modelo de civilización<sup>30</sup>, y en favor de una sociedad más democrática y menos autoritaria. Y así se ha ido diciendo desde los más iniciales programas de la ilustración, quizás desde cuando el marqués de BECCARIA publicara su *Dei delitti e delle pene*, el más formidable panfleto en contra de la vocación absolutista del poder, bien resumida en la expresión que se le imputa a Luis XIV: *L'État ce moi*<sup>31</sup>.

Hacemos relación, entonces, al concepto de *debido proceso penal* como derecho fundamental, que dice cuáles son las condiciones sin las cuales resulta absolutamente ilegítimo cualquier acto de persecución penal<sup>32</sup>, es decir, a cuáles son las condiciones del *cuándo y cómo juzgar*<sup>33</sup>. Se define así, por supuesto, un determinado tipo de racionalidad en materia de persecución penal, reconocido con persistencia por todos los autores liberales<sup>34</sup>, y afirmado tradicionalmente por todas las Constituciones liberales y

<sup>29</sup> “... la pena estatal significa, a su vez, la autorización más vigorosa para la utilización de la fuerza por parte del Estado, en perjuicio de un habitante sometido a su soberanía, la injerencia más grave en sus derechos básicos como persona”; MAIER, “La impugnación del acusador: ¿Un caso de *non bis in idem*?”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 61, pág. 175.

<sup>30</sup> “...un modelo de proceso indica siempre un modelo de civilización”, FERRAJOLI, “El proceso 7 de abril. Análisis teórico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal”, pág. 6.

<sup>31</sup> Cuando en la Corte Constitucional se determinó la exequibilidad de las odiosas e inconstitucionales figuras de la “reserva de identidad de los testigos y de los jueces”, entonces un magistrado (*¿Qué todavía hay magistrados! ¿Qué hay jueces en Berlín!*), Ciro Angarita Barón, hizo un salvamento de voto y lo tituló: *vigencia de Beccaria*; véase sent. C-053 de 1993, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>32</sup> “El debido proceso y las garantías vinculadas a él hacen a la forma en que un acto de coacción estatal —que, por ser tal, es, *prima facie*, atentatorio de un derecho individual y, por lo tanto, debe ser especialmente justificado— pueda ser ejercido contra una persona determinada”, CARLOS SANTIAGO NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, pág. 446.

<sup>33</sup> “Por lo demás, es ésa la forma lógica de todos los principios garantistas, más arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar”, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ed. cit., págs. 106 y 537.

<sup>34</sup> FRANCESCO CARRARA tendría que ser el más notable de todos, véase *Programa de derecho criminal*, Parte general, vol. II, págs. 298 y ss., pues nadie mejor que él pudo condensar los elementos del sistema procesal penal acusatorio, es decir, el *debido proceso* propio de los sistemas políticos democráticos: la *publicidad*, la *libertad personal del acusado hasta la condena definitiva*, la *igualdad absoluta de derechos y de poderes entre acusador y acusado*, la *pasividad del juez al recoger las pruebas*, la *continuidad de los actos y la síntesis en todo el procedimiento*.

democráticas<sup>35</sup> y por los pactos internacionales sobre derechos humanos<sup>36</sup>. Y hoy robustamente conceptualizado por FERRAJOLI en el cuerpo de su "modelo garantista" de derecho penal, en los principios de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), acusatorio (*nullum iudicium sine accusatione*), carga de la prueba (*nulla accusatio sine probatione*) y del contradictorio o de la defensa (*nulla probatio sine defensione*)<sup>37</sup>.

Se trata con el *debido proceso*, según hemos dicho, de un determinado tipo de racionalidad. De racionalidad democrática<sup>38</sup>, decimos ahora, y apenas de un modelo, que expresa profundas convicciones políticas y que no oculta la tragedia de su incesante y casi fisiológica negación en el ámbito de las persecuciones penales concretas, lo que quizás legitime más la tarea reivindicativa por sus principios y contenidos. Por lo menos, en función de la minimización de la ilegitimidad, que opera como mecanismo minimizador del derecho penal. Y mientras haya derecho penal. Que no tendrá que ser por siempre.

Sobre el debido proceso es pertinente decir también que él, como idea ético-política, constituye un concepto largamente vinculado al sistema procesal penal acusatorio, que es decir, a una concepción tendencialmente democrática en el orden de los métodos de persecución penal y de las relaciones poder-individuo, relaciones que nunca son tan tensas como en el derecho penal y que, según como dialécticamente se articulen, definen, mejor que nadie, el grado de civilidad<sup>39</sup> de una determinada organización socio-política.

El derecho fundamental del debido proceso está integrado por un conjunto de elementos que se articulan en torno a la prohibición de la indefensión, donde se pone la condición de cualquier legitimidad, y por la propuesta epistemológica de un concepto de verdad procesal solo y en tanto aquellos estén cabalmente realizados.

En la Constitución de 1991 los elementos del debido proceso están fundamentalmente consagrados en el artículo 29<sup>40</sup>. A saber:

<sup>35</sup> Véase el art. 24 de la Constitución Española, por ejemplo.

<sup>36</sup> Por lo que implican para nosotros, en concordancia con el art. 93 de la Constitución, las leyes 74 de 1968 (Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU) y 16 de 1972 (Pacto de San José de Costa Rica).

<sup>37</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ed. cit., pág. 93.

<sup>38</sup> Se trata de la racionalidad en torno a la responsabilidad penal y no en torno a otras responsabilidades, por ejemplo, las de carácter político. Hacemos el matiz apenas para relieves los peligros que existen para los límites de la primera (las garantías y formas preestablecidas del proceso penal) cuando la articulación de las "otras responsabilidades", por ejemplo, la política, pasa por el reclamo de esas garantías. Que sucede con más frecuencia de lo que podría suponerse, como recientemente lo ha demostrado entre nosotros el "proceso Samper", confundida y oscitantemente situado en los ámbitos de una y otra. En palabras de CAPELLA, "... se recurre a conceptos jurídicos procesales y penales como 'respetar el secreto del sumario' o 'respetar la presunción de inocencia', etc., con el mismo fin de eludir una responsabilidad política", véase "La responsabilidad política hoy: cuatro apuntes breves", pág. 3.

<sup>39</sup> Si por "civilidad" se entiende especialmente el respeto definitivo por los derechos y por las libertades individuales.

<sup>40</sup> Artículo que no obstante su defecto técnico manifiesto (informar que solo son elementos del debido proceso los que en él se mencionan y regulan), tiene la virtud de comprender el *debido proceso* como un derecho

a) Leyes preexistentes al acto que se imputa, principio de legalidad procesal o prohibición de leyes *ex post facto*, que correlativamente implica el principio de la aplicación de la ley más favorable en toda sucesión de leyes, y de cualquier ley. Así manifestamos nuestro rechazo a la tendencia doctrinaria y jurisprudencial, quizás apoyada en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, que por años ha mantenido la tesis de que tratándose de las llamadas normas estrictamente procesales no cabe hablar de "favorabilidad", porque ellas son de aplicación inmediata. Naturalmente, nosotros creemos que la favorabilidad opera *siempre*, a condición de que entre dos o más normas aplicables a un mismo caso o a una misma situación frente a una de ellas se pueda elaborar el juicio de "más favorable". En ese orden de ideas, creemos lamentable la tesis del carácter neutro de algunas normas jurídicas, tan propia de la estirpe de los "científicos" del procesalismo. Por lo menos, porque siendo el derecho un mecanismo de control social, y por lo mismo, participe en los procesos de construcción social y política, lo único que resulta innegable es su naturaleza política<sup>41</sup>.

b) Juez o tribunal competente, que quiere decir también y más urgentemente, "juez independiente" (cfr. art. 230 de la Carta), con independencia interna y externa en función de la realización de su condición de garante de los derechos fundamentales. Y con la irreductible posibilidad procesal de la recusación, precisamente para la ambientación de su independencia y en términos de su credibilidad frente a los ciudadanos. Que quizás sea así como se puede construir la legitimidad del juez y su dimensión política<sup>42</sup>.

c) Plenitud de las formas propias de cada juicio, que en nuestra metodología quiere decir la definición de una estructura procesal siempre en favor de las garantías de la contradicción, de la publicidad y de la defensa, técnica y material y la prohibición de dilaciones injustificadas. Y, en consecuencia, la prohibición de los procesos

fundamental, que opera como límite frente al Estado y frente a cualquier poder punitivo y sancionador y no solamente frente al poder puramente penal, favoreciendo así la construcción de vocaciones garantistas para las persecuciones disciplinarias y de responsabilidad fiscal, secularmente lastradas por una comprensión autoritaria y prebaccariana del poder, bajo el prurito de que las garantías del debido proceso eran un problema (que para esa concepción las garantías son efectivamente un problema, es decir, un estorbo) del derecho penal. Quizás también pudiese permitir este artículo la superación de una vieja y formalista concepción sobre el debido proceso, aquella que aducía que sus elementos apenas eran 1) la ley preexistente al acto que se imputa 2) el juez o tribunal competente y 3) la plenitud de las formas propias de cada juicio.

<sup>41</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, pág. 44; en el mismo sentido, ÁLVARO VARGAS, *¿Es realmente neutra la norma procesal?*, págs. 5 a 13.

<sup>42</sup> RAÚL EUGENIO ZAFFARONI, "Dimensión política de un poder judicial democrático", págs. 66 a 70 y 80 a 83. Recientemente ANDERS KOMPASS, director de la oficina de la ONU en Colombia, a raíz de la discusión que en el Congreso se ha venido haciendo en favor del mantenimiento de la "justicia regional" (que por la reserva de identidad de los jueces y testigos apenas como una metáfora tramposa podría tenerse en cuenta en una discusión sobre la *justicia*), ha recordado que "la reserva de identidad del fiscal le impide al acusado examinar la imparcialidad de este y, por ende, de disponer de fundamentos para su recusación, ya sea por incompetencia o por falta de imparcialidad"; véase *El Tiempo*, mayo 1° de 1999, pág. 6.

breves y sumarios y de la concentración en un mismo funcionario de las funciones de investigación y juzgamiento<sup>43</sup>.

d) Presunción de inocencia, que es la proscripción de coerción hasta tanto no haya sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. El principio encuentra su negación, en términos lógicos y políticos (como principio), en las medidas cautelares personales, especialmente en la prisión preventiva y provisional, lo que ha dado para hablar de la contradicción fundamental entre el “estado de inocencia” y la detención preventiva, solo superable de modo definitivo con la abolición radical de la segunda, que no deja de ser una tesis rigurosa y plausible porque algunos, incluso sus más cercanos partidarios, el mismo FERRAJOLI, por ejemplo, estimen que en las condiciones actuales se trata de una quimera<sup>44</sup>.

e) El derecho de defensa y la asistencia de un abogado, convencional o de oficio, en todos los momentos de la persecución. En palabras de TIEDEMANN, el defensor “... es indispensable para la protección del inculpado y también para la investigación de la verdad”<sup>45</sup>.

f) Un proceso público y derecho de contradicción, que es oportunidad de conocer las imputaciones y los cargos, de pedir pruebas de cara a los mismos, de participar en la práctica de las pruebas, de alegar antes de la evaluación judicial de las mismas y de impugnar. Se trata, ni más ni menos, de que si es el imputado quien habrá de soportar la penosidad del proceso y de la pena misma, a él se le permita participar en la elaboración de su propio caso<sup>46</sup>.

g) Principio de la prohibición de la múltiple persecución o del *non bis in idem*, que dice que la legitimación externa que se le entrega al Estado para que por medio de la Fiscalía General ejerza el *ius puniendi*, es por una sola vez, con prescindencia de cualquiera otra consideración. En nuestro sistema procesal penal el principio tendría que inhibir la acción especial de revisión frente a fallos absolutorios, lo que permitiría sostener la inconstitucionalidad de los numerales 4 y 5 del art. 242 del Código de Procedimiento Penal, como también podría llevar a considerar que sobre la impugnación, cualquiera que ella fuese, apenas tendría legitimación el inculpado<sup>47</sup>. Que el artículo 29

<sup>43</sup> Véase el art. 252 de la Constitución, que reza: “Aun durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, el gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento”.

<sup>44</sup> LUIGI FERRAJOLI “... las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero sobre todo históricamente cambiantes; y... es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de la racionalidad, de tolerancia y de libertad que están en la base de esa conquista de la civilización que es la presunción de inocencia y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción”; *Derecho y razón*, pág. 561

<sup>45</sup> En, CLAUS ROXIN, GÜNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, 1989.

<sup>46</sup> “Para que haya un proceso penal propio de un Estado de derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión...” (ROXIN, ARZT y TIEDEMANN, ed. cit., pág. 184).

<sup>47</sup> Véase a MAHER, “La impugnación del acusador...”, en *Ciencias penales*, pág. 15: “... cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, condujo a una persona a soportar un juicio público sobre la

de la Carta consagre como elemento esencial del debido proceso el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, parecería poner un argumento en favor de la tesis que promovemos ahora. Por lo demás, así terminaría cualquier discusión en torno a los componentes constitucionales de la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 31 de la Carta), como que siempre habría “apelante único”, es decir, siempre la impugnación estaría en favor de los intereses del sindicado. Se trata, en fin, de las consecuencias propias y necesarias de una comprensión garantista del discurso de los derechos fundamentales y del derecho penal, y del monopolio del “derecho de castigar” en manos del Estado.

h) La nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación de las garantías del debido proceso. Es decir, su inexistencia y, por lo tanto, la prohibición de su valoración. Que significa también la prohibición de derivar alguna consecuencia de la prueba obtenida ilegalmente. Como ya lo dijimos en otra ocasión<sup>48</sup> desprestigiar como evidencia todo aquello que se deduzca de la prueba obtenida en forma ilegal es la única posibilidad legítima y coherente en un Estado social y democrático de derecho, en el que las garantías no pueden ser objeto de matices (a la mejor manera de DWORKIN, “derechos en serio” o derechos, incluso, antimayoría). Por supuesto, siendo el respeto por las garantías del debido proceso el problema mismo de la legitimidad del poder punitivo, esa es la única opción posible, opción que por lo demás y en el cuerpo de la polémica en torno suyo planteado, se adscribe a la teoría “de los frutos del árbol venenoso”. Una opción contraria, aquella que tendría por plausible la utilización de “algo”, aun reconociéndose la inconstitucionalidad definitiva del medio, haría incurrir al Estado en una contradicción insalvable<sup>49</sup>, cual sería la de abrogarse la capacidad para derivar de la ilicitud, consecuencias jurídico-probatorias, diferentes a la misma prohibición de la valoración<sup>50</sup>.

imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, ésa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídico-penal (el único título que justifica la aplicación de una pena o de una medida de seguridad y corrección penal) y carece de otra oportunidad, que siempre implica una renovación de la persecución, un nuevo riesgo de condena. Precisamente, aquello que la prohibición de perseguir más de una vez significa, no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible, más de una persecución penal, más un riesgo de ser condenado. El principio prefiere hasta la burla del transgresor, que, por ejemplo, confiesa públicamente su crimen con posterioridad a su absolución, que el riesgo de un ejercicio excesivo y arbitrario —para él— del poder estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas”.

<sup>48</sup> Véase a ARMANDO LUIS CALLE CALDERÓN, “Comentarios a una providencia del Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales, que declaró la inobservancia de la prueba obtenida ilegalmente”, págs. 443 a 448; en una oportunidad posterior, también la judicatura de Manizales, ahora el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, convino en reiterar aquella doctrina; véase *Tribuna penal*, núm. 7, Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, Medellín, 1996, págs. 138 a 160.

<sup>49</sup> JOSÉ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*.

<sup>50</sup> Véase a MAIER, *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Santa Fe de Bogotá, Temis, Centro de Estudios Penales, Universidad de Antioquia, 1999.

i) El principio de libertad<sup>51</sup>, que en articulación con el principio de presunción de inocencia, tendría que entenderse, en primer lugar, como la prohibición de cualquier coerción estatal mientras tanto no haya sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, lo que conduciría a la interdicción, por lo menos, de la detención preventiva o provisional; en segundo lugar, a la exigencia de que las medidas coercitivas siempre sean de la competencia del juez. CARLOS SANTIAGO NINO es quien en los últimos tiempos<sup>52</sup> ha recordado que “el ideal de una democracia liberal es que *entre el individuo y la coerción estatal se interponga siempre un juez*”, y, en tercer lugar, a que toda limitación de la libertad esté condicionada a los supuestos estrictamente regulados por el pacto constituyente, en los términos del modelo político del Estado Constitucional. En Colombia, apenas a los casos de “mandamiento escrito de autoridad *judicial competente*” (art. 28 de la Constitución) y de la flagrancia (art. 32, *ibidem*)<sup>53</sup>.

j) Principio de congruencia, que por virtud de la prohibición de cualquier indefensión<sup>54</sup> (art. 29 de la Carta) exige que el juez competente no dicte sentencia sino por los cargos planteados por el titular de la pretensión punitiva en la resolución de acusación. Como tendría que significar que el juez tuviese que estar vinculado por el desistimiento que de la pretensión llegare a formular el fiscal, incluso por vía de la petición de sentencia absolutoria durante la diligencia de audiencia pública. Así resultan detestables por inconstitucionales tanto la variación de la resolución de acusación “por prueba sobreviniente”<sup>55</sup>, como la nulidad de la resolución de acusación cuando al juez competente le parece que la pretensión está “mal elaborada”<sup>56</sup>. En el primer caso, porque se

<sup>51</sup> Arts. 28 y 30 de la Constitución de 1991.

<sup>52</sup> Véase a NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, pág. 446. Recientemente UPRIMINY YEPES ha reflexionado en términos similares, a raíz de la discusión del proyecto de Código de Procedimiento Penal; véase “El desafío de la reforma al proceso penal: ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y de la investigación criminal en Colombia”, págs. 74 y ss.

<sup>53</sup> El principio vino a ser radicalmente violentado por la sent. C-024 de 1994 de la Corte Constitucional, cuando de la expresión constitucional “detención preventiva” dedujo un “caso” adicional, ahora, además del “mandamiento de autoridad judicial competente” y de la “flagrancia”, la “detención administrativa”. Con razón GÓMEZ PAVAJEAU y GERARDO BARROSA CASTILLO llamaron a esa decisión un acto de “taumaturgia jurídica”, véase *Bien jurídico y derechos fundamentales*, pág. 52.

<sup>54</sup> A fin de cuentas, toda discusión sobre *congruencia* es un problema de defensa, de donde cualquier problema aledaño a él se resuelve respondiendo a una pregunta: ¿si ese es el tono sobre el cual se pretende edificar la sentencia, pudo el imputado estar suficientemente advertido de que por esa vía sería la sentencia, absolutoria o condenatoria?

<sup>55</sup> Tesis largamente mantenida por JAIME BERNAL CUÉLLAR, desde todos los proyectos de cada nuevo Código de Procedimiento Penal (incluido el proyecto que bajo su dirección preparó la Universidad de los Andes de cara a la reforma procesal penal de 1991, donde se incluía ciertamente la “variación de la calificación”, en tanto se le entendía provisional, propuesta que fue desechada en la comisión legislativa (“congresito”), precisamente porque con el fenómeno de la variación se fracturaba el principio “acusatorio” tan característico del sistema de fiscalía). La tesis en cuestión con posterioridad fue nuevamente planteada, ahora como tesis doctrinaria y no obstante que de *lege data* se había rechazado, por los profesores JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNET, en *El proceso penal*, 3ª ed., págs. 502 y ss.

<sup>56</sup> Tesis de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, donde en desarrollo de la incontinencia hermenéutica que a dicha corporación le es característica “para luchar en contra de la impunidad y, por esa

desestabilizaría cualquier principio de igualdad en función de un juicio de “partes” y de cara a un juez independiente e imparcial, y, en el segundo caso, porque se derogaría el principio *acusatorio* y, de ese modo, se involucraría hasta el viejo juez inquisitivo, que concentraba en él todas las razones del “proceso” y que, por ello mismo, es la más perfecta negación del juez. Que, como lo dice NINO<sup>57</sup>, “no basta que hayan funcionarios que se denominan “jueces”, sino que ellos satisfagan condiciones de independencia respecto de los demás poderes del Estado”.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT: *El concepto y validez del derecho*, Madrid, Edit. Gedisa, 1994.  
 — *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1977.  
 ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: “Garantía judicial de los derechos humanos”, en *Claves de la razón práctica*, núm. 90, Madrid, 1999.

vía, en contra de las garantías constitucionales, que son —como lo dijo con persistente vocación autoritaria Gustavo Gómez Velásquez cuando era magistrado de la Corte—, ejemplo malsano de hipergarantismo”, se han hecho los más inadmisibles malabares para sustraerse a los contenidos del debido proceso, incluso con el precio de volverlo un “valor” en favor del Estado y del *ius puniendi* y en contra de los ciudadanos. Así, por ejemplo, en el caso que planteamos, donde el juez se siente autorizado para ir sobre la competencia exclusiva del fiscal, como titular de la pretensión punitiva, bajo el prurito de que él, el juez, entiende que la pretensión está mal formulada. Así, entonces se supone legitimado para anular y para ordenar, en consecuencia, una nueva calificación, que ahora será “su pretensión”. De esa manera se formaliza en extremo el principio acusatorio y bajo esas condiciones el principio de independencia (interna) queda desarticulado. Y todo, porque la Corte concluye que la “mala calificación”, que ella llama, para buscar legitimidad para su desafuero en una ancestral causal de nulidad legal (contenida en el art. 210 del C. de P. P. de 1971), “error en la denominación jurídica del hecho”, constituye violación del “debido proceso”. En fin, así las cosas procura, amén del rompimiento del sentido exclusivamente garantista del principio (del debido proceso), hacer “ciencia procesal”: que como sucede con las nulidades, ellas apenas proceden por errores *in procedendo* y nunca por errores *in iudicando* y que como se trata de la violación del debido proceso, entonces todo resulta elementalmente consistente. Véase por toda la doctrina de la Corte, la sentencia de casación de febrero 4 de 1991, con ponencia de Jorge Aníbal Gómez Gallego, en *Jurisprudencia y Doctrina*, abril de 1991, págs. 527 a 536; también sobre el tema se ha pronunciado recientemente SUÁREZ SÁNCHEZ (*El debido proceso*, págs. 240 y 241), quien no obstante subrayar la dramática situación del principio acusatorio por virtud de la tesis de la Corte Suprema de Justicia (“... de manera que de atender el fiscal la insinuación del juez sobre la variación de la acusación ello implicaría, en últimas, que los cargos son formulados por este”), comparte el criterio sobre la entidad provisional de la resolución de acusación y, por ende, sobre la posibilidad de su variación por prueba sobreviniente, que es la tesis de los profesores BERNAL y MONTEALEGRE (véase ed. cit.), y que de algún modo es la tesis mayoritaria de la Corte Constitucional, desde cuando con la sentencia C-491 de 1996 (ponente: José Gregorio Hernández) determinó que el juez no está condicionado por la resolución de acusación, lo que valió para que el magistrado Eduardo Cifuentes manifestara que la Corte estaba creando así la sentencia-resolución de acusación.

<sup>57</sup> NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ed. cit., pág. 446.

- ARAGÓN REYES, MANUEL: *Constitución y democracia*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989.
- ATIENZA, MANUEL: "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", en *Jueces para la democracia*, núm. 22, Madrid, 1994.
- BANDRÉS, JOSÉ MANUEL: *Poder judicial y Constitución*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1987.
- BARBOSA CASTILLO, GERARDO y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU: *Bienes jurídicos y derechos fundamentales*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- BARCELLONA, PIETRO: *Postmodernidad y comunidad, el regreso de la vinculación social*, Madrid, Edit. Trotta, 1992.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNET, EDUARDO: *El proceso penal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994, pág. 229.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ: *La prueba en el proceso penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Edic. Depalma, 1994.
- CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS: "Comentarios a una providencia del Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales, que declaró la inobservancia de la prueba obtenida ilegalmente", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 57, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN: "La responsabilidad política hoy: cuatro apuntes breves", en *Jueces para la democracia*, núm. 22, Madrid, 1994.
- CARRARA, FRANCESCO: *Programa de derecho criminal*, parte general, vol. II, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1985.
- ELSTER, JON, "Régimen de mayorías y derechos individuales", en AA.VV., *De los derechos humanos*, las conferencias de Oxford Amnesty de 1993, Edición de Stephen Shute y Susan Hurley, Madrid, Edit. Trotta, 1998.
- ESCOBAR MARULANDA, JUAN GONZÁLO: "Los monitores electrónicos ¿Puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?", en AA.VV., *Penas alternativas a la prisión*, J. Cid y Elena Larrauri (Coordinadores), Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1998.
- FERRAJOLI, LUIGI: "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la democracia*, núm. 16 y 17, Madrid, 1992.
- "El proceso 7 de abril. Análisis teórico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal", en *Argumentos*, Madrid, diciembre 1980-enero 1981.
- "El Estado constitucional de derecho hoy", en AA.VV., *Corrupción y Estado de derecho*, el papel de la jurisdicción, Perfecto Andrés Ibáñez (editor), Madrid, Edit. Trotta, 1996.
- *Derecho y razón*, teoría del garantismo penal, prólogo de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Edit. Trotta, 1995.
- GARGARELLA, ROBERTO: *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- KELSEN, HANS: *La garantía de la jurisdicción constitucional*, Madrid, Edit. Debates, 1985.
- LAPORTA, FRANCISCO J.: "Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo", en *Historia de la ética*, vol. 3 (Victoria Camps, editora), Barcelona, Edit. Crítica, 1989.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS: "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", en *Claves de razón práctica*, núm. 32, 1997.
- MADISON JAMES, ALEXANDER HAMILTON y JOHN JAY: *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.
- MAIER, JULIO B.: "La impugnación del acusador: ¿Un caso de non bis in idem?", en *Ciencias penales*, revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, núm. 12, año 8, San José, 1996.
- "Las prohibiciones de valoración probatoria, en el procedimiento penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, Centro de Estudios Penales, Universidad de Antioquia, 1999.
- MOTTA, CRISTINA: "Intereses y derechos: La transición al Estado social", en AA.VV., *Ética y conflicto*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo Editores y Edic. Uniandes, 1995.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1992.
- OROZCO ABAD, IVÁN y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho-IEPRI, 1997.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4ª ed., Barcelona, Edit. Tecnos, 1991.
- PÉREZ RESTREPO, BERNARDITA: "Elementos para la recepción de la doctrina del 'bloque de constitucionalidad' en nuestro orden jurídico", en *Berbiquí*, Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, núm. 4, Medellín, 1995.
- PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY, VANEGAS YEPES, ALBA LUCÍA y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, CARLOS MARIO: *Estado de derecho y sistema penal*, Medellín, Díké y Universidad de Antioquia (Instituto de Estudios Políticos), Colección Sistema Penal (dirigida por Juan Oberto Sotomayor Acosta), 1997.
- PRIETO SANCHIS, LUIS: *Estudio sobre los derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Debate, 1990.
- RAMÍREZ MONSALVE, ÉDGAR: "Gobernabilidad y crisis política en Colombia", en AA.VV., *Políticas públicas y gestión social*, Medellín, Edición del Municipio de Medellín, 1997.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR AUGUSTO: "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", en AA.VV., *Nueva interpretación constitucional*, Medellín, Díké y Universidad de Antioquia, 1997.

- ROXIN, CLAUS, GÜNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN: *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Edit. Ariel, 1989.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y LOUIS FAVOREU: *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, Edit. Civitas, 1991.
- SERRANO GÓMEZ, ENRIQUE: *Legitimación y racionalización, Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, Barcelona, Edit. Anthropos, 1994.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO: *El debido proceso penal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- UPRIMNY, RODRIGO: "El desafío de la reforma al Proceso Penal: ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y de la investigación criminal en Colombia", en *Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia* (Alfredo Fuentes y Jaime Enrique Granados, editores), Santa Fe de Bogotá, Corporación excelencia en la justicia, 1999.
- VARGAS, ÁLVARO: "¿Es realmente neutra la norma procesal?", en *Temas procesales*, núm. 9, Revista del Dentro de Estudios de Derecho Procesal, Medellín, 1989.
- *La Fiscalía General de la Nación, desde el "Sueño de la Mariposa"*, Ibagué (Colombia), Forum Pacis, 1998.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1987.
- *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO: "Dimensión política de un poder judicial democrático", en *Perfiles liberales*, eds. 33 y 34, 1993 y 1994.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil*, Valladolid, Edit. Trotta, 1999.

## Cómo se atenta contra la libertad en el proceso penal

Hernando Londoño Jiménez\*

A la memoria del doctor Jesús María Valle Jaramillo, denodado defensor de los Derechos humanos

1. *Por parte del funcionario judicial.* Digamos, en primer lugar, que la situación se presenta cuando el funcionario se desentiende de aquella conducta prudente que le aconseja la norma de procedimiento, como es la de intentar primero una indagación previa a fin de establecer si realmente se está en presencia de la comisión de un delito y si hay imputado conocido. Cuando en lugar de tan prudente comportamiento judicial, el fiscal o el juez abre de una vez la investigación y ordena la captura del acusado y le recibe indagatoria, así le resuelva favorablemente su situación jurídica absteniéndose de dictarle medida de aseguramiento, *atentó contra la libertad individual por su ligereza o imprudencia en el procedimiento a seguir.* Desde luego que se podrían ofrecer muchas hipótesis donde sería verdaderamente ingenuo decretar una indagación preliminar, ya que frecuentemente se presentan casos de la *evidencia del hecho punible y de la autoría de los mismos.*

2. *Las órdenes de captura.* A nuestro juicio, las órdenes de captura solo deberían producirse *contra reconocidos delincuentes*, contra aquellas personas que por las circunstancias mismas del delito que se les atribuye, se pueda suponer que de ser citadas no comparecerían, o que su localización resultaría difícil para la administración de justicia. Pero la verdad es que las órdenes de captura proliferan en el medio judicial, resultando muchas veces que *no era necesaria o no se justificaba o era*

\* Abogado penalista. Tratadista de derecho penal.

*improcedente*, como cuando el acusado una vez rendida la indagatoria al resolverle su situación jurídica es dejado en libertad, por falta de mérito para una medida de aseguramiento; o resulta que dicha orden de captura pudo haberse sustituido por una simple citación, porque dada la personalidad del imputado, su posición en la sociedad, el ningún riesgo de que se declarara en rebeldía y en contumacia, no se podía pensar que desatendiera dicha citación. El ideal en esta materia debería ser siempre el de primero investigar y después detener, si hay mérito para ello, pero no como se hace con mucha frecuencia, detener para después investigar, resultando muchas veces que esa investigación conduce a la libertad del sindicado por cualquiera de las causas de procedimiento, consumándose así un atentado contra la libertad en forma injustificada. El cuestionamiento por estas anomalías ha provenido del mismo fiscal general de la nación, quien le ha informado al pueblo colombiano que de los 280.412 procesos en los que se citó a una persona a indagatoria en 1998, solo una cuarta parte de ellos terminaron con resolución acusatoria, de donde resulta que el 75% de las personas restantes fueron desvinculadas de la investigación porque no se encontraron pruebas suficientes para acusar. Esto indica en forma clamorosa y preocupante la ligereza con que se expiden órdenes de captura o se cita para indagatoria, cuando en ambas situaciones procesales no se debería proceder sino cuando exista una seria prueba que lo justifique.

Estas capturas, aun siendo justificadas, deberían cumplirse con la mayor discreción posible, sin los alardes de fuerza y de autoridad con que generalmente se acompañan. El espectáculo que a veces producen estas capturas, con mucha frecuencia de personas que nunca tratarían de fugarse, de eludir el cumplimiento de las mismas, es verdaderamente lamentable: la persona capturada, por la forma en que se produjo, se deprime más, es más hondo su dolor moral por una captura espectacular, que por la misma detención. Y los medios de comunicación social le dan mayor resonancia a esta medida que a cualquier providencia en contra del acusado. Es tanto el pánico que produce una orden de captura, que los imputados quisieran tener en las respectivas oficinas judiciales una especie de espía que les informara la expedición de tan temible orden, para correr a presentarse. A los capturadores poco les importa arrebatar a sus víctimas de los brazos de sus esposas e hijos, o sacarlos de la fábrica en presencia de todo el personal, o de la oficina judicial para mayor vergüenza de su titular. Un día, en forma deliberada y perversa, se escogió precisamente la hora en que un abogado hablaba en audiencia pública para capturarlo, lo cual no tenía sino el infame propósito de avergonzarlo tanto frente al público asistente como al personal judicial que presidía la causa. Con razón dijo un día VOLTAIRE: "La manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos".

3. *El auto de detención.* Ojalá que desapareciera de la cultura popular aquella frase casi afrentosa para la administración de justicia cuando se dice que "un auto de detención no se le niega a nadie". Y es que la verdad que tanto desmoraliza a la sociedad y afecta la buena imagen de la justicia es que las medidas privativas de la libertad sin los fundamentos substanciales, son muy frecuentes; a la postre ha resultado que el sindicado no era el autor de los hechos, o que nunca existió prueba que ameritara su

detención preventiva, o que había obrado dentro de alguna de las causales de justificación o de inculpabilidad, cuando no es que se le ha detenido por un delito que apenas merecía caución. Cuántas veces lo que ha sido una simple sospecha, o varias sospechas, el funcionario judicial, como por arte de magia, las convierte en serios indicios de autoría. Por eso hemos dicho en uno de nuestros libros que "cuando se habla de sospecha, se está haciendo referencia a una situación determinada que es más producto de la imaginación que de la realidad, de algo que tiene características de la duda, de una especie de presunción amenazada del riesgo de ser equívoca. Por apelar a ella dentro del proceso penal y tomarla de fundamento para decisiones judiciales en contra del sospechoso, se incurre repetidamente en los errores judiciales, cuando con esa base se ha atropellado la libertad individual y conculcado las garantías del debido proceso. Esta es por lo tanto una gravísima aberración del proceso penal, causa del inhumano hacinamiento en las prisiones, factor de tantas funestas consecuencias en la vida familiar y social de los detenidos y motivo sensible del alarmante desdibujamiento de la imagen de la justicia". Es que aquel requisito del grave indicio de responsabilidad para poder detener preventivamente, es desatendido con mucha frecuencia en las decisiones judiciales, por lo cual al apelar la medida de aseguramiento, se revoca, o al calificar el mérito del sumario, sin que la prueba haya variado en el aspecto incriminativo, el proceso termina necesariamente con una preclusión. Tal vez pensando en estas graves situaciones es por lo que se ha consagrado en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal que cursa en el Congreso de la República, que para detener preventivamente se necesitan dos indicios graves de responsabilidad.

Sería un tema demasiado atractivo, pero imposible de desarrollarlo ahora, el de la injusticia y la inconveniencia de la detención preventiva dentro del proceso penal tal como existe en muchas legislaciones, entre ellas, la nuestra. Baste con decir que los más grandes juristas antiguos y modernos la censuran con diferentes criterios, no aceptándola sino en ciertas condiciones, entre ellas, la de su estricta necesidad para asegurar la práctica de las pruebas. La mayor parte de ellos consideran la prisión preventiva como una pena anticipada, lo cual violaría el principio de la presunción de inocencia y de la prohibición de imponer una pena sin juicio previo. Y para no mencionar sino a BECCARIA, su pensamiento luminoso de hace dos siglos fue: "Siendo una especie de pena, la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga... La simple custodia de un ciudadano hasta tanto sea declarado reo... debe durar el menor tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda: no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos".

4. *La resolución acusatoria.* Las mismas críticas hechas contra la facilidad y la imprudencia con que se dictan providencias de detención preventiva, se podrían decir contra las resoluciones acusatorias. Y no es que las absoluciones que después se producen sean porque la prueba para condenar sea más exigente que la de la resolución acusatoria, sino porque el juez de primera o de segunda instancia absolvió al acusado, bien porque era inocente, o por la inexistencia del delito, o porque el procesado había

obrado dentro de una causal de justificación o de inculpabilidad. O lo más grave e insólito, como el caso contado públicamente por el Fiscal General. Un magistrado que por espacio de 25 años había honrado su investidura, la misma Fiscalía se encargó de mancillarla, al acusarlo de prevaricato por no resolver un proceso que nunca estuvo en su despacho. Año y medio estuvo privado de su libertad en su propio domicilio, destrozado moralmente, con el estigma de un delito ignominioso para un administrador de justicia como es el prevaricato, hasta cuando la Corte Suprema de Justicia lo declaró inocente.

5. *La sentencia.* Pero también cuando se condena, se pueden cometer injusticias, atropellos a la libertad individual, porque el juez no estudió a fondo el proceso, porque malinterpretó la prueba, porque se negó sin fundadas razones a admitir los indicios de inocencia, porque, en fin, no atendió el mandato legal que le prohibía dictar sentencia condenatoria si en el proceso se carece de la prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del acusado. Es una certeza, a la que se llega por la vía del convencimiento que produce en el espíritu la prueba de convicción, es la certeza moral que no permite ninguna hipótesis que la contraríe, ninguna duda que le reste fuerza de convicción, ninguna probabilidad en concreto de incurrir en error de apreciación de la prueba para condenar. Y es bueno recalcar que esa certeza a la que tiene que llegar el juez, no puede ser sino el resultado de una evidencia probatoria, que no le deje ninguna hesitación en torno a la real comisión del hecho punible y de que el procesado es responsable de él. Si esa evidencia no existe, se impone la absolucón y como consecuencia de ello la libertad del reo.

Por todo esto, parece que sean más los inocentes sometidos al inhumano calvario de un proceso penal, que los culpables que hayan tenido que ir a prisión. Lo que quiere decir que muy a menudo la justicia se alimenta con los errores judiciales. Prueba de ello es que las condenas resultan ser muy inferiores a las absoluciones, a las cesaciones de procedimiento, a las preclusiones, a las revocaciones de medidas privativas de la libertad. Es la terrible paradoja de una justicia que se convierte en injusticia cuando se atropella el garantismo penal y pierde legitimidad la búsqueda de la verdad. Por eso dijo don QUINTILIANO SALDAÑA: "La justicia penal es un teatro donde cada día se representa el doloroso drama de un ciudadano que está en peligro inminente de ser víctima de un error judicial".

Es lo que estamos viendo con alguna frecuencia en resonantes procesos penales, sin contar con las causas de los humildes que no trascienden a los medios de comunicación. Lo que viene a significar que funciona una perturbadora y perjudicial manera de ejercer la función investigadora y juzgadora. De pronto existe la desgraciada idea de medir la eficacia de las pesquisas por la vinculación de personas al proceso en calidad de sindicadas; o puede ser también que la mentalidad del investigador tenga una marcada inclinación carcelera. Y con dicho enfermizo criterio, se llenan las prisiones de inocentes. Es necesario, entonces para que el ciudadano común no pierda del todo la fe en la justicia, que los fiscales, los jueces, los magistrados, demuestren mayor respeto por la libertad individual; que cuando dicha libertad sea necesario restringirla, por mandato

de la ley y de la justicia, sea con las mayores probabilidades de que no se va a incurrir en un error judicial, porque un solo día de prisión injustamente, es un pecado capital de la justicia humana. Pasaría a ser cierta la imprecación de SAMUEL LEIBOWITZ en *Sala de jurados*: "Oigo que mucha gente grita: 'Castigad al culpable'; pero muy pocos se preocupan por reivindicar al inocente".

6. *El defensor.* No existe duda de que una falta de adecuada defensa de los pobres sigue siendo uno de los más graves problemas de la justicia penal. Por eso, los soberanos amantes de la libertad, los gobernantes respetuosos de la justicia, los legisladores protectores del derecho, siempre han tenido conciencia de que en la firme garantía de la defensa del acusado en el proceso penal, se revela el grado de libertad de un pueblo y la medida de su cultura jurídica. Con razón el rey Alfonso *el Sabio* la defendió en sus *Partidas* al proclamar que los acusados habían menester de ella "por mengua de su saber razonar o por miedo o por vergüenza o por no ser usados en los pleitos, no pierdan sus derechos".

Además, la ausencia de defensa o la prestación precaria de la misma es el campo más expedito y peligroso para incurrir en un fatal e irreparable error judicial; este es el clamor que siempre se ha escuchado de la doctrina, de la jurisprudencia, de la cátedra y de los mismos estrados judiciales. La literatura jurídica nos ha revelado el drama tremendo de tantos prisioneros que sufrieron condenas injustas por las pobres y menegadas defensas que en vano pretendieron en su mediocridad sus absoluciones.

Han existido siempre abogados que por negligencia o incapacidad llevan en sus conciencias el terrible cargo de haber dejado condenar a los inocentes que les confiaron la defensa de sus causas. Con razón la edificante lección de ALTAVILLA: "La labor del abogado tiene una serie de finalidades —hacer que brille la inocencia— para rodearla de un halo de nobleza. Solo quien no conoce las tremendas angustias de un proceso por indicios, que a veces es como una tupida red de apariencias mentirosas que ahogan a un inocente, puede no darse cuenta del valor social de esta profesión. La fatalidad o la maldad dan origen a veces a tan impresionantes coincidencias, a tan perturbadoras apariencias de pruebas, que, si falta el defensor, puede ser condenado irremisiblemente un hombre limpio de culpa".

El defensor como custodio de las garantías dentro del proceso debe estar atento al reconocimiento de todos los derechos del procesado; cuando no lo hace, está atentando contra su libertad, porque esas garantías tienen que ver con la presunción de inocencia, con la práctica de pruebas de descargo, con los derechos a excarcelación y reconocimiento de los subrogados penales, con el contrainterrogatorio a los testigos de cargo, con la declaratoria de nulidades por violaciones al debido proceso y muchas circunstancias más que si no son atendidas oportunamente por el defensor, pueden traer consecuencias desfavorables para la libertad del procesado. Esos defensores que pasan por el proceso penal como convidados de piedra, sin inmutarse por los peligros procesales contra su defendido, como cuando no solicitan pruebas, no contrainterrogan, no apelan, guardan silencio durante los traslados para alegar, o cuando lo hacen, es pobremente, sin emoción, sin profundidad, sin responsabilidad, deberían ser desterrados del

ejercicio profesional. Estas negligencias e irresponsabilidades de los defensores han sido causa para que muchos inocentes o sindicados que alguna justificación tenían para el hecho cometido, hayan sido condenados muchas veces a penas elevadas. No pueden vivir con mucha tranquilidad de conciencia aquellos abogados que por su negligencia o irresponsabilidad dejaron perder las causas que les encomendaron, con la conclusión de condenas a veces injustas contra sus defendidos. Sin defensor no puede haber justicia. El defensor cumplidor de sus deberes, es la plena garantía que puede ofrecer el Estado sobre la legalidad del proceso y la justicia de una condena o de una absolución.

Este pensamiento es esclarecedor sobre la misión que debe cumplir el defensor frente a la administración de justicia. No es ni puede concebirse como el adversario o contraparte del juez, así esté luchando por la libertad, por la absolución del acusado. El pensamiento del jurista español, JOAQUÍN RUIZ PÉREZ, ilustra este criterio: "Quiénes hacen justicia son los jueces; pero son los abogados sus postulantes. Aquellos, además de justos, han de ser claros; pero estos, los abogados, maestros de la dialéctica, son los que dan cuerpo a la pretensión y, como ha sostenido BECERRIL, se constituyen en partícipes no solo eminentes sino necesarios, en la tarea de justicia, cuyo camino enderezan y señalan. Cuando se ejerce la abogacía con devoción, de un modo continuado, con dedicación exclusiva, se llega a formar una de las más altas estructuras espirituales".

7. *La ley.* La ley es naturalmente la causa originaria de los atentados contra la libertad individual. Cuando una mentalidad carcelera, estimulada casi siempre por los ministros de justicia de turno, por el fiscal y procurador general de la nación, la misma norma jurídica se encarga de proyectar las restricciones a la libertad individual dentro del proceso penal; es cuando se limitan con rigor las causales de excarcelación o la aplicación de los subrogados penales, al igual que cuando se amplían los casos en los que procede la medida de aseguramiento con detención preventiva, o se duplican los términos para resolver situación jurídica, calificar el mérito del sumario, realizar la audiencia pública o dictar sentencia.

Con incredulidad hemos visto cómo los ponentes en dichos códigos son personas sin generales de la ley con estas materias jurídicas, porque aun siendo abogados, carecen de toda experiencia en las lides del procedimiento penal. Muchas veces son códigos inspirados en un verdadero terrorismo de Estado, porque la filosofía o los principios que los alientan, es la de intimidar a la comunidad con el rigor de las leyes, con la aplicación inhumana de las penas, con la avaricia legislativa en torno a los beneficios que puedan recibir sindicados y condenados. A todos les parece en su ignorancia e ingenuidad, que mientras mayor sea la severidad en el tratamiento del delito y del delincuente, menores serán las violaciones a la ley penal. Falso. La historia atormentada del derecho penal no ha podido demostrar que las severidades contra la libertad individual puedan haber disminuido la comisión de delitos, así como está comprobado históricamente que la implantación de la pena de muerte no ha disminuido la criminalidad, ni que la abolición de la misma haya aumentado la delincuencia. La pena no intimida. VÍCTOR HUGO recordaba cómo al pie de los patíbulos se han cometido los más abominables crímenes. Y la historia universal recuerda con mayor bondad a SOLÓN y

Licurgo, sabios legisladores que supieron atemperar las penas, que a DRACÓN, nombre con el cual la humanidad asocia siempre las leyes injustas y arbitrarias, crueles e inhumanas. Y ahora mismo, dos grandes hombres, el uno de hace dos siglos y el otro de hace un siglo, CESARE BECCARIA y FRANCESCO CARRARA, siguen siendo paradigmas de lo que debe ser el pensamiento jurídico en materia de respeto por la libertad individual, por lo cual sus enseñanzas y doctrinas todavía se invocan donde quiera que se piense en legislaciones amonadas con el espíritu de respeto por la libertad individual. En cambio, los pontífices del positivismo, como RAFAEL GAROFALO y ENRICO FERRI nada constructivo en estas materias nos han enseñado, porque ambos, so pretexto de cuestionar el principio de la presunción de inocencia, fundamento de la libertad dentro del proceso penal, abogaron por una rígida y draconiana legislación en estas materias. En cambio, BECCARIA y CARRARA, como lo recuerda LUIGI FERRAJOLI, censuraron con autoridad el procedimiento inquisitivo de la detención preventiva. Y muchos otros cuyos calificativos contra dicha institución fueron los de "atrocidad", "barbarie", "injusticia e "inmoralidad" de la prisión preventiva, entre ellos, PAGANO, BENTHAM, CONSTANT, LAUZÉ DE PERET, FILANGIERI, CONDORCET, quienes abogaron por su "limitación, tanto en la duración como en sus presupuestos, a las "estrictas necesidades" del proceso. Y LUIGI FERRAJOLI, a nuestro juicio, el más grande jurista de estos tiempos, sentenció:

"Yo pienso, por el contrario, que la misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo solo sobre la base de un juicio. Por otra parte, todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años. Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio*". Para no hacer resaltar sino esta última frase, es pacífica la tesis de que la prisión preventiva es una verdadera pena, por lo cual el encarcelamiento preventivo sí contradice aquel principio universal de que no hay pena sin juicio previo. El mismo Iluminismo ilustrado en cabeza de DIDEROT, para explicar la atrocidad que significaba para él la pérdida de la libertad dentro del proceso penal con el eufemismo de medida cautelar, decía: "Si resulta que el hombre es inocente, ha sido encarcelado, ha perdido su crédito y su fortuna, sus relaciones se han visto perturbadas, él está, a veces, destrozado por el asunto, su salud está alterada, y es absuelto sin indemnización. La ley toma todo al culpable y no restituye nada al inocente. Uno puede sentirse muy dichoso escapando de ella". Pero aquí y en todas partes, agregamos nosotros, esas fugas de la prisión, muchas veces de gentes inocentes que quieren escapar de esos cementerios de vivos, de esas mazmorras de horror donde se incubaba tanta inhumanidad, crueldad e injusticias, esas fugas se convierten en indicios de culpabilidad y de fundamentos para una injusta condena.

## Construcción, de(s)construcción y reconstrucción del proceso penal de la modernidad\*

Álvaro Vargas\*\*

Antecedida por la efervescente atmósfera del renacimiento e inaugurada por los descubrimientos geográficos y científicos de los siglos XV y XVI<sup>1</sup>, la edad histórica hoy denominada moderna, en conjunción con el particular talante de los cultivadores de la filosofía y de la ciencia en el siglo XVII<sup>2</sup>, suministró el contexto intelectual adecuado para que los heraldos de la ilustración europea del siglo XVIII<sup>3</sup> se aplicaran al empeño de formular, como ideólogos del naciente *capitalismo concurrencial* [CAPELLA: 120], un vasto proyecto de modernización, en líneas generales concebido a la manera de una especie de cruzada universal en pro del *desencantamiento del mundo* [HORKHEIMER/ADORNO: 59], entendiendo por tal la pretensión de colocar a *la razón* en el sitio privilegiado que hasta ese momento hacía usufructuado *la fe*.

\* Ponencia presentada por el autor en las JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL ("Por un derecho jurisdiccional científico"), escenificadas en la ciudad de Medellín los días 12, 13 y 14 de abril de 2000.

\*\* Profesor de derecho procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

<sup>1</sup> Piénsese, nada más, en la incorporación al mapa universal del "Nuevo Mundo" y en la concepción heliocéntrica, originaria —en la astronomía— de la célebre "Revolución Copernicana".

<sup>2</sup> Recuérdense, en lo filosófico, las cimeras figuras de F. BACON y R. DESCARTES, aunadas a las de GALILEO e I. NEWTON, en lo científico.

<sup>3</sup> Un inventario mínimo de sus representantes no podría omitir nombres como los de MONTESQUIEU, BECCARIA, ROUSSEAU, KANT y VOLTAIRE, para mencionar solo unos pocos.

Contemporáneamente designado con el nombre —indistintamente peyorativo o encomiástico— de modernidad, el proyecto en referencia no solo comportó la definitiva instauración, en el plano epistemológico, de la irreductible *dualidad sujeto-objeto* implícita en el *cogito* cartesiano (en correlativo desmedro del mágico carácter unitario de aquella medieval *conciencia participativa*, por virtud de la cual cada *miembro de este cosmos participaba directamente en su drama* [BERGMAN: 16]), sino que, extrapolado hacia los ámbitos jurídico y político, aparejó la sustitución del otrora *necesario e inmutable orden natural* sobre el cual se apoyaban el derecho y el Estado (según lo predicaba en el antiguo régimen el binomio aristocracia-clero), por un *orden* completamente distinto, a todas luces *contingente y artificial*, posibilitado —en lo económico— por la progresiva consolidación del capitalismo a expensas del irreversible colapso del modo de producción feudal.

Ahora bien, en cuanto fruto de la razón —ya para entonces desmembrada por el *logos* ilustrado en su doble manifestación de *pura o especulativa y práctica u operativa*—, el *nuevo orden* encargado de legitimar el derecho y el Estado no podía obedecer a nada distinto que a una proyección directa de la *ratio* sobre la *actio*, materializada en un omnipotente *señorío de la voluntad*, expresado a cada paso (tanto en el dominio de lo público como en el de lo privado) a través de la proteica figura jurídica del *contrato*, en lo sucesivo utilizada no solo para dar cuenta de la propia existencia del Estado (hipotéticamente concebido como el resultado de un presunto *pacto* supuestamente acordado entre los hombres al acceder del *estado de naturaleza* al de miembros de la *sociedad política* [CAPELLA: 116]), sino de todo el entramado de relaciones impuestas por las *leyes del mercado*.

Así, en palabras de su más reverenciado profeta, la fundación mítica del Estado vía contrato estaba llamada a servir, en su momento, a la necesidad de suministrar una hipótesis plausible de cara a la solución del *problema fundamental* (absolutamente inédito en la *premodernidad* por causa de la irrecusable vigencia del paradigma teocrático sobre el particular) de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes” [ROUSSEAU: 165].

De idéntica manera, en la misma medida en que las *relaciones de dominación* anejas a los regímenes feudal y absolutista entronizaban la *desigualdad* como *algo natural*, el nuevo estado de cosas suponía (también como *algo natural* e inherente a la *dignidad humana*) la existencia de un puñado de *derechos-libertades*<sup>4</sup> [OROZCO A./GÓMEZ A.: 67], hoy comúnmente asociado, al unísono con el dogma de la *separación de poderes*, al *Estado (liberal individualista) de derecho*, cuya plena vigencia —por tratarse de las condiciones mínimas necesarias para *contratar* o participar en términos de *igualdad* en el *mercado*— le correspondía asegurar en todo momento a la ley, con-

<sup>4</sup> Son los clásicos derechos individuales, denominados también *derechos de la primera generación (derechos de)*, en oposición a los sociales o *derechos de prestación (derechos a)*, pertenecientes a la *segunda generación*.

cebida por los ilustrados como la exteriorización de la *voluntad general* aplicada a resolver sobre asuntos del mismo carácter y elevada, por lo tanto, a la categoría de instancia *productora de libertad* [GARCÍA DE ENTERRÍA: 25] e inidónea, por ende, para la obtención de cometidos ajenos al bien común. He aquí (desarrollado por el propio ginebrino) el argumento medular al respecto:

“Pero cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, solo se considera a sí mismo; y si entonces se establece una relación, es del objeto entero, desde un punto de vista, al objeto entero, desde otro punto de vista, sin ninguna división del todo.

“Entonces, la materia sobre la que se estatuye es general, como la voluntad que estatuye. Este acto es lo que yo llamo una ley. (...)”

“Sobre esta idea, se ve en seguida que no hay que preguntar a quién corresponde hacer leyes, puesto que estas son actos de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, puesto que es miembro del Estado; ni si la ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto para sí mismo; ni cómo se es libre o se está sometido a las leyes, puesto que estas no son sino registros de nuestras voluntades” [ROUSSEAU: 182-183].

Naturalmente, en contextos como los anteriores, el adjetivo *general* que acompaña al sustantivo *voluntad* no alude propiamente a la de *todos* —a secas—, sino a la de *todos*, en cuanto pertenecientes a la clase social cuya gesta comenzaban a cantar los autores de la epopeya de la *modernidad*. Ello porque —asi suene a paradoja—, si bien por obra tanto de las expediciones interoceánicas como de los hallazgos de la ciencia ya no era *obvio* que la tierra fuera plana ni que el sol girara alrededor de ella, todavía después de inaugurada la *edad de la razón* (cuando al influjo de la ética de moda había dejado de ser *obvio* que hubiera esclavos o siervos *por naturaleza*), seguía siendo, empero, *obvio*, que aquel inmenso sector de la población indistintamente llamado *el pueblo, el público, el vulgo o la plebe*, afectado *por naturaleza* de una especie de incapacidad endémica para discernir el bien del mal, debía continuar bajo la tutela de algo o de alguien, lógicamente distinto de la Iglesia Católica, el señor feudal, la aristocracia o el monarca.

En la pluma de aquel a cuyo nombre se asocia generalmente en lo político el mito del pacto fundacional<sup>5</sup>, el tema concerniente a la antedicha *minusvalía popular* (esta vez avalada, curiosamente, por la *razón*) le es planteado al lector —¡obviamente *ilustrado!*— en estos términos:

“¿Cómo una multitud ciega que a menudo no sabe lo que quiere, porque no suele saber lo que es bueno para ella, ejecutaría por sí misma una empresa tan grande, tan difícil, como es un sistema de legislación? El pueblo, por sí mismo, quiere siempre el bien, pero no siempre lo ve por sí mismo. La voluntad general es siempre recta, pero el juicio que la guía no siempre es claro. Es preciso hacerle ver las cosas tales como son, a veces tales como deben parecerle, mostrarle el buen camino que busca, preservarle de la seducción de las voluntades particulares, acercarle a los ojos los lugares y

<sup>5</sup> Por encima, inclusive, de T. HOBBS, cuyo *Leviathan* había aparecido a mediados del siglo XVII.

los tiempos, contrapesar la atracción de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males lejanos y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos necesitan guías. Es preciso obligar a los unos a conformar sus voluntades a su razón; es preciso enseñar al otro a conocer lo que quiere. Entonces, de las luces públicas resulta la unión del entendimiento y de la voluntad en el cuerpo social: de aquí el exacto concurso de las partes y, finalmente, la mayor fuerza del todo. He aquí de dónde nace la necesidad de un legislador” [ROUSSEAU: 183-184].

Trasladando al campo de su especialidad el mismo planteamiento, el inequívoco adalid de la *ética de la ilustración* (vale decir, aquella especie de *ética contractual* en pro de cuya restauración hoy los rapsodas<sup>6</sup> de las sociedades *pos(t)-industriales* contemporáneas), ensaya, por su parte, la siguiente argumentación:

“En una palabra: la ciencia (buscada con crítica e iniciada con método) es la puerta estrecha que conduce a la sabiduría, si por esta se entiende no solamente lo que debe hacerse, sino lo que ha de servir de guía a los maestros para allanar y hacer cognoscible el camino a la sabiduría, que cada cual debe recorrer, y poner a los demás a cubierto de extravíos: una ciencia cuya guardiana debe seguir siendo siempre la filosofía, en cuyas sutiles investigaciones no debe intervenir para nada el público, aunque sí debe interesarse por las doctrinas que son las que podrán ilustrarlo con la debida claridad después de haber sido elaboradas de este modo” [KANT: 173].

No perder de vista, en discursos del estilo de los recién evocados, la dialéctica implícita en prácticas tan recurrentes en los ilustrados como la de sustituir un mito por otro (para ocultar *develando*) o la de racionalizar lo irracional (para *segregar igualando*), que no en vano fueron denunciadas en su día por los —certestamente llamados— *tres maestros de la sospecha*<sup>7</sup> [DESCOMBES: 16], constituye, entonces, la primera y más elemental cautela a adoptar cuando se aborda, desde la *pos(t)modernidad*, el análisis de cualquier institución (como —por ejemplo— la procesal), para precaver el yerro metodológico de confundir el todo con la parte, que suele infortunadamente aparejar la secuela política consistente en alinearse —de una vez y para siempre— en uno cualquiera de los dos bandos dedicados en la actualidad a loar o a demostrar, en forma acrítica e indiscriminada, todo cuanto concierna o se relacione, directa o indirectamente, con la *modernidad*.

Lo anterior no puede ser de otra manera, porque —como se ha escrito con acierto— “el proyecto socio-cultural de la modernidad es un proyecto muy rico, capaz de infinitas posibilidades y, como tal, muy complejo y sujeto a desarrollos contradictorios. Se asienta en dos pilares fundamentales, el pilar de la regulación y el pilar de la emancipación. Son pilares, complejos de por sí, constituidos cada uno por tres principios. El pilar de la regulación está constituido por el principio del Estado, cuya articulación se debe principalmente a HOBBS; por el principio de mercado, sobre todo dominante en la obra de LOCKE; y por el principio de la comunidad, cuya formulación domina toda la filosofía política de ROUSSEAU. A su vez, el pilar de la emancipación

<sup>6</sup> Bajo la égida de los *neoilustrados* J. HABERMAS y J. RAWLS.

<sup>7</sup> K. MARX, F. NIETZSCHE y S. FREUD, agudos críticos de la ideología de la ilustración.

está constituido por tres lógicas de racionalidad: la racionalidad estético-expresiva del arte y la literatura; la racionalidad moral-práctica de la ética y del derecho; y la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y de la técnica” [SANTOS: 87-88].

A la luz de todo lo hasta aquí expuesto, en modo alguno puede considerarse, entonces, extraño, que, tras las huellas de los ilustrados, el jusprivatista POTHIER hubiera luego utilizado el polifuncional esquema del contrato para explicar la naturaleza del proceso, pues —tal como tuvo a bien recordarlo alguna vez el más lúcido procesalista de habla hispana—, “la otra propensión del siglo XVIII fué la de examinar los fenómenos jurídicos y sociales bajo la especie del contrato. Fueron concebidos, así, como contratos, el matrimonio, la letra de cambio, la asociación...y hasta la convivencia social. Entre el pensamiento de POTHIER cuando fundamenta la cosa juzgada en el contrato privado y el pensamiento de ROUSSEAU cuando busca la explicación de la convivencia humana en el contrato social, existe una diferencia de escala, pero no de esencia. El pensamiento de POTHIER es microscópico; el de ROUSSEAU es macroscópico” [COUTURE: 48-49].

Por su exclusiva referencia a la esfera civil, la concepción del proceso como contrato —en sí misma efímera— no tuvo ninguna resonancia en el ámbito penal, donde el blanco de la crítica implacable de los ilustrados<sup>8</sup> (según lo testimonia la más conocida obra producida por la vertiente italiana del movimiento<sup>9</sup>) lo constituyó el *modelo inquisitivo* de juzgamiento, cuyas instituciones —después de haber alcanzado un elevado nivel de depuración en el seno de la Iglesia Católica<sup>10</sup>— habían sido luego trasplantadas por los monarcas del absolutismo a la Europa laica, en atención a que, en lo político, *este método es el que mejor se adapta a los regímenes despóticos* [CARRARA: 301], no tanto por la *primacía de la escritura* o por la *tarifación de la prueba* que le son propias, sino porque, a semejanza de lo que acontecía a la sazón con el poder en el Estado, propiciaba la *concentración de las funciones procesales* en unas solas manos, que, si no eran las del Rey, eran las de un funcionario (o esbirro) suyo, dotado del *encargo y poder especiales de investigar y perseguir los delitos* [CARRARA: 303], con el *concurso de denunciadores secretos* [IDEM: 304].

Así, previa *exclusión de la defensa* (cínicamente justificada con el argumento de que *ni el inocente la necesita ni el culpable la merece*), el prealudido monopolio del poder procesal era autoritariamente ejercido a lo largo de *interminables y secretos procedimientos*, que, en conjunción con el ininterrumpido *encarcelamiento preventivo del imputado*, hacían posible la sumisión del mismo a toda clase de *torturas* y vejámenes para obtener su *confesión*, erigida para infortunio de los sospechosos en la *reina de las pruebas* del sistema tarifario.

<sup>8</sup> Representados no propiamente por los juristas (en esa época —como en todas— defensores a ultranza de lo establecido), sino por *hombres de letras* del estilo de BECCARIA y VOLTAIRE.

<sup>9</sup> El monumental tratado (no por lo extenso sino por lo intenso) *De los delitos y de las penas*, anónimamente publicado en el año de 1764.

<sup>10</sup> Bajo la inspiración (obviamente *divina*) de los pontífices INOCENCIO III y BONIFACIO VIII.

Como es apenas lógico, ante semejante estado de cosas, la reacción ilustrada en nombre del *logos* y del *ethos* modernos (que exaltaban a la razón y a la *dignidad humanas* a la categoría de *piedras angulares* de la civilización) no podía hacerse esperar.

De veras, en cuanto pilar esencial del modelo de Estado favorito del pensamiento político del siglo XVIII<sup>11</sup>, el principio de la *separación de poderes*, una vez proyectado hacia la órbita del proceso penal, reclamaba la vigencia en ese campo —como necesario equivalente suyo— del postulado de la *desconcentración funcional*, que, además de proscribir la confluencia en un mismo órgano de las atribuciones de *acusar* y de *juzgar*, exigía la permanente intervención de un *defensor* llamado a enfrentarse en pie de *igualdad* con el acusador, en desarrollo de un debate sometido tanto al *veredicto* como al escrutinio del *pueblo* y no susceptible, por lo tanto, de ser adelantado a espaldas de este, en las tinieblas del *secreto*.

En idéntico sentido, de la proclamación de aquel núcleo irreductible de *derechos subjetivos* anteriores inclusive al propio Estado, emergía para el justiciable —en el terreno procesal— un vasto catálogo de prerrogativas en cuya cima descollaba la presunción de inocencia, de la cual se desprendían acto seguido, a modo de incluíbles corolarios, no solamente la *interdicción del encarcelamiento* cautelar como consecuencia del primado de la libertad, sino también el *in dubio pro reo*, que desplazaba hacia la acusación el *gravamen de probar* todo lo relacionado con el delito y la responsabilidad.

Por último, al propugnar el tratamiento de cada persona —fuera o no sospechosa de delito —como un *fin en sí misma* (prohibiendo en forma simultánea su *manipulación* o *cosificación* a cualquier título), es claro que la prédica de la moderna *ética contractual* en favor del *reconocimiento de la dignidad humana* estaba llamada a erradicar definitivamente de las actuaciones penales, al lado del horrendo espectro de la *tortura*, todas aquellas intolerables prácticas vejatorias propiciadas, como ya se dijo, por el sórdido manto de silencio que solía extender el *secreto* sobre los complejos ritos constitutivos del procedimiento.

En resumen, tal como lo ha señalado un estudioso concienzudo del tema, el nuevo modelo de proceso penal que —como intérpretes de la *modernidad*— defendían los ilustrados, “proponía, en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad de los debates, la libertad de la defensa y el juzgamiento por jurados. Unido a estas formas del procedimiento y a la manera de integrar la organización judicial, se erige el gran debate contra la tortura, como método para averiguar la verdad, y, algo menos explícito, la puja sobre el sistema de persecución penal que convenía a la nueva república, entre la acusación popular, sistema propuesto por los modelos republicanos griego y romano de la antigüedad y por el derecho inglés, y la persecución pública (estatal), principio fundamental de la inquisición. Todo alcanza su fundamento en la razón humana, fuente de todo derecho (natural), y en un profundo sentimiento humanitario hacia el ser humano” [MAIER: 106-107].

Transcurridos —no obstante— unos cuantos años, una vez cerrado el irracional paréntesis abierto por la revolución, con el advenimiento del siglo XIX (que diluyó el

legado de la *modernidad* en el sueño imperialista de Bonaparte), se procedió a instituir en Francia, a la sazón bajo la férula del corso, un inédito sistema de juzgamiento, animado por la heterodoxa pretensión de amalgamar el autoritarismo propio del modelo inquisitivo, con el liberalismo de corte individualista connatural a la ideología del *siglo de las luces*.

Consagrado acto seguido en el *Código de Instrucción Criminal* de 1808<sup>12</sup>, el esquema en referencia es actualmente conocido con el nombre de *sistema mixto*, claramente indicativo por sí solo— del carácter híbrido de su naturaleza, atinadamente descrito por el más ilustre de los penalistas italianos de la siguiente manera:

“La mixtura del juicio penal moderno consiste en hacer *dos procesos distintos*, uno de los cuales, en la primera forma de este nuevo proceso, es completamente inquisitivo; el otro tiene ciertas características de acusatorio. En este sistema hay que distinguir, pues, los dos períodos que lo componen.

“(…)

“En su primer período, el proceso mixto es *inquisitorio*.

“Instrucción *escrita*.

“*Secreto* absoluto.

“*Encarcelación* preventiva y segregación del imputado.

“*Dirección* de las investigaciones al arbitrio de un juez, que se llama juez instructor, con mayor o menor subordinación a los requerimientos del ministerio público.

“*Intervalo* arbitrario entre unos y otros actos.

“Procedimiento siempre *analítico*.

“*Decisión secreta*, o sin defensa o solo con defensa escrita, acerca del llamamiento del acusado a juicio o sobre su encarcelación provisional.

“(…)

“Al concluir ese primer período con el decreto de llamamiento a juicio, el proceso mixto pasa a su segunda etapa, en que asume el carácter de proceso *acusatorio*.

“Desde este momento empieza la *publicidad*.

“El ministerio público presenta un libelo en que se *formula la acusación* contra el reo, que así pasa de la condición de *indagatoriado* a la de *acusado*.

“Termina el *análisis* y comienza la *síntesis*.

“Se intima un juicio solemne, que deberá efectuarse a la vista del público.

“Se les da *comunicación* libre de todos los actos de la investigación, al procesado y a su defensor, que indefectiblemente debe asistirlo.

“Y se les da *noticia de los testimonios* de que se valdrá la acusación en el nuevo proceso.

<sup>12</sup> Precedido por los Códigos Civil y de Procedimiento Civil (que datan, en su orden, de 1804 y 1807) y sucedido por el Código Penal de 1810, este estatuto pertenece a la época de esplendor de la *codificación*, movimiento nacido como resultado de trasladar al campo legislativo las demandas de certeza, sistematización y exhaustividad formuladas por la *razón moderna*.

<sup>11</sup> Que lo era, según se dijo atrás (cfr. pág. 4), el liberal individualista de derecho.

"Integro el proceso se repite oralmente en la audiencia pública, y los actos del proceso escrito no tendrán valor si no se reproducen en el proceso oral.

"En la audiencia pública, en presencia del pueblo, del acusado y de su defensor, el acusador tiene que reproducir y sostener siempre su acusación, el acusado sus disculpas, los testigos y peritos sus afirmaciones, y el defensor expondrá sus motivos.

"La *sentencia* debe leerse en público.

Todo debe efectuarse sin *interrupción*, es decir, sin desviaciones a otros actos" [CARRARA: 310-313].

Como puede verse, a pesar de ser en la actualidad el modelo procesal más difundido, en el *sistema mixto* de juzgamiento fracasó estruendosamente, tanto en lo jurídico como en lo político (¡y ello explica justamente su éxito!), la tentativa moderna de construir —de la mano de la razón ilustrada— una propuesta de proceso penal compatible con el vasto proyecto de la modernidad. En lo jurídico, porque —tal como lo anticipa su propia denominación— el esquema no pasó de ser una simple yuxtaposición de instituciones procesales derivadas de ideologías jusfilosóficas absolutamente inconciliables, pero utilizadas a la manera de *módulos conceptuales* susceptibles de recíproco intercambio<sup>13</sup>, dependiendo de las concretas demandas de justificación teórica planteadas por cada situación. En lo político, porque —tal como había inveteradamente ocurrido a lo largo de los milenios anteriores—, en la pugna desatada en la Francia pos(t)revolucionaria entre quienes abrazaban todavía la causa de la ilustración y los interesados en consolidar las relaciones de dominación impuestas por el poder surgido de la revolución, el proceso penal de tipo mixto —al acomodar su primera etapa<sup>14</sup> al autoritario molde inquisitivo— terminó alineado, una vez más, en el bando de los encargados de escribir la historia (vale decir, el de los *vencedores* y —por ende— el de los *poderosos*), acaudillado en esa oportunidad por Napoleón.

Dicho de otra manera, cuando todavía el eco de la prédica de los *modernos* no se había extinguido, ya el proyecto de la *modernidad* había fracasado en su empeño de diseñar un instrumento procesal idóneo para confinar —dentro de claros, precisos e irrebasables límites— el ejercicio del poder en uno de los espacios más proclives al desbordamiento del mismo, como lo es el de la administración de justicia en lo penal, no en vano sujeto a permanentes *reformas*, *pos(t)reformas* y *contra-reformas* de carácter constitucional y legal.

Vistas así las cosas, cuando —casi dos siglos después de la prealudida derrota—, se convoca un evento como el presente, lo menos que cabe esperar (para que el mismo tenga algún sentido) es que la exhortación acuñada para promoverlo<sup>15</sup> constituya apenas un pretexto para posibilitar un ejercicio colectivo de reflexión en torno a tópicos como el aquí propuesto, con miras a determinar hasta dónde vale la pena retomar —o por lo menos *repensar* desde la perspectiva actual— el modelo de proceso penal hacia cuyo desarrollo parecía enfilar el proyecto de la *modernidad*.

<sup>13</sup> Dicha *intercambialidad* es la que ha hecho tan populares, en todos los campos, a las famosas posturas *eclecticas*, *intermedias* o *mixtas*.

<sup>14</sup> Que es precisamente la que —so pretexto de recolectar y asegurar *la evidencia*— suele comportar la mayor dosis de *violencia oficial* contra el procesado.

<sup>15</sup> Bajo la consigna poco feliz (pues —por serlo— casi ninguna lo es) de abogar *por un derecho jurisdiccional científico*.

Naturalmente, la necesidad de que lo anterior ocurra es —si cabe— todavía más clamorosa en el caso de Colombia, donde (por virtud de aquel cúmulo de particularidades que es preferible llamar —con un eufemismo— ¡nuestra idiosincrasia!), sin haber logrado sustituir siquiera el modelo inquisitivo (en algunos aspectos ligeramente atenuado) por el sistema procesal bonapartista, ya comienzan a escucharse *cautos de sirena* que invitan a diseñar —acogiendo las propuestas *pos(t)modernas* originarias de otras latitudes— una estructura procesal suficientemente *dúctil* para adecuarse a las exigencias de la *nueva ciencia criminal de la pos(t)modernidad*, pretendiendo así trasplantar categorías como las del *derecho penal del riesgo* (propio de las actuales sociedades pos(t)-industriales con sus plantas nucleares, sus avenidas pródigas en carriles para el tráfico vehicular de alta velocidad y sus piratas vía internet) a unos heterogéneos asentamientos humanos, que —hacinados en los cinturones de miseria de las grandes ciudades o abandonados a su suerte en apartados caseríos— no solo no disponen siquiera de una vía de penetración carretable o de un teléfono público comunal o veredal, sino que carecen —incluso— de servicios tan esenciales como el suministro de agua potable.

#### BIBLIOGRAFÍA (IM)PRESCINDIBLE

- BERGMAN, MORRIS: *El reencantamiento del Mundo*, 5ª ed., trad. de Sally Bendersky y Francisco Huneens, Santiago de Chile, Cuatro Vientos Editorial, 1995.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN: *Fruta prohibida*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- CARRARA, FRANCESCO: *Programa de derecho criminal*, Parte general, vol. II, 2ª ed., traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1973.
- COUTURE, EDUARDO J.: *Introducción al estudio del proceso civil*, 2ª ed. (reimp.), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.
- DESCOMBES, VINCENT: *Lo mismo y lo otro*, trad. de Elena Benarroch, Madrid, Ediciones Cátedra, 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ª ed., Madrid, Civitas Edic., 1999.
- HORKHEIMER, MAX/ADORNO, THEODOR W.: *Dialéctica de la ilustración*, 3ª ed., trad. de Juan José Sánchez, Madrid, Editorial Trotta, 1998.
- KANT, IMMANUEL: *Crítica de la razón práctica*, 4ª ed., trad. de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Editorial Losada, Buenos Aires, 1961.
- MAIER, JULIO B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, t. I, vol. b), Buenos Aires, Editorial Hammurabi S. R. L., 1989.
- OROZCO ABAD, IVÁN/GÓMEZ ALBARELLO, JUAN GABRIEL: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1999.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres/El contrato social*, trad. de José López y López y Consuelo Berges, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *De la mano de Alicia*, trad. de Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998.

## El indígena ante el derecho penal

*Hernando León Londoño Berrío\**

*Alicia Eugenia Vargas Restrepo\*\**

"Para despojar a los indios de su libertad y de sus bienes, se despoja a los indios de sus símbolos de identidad (...). Desde los frailes y funcionarios del reino colonial, hasta los misioneros de las sectas norteamericanas que hoy proliferan en América Latina, se crucifica a los indios en nombre de Cristo: para salvarlos del infierno, hay que evangelizar a los paganos idólatras. Se usa el Dios de los cristianos como coartada para el saqueo (...).

"Los doctores del Estado moderno, en cambio, prefieren la coartada de la ilustración para salvarlos de las tinieblas, hay que civilizar a los bárbaros ignorantes. Antes y ahora, el racismo convierte al despojo colonial en un acto de justicia. El colonizado en su sub-hombre, capaz de superstición pero incapaz de religión, capaz de folclore pero incapaz de cultura: el sub-hombre merece trato sub-humano, y su escaso valor corresponde al bajo precio de los frutos de su trabajo. El racismo legitima la rapiña colonial y neo-colonial, todo a lo largo de los siglos y de los diversos niveles de humillaciones sucesivas. América Latina trata a sus indios como las grandes potencias tratan a América Latina".

(EDUARDO GALEANO, *Ser como ellos y otros artículos*)

A la memoria del maestro JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO, un imprescindible, por la autenticidad de su lucha y la dignidad de su vida; y quien, además, reivindicaba su raíz indígena.

### INTRODUCCIÓN

Las normas penales que han tenido vigencia durante gran parte de la historia de nuestra República, incluyendo el actual Código Penal, han

\* Profesor de criminología y derecho penal especial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

\*\* Abogada. Especialista en derecho penal de la Universidad de Antioquia.

partido siempre de la visión del mundo de la cultura hegemónica y dominante y, consecuente con ello, se han construido categorías jurídicas de explícito contenido discriminatorio para las comunidades indígenas, que son minoritarias en el territorio colombiano. Ello ha dado pábulo, entre otras cosas, al sometimiento de dichos pueblos a las vicisitudes del sistema de control punitivo de origen estatal, con lo cual se ha desconocido la existencia del derecho y de la jurisdicción indígenas, que parten de una cosmovisión que prohija valores y formas de control social, que se diferencian sustancialmente del primero.

Por esta razón, comenzamos con un breve recorrido histórico en el que describimos el régimen jurídico-penal que ha existido para el indígena en Colombia, para luego tratar de responder en qué medida el mismo ha servido como un instrumento de discriminación y de violencia. Y por ser este un estudio dogmático y político criminal, nos proponemos también aproximarnos al papel que ha jugado la doctrina, para conocer si sus teorías “científicas” son un intento por legitimar un sistema de control social servil a un proyecto de discriminación racial, o si por el contrario, los juristas se han colocado al lado de las minorías “vencidas” y han reivindicado lo justo y legítimo que resulta rendirle tributo al carácter pluricultural y pluriétnico que identifica a nuestra sociedad y que es una de sus mayores riquezas.

Además, con la expedición de la Carta Política de 1991, producto de una correlación de fuerzas que dio oportunidad a una representación de los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente, la cual fue minoritaria, se le reconocen a estos plurales derechos, entre los cuales se cuentan el de regirse por su propia legislación y el derecho a una jurisdicción especial. A ello se suma la creación en este mismo estatuto de la Corte Constitucional, a la cual se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

Lo anterior constituye una oportunidad privilegiada para evaluar si la citada corporación, en lo que tiene relación con el derecho y la jurisdicción indígenas, ha sido guardiana de los valores y principios y derechos consagrados en la Carta, y si ha hecho de ella “norma de normas” (Const. Pol., art. 4º). En virtud de ello nos hemos dado a la tarea de estudiar los fallos que la misma ha emitido, tanto con motivo del control de constitucionalidad, como cuando ha sido máxima instancia de la jurisdicción en materia de la acción de tutela.

Toda la reflexión contenida en este ensayo, ha estado guiada por dos interrogantes: ¿Qué legitimidad puede tener una cultura hegemónica y políticamente dominante en un Estado, para obligar a las minoritarias que coexisten en el mismo territorio a someterse al control social que la primera ha creado, a partir su particular concepción de la sociedad y de su cultura? ¿Qué solución jurídica es posible construir de cuyos contenidos se pueda pregonar que respetan la democracia, la igualdad y la justicia, valores a los cuales debe servir cualquier régimen político que sea consecuente con el paradigma de Estado constitucional de derecho?

En este ensayo pretendemos dar respuesta a estos interrogantes, con humildad naturalmente, porque si algo hemos aprendido, es que el monopolio del saber o de la verdad, no es patrimonio de ninguno, o al menos, no de nosotros. Y también porque con los precarios instrumentos de nuestra disciplina, el derecho, no podemos dar cuenta cabal de la complejidad que es propia de la realidad social que estudiamos. Por tal motivo, somos plenamente conscientes de la importancia de la participación en el debate de otras disciplinas, lo cual permitirá tener una visión holística del problema y un piso más firme para las soluciones posibles y legítimas<sup>1</sup>.

## I. TRATAMIENTO PENAL DEL INDÍGENA

### A) Tratamiento legislativo

1. *En vigencia de la Constitución de 1886.* La Constitución de 1886 no mencionó lo indígena en parte alguna de su texto, lo cual resultaba consecuente con el hecho de que en dicha Carta se prescribía el carácter unitario de la república y suponía la existencia de una sociedad monocultural. La filosofía política y jurídica de la cual esta Constitución era tributaria, consideraba legítimo homogeneizar cultural y políticamente a todos sus habitantes y, por tal motivo, los pueblos nativos deberían ser “aculturizados”, o lo que es lo mismo, claudicar de su cultura, lengua, territorios, formas organizativas propias, de su jurisdicción, para que poco a poco fueran integrándose a la sociedad y a la cultura para ese entonces hegemónicas.

“Protección y civilización” fueron las premisas que inspiraron la política respecto de los indígenas en este período de nuestra historia. Y en desarrollo de las mismas y ante conflictos surgidos en este contexto histórico, se promulgó la ley 89 de 1890, la cual compendia la normatividad que tradicionalmente ha constituido el eje central de la legislación indígena en Colombia. En materia penal, que es la que ahora nos interesa, los indígenas fueron clasificados en “salvajes”, “indígenas en transición a la vida civilizada” y los reducidos a la vida civil. Esta clasificación obedeció a un proceso de subvaloración de las culturas, lo que se mantuvo por mucho tiempo y llevó a los gobiernos a la institucionalización de la discriminación racial<sup>2</sup>, porque el Estado colombiano se negaba a reconocer, como hecho político y jurídico, la existencia de sociedades y pueblos que en su historia y en sus manifestaciones concretas no correspondían a lo que se podría denominar “el mundo occidental”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Del mismo criterio, GLADYS YRURETA, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1981, pág. 8.

<sup>2</sup> La sent. C-139 de 1996, magistrado ponente doctor Carlos Gaviria Díaz, declaró inexecutable los artículos de la ley 89 de 1990, que trataban a los indígenas como “salvajes” y que ordenaban su reducción.

<sup>3</sup> GLADYS JIMENO SANTOYO, destaca como deficiencias más significativas de la ley 89 de 1890, las siguientes: a) justificó la política asimilacionista del Estado basada en la convicción de la superioridad de la cultura occidental; b) facilitó el establecimiento de esclavos en el proceso de colonización en, o en el

En el Código Penal de 1936 no se hizo una expresa regulación del tratamiento jurídico penal del indígena. Lo cual sí acontece con el Código Penal de 1980, en el que de nuevo se supone una base cultural común a todos y de conformidad con ello se prescribe la aplicación del mismo para toda persona que lo infrinja en el territorio nacional (art. 13)<sup>4</sup>.

Este Código, para dar solución al conflicto que representa la violación de la ley penal por parte de los indígenas, procede a diferenciarlos: de una parte, los que han sido "aculturizados", esto es, han introcctado los valores que subyacen a las normas penales, a los cuales declara responsables penalmente como imputables; del otro, los que todavía permanecen anclados a los referentes valorativos de su propia cultura y ello les inhibe conocer la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad a las exigencias del derecho positivo, a los cuales los considera inimputables por "inmadurez psicológica" y los sanciona con la "medida de seguridad" de reintegro a "su medio ambiente natural" (arts. 31 y 96).

El concepto de "inimputabilidad" por "inmadurez psicológica" lo único que logra es continuar con la discriminación hacia las culturas diferentes a la "mayoritaria" y dominante, con el pretexto de contar con una supuesta base científica<sup>5</sup>. Además, es indudable que la inimputabilidad es tomada aquí como un juicio de descalificación, de invalidación del sujeto, convirtiéndolo en un ser inferior e incapaz<sup>6</sup>.

2. *A partir de la Constitución de 1991.* Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se da comienzo a una nueva fase en las relaciones entre las minorías

interior de los territorios ancestrales indígenas, con el propósito de promover su asimilación rápida y su ascendente desaparición como pueblo; c) fundamentó la implementación de políticas encaminadas a la destrucción de lenguas, costumbres, formas de educación, justicia y producción que les ha sido característica, con lo cual negó la diversidad etno-cultural (véase a GLADYS JIMENO SANTOYO y OTROS (1998), *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Concepto de la Dirección General de Asuntos Indígenas 1995-1998, Retos de la Nación Diversa*, núm. 2, Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, Santa Fe de Bogotá, pág. 177).

<sup>4</sup> HERNÁN DARÍO BENÍTEZ NARANJO (S. I.), "Situación del indígena ante el régimen penal. Estado actual y perspectivas", en AA. VV., *Memorias del Simposio de Antropología Jurídica: Normas formales-costumbres legales*, Santa Fe de Bogotá, pág. 126; quien afirma: "El Código Penal de 1980 parte de una base cultural común a todos, cuya tabla de valores tiene un rango único y exclusivo, el cual es entendido por todos los que están bajo el imperio de la ley. Esto está consagrado en el art. 10 cuando dice: "La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ellas". Se supone entonces que por el solo hecho de conocer la promulgación de la ley el destinatario de la misma se halla en condiciones de evitar la vulneración del interés jurídico que la ley pretende proteger, pero para eso hay que suponer a esos destinatarios universales, sintonizados en una misma frecuencia cultural, o suponer equivale entonces a imponer".

<sup>5</sup> En este sentido JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA señala: "Se recurre ahora al concepto de inimputabilidad para discriminar las culturas menores" ("La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible", en revista *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996, Madrid, pág. 91).

<sup>6</sup> Véase más sobre esto, *infra*, I.B.A.

étnicas y el Estado colombiano. Se presenta un verdadero cambio en el tratamiento del indígena, al consagrar la diversidad étnica y cultural como fundamento de la nacionalidad, al reconocer derechos fundamentales para dicho ejercicio (territorio, lengua, enseñanza, libertad de culto) y al prescribir la autonomía en la gestión de sus intereses. En el campo penal, dicha transformación se da cuando en forma explícita se reconoce la jurisdicción indígena y se le respeta a esta la competencia para juzgar los conflictos que tienen como protagonistas a los integrantes de la respectiva comunidad, de conformidad con su propio derecho<sup>7</sup>.

El tratamiento del indígena ha adquirido en esta Constitución un relieve que nunca tuvo en toda la historia constitucional, al consagrar principios que marcan el rompimiento radical con la anterior etapa de reducción. Esos principios son agrupables en tres:

- Principio del reconocimiento y de la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Const. Pol., art. 7º).
- El reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (Const. Pol., art. 70).
- Principio de la autonomía normativa y judicial, consagrado en el artículo 246 de la Constitución Política en los siguientes términos: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República".

Con lo anterior, los miembros de las distintas comunidades indígenas ya no solo son ciudadanos colombianos, y por tanto, titulares de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales que en la Carta se consagran para todos los nacionales, sino que además son reconocidos como pueblos que tienen una cultura diferente, con derecho a existir como todas las demás. Por ello cabe decir, con SAMPEDRO ARRUBLA, que esta nueva Constitución "se convirtió en un pacto social donde los pueblos indígenas adquieren una nueva dimensión geopolítica"<sup>8</sup>.

### B) Tratamiento en la doctrina

La doctrina jurídico penal relativa al indígena que mayor difusión ha tenido en los círculos académicos e institucionales de nuestro país, se caracteriza por lo siguiente: de un lado, ha sido la construida casi en forma exclusiva por personas que pertenecen a nuestro margen cultural; del otro, sus elaboraciones dogmáticas han tenido como

<sup>7</sup> En idéntico sentido, JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1996, pág. 262.

<sup>8</sup> JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, "Aproximación a la problemática indígena en Colombia", en Año Europeo Contra el Racismo, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 11, San Sebastián, 1997, pág. 222. Véase, así mismo, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-380 de 1993; T-428 de 1992; T-342 de 1994; T-496 de 1996; SU-510 de 1998.

referente casi exclusivo la legislación penal positiva contenida en los Códigos Penales. Esta situación ha variado en parte a partir de la Constitución de 1991, porque aunque continúa el predominio de doctrinantes de nuestro margen cultural, algunos de estos han prohijado los principios de pluralidad cultural y jurídica, expresamente reconocidos en el cuerpo normativo aludido y, consecuentes con ello, reivindican la necesidad del respeto a la jurisdicción especial indígena (Const. Pol., art. 246).

En este acápite, entonces, vamos a ocuparnos de las tesis doctrinales más ampliamente difundidas en nuestro medio, las cuales sistematizamos con el fin de hacer más comprensibles, tanto los supuestos políticos y jurídicos de los cuales parten, como las observaciones críticas que consideramos válidas y pertinentes, para finalizar con una toma de posición sobre el problema que nos ocupa.

1. *El indígena como inimputable por inmadurez psicológica.* Esta tesis es la asumida por ESTRADA VÉLEZ, con fundamento en el actual Código Penal, de cuya comisión redactora hizo parte el autor. Sobre el asunto que nos ocupa, expresa:

“El Código Penal regula integralmente la materia y particularmente la actividad delictual de los indígenas y determina en el artículo 31 cuándo pueden ser declarados inimputables. De ahí que se hubiera suprimido el artículo específico para ellos que aparecía tanto en el proyecto de 1974 como en el de 1978, puesto que se consideró que el problema de los indígenas los resuelve sin dificultades, a través del concepto de inmadurez psicológica...”. Esta posición la asume porque como él mismo lo ha expresado “no cabe duda de que el individuo que ha nacido y vivido en un medio cultural y social primitivo y limitado alejado de los bienes de la civilización, no posee un psiquismo maduro, desarrollo que le permita comprender en muchos casos los fenómenos que pueden suceder en un medio que contrasta violentamente con el suyo”<sup>9</sup>.

Suscriben la misma tesis, GIRALDO ÁNGEL<sup>10</sup>, REYES ECHANDÍA<sup>11</sup> y PÉREZ<sup>12</sup>.

2. *El indígena como una categoría que engloba diversos supuestos y que determinan un trato diferenciado por la ley penal.* Por ser nuestro Código Penal el marco

<sup>9</sup> FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 1ª ed., Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1981, págs. 273 y 274.

<sup>10</sup> JAIME GIRALDO ÁNGEL, “Inimputabilidad penal e inmadurez Psicológica”, en *Derecho penal y criminología*, núm 16, 1982, pág. 31; allí expresa: “Para los indígenas que viven en condiciones infrahumanas, lo mismo que para los miles de colombianos que están en la misma condición, opera, sin lugar a dudas, la causal de inimputabilidad por carencia de un adecuado desarrollo de su capacidad intelectual, es decir, por inmadurez psicológica”.

<sup>11</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Parte general, 6ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979, págs. 135 y 137; quien afirma que el indígena no civilizado bien puede ser considerado inimputable “... al faltarle la madurez intelectual necesaria para convivir en el medio social y al no lograr adecuar su comportamiento a las exigencias del grupo, incurre así en hechos delictivos”.

<sup>12</sup> LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 13; en donde expresa: “Los indígenas no civilizados pueden considerarse hoy como inmaduros psicológicamente, clasificación excesivamente rígida, pero que, en definitiva, puso fin a las discusiones en torno al problema”.

normativo en el cual surgen estos desarrollos doctrinarios, procedemos a indicar que la única norma que en dicho estatuto se menciona al indígena es el artículo 96, que regula las medidas de seguridad para inimputables, que en su último inciso prescribe: “Cuando se tratare de un indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”. Esta norma es preciso integrarla con el artículo 31 del Código Penal, el cual define el concepto de inimputabilidad<sup>13</sup>.

FERNÁNDEZ CARRASQUILA es del criterio que esta medida de seguridad se aplica exclusivamente a los indígenas “no civilizados”, esto es, a los que pueden llegar a verse afectados de “inmadurez psicológica de origen cultural”<sup>14</sup>. Lo anterior no excluye la posibilidad de que si se dan los requisitos previstos por el Código Penal (decr. 100 de 1980), se le reconozca al indígena un error de prohibición invencible, exonerándolo de responsabilidad, o la inimputabilidad por otros supuestos (minoría de edad, trastorno mental), caso en el cual se le impondrían las medidas de seguridad prescritas en la ley (arts. 94 y 95), o se le excluiría de las mismas si la inimputabilidad tiene origen en un trastorno mental transitorio del cual no quedaron “perturbaciones mentales” (art. 33, inc. 2º).

Esta tesis la fundamenta el autor en el principio de igualdad, con el argumento de que no existen razones para que, por consideraciones raciales, se excluya al indígena de circunstancias legales que comportan exclusión de la culpabilidad o de la pena. Y el indígena que no se encuentre en los supuestos antes indicados, responde penalmente (como culpable o como inimputable), porque de lo contrario se entronizaría también un trato desigual con fundamento en la raza<sup>15</sup>.

Consideramos que el *principio de igualdad* que el autor aduce para fundamentar su tesis de que a los indígenas “civilizados” los debe juzgar la jurisdicción del Estado de conformidad con lo estipulado en el Código Penal, sirve mucho más para darle respaldo a la tesis contraria. Y hacemos esta aseveración porque la desigualdad objetiva

<sup>13</sup> “Art. 31.—*Concepto.* Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”.

<sup>14</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILA, *Derecho penal fundamental*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 246 y 247; allí este autor afirma: “... lo que sí exige, pues, es que el indígena, para quedar sometido a tan peculiar y curiosa «medida de seguridad» (...), sea incapaz de comprender la ilicitud de sus acciones conforme al criterio del orden jurídico nacional, o incapaz de acomodarlas a las valoraciones que dicho orden impone, cuestión de hecho que habrá que acreditar caso por caso. Es algo que nada dice respecto a la capacidad concreta de los indígenas para comprender los valores de su propia comunidad o «subcultura» y dirigir su conducta de acuerdo con ellos, campo en el cual el sujeto puede desenvolverse perfectamente como «maduro». De todos modos, el juicio de inimputabilidad del indígena, que se funda en una «inmadurez» evidentemente cultural y no «psicológica», solo puede pronunciarse con base en un dictamen antropológico”.

<sup>15</sup> Véase *ibidem*, pág. 248, en donde se dice: “Lo que no puede admitirse es que la sola calidad racial de ‘indígena’ determine automáticamente la absolución penal por invencible ‘error de prohibición’ con respecto a cualquier delito, pues ya esto resulta contrario al principio de igualdad de las personas ante la ley y en definitiva se concreta en una tesis más paternalista que la del ‘indígena inmaduro’, y de-paso deja sin protección al resto de la comunidad”.

que los pueblos indígenas tienen en múltiples aspectos, hace necesario un trato especial para sus comunidades y sus culturas, y una de las formas de expresarse constitucionalmente el mismo es a través del respeto y el apoyo a la jurisdicción indígena, y a sus formas autónomas de control social<sup>16</sup>.

VELÁSQUEZ, por su parte, entiende que el concepto de “inmadurez psicológica”, como causa de inimputabilidad, debe ser definido normativamente para comprender eventos de “inmadurez cultural”, los cuales para él tienen mucha importancia “en sociedades pluriculturales en diversos estadios de desarrollo”. Y a renglón seguido aduce que la medida de seguridad especial regulada en el artículo 96-2 está destinada al “indígena inimputable por inmadurez psicológica”, esto es, indígenas que por sus especiales condiciones pueden presentar “estados de inmadurez que los tornen inimputables ante la ley penal”<sup>17</sup>. Y con insistencia anota el autor que lo anterior no significa que, por la sola condición de indígena, se considere a la persona como inmadura, como tampoco lo son los patrones culturales de su etnia o comunidad, que son tan respetables como los del resto de pobladores.

Respecto de los indígenas que no estén en las condiciones de “inimputabilidad por inmadurez psicológica”, perfectamente pueden encontrarse en situaciones constitutivas de inimputabilidad por otras causas (enfermedad mental permanente o transitoria, menor de edad), y en tal evento se les aplican las medidas de seguridad especiales previstas en el Código Penal<sup>18</sup>. Y culmina su análisis lamentando que no se haya desarrollado la jurisdicción indígena, tal como la prevé la Carta Política, lo cual ha permitido la vigencia de normas que discriminan legalmente a los ciudadanos aborígenes: “Como es obvio, se está ante un capítulo más de discriminación legal con los ciudadanos aborígenes, a quienes se sigue segregando y maltratando, pese a las declaraciones de la Carta Fundamental en el sentido de que se debe desarrollar una ‘jurisdicción especial’ que permita a las autoridades de los pueblos nativos ejercer funciones judiciales de conformidad con sus propias normas, siempre y cuando no pugnen con la Constitución (Const. Pol., art. 246)”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Suscribe esta misma tesis, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, cuando expresa: “... tras una larga historia de genocidio y etnocidio, de políticas de exclusión o integración impuestas, la eliminación de la discriminación no puede ser lograda a través de la mera igualdad formal frente a la ley (...), los derechos étnicos deben ser concebidos y contextualizados como derechos de pueblos y colectividades para poder proteger en forma adecuada, bajo la forma de derechos humanos, a los individuos que pertenecen a dichos pueblos o comunidades. Esta es la posición asumida por las minorías étnicas cuyo argumento es que los derechos universales no bastan y que sin disposiciones que obliguen a los Estados no solo a abstenerse de interferir en los derechos colectivos de las minorías, sino también a proveer respaldo activo al goce de tales derechos, los grupos minoritarios estarán siempre en desventaja dentro de una sociedad más amplia” (*La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 1998, pág. 158).

<sup>17</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, págs. 574 y 575.

<sup>18</sup> *Ibidem*, págs. 769 y 770.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 770.

Lo que expresa el profesor VELÁSQUEZ, nos merece varios comentarios: en primer lugar, si el Código Penal vigente es un capítulo más del arsenal de instituciones que discriminan al indígena y que agreden sus derechos fundamentales, entre ellos el de la jurisdicción especial, de ello se infiere que la regulación que en el mismo se hace de la “responsabilidad penal del indígena”, no puede ser válida desde el paradigma de Estado constitucional de derecho y a luz de los principios que son consustanciales a este modelo político. Sobre estos presupuestos lo pertinente dogmáticamente es afirmar la invalidez e ilegitimidad de las instituciones del Código Penal relativas al indígena, y no hacer un esfuerzo interpretativo que dé pábulo a su permanencia. En segundo lugar, la jurisdicción especial indígena en muchas comunidades tiene una historia de varios siglos, y la Carta Constitucional no hizo sino rendirse ante lo notorio de su vigencia y de su legitimidad, lo cual permite pregonar que aquella no requiere tanto de “desarrollo”, sino más bien de respeto y apoyo por parte del Estado<sup>20</sup>. Finalmente, consideramos desafortunada la alusión a sociedades con “diversos estadios de desarrollo”, pues da cabida a entender que existe un solo modelo de desarrollo, respecto del cual las sociedades tienen una mayor o menor aproximación. Más apropiado resulta comprender que existen diversas concepciones de “desarrollo” en lo cultural, lo económico, lo social y político, cada uno con autonomía y legitimidad, que da lugar a plurales cosmovisiones cuya vigencia simultánea enriquece a la sociedad que las engloba.

De otro lado, sobre la perspectiva analítica asumida por estos autores, ya había hecho serios reparos VÉLEZ VÉLEZ cuando afirmó que “no se puede forzar el término de «inmadurez psicológica», propio de la psicología, hasta el punto de que llegue a convertirse en un problema cultural, ni mucho menos racial”<sup>21</sup>.

Además, es indudable que el Código Penal tiene una matriz etnocentrista, que minimiza la cosmovisión de las minorías indígenas por considerarla en un estado inferior a la cultura “mayoritaria” y dominante<sup>22</sup>. De tal lastre difícilmente pueden sus-

<sup>20</sup> Es pertinente señalar que las formas como se ejerce la jurisdicción indígena, ni son uniformes, ni son estáticas. Por el contrario, en cada una de las comunidades tiene una especificidad propia; y en unos casos tiene vigencia de siglos y, en otros, está en proceso de reconstrucción como forma de apuntalar su identidad. Y en lo que sí existe consenso entre los diversos pueblos indígenas, es de la necesidad de un apoyo del Estado, porque se carece de recursos y de suficiente organización para asumir plenamente sus responsabilidades. Véase sobre esto, BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ, “La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional”, en *Observatorio de la Justicia Constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre Editores, 1998, pág. 337.

<sup>21</sup> LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ, “El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el nuevo Código Penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 11, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 360.

<sup>22</sup> Lo mismo puede decirse del proyecto de ley para reformar el Código Penal vigente, en el cual se hace caso omiso de los aportes de nuestra doctrina más calificada, así como también de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que han definido el régimen penal del indígena, a partir de las prescripciones de la Carta Política que reconocen la pluralidad cultural y jurídica, y que aceptan la plena legitimidad de la jurisdicción especial indígena. Y afirmamos esto del proyecto porque en él se insiste en calificar al indígena como inimputable, no ya por “inmadurez psicológica”, sino por “desadaptación sociocultural”. La etimología de las palabras usadas no deja duda de que se parte de la premisa de la existencia de una cultura y sociedad “adaptadas”, que no puede ser otra que la que se expresa en el derecho positivo; las restantes expresiones culturales y jurídicas existentes en el país se les reputa inferiores y, por consiguiente, “desadaptadas”.

traerse conceptos como "inimputabilidad por inmadurez psicológica", por tener las mismas fuentes de inspiración que las del Código en el cual se inscriben. De allí que todo intento de hacer construcciones doctrinales sobre conceptos con origen tan espurio, resulte la mayoría de las veces infructuoso y contraproducente, por la dificultad para establecer distancias de las raíces teóricas que los inspiraron<sup>23</sup>.

3. *El indígena como inculpable por un problema de comprensión culturalmente condicionado* (Error de prohibición). Esta propuesta es planteada por ZAFFARONI en el sentido de considerar inculpable al indígena que "en razón de un error de prohibición invencible de su parte (...) no puede internalizar la norma en forma que pueda captar, aceptar y comprender la prohibición"<sup>24</sup>.

En la doctrina extranjera adhieren a esta posición MUÑOZ CONDE<sup>25</sup> e YRURETA<sup>26</sup>, en tanto que en la doctrina nacional esta tesis ha sido sostenida por BENÍTEZ, cuando plantea:

"El Indígena que delinque, en virtud de un condicionamiento cultural que no le permite detectar la antijuridicidad material del acto que realiza porque las pautas culturales internalizadas dirigen su entendimiento a otra forma de entender la realidad, no puede actuar con dolo, si por este se entiende el conocimiento valorado del hecho punible y la voluntad de su realización"<sup>27</sup>.

Aunque esta posición reconoce la pluralidad jurídica, al señalar como un elemento en la determinación del error el pertenecer a una cultura diferente, se trata de una tesis con limitaciones, pues como lo afirma SOTOMAYOR ACOSTA, solo resuelve los casos de comportamientos prohibidos por el derecho positivo y permitidos por el derecho indígena, porque en los supuestos en que el comportamiento está prohibido por las dos normatividades, no se puede argumentar error de prohibición<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> En este mismo sentido, la sent. T-496 de 1996, en la que se rechaza el uso del concepto de "inimputabilidad" para resolver el problema de la jurisdicción competente respecto de los "ilícitos" del indígena, por considerarlo "incompatible con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías" (*infra*, H.A.1). Véase también, a JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Responsabilidad penal del indígena en Colombia...", cit., pág. 94.

<sup>24</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1988, págs. 199 a 206.

<sup>25</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1990, pág. 148; allí nos dice: "... hablaremos de culpabilidad ante la violación de las normas penales en la medida en que el individuo haya llegado a internalizar, por medio de este proceso socializador, el contenido material de dichas normas".

<sup>26</sup> GLADYS YRURETA, *El indígena ante la ley penal*, cit., 1990, pág. 130; quien afirma: "... la solución técnica apropiada para eximir de pena a un indígena es acudir a una causa de inculpabilidad basada en falta de conocimiento de la antijuridicidad de la acción".

<sup>27</sup> HERNÁN DARÍO BENÍTEZ, *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 176.

<sup>28</sup> JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, op. cit., 1996, pág. 262; y posteriormente agrega: "Se desconocería la vigencia del derecho indígena y el pluralismo jurídico que nuestra

4. *Redefinición del concepto de "inimputabilidad" desde un marco político criminal*. Esta tesis doctrinal parte de replantear el concepto de inimputabilidad, para dotarlo de un contenido respetuoso de la dignidad humana, del principio de igualdad y del derecho de las diversas culturas a su propia cosmovisión. Entre quienes asumen esta perspectiva teórica sobresalen, en el pensamiento hispanoamericano, BUSTOS RAMÍREZ y SOTOMAYOR ACOSTA<sup>29</sup>. El primero de los mencionados, afirma: "el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no es un juicio sobre la capacidad de comprensión (del ilícito) y de actuar conforme a ella desde un punto de vista existencial, ya que ello es propio al ser humano, a su dignidad de persona, al negárselo involucra un juicio de invalidación o minusvalor que lo deja de partida incapacitado, segregado, a merced de los superiores (...), el hombre siempre actúa conforme a una determinada racionalidad, valoración (incluida la licitud o ilicitud), que puede no ser eso sí la hegemónica"<sup>30</sup>.

Este planteamiento propone además que el juicio de responsabilidad no se debe fundar en el reproche al sujeto por haber actuado típica y antijurídicamente pudiendo no hacerlo sino, por el contrario, en la exigibilidad, que obliga a conocer qué tanto le era exigible a ese individuo una respuesta diferente frente a las tareas concretas que le impone el sistema<sup>31</sup>.

Lo anterior conlleva al tratamiento del indígena en una forma diferente al considerar que la calidad de inimputable que le atribuye la ley no se fundamenta en su incapacidad o inferioridad, sino en pertenecer a una cultura diferente<sup>32</sup>, donde el principio de igualdad material obliga a que la jurisdicción indígena sea la que conozca de los conflictos de contenido penal en los que tenga participación el indígena.

La doctrina nacional que suscribe esta perspectiva analítica constituye un esfuerzo hermenéutico encomiable para hacer coincidir las prescripciones del Código Penal de 1980, con los valores y principios de la nueva carta constitucional. De ella debemos rescatar que parte del reconocimiento de la existencia de una pluralidad de grupos

Constitución Política reconoce y protege, pues en caso de conflicto siempre prevalecerá el derecho positivo, lo cual tiende a convertir el derecho indígena en un derecho marginal y de carácter dependiente y subsidiario: dependiente, por cuanto solo se entenderá válido mientras no contradiga el derecho estatal; y subsidiario, por cuanto solo será aplicable cuando no rige el derecho positivo estatal".

<sup>29</sup> *Ibidem*, Del mismo autor, "Responsabilidad penal del indígena en Colombia...", op. cit., págs. 89 a 96.

<sup>30</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas para un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 109.

<sup>31</sup> Significa entender: "... en primer lugar, que responsabilidad es exigibilidad y en segundo lugar, que la esencia de tal juicio lo constituye lo exigible a un sujeto concreto en una situación concreta. Lo que supone que el sistema halla proporcionado los presupuestos necesarios para que la persona tuviera a su alcance la respuesta exigida por dicho sistema" (véase JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Responsabilidad penal...", op. cit., 1996, pág. 94).

<sup>32</sup> Así se han pronunciado: JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, op. cit., 1996, pág. 263; RODOLFO STAVENHAGEN y DIEGO ITURRALDE (Comp.), *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, pág. 43; ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, "Aproximación criminológica...", op. cit., 1997, pág. 207.

culturales con autonomía en sus sistemas de valores, lo que legitima diferentes órdenes normativos y, por consiguiente, diversas formas de control social. Así mismo, suscribe una concepción del principio de igualdad cuyo contenido se corresponde plenamente con el paradigma de Estado constitucional de derecho, conforme al cual los pueblos indígenas, por su vulnerabilidad con motivo de las diversas violencias de las que históricamente han sido víctimas, merecen una especial protección, la cual debe abarcar tanto a sus autoridades, territorios, lenguas, modelos de desarrollo y sus concretas expresiones culturales, entre las cuales se encuentran sus específicas formas de resolver sus conflictos y de control social.

Tiene el mérito adicional que le suministra al juez un camino con solidez jurídica, para hacer cesar las pretensiones del sistema punitivo del Estado en contra de los indígenas, para darle paso a la jurisdicción especial, lo cual se logra por medio de la declaratoria de inimputabilidad.

5. *Tesis suscrita por los autores.* En el modelo de Estado constitucional de derecho, el carácter plenamente normativo de su Constitución obliga a que los *derechos fundamentales* consagrados en ella sean indisponibles e irrenunciables para todos los poderes que se expresan dentro de él. El poder judicial, en este modelo, tiene como obligación otorgar amparo a los derechos fundamentales y por eso debe interpretar las normas en el sentido que mejor favorezca a estos y, por ende, a la Constitución. En este modelo, la jurisdicción sufre un cambio cualitativo, cuya magistral descripción realiza PEÑA FREIRE cuando dice: "...la actividad jurisdiccional deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley y el poder judicial deja de ser un subalterno del legislativo (...). Frente al imperio de la ley, surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores constitucionales. El poder judicial se convierte en el guardián del derecho en su expresión constitucional: su función será la realización del Estado constitucional de derecho"<sup>33</sup>.

El reconocimiento constitucional de la pluralidad normativa, del cual es concreción la jurisdicción especial indígena, tiene sustento en diversos y relevantes principios y derechos fundamentales: la diversidad étnica y cultural; el carácter democrático de nuestras formas políticas; la igualdad en su prístino sentido. Y dado que la fuerza normativa de la Carta Política determina que no requiera mediación legal alguna para su eficacia, el juez puede aplicar directamente sus contenidos.

Por esa razón, el juez, en el caso colombiano, cuando verifique procesalmente que el imputado o procesado es un indígena, tiene el poder y el deber de decretar el en-

<sup>33</sup> ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Edit. Trotta, 1997, pág. 233. Véase, también, a GUSTAVO ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, op. cit., 1995, págs. 144 a 150. La Corte Constitucional suscribe el mismo concepto aquí expuesto. En la sent. T-406 de 1992, al abordar el concepto del *Estado social*, expresa que no es una "muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado", sino que comporta un cambio cualitativo, esto es, el surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave está resumido en la "pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos".

vío del proceso a las autoridades indígenas competentes para ello. No requiere que previamente declare al indígena inimputable, pues le bastarán para fundamentar su decisión las normas constitucionales que consagran la jurisdicción especial indígena. Y es preciso además que tenga siempre en cuenta que el fuero indígena, por tener la condición de derecho colectivo y fundamental, no es renunciable por el imputado ni por la autoridad judicial indígena, como tampoco disponible ni negociable por autoridad estatal alguna.

## II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En este acápite vamos a relacionar los fallos más importantes de la Corte Constitucional, en los que se ha ocupado del estudio de la jurisdicción y el fuero indígenas. Hemos considerado que el análisis de los mismos resulta más pertinente hacerlo a partir de los problemas nucleares de carácter político y jurídico que tales instituciones representan, como son: el fundamento político y jurídico, el cual, a su vez, define los conflictos que son competencia de la jurisdicción indígena (A); los criterios que sirven para determinar quién es indígena y que definen por lo tanto al titular del fuero (B); y los límites que nuestro ordenamiento jurídico establece para el ejercicio de dicha jurisdicción (C).

Pero este estudio no se limita a una labor descriptiva y sistematizadora de los fallos de nuestro máximo Tribunal, sino que además intenta valorar críticamente las teorías allí asumidas y los argumentos de diversa factura que las respaldan, para concluir, en algunos de los casos, tomando una posición propia respecto de cada uno de los problemas tratados.

### A) *Fundamento político y jurídico de la jurisdicción y el fuero indígenas*

Determinar el fundamento político y jurídico que da razón de la expresa consagración constitucional de la jurisdicción indígena, resulta esencial para resolver todos los problemas jurídicos que se suscitan con la misma, esto es, su extensión territorial, a quiénes cobija, los conflictos de los cuales debe ocuparse, sus límites, las autoridades que están investidas de la función jurisdiccional, etc.

Un intento por resolver este interrogante a partir de los contenidos de nuestra Carta, lo ha realizado la Corte Constitucional en las sentencias T-349 y T-496 del año de 1996.

#### 1. Sentencia T-496 de 1996, magistrado ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

a) *Argumentos de la sentencia.* Los argumentos de mayor importancia que en esta sentencia se vinculan con respecto al fundamento y al ámbito de aplicación de la jurisdicción especial indígena, son los siguientes:

En primer lugar, se reputa la Carta de 1991 como "resultado de un proceso participativo y pluralista", que condujo a que se prescribiese como obligatorio el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación (art. 7º), principio

que además se considera desarrollado en el artículo 70 de la misma Carta, el cual reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que viven en el país.

Se considera además que la caracterización de nuestro Estado como social y democrático de derecho, obliga al respeto por la diversidad cultural y étnica y de las necesidades que de la misma se derivan, como condición para la obtención de la justicia. Por tal motivo, el derecho nacional ha de adaptarse a las especificidades de nuestra realidad social, caracterizada por la pluralidad de cosmovisiones, lo cual comporta aceptar "la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo"<sup>34</sup>.

En segundo lugar, se afirma que la solución para el conflicto que se presenta entre el interés general y un interés particular protegidos constitucionalmente, debe estar guiada por "los elementos jurídicos" que proporcione el caso concreto "a la luz de los principios y valores constitucionales".

Se destaca que puede perfectamente presentarse un conflicto entre la unidad jurídica y política con el principio de autonomía cultural, cuya solución siempre ha de estar guiada por la singularidad de circunstancias del caso concreto.

En tercer lugar, se concibe la jurisdicción indígena como un derecho colectivo, cuyos límites se hallan en los derechos fundamentales tanto de los miembros de su comunidad o de personas ajenas a esta:

"El derecho colectivo de las comunidades indígenas, a tener su singularidad, puede ser limitado solo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a esta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad".

Se afirma además que el fuero indígena, institución derivada de la jurisdicción indígena, tiene como razón de ser garantizar el respeto "por la particular cosmovisión del individuo":

"Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo".

Se agrega que el fuero indígena lo componen dos elementos: uno de carácter *personal*, "el derecho" a ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad; y otro de carácter *geográfico*, que consiste en que cada comunidad

<sup>34</sup> Esta misma corporación, en otra oportunidad había dicho: "... El Estado Social de derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no solo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia" (scn. T-428 de 1992, magistrado ponente doctor Ciro Angarita Barón).

puede juzgar las conductas, siempre que ocurran dentro de su territorio y de acuerdo con sus propias normas.

Y de manera casuística procede a relacionar varias alternativas que se pueden presentar, para las cuales formula diversas soluciones:

1) Si la acción típica es cometida por un miembro de un "pueblo indígena" dentro de su territorio, atendiendo a las consideraciones territoriales y personales ya expresadas, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional.

2) Si el indígena, de manera individual, afecta a una persona que no es miembro de su comunidad, por fuera del ámbito geográfico del resguardo, la solución válida no siempre la dará la "regla general de territorialidad". El juez estará obligado a tener presente las siguientes consideraciones:

1ª. Cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la república son los competentes para conocer del caso. Pero adicionalmente el juez tiene "el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero".

Si por circunstancias accidentales el indígena entró en contacto con una persona de otra comunidad y su particular cosmovisión le inhibía la posibilidad de conocer la reprochabilidad de su conducta en el otro ordenamiento, se le deberá devolver a su "entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica".

Pero si por contactos con la "comunidad mayoritaria" conocía el "carácter perjudicial" del hecho, sancionado además por el ordenamiento jurídico nacional, en principio deberá ser sancionado conforme a los contenidos del "sistema jurídico nacional".

2ª. Si la conducta es sancionada en ambos ordenamientos, se concluye que "la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial". Pero incluso en estos supuestos el juez no podrá circunscribirse al aspecto territorial para definir la competencia, sino que le es obligatorio entrar a valorar plurales circunstancias para determinar la conveniencia o no de que el indígena sea juzgado y sancionado por su propia comunidad o por el sistema jurídico nacional.

Respecto de las materias que en concreto deben ser consultadas por el juez para tomar la decisión, la Corte Constitucional señala las siguientes: las culturas involucradas; la conciencia étnica del sujeto; su grado de integración frente a la cultura mayoritaria; el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece; la afectación del individuo frente a la sanción. En conclusión, "La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable".

Se anota en la misma sentencia que existen dos ventajas para la solución aquí propuesta:

La primera, no aborda el juzgamiento del indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad, la cual se reputa "incompatible con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad mul-

tiénica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías”.

La segunda, no equipara al indígena con los demás miembros de la sociedad, lo cual devendría ilegítimo “en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural” y por tanto, “ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse”.

Y se reitera que cuando el indígena es juzgado a la luz del derecho penal, no siempre debe ser tratado como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de su acto: “Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que esta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades”.

#### b) *Análisis de la sentencia.*

1) La sentencia plantea como existente un conflicto entre dos principios constitucionales: de un lado la unidad política que reputa un “interés general”, y por el otro, la autonomía de las diversas etnias y culturas, a la cual califica de “interés particular”.

La reducción de la autonomía cultural a “interés particular” no es una tesis pacífica y tampoco goza de mayor respaldo en la ciencia política actual. El paradigma de Estado constitucional de derecho, que prohija la misma Carta Política y que acepta como vigente la Corte Constitucional, tiene dentro de sus prescripciones la obligación para el Estado de reconocer y respetar la diversidad cultural y étnica de la nación, la cual por ser parte de nuestra riqueza colectiva, indefectiblemente adquiere la entidad de “interés general”<sup>35</sup>. Ello obliga además a una redefinición del concepto de Estado y de “unidad política”, porque como lo expresa DE SOUSA SANTOS: “... en los orígenes de la lucha de los pueblos indígenas por la autodeterminación se encuentra una crítica radical del Estado-nación (...). A través de la denuncia de la exclusión social y de la supresión política llevada a cabo en nombre de equivalencias falsas y abstractas entre nación, Estado y derecho, las luchas indígenas abren un espacio ideológico a la revisión radical de la obligación política vertical que subyace al Estado liberal y reclaman nuevas concepciones de soberanía (soberanía dispersa, compartida, polifónica) (...) la reivindicación de derechos colectivos y de autogobierno apunta a (...) nuevas intermeditaciones no corporativa entre el Estado y los ciudadanos y a distribuciones más equitativas de la igualdad y la diferencia (...), VARESE considera que “la unidad no im-

<sup>35</sup> En el mismo sentido, véase a GLADYS JIMENO SANTOYO y OTROS, *Hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, op. cit., 1998, págs. 189 y 190.

plica la unicidad. Este es el requisito civilizador por excelencia, que reconoce la multiplicidad como marco de conocimiento y de existencia y la interacción de las diferencias como el único ambiente propicio para la construcción de la civilización”<sup>36</sup>.

La jurisdicción indígena es un *derecho colectivo*, el cual se expresa en el respeto a las autoridades jurisdiccionales indígenas y a las formas de control que estas mismas tienen para la solución de los conflictos. Tiene como fundamento el derecho a su autonomía cultural y étnica, pues no existe duda de que el control social (formal e informal) que en tales comunidades existe, es parte esencial de su cultura. Y como dice ZAGREBELSKI, el reconocimiento constitucional del pluralismo cultural, normativo —y, por ende, de la jurisdicción especial indígena, en el caso colombiano—, es un signo de fuerza de la misma, que amplía sus referentes de legitimidad:

“La Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia (...). Esta operación es un elemento tan relevante para las concepciones jurídicas que constituye incluso la condición del éxito de la propia obra constituyente como obra de todos y no como imposición unilateral de una parte sobre otra. Es por tanto —contrariamente a lo que afirman los partidarios de soluciones constitucionales simples, no de compromiso—, un signo de fuerza y no de debilidad de la Constitución por cuanto amplía sus fundamentos consensuales”<sup>37</sup>.

2) Pero en el supuesto de que realmente exista un conflicto entre el principio de *unidad política* y el de *diversidad étnica y cultural*, del cual es expresión la jurisdicción especial indígena, no creemos que el juicio de ponderación incline la balanza a favor de la unidad política, tal como lo asevera la Corte Constitucional para diversos supuestos. Para nosotros ese juicio favorece siempre el derecho de las comunidades indígenas a tener autonomía en la configuración de sus propias formas de control social, entre ellas el control formal punitivo, porque no solo son más los valores y principios constitucionales que quedan salvaguardados con esta opción hermenéutica, sino que, además, la misma garantiza la vigencia de derechos fundamentales, cuya naturaleza los hace irrenunciables, indisponibles e irreductibles a las reglas de las mayorías y del mercado<sup>38</sup>. Esta perspectiva lleva hasta sus últimas consecuencias lo dicho por la Corte Constitucional, de que el “pluralismo normativo” es “nota esencial y fundamental” de nuestro ordenamiento jurídico.

3) Por otro lado, la Corte no resulta siendo consecuente con su afirmación de que *ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse*, por-

<sup>36</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *La globalización del derecho*, op. cit., 1998, págs. 173 y 174.

<sup>37</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, pág. 97.

<sup>38</sup> Cf. LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Edit. Trotta, cap. 2, 1999, págs. 37 y ss. Sobre el juicio de ponderación, véase a ROBERT ALEXV, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 81 y ss.; ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, op. cit., 1997, págs. 111 a 126; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras del derecho penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Leyer, 1998, págs. 53 y 71 a 73.

que en innumerables hipótesis termina dándole prevalencia al sistema jurídico nacional y a la "racionalidad" del cual este es tributario, con desmedro obviamente de la jurisdicción indígena y de sus formas autónomas para regular los conflictos que tienen como protagonistas a los miembros de tales comunidades.

¿Qué razones pueden aducirse para que existiendo la jurisdicción especial indígena, no sea esta la que lo juzgue? Si el fuero tiene como finalidad "respetar la particular cosmovisión del individuo", ¿acaso el conflicto que representa su conducta no debe ser valorado, medido, resuelto con los raseros de su cultura? Si la conducta prohibida y los criterios de imputación se construyen con base en la idoneidad del sistema penal para regular el conflicto, en el merecimiento y la necesidad que los intereses en juego tienen de la tutela penal y, además, el tipo y entidad de la pena se construyen con base en la exigibilidad ¿no se satisfacen todos estos principios en una mejor forma respetando la jurisdicción indígena, que tiene amparo constitucional y que podrá definir qué tipo de respuesta considera más idónea y eficaz a la conducta prohibida y, en caso de que la misma sea de carácter punitivo, podrá adecuarla a lo que en esa comunidad se reputa como idónea, eficaz, necesaria y proporcional? Finalmente, irrogarle a quien pertenece a una comunidad indígena penas de prisión, en muchos casos perpetuas —no otra cosa son las penas privativas de libertad superiores a 30 años—, en las cárceles nacionales, ¿acaso no es hacer primar o imponer una visión del mundo sobre otra? ¿O es que la pena privativa de la libertad, cuya ejecución la misma Corte califica de "Estado de cosas inconstitucional"<sup>39</sup>, resulta más idónea y más respetuosa de la dignidad humana que las sanciones impuestas por el control social propio de las comunidades indígenas?

En procura de dar una respuesta a estos interrogantes, consideramos pertinente transcribir lo que expresó un miembro de la comunidad Embera-Chamí sobre la diferencia entre las sanciones de su comunidad, comparadas con la pena privativa de la libertad, que es la que tiene el monopolio en el universo punitivo del sistema jurídico nacional:

"En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de fechorías y los

<sup>39</sup> En la sent. T-153 de 1998, se concluyó "*la existencia notoria de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario*", con fundamento en consideraciones como estas: "Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario, de los Tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado (...). Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc."

castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto —12 ó 24 horas—, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo —nocturno— que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavemente, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro"<sup>40</sup>.

Naturalmente que el contraste entre las penas del sistema jurídico nacional y las de la jurisdicción indígena resulta de mayor entidad, si se tiene presente que muchas comunidades indígenas —y valga como ejemplo la Wayúu—, resuelven incluso los conflictos como el homicidio con arreglos económicos, de innegable valor simbólico<sup>41</sup>.

Finalmente, para demostrar que en la providencia aquí analizada se termina imponiendo el control social del Estado, y por tanto la ideología o cultura que a él subyace, basta con responder los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el funcionario competente para juzgar a una persona que no tiene la calidad de indígena y que realiza un hecho delictivo en un resguardo indígena, el cual perjudica a dicha comunidad o a un integrante de la misma? ¿Quiénes estamos en este margen, al unísono responderíamos que es la jurisdicción ordinaria la competente y que conforme al ordenamiento jurídico vigente no existe discusión. Si es tan categórica la anterior respuesta, cuando acontece lo contrario, esto es, que un indígena realiza una conducta que afecta a un ciudadano no indígena o a una colectividad diversa a la propia, ¿por qué entonces la competencia no la tiene la jurisdicción indígena?; ¿acaso una y otra jurisdicción no se encuentran jurídicamente en condiciones de igualdad?

4) El caso sometido a estudio consistió en el homicidio cometido por un indígena de la comunidad Páez en contra de un no indígena, hechos que ocurrieron por fuera del territorio del resguardo.

Inicialmente se señala que por el *factor geográfico* el "sistema jurídico nacional" es el competente para el juzgamiento y no las autoridades de su comunidad. Pero como en la misma sentencia se afirma que dicho criterio no basta para determinar la competencia, a fin de ser consecuentes se procede a determinar si existe "fuero personal", y por ello se evalúa "su pertenencia a la etnia Páez y su particular relación con esta cosmovisión".

<sup>40</sup> Véase sent. T-349 de 1996, magistrado ponente Doctor Carlos Gaviria Díaz.

<sup>41</sup> Véase a JESÚS RODRÍGUEZ, "Autoridad y justicia en el pueblo Wayúu", en AA.VV., "*Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*". *La jurisdicción especial indígena*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio del Interior-División de Asuntos Indígenas, 1997, págs. 63 a 66.

Pero cuando se analiza la *pertenencia a la etnia* y la *particular cosmovisión* de ella, no se asumen sus referentes autónomos ni se reconoce el esfuerzo que tal comunidad ha hecho en procura de consolidar su especificidad cultural, sino que se procede a determinar en qué medida dicha etnia ha sido sometida, sojuzgada a la "cosmovisión mayoritaria", y partir de este hecho concreto define si es "razonable", si es "conveniente" que el juzgamiento lo asuma o no la jurisdicción indígena.

En esta perspectiva, se asevera que la comunidad Páez, ha sufrido un "gran proceso de aculturación debido a las migraciones ligadas a la expansión colonizadora impulsada por la economía exportadora del café". Y a renglón seguido se agrega que aunque su lucha "por mantener su unidad y autonomía encontró acogida en los postulados de la nueva Carta", resulta perentorio valorar el proceso que dicho pueblo ha sufrido gracias a su integración con la "visión mayoritaria": "... no puede ser ajena a la solución de este caso el grado de integración del pueblo Páez con la visión mayoritaria, puesto que, aunque la identidad del individuo dependa primordialmente de la cultura en la que se desenvuelve, cuando entra en contacto directo con los parámetros culturales de la sociedad externa, necesariamente se presentará una modificación en su cosmovisión determinada por el aprendizaje de otras visiones del mundo y otras formas de vida".

El proceso de "aculturización" al que se alude en la sentencia, es un eufemismo con el que se quiere encubrir lo que no es más que *violencia estructural*, pues no otro nombre es posible endilgarle al proceso que despojó de la tierra a dicha comunidad, la persecución que sufrieron sus líderes, el aniquilamiento posterior del resguardo, el avasallamiento por el hambre y la minimización de dicha cultura. Y todo esto, con el agravante de que en esta violencia tuvieron y tienen compromiso moral los poderes económicos y políticos de los actores que representan la "visión mayoritaria".

Por esta razón, resulta para nosotros inaudito que sobre presupuestos tan deleznales, constitutivos de un etnocidio, de un genocidio, se pretenda construir la legitimidad de la jurisdicción propia de la "visión mayoritaria" para juzgar a los sobrevivientes de tal barbarie. Además, cabe preguntar si la prevalencia del sistema jurídico nacional sobre el sistema jurídico Páez, con el argumento de que esta comunidad ha sufrido un proceso de "aculturización", ¿no es también expresión de un nuevo etnocidio, puesto que inhibe la posibilidad de que dicho pueblo reconstruya su identidad, entre cuyos elementos el control social autónomo reviste mayúscula importancia?

En la sentencia también se intenta conseguir una aproximación al concepto de cultura: "... cada persona es única, creativa y creadora de sí misma; pero además como individuo perteneciente a un determinado grupo humano, se convierte en 'transmisor de cultura', que lleva a que la identidad del sujeto se vaya conformando de acuerdo con el modo como integra, refleja y modifica su propia herencia cultural y la de aquellos con quienes entra en contacto. En términos de CHARLES TAYLOR, la identidad de las personas se crea por medio de un proceso dialógico que incluye nuestras relaciones y los diálogos con los demás".

Lo insólito es que luego de aceptarse que la cultura es un proceso dialógico, cuya interacción configura la identidad, se quiera concluir que ha de ser la cultura mayoritaria la legítima para valorar y juzgar la conducta de un miembro de una etnia avasallada precisamente por la relación vertical del diálogo que se supone igualitario y horizontal.

Queremos también destacar cómo, no obstante aceptarse la existencia de un peritazgo antropológico que establece que el individuo es realmente indígena, fiel a las tradiciones y costumbres de su pueblo, "que participa activamente de su comunidad y de su ancestro cultural", ello no sea suficiente para que el fuero tenga vigencia, pues lo que importa realmente, según la sentencia, es que este ha tenido contacto con las normas y cultura dominantes, "no solo por la aculturación de la comunidad a la que pertenece, sino también porque voluntariamente salió de ella a trabajar "para conseguir plata", como él mismo lo afirma, aprendiendo el castellano e interactuando con sujetos ajenos a su cultura", el cual por su condición de "aculturado" está habilitado para ser "capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria". Y se dice además que, como el indígena se alejó de su comunidad, "no accidentalmente sino por deseo propio", por tal motivo debe asumir los "riesgos" que se derivan de su acción, que así como lo hacen titular de las "mismas prerrogativas de todo ciudadano", también lo exponen "al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la república".

Y más adelante también se asevera que, así se pregone su "pureza cultural", es perentorio tener en cuenta que conocía el "disvalor de matar", pues en su comunidad "el homicidio es uno de los comportamientos considerados de mayor gravedad y de los más duramente castigados". Concretamente el sistema jurídico de su comunidad tipifica varias clases de homicidios, entre los cuales se encuentra el simple, "que incluye los casos de riña, el preterintencional y el no agravado, los cuales acarrear una pena de 'juetjada', trabajo forzado de 2 años e indemnización". Y se destaca cómo en estos casos el cabildo intenta aplicar su propia jurisdicción, "para que no se vaya a la cárcel oficial y salga más corrompido".

Y se concluye con las siguientes consideraciones: "En el caso del actor, es claro que no puede argumentar una diferencia valorativa en razón de su pertenencia a otra comunidad, no solo porque los paeces sancionan el homicidio, sino además porque el actor ha tenido contacto con la visión externa predominante, tanto por su tradición cultural que se vio expuesta al sometimiento al orden colonial y al intento de integración a la 'vida civilizada', como por el interactuar particular e individual que ha tenido el demandante con miembros de la sociedad mayoritaria, como en efecto se señala en el expediente: el peticionario ha laborado por fuera de su comunidad durante tres años aproximadamente, conoce el castellano y ha interactuado con personas que comparten la tradición liberal, entre otros factores, "lo cual permite estar en condiciones de aprender los criterios axiológicos que rigen nuestra sociedad...".

5) En la providencia analizada se afirma que el indígena salió de su territorio en forma voluntaria, y con ello asumió los riesgos de vivir en la "cultura mayoritaria", entre los cuales se cuenta la pérdida del fuero.

La aseveración de que el indígena salió en forma "voluntaria" del resguardo es discutible: se sale porque la tierra del resguardo no alcanza para que todos trabajen en ella; porque la productividad es insignificante; por las amenazas de poderes armados; porque se necesitan ingresos monetarios, para atender los requerimientos de estudio, de vivienda de su grupo familiar y el trabajo en el resguardo no le permite acceder a los mismos.

Además, como lo han destacado diversos estudios<sup>42</sup>, a lo largo de la historia social del país, si algo ha caracterizado a nuestras comunidades indígenas es su vulnerabilidad, lo cual influye indefectiblemente en la permanencia en sus territorios. Y a dicha vulnerabilidad contribuyen diversos factores: la colonización apoyada directa e indirectamente por el Estado; la expansión del latifundio y de narcopropietarios; la actividad minera y petrolera; la calificación de tierras "baldías" a las tierras seculares de los indígenas y su asignación a grupos de colonos y campesinos, para ampliar la frontera agrícola y evitar la reforma agraria; el deterioro de sus ecosistemas por la explotación de madera, flora y fauna y recursos minerales, con el correlativo debilitamiento de los recursos para la satisfacción de sus necesidades alimentarias, de vivienda; los megaproyectos que comprometen tierras habitadas por los indígenas, etc.

Si cualquiera de estas formas de violencia determinan a un indígena a salir de su territorio ancestral y a "aculturarse" en la "civilización occidental", ¿ello puede legitimar de alguna forma la pérdida del fuero? ¿cuándo sí y cuándo no?, ¿es necesario probar en cada caso que es "justificada" la salida?

Para nosotros, la salida del territorio indígena no puede ser *nunca* una variable que determine la pérdida del fuero, postura que encuentra respaldo en el argumento expresado por la misma Corte en la sentencia T-567 de 1992, magistrado ponente: Doctor José Gregorio Hernández Galindo, cuando dijo: "... y siendo evidente el abandono, humillación y discriminación a los que han sido expuestos los indígenas durante siglos, se hace necesario que se imponga siempre a su favor un trato preferencial".

Y decimos que avala nuestra tesis por lo siguiente: es indudable que el sistema penal ha sido una de las formas de "humillación", "discriminación" y aniquilamiento cultural, económico, político y social de dichas comunidades. La historia de la inquisición en Colombia, la criminalización de la lucha indígena por recuperar los resguardos en contra de la hacienda, la represión cuando se sumaron a las reivindicaciones campesinas, es un testimonio sumamente dicente de lo aquí afirmado. Entonces, si el sistema penal del Estado hace parte del proceso de "aculturización" sufrido por los indígenas, y este no es otra cosa que un proceso caracterizado por *el abandono, humillación y discriminación*, para compensar la desigualdad material que ello representa para tales culturas y etnias, se hace necesario entronizar un trato privilegiado, preferencial para ellas, que no puede ser otro que respetar las formas autónomas que culturalmente han creado para la solución de los conflictos intraétnicos.

<sup>42</sup> Véase a GLADYS JIMENO SANTOYO y OTROS, *Hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, op. cit., 1998, págs. 298 a 305; BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ, "La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional", op. cit., 1998, págs. 350 y 351.

Y si constitucionalmente las etnias están en pie de igualdad, lo mismo que sus culturas, preguntamos: ¿si un colono convive con los indígenas y ha introyectado sus valores culturales y realiza una conducta que afecta derechos fundamentales de la comunidad o de un integrante de la misma, por tener conocimiento de que en tal comunidad su conducta es sancionada, y haber aceptado el "riesgo" de vivir en ella, se podrá decir también en este caso que es "aculturado" y que por ello debe ser juzgado por la jurisdicción indígena?

Si nos resistimos a una respuesta afirmativa a este interrogante, ¿por qué cuando se trata de un indígena "aculturado", por fuera de su territorio, este sí pierde el fuero? Entonces, ¿en qué quedan la igualdad étnica y cultural?, ¿en una fórmula vacía, sin valor normativo alguno?

6) Dado que en el fallo se le confiere valor al "territorio" para efectos de delimitar la competencia de la jurisdicción indígena, era necesario que se definiera: ¿es equivalente al resguardo?, ¿se requieren títulos de reconocimiento de "propiedad" de la zona, por parte de las autoridades estatales? No creemos que sea posible responder afirmativamente estas preguntas, porque con ello se generarían muchas injusticias. Un concepto que se corresponde mejor con la sustancia del derecho al propio territorio, es aquel que abarca tanto las tierras ocupadas, habitadas y explotadas, como también las que tradicionalmente han servido como escenario de sus actividades culturales, sociales y económicas<sup>43</sup>. Naturalmente esta definición importa para otras reivindicaciones indígenas, porque de conformidad con nuestra tesis, el "territorio" no es factor relevante a efectos de determinar la competencia de la jurisdicción indígena.

2. Sentencia T-349 de 1996, magistrado ponente: Doctor Carlos Gaviria Díaz.

a) *Argumentos de la sentencia*. En esta providencia se concluye que las autoridades indígenas investidas del poder jurisdiccional, pueden renunciar al mismo y trasladar el conflicto para que sea investigado y juzgado conforme a las normas del ordenamiento jurídico nacional.

El caso concreto que fue objeto de estudio corresponde al de la comunidad Emberá-Chamí, la cual tiene dos sistemas para resolver los conflictos constitutivos de faltas graves: por un lado, el sistema segmentario y de compensación; y, por el otro, el sistema centralizado, de configuración más reciente e íntimamente ligado a la organización de los cabildos. En el proceso que nos ocupa hubo una simbiosis del sistema segmentario y del centralizado, por cuanto el juzgamiento se hizo en una "reunión de todos" (centralizado) en donde estuvieron representados los "patrilinajes" (familias extensas) de las partes en conflicto (sistema segmentario), quienes tuvieron la oportunidad de ser jueces de la causa. En la providencia además se destaca la importancia de la articulación de ambos sistemas, por cuanto ello hace posible que se cumpla una función preventiva como lo es evitar las venganzas de sangre.

<sup>43</sup> Véase en idéntico sentido, BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ, "La jurisprudencia indígena...", op. cit., 1998, págs. 331 y 350. Así mismo, sentencia 496 de 1996, magistrado ponente, Doctor Carlos Gaviria Díaz.

Por otro lado, se relleva el alto valor que para tal comunidad tiene la posibilidad de ser ella misma la que sancione las conductas de sus miembros: "En nuestro concepto, existe un alto valor que el pueblo Embera-Chamí le atribuye a la posibilidad de sancionar las conductas de sus miembros. Y dicho valor no se relaciona con otro aspecto diferente a aquel de la paz. El pueblo Embera-Chamí es altamente conflictivo, habiendo involucrado histórica y culturalmente el conflicto como una estrategia de supervivencia y de ocupación territorial. En estos casos, en los cuales una cultura hace del conflicto una estrategia de su propia supervivencia, es crítico el manejo interno del conflicto, ya que la imposibilidad o incapacidad de manejarlo a nivel de sus estructuras internas, puede acarrear el desbordamiento del conflicto meramente oral y de sentimientos, en la guerra tribal sin control".

b) *Análisis de la sentencia.* Resulta en verdad paradójico el que se reconozca que para la comunidad Embera-Chamí es sumamente importante el que ella misma juzgue los conflictos que se presentan entre sus miembros —por ser mecanismo preventivo de la venganza de sangre—, y a la vez se afirme que la comunidad, si a bien lo tiene, puede renunciar a juzgarlos y ordenar que el conflicto se ventile de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional<sup>44</sup>.

Y siendo de tanta importancia para esta comunidad la solución por ella misma de sus conflictos, ¿por qué se autoriza y estimula la renuncia a su jurisdicción? ¿Acaso con tal postura implícitamente no se está afirmando su minusvalía para apuntalar y construir sus concretas y autónomas formas de control social?

Para valorar la validez de la solución que propone la Corte Constitucional en este fallo, es preciso definir la naturaleza de la jurisdicción especial indígena. Participamos del criterio de que es un *derecho colectivo* consagrado en forma expresa en la Constitución Política, conforme al cual cada comunidad determina, de conformidad con su autonomía cultural, las autoridades investidas de poder jurisdiccional, esto es, entre otras cosas, de facultad para investigar y fallar las "faltas" y los "delitos". Y como derecho colectivo de carácter fundamental, no es disponible ni negociable por el titular ni por autoridad estatal alguna<sup>45</sup>. Además, la jurisdicción especial indígena, como parte

<sup>44</sup> El Proyecto de Ley Estatutaria elaborado por la Dirección General de Asuntos Indígenas con el Ministerio de Justicia, con el fin de reglamentar el art. 246 de la Const. Pol., al determinar las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, se parte del supuesto del carácter disponible y renunciabile de la jurisdicción especial indígena. El art. 17 de este proyecto, reza así: "Traslado de competencia. En el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, las autoridades de los pueblos indígenas tendrán la facultad de remitir a la jurisdicción nacional los casos que, por razones de protección a la integridad étnica o cultural, no acatamiento de la decisión o imposibilidad de control por parte de la autoridad indígena, consideren que deben ser resueltos por las autoridades judiciales ordinarias. Esta decisión no será considerada como denegación de justicia". Para la consulta de este texto, véase a GLADYS JIMENO SANTOYO y otros, *Hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, op. cit., 1998, págs. 197 a 203.

<sup>45</sup> Sobre la indisponibilidad de los derechos fundamentales, véase LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, op. cit., 1999, págs. 45 a 50; ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, op. cit., 1997, págs. 152 a 154.

integrante de la jurisdicción nacional, tiene como límites los principios de legalidad del proceso y el de legalidad de los delitos y de las penas, y el núcleo intangible de estos se vería aniquilado en caso de considerarse que la jurisdicción especial es renunciabile por autoridades judiciales indígenas o por las personas cobijadas por el fuero<sup>46</sup>. Si la autoridad jurisdiccional indígena renunciara a su poder y optara porque el conflicto lo juzgara el sistema jurídico estatal, ello comportaría a la vez que un quebranto al debido proceso, la vulneración de todas las garantías procesales y sustantivas, por haber una absoluta correlación entre el primero y estas<sup>47</sup>.

Además, en el respeto al fuero indígena, institución derivada de la jurisdicción especial, subyace el interés de salvaguardia de lo que en el discurso demoliberal se conoce como la garantía del juez natural, esto es, el derecho a ser juzgado por un actor investido del poder jurisdiccional, previamente definido por la ley, de quien se pueda pregonar, además de idoneidad, independencia e imparcialidad. Sobre este asunto bien vale la pena transcribir lo que FERRAJOLI expresa sobre la trascendencia, el contenido y las formas de transgresión de esta garantía:

"La garantía del 'juez natural' (...). Significa tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido *post factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales (...) mientras la preconstitución legal del juez y la inalterabilidad de las competencias son garantías de imparcialidad (...) la prohibición de jueces especiales y extraordinarios es sobre todo, una garantía de igualdad, que satisface el derecho de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos"<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Sobre el carácter público del derecho procesal penal, véase a JORGE EDUARDO VÁSQUEZ ROSSI, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, 1985, págs. 31 y ss.; JÜRGEN BAUMANN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1986, págs. 19 a 21.

<sup>47</sup> Cabe aquí citar lo que dice LORCA NAVARRETE, sobre el derecho procesal penal, porque da luces sobre la razonabilidad de la tesis suscrita por nosotros: "Al decir que el derecho procesal penal ordena la función jurisdiccional penal, se quiere indicar que las normas que contiene son (...) las únicas que posibilitan la validez de los actos procesales penales y que tales normas *no se hallan encaminadas, como equivocadamente pudiera desprenderse del artículo 1º LECr, a la imposición de las penas o a la represión*, sino, y más exactamente, a hacer posible que mediante las garantías que la propia LECr establece se obtenga una efectiva tutela judicial de los derechos sin que en ningún caso se produzca indefensión. Este derecho a la tutela jurisdiccional (...) se ofrece como condicionante para la operatividad y reconocimiento de los restantes. Como tal derecho supone, positivamente, el acceso al proceso y al uso de las garantías (proceso penal como sistema de garantías) que en él se proporcionan para la defensa y la acusación" (cursivas en el texto) (ANTONIO Mº LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1988, pág. 19).

<sup>48</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, págs. 590 y ss. Véase también, a JULIO B. J. MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1999, págs. 739 a 774. Este autor afirma que la palabra "juez", en el derecho moderno, no se comprende sin el calificativo de "imparcial". Y una de las notas que permiten concretar o garantizar esa imparcialidad es el carácter *natural o legal* del juez: "Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales *ad hoc*, creados para el caso o para la persona a juzgar. Es por ello que nuestra Constitución Nacional *prohíbe* que alguien sea juzgado por comisiones especiales, o sea, sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" (cursivas en el texto).

El mismo autor llama la atención de cómo la garantía del juez natural se encuentra hoy principalmente amenazada por el poder de avocación, esto es, por “asignaciones discrecionales *post factum* de los procesos a órganos pertenecientes al orden judicial, pero diversos de los asignados por la ley”. Y agrega, en lo cual le asiste plenamente la razón, que el único modo de conferirle pleno cumplimiento al principio sería “la preconstitución legal de criterios objetivos de determinación de la competencia...”<sup>49</sup>.

Si partimos de la especificidad de nuestro país, en donde la diversidad cultural y el pluralismo normativo son realidades sociales con reconocimiento explícito en la Carta Política, con fundamento en lo dicho por FERRAJOLI es posible concluir varias cosas:

- Que la jurisdicción indígena es indisponible, intransferible e inderogable, porque la misma es condición *sine qua non* de la vigencia de la garantía del juez natural.
- Que la pretensión de darle competencia a las autoridades judiciales del Estado, para investigar y fallar conflictos reservados legalmente a la jurisdicción especial indígena, es ilegítima e inconstitucional.

Finalmente, no podemos ocultar que son múltiples las circunstancias que pueden comprometer la eficacia de la jurisdicción indígena, pues es posible que por la naturaleza del conflicto o la especificidad de los actores, no se encuentre en capacidad de juzgar a los implicados; así mismo, un indígena podrá argumentar que quiere ser juzgado por el sistema jurídico nacional, porque considera que la autoridad judicial indígena no es imparcial, o porque su falta no se encuentra regulada en el sistema penal nacional y espera ser declarado inocente. En uno y otro evento, si en realidad se quieren respetar los valores, los principios, los derechos y las garantías que subyacen a las instituciones estudiadas, ha de afirmarse categóricamente que el sistema jurídico nacional no tiene competencia alguna. Lo pertinente será, por un lado, que el Estado contribuya para que la jurisdicción indígena tenga real capacidad operativa, y por el otro, que en la misma tengan vigencia los derechos y garantías que son consustanciales a un proceso justo.

Finalmente, resultaría además insólito, que con el pretexto de las dificultades que para su cabal ejercicio tiene la jurisdicción penal indígena, se trasladen los conflictos que son de su competencia a la administración de justicia del Estado, por cuanto esta tiene un déficit estructural de legitimidad y eficacia, que ningún científico serio osará negar<sup>50</sup>.

### B) *Quién es indígena*

La jurisdicción especial indígena, constitucionalmente, solo cubre al indígena y la concreción del contenido de este concepto, fuera de importante, es también, sin lu-

<sup>49</sup> *Ibidem*, pág. 592.

<sup>50</sup> Para no citar sino los estudios más recientes, véase a MAURICIO MARTÍNEZ S., *La Crisis de la Justicia Penal en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999; IVÁN OROZCO ABAD y JUAN GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis - IEPRI - Universidad Nacional de Colombia, 1999.

gar a dudas, una tarea llena de dificultades, como se evidencia en la discusión suscitada con motivo del fallo de ejecutabilidad que analizamos a continuación.

1. Sentencia C-058 de 1994, magistrado ponente: Doctor Alejandro Martínez Caballero.

Aunque esta sentencia se ocupó de la constitucionalidad de la ley 48 de 1993, relativa al Servicio de Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, solo nos interesa el debate suscitado con motivo del artículo 27, el cual prescribe que los indígenas están exentos en todo tiempo de prestar servicio militar y de la cuota de compensación militar, siempre y cuando “residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica”. Fue esta una oportunidad privilegiada para que se conocieran la mayoría de los argumentos existentes sobre quién es indígena, los cuales pasaremos a relacionar y analizar.

a) *Argumentos de los intervinientes en el debate*

1) *Participación de los demandantes:*

Uno de los demandantes considera que la diferencia de trato a los indígenas no puede estar subordinada a la circunstancia de vivir o no en su territorio: “La nueva ley que demandamos nos castiga por el hecho de habernos ‘civilizado’, obligando a pagar servicio militar a los indígenas que no residan en su territorio y que no conserven su integridad. Tenemos entonces que el Estado colombiano, como muchos otros en el mundo, ha tenido por vocación expulsarnos de nuestro territorio y ha empeñado todos sus aparatos militar, religioso y gubernamental para despojarnos de nuestras identidades, culturas, organizaciones sociales y economías propias. Sus tácticas han sido violentas unas, timadoras otras, suaves las demás. Dentro de las medidas suaves se puede catalogar la de no obligar a los indígenas a prestar servicio militar. Esta política ha despojado de las tierras a muchas comunidades indígenas y a sus miembros los ha abocado a procesos intensos de aculturación. Entonces ahora que el Estado ha cumplido con sus claros propósitos, procede a ‘castigar’ al ‘buen salvaje’. No creemos que casen con la nueva Constitución interpretaciones como estas. Aún con la Constitución anterior era absurdo plantear que la calidad de indígena dependiera de ‘residir en su territorio’”.

Otro de los demandantes afirma que la obligación impuesta a los indígenas para eximirse del servicio militar de permanecer en su territorio, “es casi una pena confinatoria” que los reduce a guetos. Además, “la Constitución no reconoció una diversidad de pueblos aislados, sino una diversidad basada en la interculturalidad que se da todos los días”. Y coloca como ejemplo a los comerciantes Ingas que residen en Bogotá, a quienes la alcaldía les reconoció el cabildo y, a pesar de ello, “no tendrían derecho a la exención, porque son muy tradicionales, pero no residen en ‘su’ territorio”. Y agrega que muchos otros han abandonado su territorio, dado que cada vez es más corriente el intercambio de culturas, “bien por razones de buscar medios de subsistencia, o por razones de la lucha misma del movimiento indígena”.

2) *Participación del Ministerio del Interior:*

Este actor, sobre el mismo tema, expresa: “Efectivamente existe una diferenciación entre el indígena que aún vive dentro de su territorio ancestral y el que ha salido

de su comunidad para enfrentarse a otra cultura. Esa diferenciación en ningún momento se puede calificar como violatoria del derecho a la igualdad, la Constitución Nacional fue clara al establecer una mayor protección a aquel indígena que permanece dentro de su territorio y que conserva toda su tradición, usos y costumbres ancestrales. No puede dejarse de lado el fin que buscó el indígena que por circunstancias educativas, económicas, sale de la comunidad teniendo que enfrentarse a otra cultura, y aún conserve su cultura de pertenencia, tiene que asumir la cultura referente en donde el Estado le esté garantizando una igualdad con el resto de ciudadanos colombianos. *La norma debe interpretarse en el sentido de que el legislador entiende que no solo tiene el derecho de exención militar el indígena que esté dentro de su resguardo, o comunidad, o territorio, sino aquel que aún en las grandes ciudades conserve su identidad, que es el elemento que hace parte de su cultura de pertenencia.* No puede olvidarse la situación que se presenta con el ciudadano indígena que emigra de su territorio ancestral para interrelacionarse en las grandes ciudades presentándose una situación de interculturalidad que no implica la pérdida de su identidad ni de sus prerrogativas sino que por el contrario va a existir una conjugación de sus derechos ancestrales que le ha otorgado la ley y además los derechos y deberes que tiene todo ciudadano” (cursivas nuestras).

### 3) Intervención del procurador general de la nación

Este actor suscribe una tesis con la cual comulgamos integralmente, pues dice que “la circunstancia de residir o no en su territorio no es definitoria del carácter de una persona como indígena, o de la pérdida de su identidad como tal”, por tal motivo no tiene racionalidad ni justificación alguna el trato discriminatorio entronizado por la norma con fundamento exclusivo en este factor: “La norma demandada entroniza una diferencia entre indígenas injustificable, y por tanto una odiosa discriminación, lo que convierte a dicha norma en violatoria del artículo 13 de la Constitución Política. Si una ley establece tratos diferentes entre miembros de las comunidades indígenas, sin que existan situaciones distintas que justifiquen la diversidad de esos tratos, se puede afirmar por parte de este despacho que dicha norma viola el artículo 13 constitucional”.

Posteriormente, con fundamento en el Convenio número 169 de la OIT, incorporado a nuestra legislación<sup>51</sup>, concluye que nuestro ordenamiento jurídico tiene en la utilización del concepto de la propia identidad, un “criterio de pertenencia al grupo étnico, así como la autonomía del indígena para definir esa pertenencia e identidad de acuerdo con sus propios criterios de autorreconocimiento”. Finalmente argumenta que dicha ley no tuvo en cuenta lo que sí fue relevante para el convenio citado, “o sea, una circunstancia de vital importancia para los grupos étnicos, como es su obligatorio desplazamiento por razones de subsistencia».

b) *Argumentos de la Corte Constitucional.* La Corte comienza su disertación con el siguiente interrogante: “¿la doble exigencia espacial —vivir en el territorio— y de

<sup>51</sup> El art. 1º, num. 2, del Convenio, reza así: “la conciencia de su identidad indígena tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

identidad —conservar la integridad cultural, social y económica—, para efectos de eximir del servicio militar a los indígenas, viola la cultura e identidad étnica que la Constitución protege?”.

Para dar respuesta al mismo, procede a analizar qué es lo que fundamenta la exención al servicio militar obligatorio para aquellos indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica. Y dice que el legislador al diferenciar a los indígenas de los demás ciudadanos respecto de la prestación del servicio militar, procedió razonablemente porque actuó en función de un fin constitucionalmente legítimo, como es “la defensa de las minorías”, cuya debilidad manifiesta justifica una especial protección del Estado, tal como lo prescribe el artículo 13 de la Carta Política.

Y se agrega que el servicio militar obligatorio, al sustraer durante un año a un indígena de su comunidad para que cumpla con sus deberes militares, “puede constituir una amenaza a la preservación de la existencia y la identidad de estos grupos humanos que la Constitución ordena proteger de manera privilegiada, por cuanto la ausencia física de quien presta el servicio puede desestabilizar la vida comunitaria”.

Pero dicha protección, según el fallo, no es para el indígena individualmente considerado, sino para el “indígena en un contexto territorial y de identidad determinado”, con lo cual termina protegiéndose a la comunidad étnica: “El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas”.

Y agrega que para los que tienen residencia por fuera de la comunidad o viven de manera “aculturizada”, esta norma no puede entenderse como una “sanción”, “pues el servicio militar ‘no es un mal’ sino un servicio a la patria en virtud de los deberes constitucionales de las personas”.

Incluso, se vincula un argumento que cree resolver satisfactoriamente la paradoja: la norma discriminatoria resulta racional por cuanto implica un estímulo para que el indígena conserve la permanencia en su territorio ancestral y refuerce la identidad con su pueblo, lo cual finalmente comporta una “protección de la etnia”.

Finalmente, la Corte encara el problema de las comunidades indígenas que son nómadas o se desplazan por razones de subsistencia, y aduce que en estos supuestos una interpretación razonable de las normas conduce a las siguientes consideraciones: Para las organizaciones tribales nómadas “la norma debe entenderse en el sentido que el territorio de las comunidades indígenas antecitadas cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos nómadas históricamente ocupan o utilizan”. En este caso el indígena que hace dejación de este “espacio histórico” se estaría privando de la exención del servicio.

Y en lo que se relaciona con el desplazamiento por razones de subsistencia, como la comunidad tiene un territorio delimitado pero también tiene que desplazarse de manera colectiva con fines de caza, pesca y recolección de frutos, la Corte interpreta esta

situación de la siguiente manera: "en estos casos debe entenderse que esos espacios de subsistencia son también 'territorios' de la comunidad indígena, *para los solos efectos, y solamente para estos, del artículo 27 de la ley 48 de 1993*" (cursivas nuestras).

En conclusión, la Corte afirma que el "concepto de residencia en el territorio establecido" como requisito para que opere la exención del artículo 27 "debe ser interpretado de manera amplia y no restrictiva". Y remite a la definición de "tierras" contenida en el artículo 13 del Convenio número 169 de la OIT, ratificado por Colombia por la ley 21 de 1991<sup>52</sup>, "puesto que este, por ser un tratado de derechos humanos sirve como criterio interpretativo de los derechos y deberes establecidos por la Carta (Const. Pol., art. 93)".

*c) Análisis de los diversos argumentos.*

1) Toda la razón le asiste al demandante citado en primer lugar cuando afirma que el Estado colombiano, al igual que muchos otros en el mundo, ha sido cómplice de los poderes nacionales e internacionales que han tenido como vocación usurpar las tierras de los pueblos indígenas, y que en tal co-metido han utilizado todos sus aparatos, entre ellos el militar y el judicial, para aniquilar sus culturas, sus organizaciones sociales y economías propias. De allí que insistamos en que no es legítimo establecer diferencias de trato entre comunidades indígenas, según estas tengan o no territorio, y entre sus miembros, según estos permanezcan o no en el mismo.

2) Lo que hemos destacado del texto transcrito de la intervención del Ministerio del Interior, constituye un argumento poderoso para haber solicitado la inexecutable de la norma, por cuanto el mismo permite afirmar un trato discriminatorio sin justificación alguna, dada la identidad de los supuestos y de las razones que dieron origen a la norma cuestionada. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior solicita que la misma sea declarada constitucional.

3) La Corte en este fallo concluye que los espacios de subsistencia son parte del territorio indígena, pues así lo prescribe el artículo 13 del Convenio número 169 de la OIT (ley 21 de 1991), y este, por ser un tratado relativo a los derechos humanos, "sirve como criterio interpretativo de los derechos y deberes establecidos por la Carta", tal como lo manda el artículo 93 de la misma.

Lo insólito es que afirme que dicho criterio interpretativo solo lo es en relación con la norma aludida, y no con otras como lo son las que regulan el derecho colectivo a la jurisdicción indígena, asunto para el cual la definición del territorio que hace el Convenio número 169 de la OIT, también es válido por mandato del mismo artículo 93 de la Carta Política.

4) En esta sentencia la Corte entra en contradicción con la posición asumida en otras providencias, una de las cuales es la sentencia T-254 de 1994. En ella se acoge la definición de comunidad o parcialidad indígena contenida en el artículo 1º numeral 2, del Convenio 169 de la OIT, "sobre pueblos indígenas y tribales en países independien-

<sup>52</sup> Dispone tal norma que el concepto de territorio "cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

tes", aprobado por la ley 21 de 1991, y con fundamento en el mismo concluye lo siguiente: "Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad".

Indudablemente en esta tesis hay mayor solidez jurídica, pues hace uso de criterios que realmente se corresponden con la condición de indígena, esto es, el origen ("se nace indígena") y la identidad cultural ("la conciencia de una identidad indígena"). Pero en nuestro sentir, a diferencia de lo que reputa la Corte en esta providencia, tal condición no desaparece para quien ha nacido indígena, tiene conciencia de dicha identidad y abandona el territorio de su comunidad, así sea de manera provisional, por compromisos laborales, políticos, educativos, recreativos, etc.

*C) Los límites materiales de la jurisdicción penal indígena*

El artículo 246 de la Carta Política prescribe que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, "siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República". A su vez, el artículo 93 del mismo estatuto, incorpora al ordenamiento interno, con máxima jerarquía normativa, los derechos humanos contenidos en tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Y uno de dichos convenios es el número 169 de la OIT, que prescribe en su artículo 8º que los pueblos tienen derecho a conservar sus costumbres, su derecho consuetudinario e instituciones propias, "siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos".

Respecto de este universo normativo, que pretende regular identidades culturales y sociales cuya existencia es muy anterior a nuestro Estado, surgen innumerables interrogantes: ¿Cuáles son sus fuentes de legitimación?, ¿cuáles son los derechos fundamentales y las garantías de los mismos, que son inderogables e indisponibles para todo pueblo?, ¿el contenido de tales derechos y garantías es uniforme en todas las sociedades o, por el contrario, varía conforme a las especificidades de cada cultura?, ¿qué criterios han de guiar el juicio de ponderación, para resolver con justicia el conflicto recurrente entre los derechos fundamentales conexos a la autonomía cultural y los derechos humanos positivizados en la Carta Política y en el derecho internacional de los derechos humanos?

Estos interrogantes, tienen directa correlación con los debates actuales relativos al poder, al control social, al derecho y a los derechos humanos. Y en el estado actual de desarrollo de la ciencia política, la criminología, la filosofía del derecho y de la ética, no se cuenta con respuestas definitivas para los problemas que aquí se plantean. Dada entonces la complejidad de estas materias, en este trabajo, apenas alcanzamos a

esbozar algunas respuestas, esperando profundizar en ellas en otra oportunidad más propicia. Lo anterior no es óbice para que expresemos que la perspectiva teórica a la cual le apostamos, es aquella que erige a los derechos fundamentales de la persona humana, en diques y límites infranqueables de los poderes, sean públicos o privados. Y que además comprende que los derechos humanos con jerarquía para tener vigencia en todos los pueblos, es el resultado de un diálogo intercultural, con la participación de todos los protagonistas, en condiciones de horizontalidad e igualdad, y en el que se respeten las diversas opciones valorativas. Probablemente en estas condiciones se pueda llegar a un consenso respecto de contenidos normativos de los cuales pueda decirse que están revestidos de legitimidad política y ética. Una tarea de esta naturaleza todavía está por cumplirse, porque al contrario de lo que muchos piensan, las condiciones antes indicadas no estuvieron presentes cuando se expidió nuestra Carta Política, como tampoco, en el origen del derecho internacional de los derechos humanos.

Este breve inventario de problemas relativos a los límites de la jurisdicción penal indígena, permite dimensionar las dificultades teóricas y políticas que han acompañado a la Corte Constitucional en todos los fallos en que se ha ocupado del asunto. Y es una introducción que reputamos pertinente antes de entrar a cumplir con los objetivos concretos del trabajo, que son: i) describir el marco teórico desde el cual esta corporación ha solucionado los casos sometidos a su estudio; ii) relacionar los fundamentos políticos y jurídicos de las tesis que se han aducido; iii) analizar los casos concretos en donde se han resuelto los conflictos más relevantes de dicha jurisdicción.

*Síntesis del marco teórico desde el cual se han fallado los diversos casos por la Corte Constitucional*

Dado que en plurales ocasiones la Corte Constitucional ha abordado el problema de los límites materiales de la jurisdicción indígena, consideramos importante relacionar los principales argumentos contenidos en sus fallos, los cuales se tratan de sistematizar para una mejor comprensión de los presupuestos políticos, jurídicos y filosóficos que han inspirado a esta corporación:

1ª. Se reconoce que una parte fundamental de las discusiones éticas, políticas y jurídicas de la actualidad lo constituye el conflicto que puede presentarse entre la obligación para el Estado de respetar el derecho a la pluralidad cultural y étnica, con la obligación de tutela de la "unidad política" y de la defensa de un "mínimo ético" representado por los derechos fundamentales<sup>53</sup>.

2ª. Se afirma que nuestra Carta Constitucional, "no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional". Por una parte, la Carta tiene como "regla general" el respeto a la diversidad étnica y cultural (art. 7º), pero ella

<sup>53</sup> Véase sent. C-139 de 1996, magistrado ponente: Doctor Carlos Gaviria Díaz. Igualmente en la sent. T-405 de 1993, magistrado ponente Doctor Hernando Herrera Vergara, se afirma que cuando están en juego las operaciones de seguridad del Estado en proyectos de desarrollo económico que chocan con los intereses indígenas, la pluralidad cultural, que se reputa un "interés particular", debe ceder ante los intereses del Estado, que encarna el "interés general".

misma establece los límites de esta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (arts. 246 y 330)<sup>54</sup>.

Pero como la diversidad étnica y cultural tiene el carácter de principio constitucional, para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se cumplan dos condiciones<sup>55</sup>:

En *primer lugar*, que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, o lo que es lo mismo "que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural".

En *segundo lugar*, que del catálogo de restricciones posibles se elija a aquella que sea menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. Y para determinar la gravedad de dichas limitaciones, el operador jurídico deberá tener en cuenta "las características específicas de la comunidad de que se trata", dado que no todas tienen una valoración uniforme sobre el asunto.

Y ello se proclama así por cuanto "de lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta"<sup>56</sup>. Para una mejor comprensión de este discurso, transcribimos lo dicho por la Corte Constitucional en otra oportunidad: "El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional —diversidad, pluralismo— y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural".

3ª. Se afirma que puede existir perfectamente una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Ello por cuanto filosóficamente tienen raíces muy diversas, lo cual hace perfectamente posible que entren en contradicción: "Mientras que estos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal"<sup>57</sup>.

4ª. Consecuente con lo anterior, se proclama la necesidad de defender unos "mínimos universales éticos" que permitan "trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones".

<sup>54</sup> Véase sents. T-254 de 1994, magistrado ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz; C-139 de 1996, magistrado ponente: Doctor Carlos Gaviria Díaz; T-349 de 1996, magistrado ponente: doctor Carlos Gaviria Díaz; SU-510 de 1998, magistrado ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>55</sup> Véase sent. C-139 de 1996 y T-349 de 1996, cuyo magistrado ponente fue el Doctor Carlos Gaviria Díaz.

<sup>56</sup> Véase sent. C-139 de 1996.

<sup>57</sup> Sent. T-254 de 1994, magistrado ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esos “mínimos éticos”, los cree encontrar la Corte Constitucional en las Cartas Internacionales de Derechos Humanos, las cuales han surgido como respuesta a estas necesidades y que, según NORBERTO BOBBIO, constituyen “la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores”<sup>58</sup>.

5ª. No existe unanimidad en las sentencias de tutela sobre los derechos fundamentales que constituyen límite a la jurisdicción especial indígena. En la sentencia T-254 de 1994 se dice que tal límite está constituido por la integridad de derechos fundamentales que están consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues estos configuran un “código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos”.

En cambio, en la sentencia T-349 de 1996, luego de un estudio de la misma normatividad, se concluye que el núcleo de derechos intangibles que limitan a la jurisdicción indígena está integrado por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, pues “únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural”. A ellos se suman, por expresa exigencia del artículo 246 de la Carta Política, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas.

#### *Fundamentos políticos de la posición de la Corte Constitucional*

La ciencia y la teoría política han tenido como pregunta central cuáles son los presupuestos, los requisitos necesarios para construir la legitimidad del Estado y del derecho, cuando estos pretenden hacer uso del control social por medio del sistema de justicia penal.

En procura de dar una respuesta, las doctrinas políticas se dividen en dos orientaciones diametralmente opuestas: las primeras fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el Estado como bienes o valores intrínsecos (Estado-fin); las segundas son las que los fundan sobre valores sociales, encontrando justificadas las instituciones políticas y jurídicas “solo como males necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos” (Estado medio)<sup>59</sup>.

A cada uno de los paradigmas de la teoría del Estado, le corresponden sendas teorías que tratan de dar respuesta a la legitimidad del control social del sistema punitivo. De allí que frente a los interrogantes sobre *el porqué, el cuándo y el cómo castigar, prohibir y juzgar*, el pensamiento penalista se halla dividido siempre entre dos orientaciones opuestas:

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Véase a NORBERTO BOBBIO, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janés, 1985. Del mismo autor, *Liberalismo y democracia*, Santa Fe de Bogotá, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 476, 1993; ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, op. cit., cap. II, 1997, págs. 41 y ss.

Por un lado, quienes autojustifican el derecho penal por considerarlo un valor en sí, o como inmediata actuación de valores ontológicos y metajurídicos<sup>60</sup>. La otra orientación se refiere a los que buscan criterios valorativos externos al sistema mismo y lo conciben “como instrumento oneroso de tutela de concretos y vitales intereses de los ciudadanos”.

La categoría política del Estado constitucional de derecho tiene como fuente legitimadora la concepción del *Estado como medio, como instrumento*, de allí que encuentre su legitimación cuando sirve al objetivo de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, conforme a lo cual deviene políticamente ilegítimo, “si nos los garantiza o, más aún, si él mismo los viola”<sup>61</sup>. Los derechos fundamentales se conciben aquí como “fundamentales” o “fundantes” de la razón de ser de esa criatura artificial, fabricada por los hombres, que es el Estado<sup>62</sup>.

Lo anterior encuentra correspondencia con la tesis de que los “derechos fundamentales”, por su carácter universal, constituyen un límite indisponible, inexpropiable e inderogable para todos los poderes, sean estos públicos o privados, y por tal motivo están sustraídos a las decisiones de la política y del mercado. Por ser FERRAJOLI, quien con claridad y rigor teórico ha expuesto las bases teóricas del garantismo, consideramos necesario citarlo: “... los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos —en garantía de intereses y necesidades de *todos* estipulados como vitales, por eso «fundamentales» (la vida, la libertad, la subsistencia)— tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado. La forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela, en otras palabras, como la técnica —o *garantía*— prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado «fundamental». Es decir, de esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Sobre esta materia, dice FERRAJOLI, que en la modernidad, gracias a la secularización de las instituciones políticas y jurídicas, el conjunto de doctrinas que configuran este paradigma fundamentan desde arriba su legitimación política. En estas ideologías el principio de legalidad tiene una doble dimensión: es, a la vez un principio jurídico interno y un principio axiológico externo, lo cual confiere a las leyes valor —y no solo validez o vigencia—, exclusivamente con fundamento en el valor asociado apriorísticamente a su *forma* o, peor aún, a su *fuerza* (soberano, asamblea, *duce*, partido, pueblo o similares) (*Derecho y razón*, op. cit., pág. 881).

<sup>61</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., 1995, págs. 880 y 881.

<sup>62</sup> *Ibidem*, págs. 882 y 883.

<sup>63</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., 1999, pág. 51. En otra parte, este mismo autor expresa: “La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, qué se debe decidir sobre todo por mayoría, sino qué no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por la mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el Estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contraponen al Estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella

Es esta la concepción presente en la actual Constitución Política colombiana, la cual, al postular el Estado social y democrático de derecho, reconoce que este es un simple medio, cuyo fin último es el servicio de los derechos fundamentales del ser humano<sup>64</sup>.

Este marco filosófico y político es el que la Corte Constitucional asume como vigente y válido para la jurisdicción indígena, tanto cuando dicha potestad la ejercen las autoridades indígenas o la comunidad en asambleas generales.

*Análisis de los casos concretos solucionados por la Corte Constitucional.*

1. El bien jurídico como límite constitucional al ejercicio del "ius puniendi".

En la sentencia C-139 de 1996, se encara el problema que se suscita con el artículo 5 de la ley 89 de 1890<sup>65</sup>, el cual reconoce la facultad para las comunidades indígenas de criminalizar las meras "faltas morales".

a) *Argumentos de la sentencia.* La Corte desde un comienzo advierte que tal norma comporta transgresión al principio del bien jurídico y al principio de legalidad, pero declara legítima tal disposición porque considera que el esquema jurídico de separación tajante entre la moral y el derecho, predominante en la sociedad colombiana, no tiene igual vigencia entre los destinatarios de dicha norma, esto es, los integrantes de los pueblos indígenas. Conforme con ello opta por respetar la particular cosmovisión de sus conflictos y controles sociales: "La posibilidad de señalar sanciones por faltas contra la moral, entendida esta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraría las disposiciones de la Constitución Política. Por el contrario, es un desarrollo del campo de autonomía amplio otorgado a las comunidades por los artículos 7º y 246 de la Carta con el fin de preservar los usos y costumbres de estas. Los desbordamientos de ese campo de autonomía y la afectación de derechos y principios constitucionales prevalentes, como se afirmó anteriormente, deben ser solucionados a través de las directrices generales establecidas por el legislador (Const. Pol., art. 246) y de las decisiones judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en cada caso concreto".

b) *Análisis de la sentencia.*

1) El principio del bien jurídico es denominador común a toda la cultura penal ilustrada. El axioma que lo expresa es que no se pueden crear delitos ni irrogar penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico. Y con fundamento en él se le impone a la ciencia y a la práctica jurídica la carga de demostrar cuál es la relación social concreta objeto de protección, y si la misma está necesitada, es merecedora

ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión..." (LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., parg. 57.4, págs. 864 y ss.; parg. 59, 1995, págs. 880 y ss.).

<sup>64</sup> Véase Preámbulo y art. 1º de la Const. Pol.

<sup>65</sup> Dicho artículo reza así: "Artículo 5º. Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el gobernador del cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto".

y susceptible de la tutela por medio del control social formalizado como lo es el derecho penal<sup>66</sup>.

Su amplia estima se halla en que garantiza la tutela más amplia de la libertad y el respeto a la pluralidad de las diversas opciones de vida, porque obliga a circunscribir lo que es objeto de tutela penal a las relaciones sociales fundamentales, esto es, las condiciones básicas de existencia de la vida en sociedad. Por ello, durante su vigencia, nunca podrán tener legitimidad la criminalización de conductas humanas que comportan el ejercicio de las libertades fundamentales (expresión, asociación, pensamiento, libre desarrollo de la personalidad, etc.), las finalidades puramente ideológicas, las meras inmoralidades, e incluso, tampoco la podrían tener tipos penales que pretendan entronizar la desigualdad entre los seres humanos<sup>67</sup>.

Luego de esta breve aproximación al concepto y a la razón del principio dentro de nuestra cultura, procedemos a valorar la decisión. De ella tenemos para expresar que la compartimos, porque resulta indudable que el artículo 5º de la ley 89 de 1990 vulnera el principio del bien jurídico, al permitir que dentro del sistema penal indígena se establezcan como ilícitos penales las "faltas morales". Pero como lo expresa el fallo analizado, los límites construidos por la democracia liberal son propios de nuestra cosmovisión y no pueden ser impuestos coactivamente a formas culturales cuya estructuración social es diferente. De allí que debamos dejar que la interacción cultural les permita a los pueblos indígenas determinar si esta garantía es o no necesario incorporarla a sus formas de control, sobre todo en la que tiene contenido punitivo.

Compartimos también del fallo analizado el aserto de que la normatividad internacional no permite concluir que el "bien jurídico" sea una garantía cuya observancia sea obligada en la jurisdicción indígena, porque no hace parte de los "mínimos éticos" que debe respetar toda organización social.

Finalmente, el juicio de ponderación debe privilegiar, en este caso, la particular cosmovisión que tienen las etnias minoritarias de sus conflictos y controles sociales, de allí que compartamos la declaratoria de exequibilidad de la norma en cuestión<sup>68</sup>.

2) En relación con nuestro ámbito cultural es preciso afirmar que el bien jurídico poco ha servido para la construcción de diques y límites del *ius puniendi*, pues el

<sup>66</sup> Véase a FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal, Parte general*, op. cit., 1997, págs. 280 a 282; ARMANDO LUIS CALLE CALDERÓN y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "El delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Bien jurídico y estructura típica a partir de la constitución de 1991", en *Estudios de Derecho*, núm. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997, pág. 354; JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Edit. Trotta, 1997, págs. 69 y 78;

<sup>67</sup> HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, PPU, 1991, págs. 151 y ss.; CLAUD ROXIN, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, Edit. Civitas, 1997, págs. 56 y 57; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras del derecho penal (Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho)*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Leyer, 1998, págs. 54 y 55.

<sup>68</sup> Sobre la necesidad de interpretar el contenido de los principios en el contexto cultural del que forman parte, y sobre la pertinencia del juicio de ponderación como única forma para resolver los conflictos que se presentan entre ellos, véase a GUSTAVO ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, pág. 125.

carácter normativo y artificial que ostenta el concepto, producto de procesos consensuales precarios o de relaciones de dominación, lo han hecho ampliamente susceptible de manipulaciones y perversiones. Y este juicio crítico es procedente vincularlo a nuestro derecho penal positivo, en donde son plurales los ejemplos<sup>69</sup>.

## 2. Prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes

En la sentencia T-349 de 1996 se enfrenta este conflicto en relación con la pena del cepo.

a) *Argumentos de la sentencia.* Se trata en el caso estudiado de un indígena a quien se le imputa el homicidio de un miembro de su comunidad, hecho para el cual las normas ancestrales prevén la sanción del cepo. La Corte considera que tal pena no comporta trato cruel e inhumano, con los siguientes argumentos:

En primer lugar, es una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que "la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración".

En segundo lugar, no obstante que la pena del cepo implica rigores físicos, la misma se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado.

En tercer lugar, se reputa que es oportunista la alegación de trato cruel e inhumano por parte del demandante, lo cual se infiere del hecho de que fue dirigente de la comunidad en fechas pretéritas y no aprovechó esta oportunidad para influir en la comunidad con el fin de eliminar esta sanción.

Con fundamento en estas consideraciones concluye la Corte en la sentencia analizada que "ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad".

## b) Análisis de la sentencia.

1) Una de las razones para declarar la exequibilidad de la pena del cepo es que ella no comporta quebranto serio a la integridad física ni psíquica del condenado. En ello la Corte puede tener razón; pero en nuestro sentir el análisis no se pudo haber circunscrito a verificar si la pena era cruel, pues también era preciso determinar si tenía la condición de degradante. Por las investigaciones antropológicas que se conocen, no parece ser que dicha pena esté revestida de este contenido dentro de las comunidades indígenas, pero en caso de que lo fuera, consideramos que deviene inconstitucional.

2) Otro argumento al que acude la Corte es la utilidad de tal pena por su alto valor intimidatorio (prevención general intimidatoria). Para nosotros este es un argu-

<sup>69</sup> Entre ellos, la regulación del aborto consentido, la bigamia, la inasistencia alimentaria, las contravenciones especiales, los tipos de sospecha. En estos casos, la relación social carece de merecimiento de tutela penal, y además, el derecho penal es inidóneo para brindarla. Por esta razón, es válido decir con M. E. MAYER que "si el legislador se niega a reconocer su incapacidad, expone el orden jurídico a sufrir derrotas, se presenta como un general incompetente en misiones para las que no están preparadas sus tropas" (cit. por FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pág. 76). Véase también, a WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pág. 21.

mento carente de respaldo empírico y es inmoral, razones más que suficientes para descartarlo como criterio de legitimación de cualquier pena.

Lo primero, porque concibe la ley penal y la irrogación de la pena como un mensaje disuasivo dirigido a crear una contramotivación a los potenciales transgresores, y esta es una hipótesis empírica respecto de la cual existe la certidumbre de que no está verificada ni es verificable<sup>70</sup>. Y como modelo utilitario de justificación de la pena, es necesario para declarar su validez, que se demuestre que la misma efectivamente es un medio que cumple con los fines u objetivos que se pregonan de ella<sup>71</sup>.

Además, como lo destaca FERRAJOLI, la idea de la función preventiva por medio de la ejecución de la *pena ejemplar*, queda expuesta, como ninguna otra teoría utilitarista, a la objeción kantiana según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son ajenos, por sociales y loables que sean. Es, por lo tanto, una justificación inmoral. Igualmente, una concepción semejante sobre el fin de la pena, legítima intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y, sobre todo, desprovistas de cualquier certeza o garantía. Una práctica penal informada por la función disuasoria de la *pena ejemplar* puede desembocar en castigos discrecionales y desiguales, dependientes de la "alarma social" o de conveniencias políticas, lo que comporta erigir al condenado en "chivo expiatorio" y la reducción de la razón jurídica a la razón política o de Estado, que siempre tiene como resultado el "terrorismo penal"<sup>72</sup>.

En cuanto a la prevención general mediante la *amenaza abstracta de pena* contenida en la ley penal, tampoco se sustrae a la objeción kantiana ya aludida; igualmente, no asegura criterios de justicia ni limitaciones externas que frenen su tendencia al derecho penal máximo o, lo que es lo mismo, al "terrorismo penal legislativo": la amenaza penal será más eficaz cuanto más elevadas y severas sean las penas con las cuales se amenaza; cada delito cometido evidencia que el culpable no ha tenido miedo de la pena, lo que demuestra que para infundir temor es necesario incrementar su severidad<sup>73</sup>.

3) Consideramos desafortunado el argumento de que el actor fue oportunista, porque pretende que se le inaplique la pena cuando antes tuvo la oportunidad de haber influido en la comunidad para eliminar tal pena y no lo hizo. Si la pena del cepo afrontara la dignidad humana, el carácter fundamental de este derecho lo hace indisponible para cualquier persona, por lo tanto ninguna actuación precedente de la misma puede

<sup>70</sup> Véase a ALESSANDRO BARATTA, "Viejas y nuevas estrategias de legitimación del sistema penal", en *Poder y control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, pág. 85; del mismo (1991): "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, núm. 1, Barcelona, PPU.

<sup>71</sup> Véase a ALESSANDRO BARATTA, "Viejas y nuevas estrategias...", *op. cit.*, 1986, págs. 80 y 82; W. HASSEMER, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, núm. 1, PPU, Barcelona, 1991, pág. 31; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *op. cit.*, parg. 20, 1995, págs. 258 a 264.

<sup>72</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *op. cit.*, 1995, pág. 276.

<sup>73</sup> *Ibidem*, parg. 22.3-4, págs. 277 a 279. Con toda razón sostiene este mismo autor que "aunque la total ineficacia de las penas sea suficiente para deslegitimarlas, su eficacia no lo es para legitimarlas ni tampoco para delimitar su medida" (*ibid.* pág. 280).

ser una limitante para aducir su inconstitucionalidad y para declararla en caso de que se comprueben los presupuestos para ello.

4) Finalmente, resultaría en verdad paradójico que la Corte Constitucional hubiera afirmado la ilegitimidad de la pena del cepo cuando, por otro lado, ha declarado la exequibilidad de la pena de sesenta años de prisión, aduciendo que ni es pena irredimible, ni perpetua<sup>74</sup>. Y todo esto con el agravante de que conoce la realidad de la ejecución de esta pena, al punto de aseverar que es un “estado de cosas inconstitucional”, por comportar una monstruosa agresión a la dignidad de las personas privadas de su libertad.

### 3. La plena vigencia del debido proceso

El tema del debido proceso en la jurisdicción indígena, fue encarado en la sentencia T-349 de 1996.

a) *Argumentos de la sentencia.* Se comienza afirmando la vigencia en la jurisdicción indígena del principio de legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas, por considerarse con razones muy válidas que tal exigencia se infiere del tenor del artículo 246 de la Carta Política, ya que este “taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas<sup>75</sup>.”

Pero lo más importante es la aseveración de que el principio del “debido proceso”, debe interpretarse de conformidad con los valores que informan la concreta comunidad indígena de que se trate, porque de no procederse así, terminaríamos vulnerando el derecho a la autonomía cultural: “... la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse...”.

Y posteriormente se agrega: “Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chamí una noción como la de “debido proceso”, es pertinente aludir a ella en el caso *sub lite*, pues consta en el estudio antropológico, que obra en el proceso, que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica

<sup>74</sup> Véase sent. C-565 de 1993. Por la perversidad analítica del argumento aducido, merece citarse: “Lo perpetuo es lo intemporal y si la ley señala un número determinado de años para una pena, mal podría hablarse de que sea perpetua”.

<sup>75</sup> En el mismo sentido la sent. T-254 de 1994, en la cual se afirma que el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas (C. P., art. 246). El debido proceso se encuentra consagrado en el art. 29 de nuestra Carta, y la Corte considera que su contenido no puede ser otro que la plena vigencia y el respeto de las garantías y derechos que permiten afirmar que es “debido”, esto es, legítimo: los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento de cualquiera de estas garantías constitucionales para el juzgamiento y la sanción, constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

una censura a la arbitrariedad, y es esa la finalidad que persigue el debido proceso. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta”.

Esta misma consideración aplica la Corte en este fallo cuando aborda el estudio del *derecho de defensa*. En dicha comunidad la sentencia la emitió una reunión general (“de todos”), con participación de la familia de la víctima y el victimario, y como en la misma no estuvo presente el procesado, la Corte consideró que su derecho a la defensa fue válidamente asumido por sus parientes<sup>76</sup>.

b) *Análisis de la sentencia.* Queremos llamar la atención no tanto sobre el fallo, cuyos fundamentos y conclusiones compartimos, sino sobre el hecho de que lo proficiera una corporación cuyos miembros en su totalidad pertenecen a una cultura, si bien mayoritaria, muy diferente a la que tienen la generalidad de los pueblos indígenas. En tales condiciones, resulta sumamente difícil garantizar el respeto a la autonomía cultural, cuando la valoración de la legitimidad de las instituciones de la jurisdicción penal indígena se hace a partir del parangón con los contenidos que una sola cultura le da a los derechos y garantías consagradas en la Carta Política. Esta tesis es igualmente suscrita por SÁNCHEZ, quien afirma: “La Corte se encuentra en el incómodo papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral, tal vez porque no es posible hacerlo. Nadie puede desprenderse de su cultura, pues ello es equivalente a arrancarse la piel (...). Además, no es un juez blanco —ni unipersonal ni colectivo— el llamado a definir las reglas de las relaciones interculturales. Estas si se pretenden respetuosas de la diversidad, deben ser elaboradas tras un proceso de diálogo y concertación entre los actores involucrados. Un proceso así toma tiempo, y no son los tribunales los espacios apropiados para su desarrollo”<sup>77</sup>.

Por todas estas razones afirmamos que el problema que suscita la valoración de cuándo una institución del derecho indígena comporta o no un quebranto a los “derechos fundamentales”, es una tarea que debe estar precedida de un diálogo multicultural,

<sup>76</sup> El argumento es el siguiente: “Otro tanto puede decirse del derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual solo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. Fue la necesidad de ese acuerdo, justamente, la que determinó que se realizara el segundo juzgamiento por parte de toda la comunidad, pues en el juicio realizado en el Cabildo se había omitido ese requisito esencial. Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicado están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales”.

<sup>77</sup> Véase a BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ, “La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional”, *op. cit.*, 1998, págs. 352 y 353.

el cual debe realizarse en condiciones de mutuo respeto y horizontalidad entre todas las culturas. Con este presupuesto, muy probablemente se den las bases para aproximarse al ideal, esto es, que el control constitucional sea la competencia de tribunales de origen pluricultural.

Y para que nos percatemos de la complejidad de los problemas que debería resolver un tribunal con estas características, basta con señalar que ni siquiera entre quienes hoy hacen parte de la cultura mayoritaria, hay consenso sobre la naturaleza, jerarquía y contenido de derechos fundamentales, lo cual ha facilitado en muchas ocasiones que el sentido prístino garantista que han tenido dentro de nuestra cultura ilustrada, se haya degradado al punto que se termine aniquilamiento su valor como límites al ejercicio del *ius puniendi*. Nuestra historia legislativa y de control constitucional, infortunadamente es prolífica en situaciones de este tenor<sup>78</sup>.

#### 4. Principio de la responsabilidad individual, de la individualidad y proporcionalidad de la sanción punitiva

En la sentencia T-254 de 1994 se estudió el caso de una comunidad indígena, que impuso como sanción contra el infractor, la expulsión de este y de su grupo familiar de las tierras de la comunidad indígena.

a) *Argumentos de la sentencia.* La Corte consideró que la pena trascendió a la persona del infractor y cobijó a un grupo de personas, completamente inocentes, como lo era su grupo familiar. Por este motivo la pena se evidencia como absolutamente “desproporcionada” y manifiestamente contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 5º-2 establece que “la pena no puede trascender la persona del delincuente”. Se dice también que las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...” (Const. Pol., art. 29). Finalmente, la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia. Todos ellos son “presupuestos esenciales del poder sancionatorio del Estado o de los particulares que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales”.

Merecen especial atención los argumentos que acoge la Corte Constitucional en este caso, para diferenciar los eventos en que la pena afecta a terceros, de los que estos son directos destinatarios de la misma: “Ordinariamente la imposición de una pena, no

<sup>78</sup> Como ejemplo de lo denunciado, basta con mencionar lo acontecido con derechos y garantías, como el debido proceso, el juez natural, la defensa técnica, la presunción de inocencia, y el principio de legalidad. Si revisamos las normas penales expedidas a partir de la Carta Política de 1991, podemos afirmar que con ellas se ha entronizado una política criminal que desprecia los derechos y garantías antes mencionados, lo cual ha contado infortunadamente con el aval de la Corte Constitucional. Como ejemplos de lo afirmado, tenemos: los procedimientos breves y sumarios; los procedimientos especiales; los fueros con finalidad institucional de garantizar la impunidad; los jueces y fiscales sin rostro; los “ciudadanos honorables” o estudiantes de derecho, como garantes de la defensa técnica; la detención preventiva, incluso como política general; los tipos de sospecha.

obstante su individualización, puede materialmente afectar a terceros, ajenos a la infracción, y no por ello esta deja de tener validez. La expulsión del miembro de una comunidad indígena como medida sancionatoria, sin embargo, tiene una particularidad que exige considerar sus efectos frente a su familia. Las secuelas de la pena, en este caso, revisten mayor gravedad y fácilmente se traducen en punición para los miembros de la familia. Para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; de otro lado, la consiguiente y forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad. Desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación”.

b) *Análisis de la sentencia.* Queremos llamar la atención sobre el *plus argumentativo* que vincula la Corte Constitucional para encontrar ilegítima la sanción de expulsión del territorio a los miembros del grupo familiar del sancionado. Para llegar a esta conclusión, bastaba con el argumento de que la expulsión de la familia constituía un quebranto al debido proceso y al principio de responsabilidad individual. Pero no lo reputó suficiente y además afirmó que la expulsión “acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; por otro lado, la consiguiente y forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad”. Si se ha de prohiar este argumento, son pertinentes las siguientes consideraciones críticas a la sentencia:

En *primer lugar*, las consecuencias tan gravosas para la familia que aquí se describen, constituyen también un argumento poderoso y suficiente para afirmar que la pena de expulsión del territorio de la comunidad, respecto de personas que efectivamente han violado las leyes indígenas, es a todas luces desproporcionada y, por tanto, constitucionalmente ilegítima. Si es válida esta afirmación, pierde apoyo constitucional el juicio de validez de la expulsión del territorio del indígena a quien se le imputó la conducta ilícita.

En *segundo lugar*, estas mismas consecuencias se generan cuando el sistema jurídico nacional sanciona con las penas previstas en el mismo —privativas de la libertad en casi todas las ocasiones—, a los indígenas que han recibido el influjo de la “cultura mayoritaria”. En estos casos, la pena igualmente resulta desproporcionada, con el agravante de que la comunidad se ve privada de uno de sus miembros, afectándose así su conservación por tener la condición de grupo minoritario. Este argumento, sirve también para impugnar la tesis de la Corte Constitucional, prohibida en diversos fallos<sup>79</sup>, en el sentido de que el sistema de justicia estatal es el competente para juzgar al indígena “aculturado” que ha realizado conductas delictivas por fuera del territorio de su comunidad.

<sup>79</sup> Véase, *supra*, II.A.1.

### 5. El principio de legalidad de las penas

Entre otras, el conflicto que se suscita con la especificidad del derecho indígena y el principio de legalidad, fue abordado en la sentencia T-349 de 1996.

a) *Argumentos de la sentencia.* El principio de legalidad, dentro de nuestra cultura, ha exigido para su cabal desarrollo la expresa consagración escrita, clara y taxativa del supuesto de hecho y de la sanción. La Corte encuentra en ello una garantía: "para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades". Pero tal exigencia no resulta razonable para la comunidad indígena, según la Corte, porque esta es relativamente pequeña, "en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad".

Luego de las consideraciones precedentes se procede a indicar que la comunidad analizada tradicionalmente le ha asignado al delito cometido por el actor —un homicidio—, tres años de trabajo forzado y cepo. Por otro lado, la Corte considera válido que la comunidad hubiera enviado a la jurisdicción ordinaria el proceso para que esta asumiera el conocimiento del mismo. Y teniendo dichas alternativas, se le impuso al condenado una pena extraña a la tradición de dicha comunidad, esto es, "una pena privativa de la libertad que debería cumplir en una cárcel 'blanca'...".

Se aduce además que el condenado tenía derecho a que la sanción impuesta correspondiera a una de las dos alternativas: la prevista en su comunidad o la que establece el derecho positivo nacional. Como la comunidad hizo una simbiosis de ambas, la misma deviene ilegítima y de allí la invalidación de la condena impuesta por la Asamblea General de Cabildos.

b) *Análisis de la sentencia.* Consideramos que el principio de legalidad de los delitos y de las penas ha de interpretarse de conformidad con las características especiales que ostentan las diversas etnias, en donde difícilmente se encontrará alguna que tenga un código escrito que determine en forma taxativa e inequívoca los "hechos punibles" y las sanciones para los mismos, por cuanto su derecho es fundamentalmente consuetudinario, esto es, no escrito, construido por la costumbre, por la tradición. En esto compartimos la posición suscrita por la Corte en este fallo.

Pero en lo que sí discrepamos con ella es en que, luego de afirmar que dentro del derecho indígena debe existir una norma, así no sea escrita, que regule la conducta y establezca una pena para la misma, exigencia que es consecuente con el contenido del principio de legalidad, termine autorizando que el proceso se ventile de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional, cuando se trata de hechos ocurridos en el territorio del resguardo y en el cual están involucrados dos indígenas pertenecientes a dicha comunidad.

Esta decisión, sin lugar a dudas, a la vez que viola la garantía del "juez natural", niega uno de los fundamentos del principio de legalidad, el cual consiste en la posibilidad para el ciudadano de conocer lo que espera de las autoridades, esto es, cuál de estas autoridades lo juzgará, mediante qué forma de juicio y bajo qué régimen punitivo.

### 6. Tutela de la vida frente a los riesgos generados en el ejercicio de la medicina por brujos, chamanes o curanderos de las comunidades indígenas

De este tema se ocupa la Corte Constitucional en la sentencia C-377 de 1994, en la que se avoca el estudio de constitucionalidad de la ley 14 de 1962, "Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía", que en su artículo 2º, establece que solo podrán ejercer la medicina y la cirugía, "quienes hayan adquirido título de médico y cirujano expedido por alguna de las Facultades o Escuelas Universitarias reconocidas por el Estado y que funcionen o hayan funcionado legalmente en el país".

a) *Argumentos de la sentencia.* La Corte comienza con el análisis de la facultad que le asiste al legislador para exigir títulos de idoneidad (Const. Pol., art. 26). En el caso de los médicos y los cirujanos, el título es la prueba de que quien lo posee, es científicamente idóneo para ejercer su profesión, la cual tiene directa relación con intereses de otras personas, y por ello son intereses colectivos que el Estado está en la obligación de tutelar<sup>80</sup>.

A renglón seguido se afirma que dicha reglamentación no cubre a los integrantes de las comunidades indígenas que ejercen dentro de ellas, conforme a sus conocimientos ancestrales, procedimientos que comportan "la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos, ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar".

La argumentación que se aduce para ello, es la necesidad del respeto a la autonomía étnica y cultural de dichas comunidades: "Todo lo dicho no implica que en algunos grupos especiales, tales como las tribus indígenas, no puedan existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales. Su actividad está protegida por el artículo 7º de la Constitución, que asigna al Estado la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural".

b) *Análisis de la sentencia.* El ejercicio de la medicina, no asistido de la ciencia y la formación académica, puede generar riesgos sociales para bienes jurídicos de mayúscula trascendencia como lo son la vida y la salud. Y a pesar de la importancia de los intereses en juego, según la Corte, el sistema jurídico nacional debe claudicar en su pretensión de control del ejercicio de la medicina dentro de las comunidades indígenas,

<sup>80</sup> En aval de lo antes expuesto, se trae a colación la sent. C-226 de 1994, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la cual se expresó: "En ese orden de ideas, las fronteras que demarcan el derecho de ejercicio de una profesión son el respeto por los derechos ajenos y la protección de los riesgos sociales. Esto explica que la Constitución autorice formas de regulación de las profesiones y de ciertos oficios como reconocimiento de la necesaria formación académica y riesgo de carácter social de estas actividades (...) tales regulaciones solo son legítimas constitucionalmente si se fundamentan de manera razonable en el control de un riesgo social, y no se traducen en una restricción desproporcionada o inequitativa del libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales". Véase, además, sobre el mismo asunto, la sent. T-408 de 1992, magistrado ponente Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

cuando lo hacen las personas a las que ancestralmente la comunidad atribuye idoneidad para ello (chamanes, curanderos, etc.), las cuales, si las valoramos según nuestros baremos científicos, nunca tendrían idoneidad para tal ejercicio.

En este caso concreto, el juicio de ponderación entre la vida o la salud y el derecho a la autonomía cultural, favoreció a este último. Y este antecedente nos legitima para formular el siguiente interrogante: ¿si intereses tan importantes como los derechos personales —cuya jerarquía es innegable y por ello son fundamento de todos los demás derechos—, en la balanza de la ponderación pierden ante el derecho a la diversidad cultural, por qué la Corte Constitucional, cuando se trata de intereses de mucha menor importancia que la vida o a la salud, los hace prevalecer sobre la autonomía cultural, denegando la competencia de la jurisdicción indígena?

#### Epílogo:

JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO, maestro en oratoria y en ética profesional enseñó que el intelectual latinoamericano que quiera ser consecuente con nuestra historia, tiene que ser un combatiente de día y noche, festivos y horas extras, por la dignidad del ser humano. La única servidumbre que le está permitida es la que lo ata a las luchas de los pueblos por conquistar la vigencia integral de los derechos humanos. Por eso, cualquiera que sea su papel académico o profesional, debe ayudar a construir universos sociales, políticos y normativos, en los que tengan cabida todas las voces y se allanen las necesidades radicales de todos. Esperamos entonces haber estado a la altura de las enseñanzas del maestro.

#### BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV. (s. f.): *VI Congreso Nacional de Antropología. Memorias del simposio de Antropología Jurídica: Normas formales-Costumbres legales*, Santa Fe de Bogotá.
- AA.VV.: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio del Interior-Dirección General de Asuntos Indígenas, 1997.
- ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARATTA, ALESSANDRO: "Viejas y nuevas estrategias de legitimación del sistema penal", trad. de Xavier Nogués i Tomàs, revisada por R. Bergalli, en *Poder y control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986.
- "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", trad. de Mauricio Martínez Sánchez, en *Pena y Estado*, núm. 1, Barcelona, PPU, 1991.
- BAUMANN, JÜRGEN: *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

- BENÍTEZ, HERNÁN DARÍO: *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Edit. Temis, 1988.
- BOBBIO, NORBERTO: *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janés, 1985.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982.
- *Manual de derecho penal*, Parte general, 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, PPU, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Edit. Trotta, 1997.
- CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "El delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Bien jurídico y estructura típica a partir de la constitución de 1991", en *Estudios de derecho*, núm. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 1998.
- ESTRADA VELEZ, FEDERICO: *Derecho penal*, Parte general, 1ª ed., Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1981.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989.
- *Principios y normas rectoras del derecho penal (Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho)*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Leyer, 1998.
- FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Edit. Trotta, 1995.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Edit. Trotta, 1999.
- GIMENO SENDRA, VICENTE: *Constitución y proceso*, Madrid, Edit. Tecnos, 1988.
- GIRALDO ÁNGEL, JAIME: "Inimputabilidad penal e inmadurez psicológica", en *Derecho penal y criminología*, núm. 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.
- HASSEMER, WINFRIED: "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", trad. de Elena Larrauri, en *Pena y Estado*, núm. 1, PPU, Barcelona, 1991.
- HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, PPU, 1991.

- JIMENO SANTOYO, GLADYS y otros: *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Concepto de la dirección general de asuntos indígenas 1995-1998*, Retos de la Nación diversa, núm. 2, Santa Fe de Bogotá, Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, 1998.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1988.
- MAIER, JULIO B. J.: *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1999.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MAURICIO: *La crisis de la justicia penal en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría general del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1990.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- OROZCO ABAD, IVÁN y GÓMEZ ALBANELLO, JUAN GABRIEL: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-IEPRI-Universidad Nacional de Colombia, 1999.
- PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Edit. Trotta, 1997.
- PERAFÁN SMMADS, CARLOS CÉSAR: *Sistemas jurídicos Paez, Kogí, Wayúu, Tule*, Santa Fe de Bogotá, Colcultura, 1995.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal*, Partes general y especial, t. II, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal*, Parte general, 6ª ed., Bogotá, Unidad Externado de Colombia, 1979.
- ROXIN, CLAUS: *Derecho penal*, Parte general, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Edit. Civitas, 1997.
- SAMPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS: "Aproximación a la problemática indígena en Colombia", en Año Europeo contra el racismo, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 11, San Sebastián, Extraordinario, 1997.
- SÁNCHEZ, BEATRIZ EUGENIA: "La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional", en *Observatorio de la justicia constitucional. Balance jurisprudencial* de 1996, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho. Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 1998.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: "La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible", en revista *Jueces para la democracia*, núm. 26, Madrid, 1996.
- *Inimputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1996.
- STAVENHAGEN, RODOLFO y ITURRALDE, DIEGO (Comp.): *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

- VÁSQUEZ ROSSI, JORGE EDUARDO: *Curso de derecho procesal penal*, Rubinzal y Culzoni S.C.C., Santa Fe, Editores, 1985.
- VELÁSQUEZ V, FERNANDO: *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- VÉLEZ VÉLEZ, LUIS FERNANDO: "El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el nuevo Código Penal", en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 11, Bogotá, Temis, 1981.
- YRURETA, GLADYS: *El indígena ante la ley penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1981.
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO: *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1988.
- ZAGREBELSKI, GUSTAVO: *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Edit. Trotta, 1995.

## SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL REFERENCIADAS

- T-408 de 1992, magistrado ponente: José Gregorio Hernández G.
- T-428 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.
- T-567 de 1992, magistrado ponente: José Gregorio Hernández G.
- T-188 de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-257 de 1993, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- T-380 de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-405 de 1993, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.
- T-254 de 1994, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-342 de 1994, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- T-349 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- T-496 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- C-058 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- C-226 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- C-377 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- C-139 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- SU-039 de 1997, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- SU-510 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-153 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

# JURISPRUDENCIA

# Término de la celebración de la audiencia pública y libertad provisional

(Comentario a la sentencia C-846 de 1999 de la Corte Constitucional)

*José Fernando Reyes Cuartas\**

La Corte Constitucional tramitó el expediente D-2392, asunto que se ocupó de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 415 (parcial) del decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 55 de la ley 81 de 1993. Obró como ponente el magistrado Carlos Gaviria Díaz. El fallo se fechó el veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Las breves líneas que prosiguen se ocupan de efectuar un análisis de algunos aspectos específicos de importancia del fallo, el cual sin duda constituye un valioso aporte al pensamiento garantista, mismo que ha de presidir la totalidad del proceso penal.

1. Quienes recibimos una formación universitaria al amparo del pensamiento positivista, recordamos siempre cómo los profesores, al hacer las introducciones de rigor en cada materia, defendían casi sin excepción, una supuesta autonomía de la parcela del derecho que se les hubiese encargado orientar. A ello no eran ajenos el derecho penal y el derecho procesal penal, de los cuales se pregonaba una autonomía epistemológica, lo que de suyo no implicaba la inexistencia de relaciones con otras áreas del saber —que siempre se defendían y explicaban—, pero reclamando sí, con ahínco, la mentada autonomía científica de su saber<sup>1</sup>.

\* Funcionario de la Procuraduría General de la Nación. Profesor del área penal de la Universidad de Manizales.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, ENRIQUE VESCOVI, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 10. También ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Obras Completas*, vol. I, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998, pág. 2, defendiendo la "autonomía sustancial" del derecho penal.

Sin embargo, hoy ya parece lugar común decirlo, la Constitución Política irradia de manera total el orden normativo, a tal punto que se dice que el derecho penal o el derecho penal procesal, no son más que derecho constitucional aplicado<sup>2</sup>. Que esto es así, ya no se remite a dudas si se entiende que la Carta Magna se erige en sistema de límites y vínculos para todas las autoridades públicas —incluido el legislador a pesar del principio de libertad de configuración que le acompaña— y, fundamentalmente, para aquellas que inciden de manera tan seria en los derechos fundamentales de los ciudadanos, como acaece en el derecho Penal.

Consecuencia lógica de lo anterior, es entender que las interpretaciones de las normas hechas por el Tribunal Constitucional de una comunidad organizada, se erigen en pautas de obligatorio acatamiento para los operadores jurídicos, cuando las decisiones se materializan en sentencias de constitucionalidad o cuando las mismas, por llenar vacíos legislativos en materia de derechos fundamentales, pueden tenerse como doctrina constitucional. Ello no obsta para que también deba decirse que, por lástima, los Tribunales Constitucionales suelen proferir ciertos fallos coyunturales, afinados más en razones de conveniencia —políticas— que jurídicas.

Siendo esto así, resulta absolutamente inentendible que se siga hablando de pugnas entre las altas Cortes, por chocar el pensamiento de la Corte Constitucional con el de cualquiera de las demás de su misma jerarquía salarial, pues en los Estados constitucionales solo hay un Tribunal Superior y ese es aquel encargado de interpretar con autoridad la Carta Política; su misión fundamental se encamina a la protección de los derechos fundamentales; es esta razón —y no otras a veces demasiado vulgares— la que le da razón de ser a su superioridad<sup>3</sup>, siendo su producción jurisprudencial factor que irradia el trabajo de todos los demás tribunales<sup>4</sup>. Es decir, la igualdad de jerarquía no significa igualdad de vinculación *erga omnes* de las decisiones, pues nadie ignora que los fallos de la Corte Constitucional pueden oponerse a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado o al Consejo Superior de la Judicatura. Y eso ya va indicando la superioridad vinculante que le acompaña.

Todo lo anterior sin contar que es tal la importancia de la misión de los tribunales constitucionales, que en Europa se les ubica por fuera del poder jurisdiccional. Por

<sup>2</sup> Cfr. JÜRGEN WOLTER, "Derechos Humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal", en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*, Barcelona, J. M. Bosch., J. M. Silva, B. Schünemann (coords.), 1995, pág. 40. También WINFRIED HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 67.

<sup>3</sup> Sobre ello, véase a OTTO BACHOF, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz, Madrid, Civitas S. A., 1985. En especial, págs. 57 y ss. También, indicando como la creación de Cortes Constitucionales implica un alejarse del provincialismo propio de nuestro Derecho Constitucional, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, "Derechos Fundamentales e interpretación constitucional", en *Revista Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*, núm. 6, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1993, pág. 25.

<sup>4</sup> Por ello nos dice ELISEO AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pág. XXVIII: "La protección de los derechos y libertades de los ciudadanos como principal tarea de los Tribunales Constitucionales supera los procedimientos previstos para ellos, impregna todas las funciones de los tribunales y lleva al control de las leyes criterios nuevos".

ello nos dice FAVOREU que "conviene precisar que un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos"<sup>5</sup>.

2. La hermenéutica de la Constitución reviste significativa especialidad. No se aplican a los principios y reglas constitucionales, los *virtuosistas* —para decirlo en palabras de ZAGREBELSKI— criterios de interpretación que son de usanza cuando de desentrañar el sentido de la ley se trata. Conviene así mismo enfatizar en la existencia del principio de la "interpretación conforme a la Constitución"<sup>6</sup>, el cual significa, ni más ni menos, que toda norma subordinada al texto superior, debe poder acompañarse con los principios superiores del ordenamiento jurídico. En tal orden de ideas, es necesario decir que siendo la Carta, fundamentalmente, un catálogo de principios, las posibilidades de limar la drasticidad, exceso, irracionalidad, etc., que suelen presentar las normas de inferior jerarquía, son amplísimas. No puede, sin embargo, olvidarse, que esta confianza en el sistema, parte de la base de la existencia de un juez demócrata, que sea *guardián de las promesas*<sup>7</sup> y no apenas un apéndice del poder.

3. *La sentencia C-846 de 1999*. A) La sentencia C-846 de 1999 significa una revolución en materia de libertad provisional en el proceso penal, quizás de parecida importancia a la que proferiera la Corte Suprema de Justicia el 31 de julio de 1991<sup>8</sup>, con ponencia del magistrado R. Calvete R., en la cual se puso fin a la equivocada interpretación que entonces se hacía de las normas 439 y 441 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, por la casi totalidad de los jueces de la República. Exégesis aquella, sea de decirlo, que mantuvo tras las rejas de manera hartamente injusta, a miles de procesados por delitos de poca monta. Se dice aquí que se trata de un pronunciamiento revolucionario, aunque en verdad, si los principios se aplicasen, no tendrían el fallo tal connotación. Esto, por cuanto si el principio de libertad es la regla, si además impera la aplicación del *favor libertatis* y el *in dubio pro libertate*, en fin, si se aplicase como debiera ser, el principio de libertad en su mayor extensión, no se tendría la necesidad de un tribunal constitucional que hiciese imperativo aplicar lo que se tiene como hartamente claro en la formulación principialística del Código de Procedimiento Penal.

La fundamentación de la sentencia C-846 de 1999, parece a simple vista demasiado sencilla. Este fallo significa un "no más", a la patente de corso en que se había constituido la simple *iniciación* de la vista pública, para negar la excarcelación del procesado privado de la libertad. Bastaba al juez dar inicio a la vista con uno o dos días de antelación al vencimiento de los seis (6) meses, contados a partir de la firmeza de la acusación, para que la puerta se cerrara y al parecer de manera definitiva.

<sup>5</sup> LOUIS FAVOREU, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Edic. Ariel, 1994, pág. 13.

<sup>6</sup> Véase a RAMÓN PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, *passim*.

<sup>7</sup> Véase a ANTOINE GARAPON, *Juez y democracia. Una reflexión muy actual* (en francés, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*), España, Flor del Viento Ediciones, págs. 9 y ss.

<sup>8</sup> Véase *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, Legis, 1991, t. XX, núm. 237, pág. 755.

B) Se conoce en Manizales de un proceso seguido en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito [rad. 3806], en el cual la audiencia tardó en ser terminada cerca de trece meses, estando los procesados privados de su libertad. Es decir, más de un año con la audiencia iniciada sin que se le pusiera finiquito, y, recuérdese, que el Código de Procedimiento Penal consagra cuatro meses máximo para instruir y seis para finiquitar el período del juicio, con posibilidad de privación de la libertad, es decir, diez meses como extremo máximo!

Los jueces de inferior jerarquía saben que los principios constitucionales y los criterios de interpretación constitucional, no son de uso, solamente, cuando se trata de interpretar la Carta, sino que bien conocen —o deben conocer— que en materia de derechos fundamentales, forzoso es acudir a ellos cuando se llega a situaciones límite o insostenibles que desbordan los contornos de la norma.

Mas, una clara argumentación cimentada en simple línea positivista, lleva a entender que la audiencia puede permanecer iniciada de manera indefinida con los procesados aherrojados, a pesar de que el propio sistema jurídico ha dado plazos perentorios para la instrucción con persona privada de la libertad (120 días) y para la celebración de la audiencia (180 días después de la ejecutoria de la acusación), lo que sumado daría trescientos días, término a todas luces extenso. Con todo, ya vemos el caso anotado en que se superó con creces tal cantidad.

Una visión del asunto tamizado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad, obligaría concluir que *una sola diligencia* procesal —la vista pública— no podía ocupar lapsos tan amplios, por mucho que se insista en la importancia de tal diligencia, la cual, dicho sea de paso, entre nosotros, no es más que el simulacro ridículo de la oralidad, pues el fiscal lleva su acusación escrita y allí la lee a los demás, como si ellos no lo hubieran ya hecho, en tanto que los demás reiteran lo que vienen planteando desde la instrucción. Bien se sabe que son poquísimos los casos en que existe verdadera controversia probatoria, pues el material de certezas se ha incorporado casi en su totalidad, desde el sumario. La vista se convierte así en un trámite más, que no puede aspirar a limitar de manera tan fuerte la garantía de la libertad.

C) Y cuando tenemos como plausible el acudir a principios, es porque entendemos de su vocación garantista, en un contexto en que los mismos sean comprendidos por la comunidad jurídica de una manera tal en que el ámbito de incertidumbre se reduzca a mínimos. Para hablar de principios, se precisa de visión democrática, pues a los principios también se los puede poner a *rendir* para legitimar visiones autoritarias del proceso, y así poder decir, por ejemplo, que es *razonable* que una persona permanezca *preventivamente* privada de su libertad, por el tiempo que prevé la ley para que la acción penal prescriba, esto es, incluso hasta por veinte años!

Es de destacar también, cómo la Corte en la onda del derecho por principios, privilegia la idea del Estado social, garante y promocionador de los derechos fundamentales, sobre el concepto de simple Estado liberal<sup>9</sup>, cuando afirma: “El principio de

<sup>9</sup> Sobre la solución de esta tensión, véase WINFRIED HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 65 a 86.

seguridad pública no puede interpretarse con desconocimiento del principio de efectividad de los derechos y garantías fundamentales, ni el sindicado ni el procesado han de soportar la ineficiencia e ineficacia del Estado”.

Nótese cómo se trabaja aquí con una específica y muy recurrente *tensión de principios* —sobre todo con el manejo que los maniqueos le han dado al mito de la *seguridad*— aspecto que en *el tiempo del garantismo* es de suprema utilidad, habida cuenta de los malos vientos que corren para el proceso penal democrático hoy<sup>10</sup>. Y que así se diga esto no es afirmación carente de sustento, como que basta mirar la intervención de la Fiscalía, dentro del proceso que terminara con la sentencia C-846 de 1999, que ahora nos ocupa, en la cual se da a entender por ese ente de acusación, que una persona puede permanecer privada de la libertad, hasta tanto se produzca el fenómeno procesal de la extinción de la acción penal. Mírese lo que dice la Corte:

“En segundo lugar, cabe anotar que la Corte no comparte la apreciación del fiscal general de la nación, en el sentido de que el término de prescripción de la acción penal, que según el artículo 80 del Código Penal es “igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuera privativa de la libertad (...)”, *debe ser admitida como un criterio razonable para efectos de determinar la duración de la detención*. A este respecto, esta corporación, ya había advertido que la prolongación de la detención “de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena, ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia” (cursivas ajenas a la Corte).

Así pues, los principios constitucionales de dignidad humana, interdicción de exceso y Estado social y democrático de derecho, contribuyen de especial manera en la configuración, pertinente para el caso, del principio del proceso debido. Este, que finalmente es el tutelar, debe ser connotado, delineado y hecho funcional, según la especial situación problemática. Por ello expresa la Corte, en la misma línea de razonamiento: “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas es un límite sustancial a la discrecionalidad del legislador para regular la institución de la detención preventiva”.

D) Y por fin, para no alargar un comentario que se precisa breve para poder examinar en sus detalles el fallo, resulta de importancia hacer un llamado de atención sobre el manejo que en estos pocos meses se ha visto en algunas partes del fallo. Algunos funcionarios judiciales se han empeñado en afirmar que cuando la vista ha de

También José Fernando Reyes Cuartas, “Jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 61, Santa Fe de Bogotá-Medellín, Temis-Universidad de Antioquia, 1999, pág. 191.

<sup>10</sup> Sobre ello, cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Edit. Civitas, 1999, págs. 17 y 56. También, WINFRIED HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad...*, cit., págs. 31 y 64. El mismo, *Crítica al derecho penal de hoy*, cit., págs. 52 y ss.

prolongarse, porque en el inicio de la misma se han decretado nuevas pruebas, derivadas de algunas que han tenido génesis en la misma, previo decreto según lo autoriza el Código de Procedimiento Penal en vigencia, resulta posible extender el plazo de privación de la libertad, más allá de los seis meses —o doce, en los llamados juzgados especializados—, pues, es del todo justificable que así se haga, dado que no es posible imputar injusta dilación a la jurisdicción<sup>11</sup>.

Esta es, sin duda, una velada forma de desconocer un fallo *erga omnes*, el cual en síntesis apunta a decir que la vista debe tener comienzo una vez culmine el término de traslado del artículo 446, de no existir pruebas por practicar fuera de la sede del juzgado o que comporten asuntos técnico-científicos, para así posibilitar que la misma se evacue *dentro* del término de los seis meses posteriores a la firmeza de la acusación. Y así, salvo que las dilaciones sean *injustificadas por atribuibles a la parte acusada*, si la vista no halla *finiquito* dentro de ese término de seis —o doce— meses, impera el otorgamiento de la libertad provisional. Y esto no es apenas el desconocimiento de la doctrina constitucional, en los términos de la sentencia C-083 de 1995, sino la traición de normas positivas vigentes de orden procesal, que al encontrar acomodo con la Carta Política, según interpretación conforme con esta, efectuada por la Corte Constitucional por vía de acción pública de inconstitucionalidad, implican su acatamiento en ese sentido y en el mismo se entiende extendido el mandato normativo. En síntesis, quiérese decir, que constituyen por lo menos un serio acercamiento a la prevaricación por constituir aplicación claramente contraria al texto normativo, que ya no es apenas el simple texto legal, sino este más la interpretación conforme con la carta dada por el Tribunal Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL

en el *Diario Oficial*, núm. 41.098 del martes 2 de noviembre de 1993 y se subraya lo acusado:

Sala Plena  
Sentencia C-846 de 1999  
Ref: Expediente D-2392  
Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz  
Actor: Livingston Jaime Arévalo Galindo  
Santa Fe de Bogotá, 27 de octubre de 1999

Decreto 2700 de 1991  
(noviembre 30)

por el cual se expiden las normas del procedimiento penal

“Artículo 415. *Modificado por el artículo 55 de la ley 181 de 1993. Causales de libertad provisional.* Además de lo establecido en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria en los siguientes casos:

(...)

II. Norma demandada

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a su publicación

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, auto de 8 febrero 2000, rad. 1999-0023-00, Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales.

(...)

5. Cuando hayan transcurrido más de seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública o se hubiere vencido el término para presentar alegatos de conclusión en el juicio, según el caso, salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entiende ampliado hasta en seis (6) meses.

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

(...)

VI. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, de acuerdo con el artículo 241-4° de la Constitución.

2. El problema planteado

El demandante impugna el inciso 2° del numeral 5 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, el cual contempla dos supuestos en los que no procede la libertad provisional: a) cuando la audiencia se hubiere iniciado, así esta se encuentre suspendida por cualquier causa; b) cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor.

El fundamento principal de la demanda, descansa en el hecho de que la mencionada disposición, si bien prohíbe conceder la libertad provisional cuando la audiencia pública se ha iniciado, así se hubiere suspendido, no contempla un tiempo límite dentro del cual ésta deba finalizar. En consecuencia, considera el actor, se termina por imponer una medida de detención indefinida, que es contraria al principio de dignidad humana y a los derechos a la igualdad y al debido proceso.

Aunque el cargo del actor, en principio, se dirige contra el primer supuesto mencionado, es pertinente anotar que la Corte no se declarará inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre el último aparte del precepto acusado, como lo solicita el procurador general de la nación, pues además de que el demandante impugnó el inciso segundo en su totalidad, es necesario integrar la debida unidad normativa no solo para el cabal entendimiento de su contenido, sino también para efectos de la decisión que habrá de adoptarse.

Así las cosas, le corresponde a esta corporación determinar si los supuestos contemplados en la norma parcialmente acusada para negar la libertad provisional, se ajustan o no a la Constitución.

3. La libertad personal, la detención preventiva y la libertad de configuración del legislador.

Nuestra Constitución, en el artículo 28, establece como cláusula general que toda persona es libre, es decir, que goza de “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás, ni entrañen abusos de los propios” y, en consecuencia, que no puede ser sometida a ningún “acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”<sup>12</sup>.

No obstante, el derecho a la libertad personal, como todo derecho constitucional, no es absoluto, y es el mismo artículo 28 superior el que permite que se establezcan límites a su ejercicio, siempre y cuando: 1) exista un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; 2) se observen las formalidades legales, y 3) la ley defina previamente los casos en que procede la limitación de este derecho.

Como la Corte ya lo ha señalado, una de las restricciones a la libertad personal, que en principio es admisible a la luz del ordenamiento constitucional, es la detención preventiva<sup>13</sup>, medida que persigue “asegurar la comparecencia del acusado al proceso, evitar su fuga o la continuación de su actividad delictual, o las labores que empresa para

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sent. C-301 de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>13</sup> Véase las sents. C-394 de 1994, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell y C-549 de 1997, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción"<sup>14</sup>.

Sin embargo, dado que la libertad es la regla general, la detención preventiva solo puede ser una medida extrema o excepcional<sup>15</sup> y su adopción "debe hallarse rodeada de las mayores precauciones"<sup>16</sup>, entre otras razones, porque compromete los derechos de un sujeto que no ha sido condenado y que, por tanto, se presume inocente (Const. Pol., art. 29). En razón del aludido carácter excepcional, se ha insistido en que nuestro ordenamiento no solo debe determinar de manera precisa los eventos en los que procede la detención preventiva, sino también contemplar amplias oportunidades o mecanismos destinados a hacer cesar la privación de la libertad del detenido.

Ahora bien, como se deriva del mismo artículo 28 de la Constitución, en materia de libertad personal existe una estricta reserva de ley<sup>17</sup> y, por tanto, solo el legislador puede entrar a definir los eventos en los que procede la detención y las causales que dan lugar a obtener el beneficio concomitante de la libertad provisional. No obstante, en un Estado social de derecho como el nuestro, es evidente que la discrecionalidad del legislador en esta materia no es absoluta, pues, ante todo, debe asegurar el respeto por las garantías y derechos consagrados en la Constitución. Al respecto, en términos precisos, ha señalado esta corporación:

"En la fijación de las condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, el legislador goza de un margen de apreciación inscrito dentro de la denominada libertad de configuración que le permite, en cuanto representante del pueblo, traducir en normas legales sus decisiones, adoptadas como respuesta a problemas latentes de la sociedad y que son el resultado de un proceso en el que normalmente se involucran consideraciones y valoraciones de naturaleza política.

"Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no solo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona 'se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable' y que quien sea sindicado tiene derecho 'a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas'.

"Así pues, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo"<sup>18</sup>.

Son entonces estos criterios, los que han de guiar a la Corte en el análisis del precepto parcialmente acusado.

4. El inciso 2º del numeral 5 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal

4.1 El primer supuesto: no habrá lugar a la libertad provisional "cuando la audiencia se hubiere iniciado, así esta se encuentre suspendida por cualquier causa".

El artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en el inciso 1º del numeral 5, consagra como

causal de libertad provisional, el hecho de que "hayan transcurrido más de seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública o se hubiere vencido el término para presentar alegatos de conclusión en el juicio, según el caso, salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entienda ampliado hasta en seis (6) meses".

Sin embargo, el inciso segundo, en el aparte objeto de análisis, establece como excepción, que la libertad provisional no procede si se "hubiere iniciado la audiencia pública, así esta se encuentre suspendida por cualquier causa".

Como bien lo señala el ministro de justicia y del derecho, en principio, es claro que la prohibición de conceder la libertad provisional cuando se ha dado inicio a la audiencia pública, persigue un objetivo válido, cual es el de asegurar la comparecencia del sindicado a tan importante diligencia judicial. Si la audiencia pública es una etapa fundamental para determinar la responsabilidad del sindicado, en la que el juez puede oír su versión e interrogarlo "acerca del hecho y sobre todo aquello que conduzca a relevar su personalidad" (C. de P. P., art. 449) es evidente que una vez iniciada, su presencia, al igual que la de su defensor, es indispensable para el desarrollo de la misma. Es por ello, además, que el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal la contempla como una exigencia ineludible: "Será obligatoria la asistencia del fiscal, del defensor y del procesado si se encuentra privado de la libertad (...)".

No obstante, y a pesar de ser este un objetivo plausible, para efectos del análisis de constitucionalidad de este precepto es necesario, además, determinar si a la luz de la Carta, la audiencia pública puede ser suspendida *por cualquier causa*, tal y como en él se dispone, y si es cierto, como lo afirma el actor, que en virtud de la norma acusada, se termina por imponer al sindicado una medida de detención indefinida, pues en ella no se indica expresamente en cuánto tiempo debe finalizar la audiencia pública, ni se establece un término perentorio para que, en casos de suspensión, esta tenga que ser reanudada.

Pasa la Corte a ocuparse de ello.

#### 4.1.1 Sobre la suspensión de la audiencia.

Una de las garantías que el artículo 29 de la Constitución consagra para todo sindicado, es la de un debido proceso sin dilaciones injustificadas, derecho que, además, está íntimamente relacionado con el principio de celeridad procesal que debe orientar la administración de justicia (Const. Pol., art. 228). Si bien la efectividad de tal derecho no excluye que en algunas ocasiones la autoridad competente pueda suspender la realización de diligencias en el proceso, sí exige que las causas que den lugar a ello sean o estén plenamente justificadas. Precisamente, este es uno de los requisitos que la Corte ha considerado como indispensable para aceptar la razonabilidad de una medida restrictiva de la libertad personal. Sobre el particular, en la sentencia C-301 de 1993<sup>19</sup>, dijo este tribunal constitucional:

"En punto de razonabilidad, la Corte considera que la exigencia de un debido proceso público sin dilaciones injustificadas es un límite sustancial a la discrecionalidad del legislador para regular la institución de la detención preventiva (...) El principio de seguridad pública no puede interpretarse con desconocimiento del principio de efectividad de los derechos y garantías fundamentales, ni el sindicado ni el procesado ha de soportar la ineficiencia e ineficacia del Estado.

"La Constitución, en consonancia con los tratados internacionales de derechos humanos, acogido en su artículo 29 el criterio de justificación razonable —debido proceso sin dilaciones injustificadas— para la investigación y el juzgamiento de ilícitos penales. La jurisprudencia y la doctrina internacionales han precisado lo que debe entenderse por un plazo razonable para la investigación y el juzgamiento, condicionando sus límites a las circunstancias del caso y a la existencia de un verdadero interés público que justifique la restricción del derecho a la libertad personal sin llegar en ningún caso al extremo de desconocerlo. En este sentido, el legislador encuentra una limitación constitucional de sus atribuciones (C. P., arts. 29 y 93) en asuntos punitivos y de política criminal debiendo estar justificadas racionalmente las demoras o

<sup>14</sup> Véase, entre otras, las sents. C-395 de 1994, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz, C-301 de 1995, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz y C-327 de 1997, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

<sup>15</sup> Véase, entre otras, las sents. C-424 de 1997, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz y T-153 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Véase las sents. C-024 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero y C-327 de 1994, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sent. C-327 de 1997, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

<sup>19</sup> Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

dilaciones temporales de la investigación y juzgamiento de las personas detenidas preventivamente".

Pues bien, no hacen falta mayores consideraciones para concluir que el precepto estudiado, al permitir la suspensión de la audiencia "por cualquier causa" deja un espacio abierto para que la autoridad judicial, el procesado o su defensor, dilaten injustificadamente el proceso, en detrimento de lo dispuesto en los artículos 29 y 228 de la Constitución. A manera de ejemplo, es evidente que la negligencia del juez o las irregularidades que puedan presentarse en el proceso, no pueden aceptarse como razones válidas para suspender la audiencia pública y, por consiguiente, para mantener al procesado en detención. En otras palabras, no es razonable ni proporcionado que este tenga que soportar una excesiva carga, como lo es la privación de su libertad personal, "por la ineficiencia o ineficacia del Estado". Así mismo, tampoco pueden ser admitidas como causas justificadas para suspender la audiencia, las maniobras engañosas en las que incurra el procesado o su defensor. Precisamente, para evitar que este tipo de conductas lleve a la suspensión de dicha diligencia judicial, el juez, como director de la misma, puede imponer las medidas correccionales que considere pertinentes.

Claro está, que lo anterior no significa, como ya se mencionó, que la audiencia pública jamás pueda suspenderse<sup>20</sup>; supone, eso sí, que la interrupción del curso normal de esta etapa del juicio debe ser excepcional, por el tiempo mínimo que las circunstancias lo requieran y, bajo ningún supuesto, puede fundarse en criterios arbitrarios, ni en la indebida actuación del juez o de quienes intervienen en el proceso. En otras palabras, la suspensión tiene que estar siempre plenamente justificada.

4.1.2 Sobre la imposición de una medida de detención indefinida.

El segundo punto en consideración, es decir, la supuesta imposición de una medida de detención

indefinida, por la ausencia de términos perentorios para la suspensión y la finalización de la audiencia, merece consideraciones adicionales.

En efecto, de acuerdo con el contenido del precepto analizado, es claro que una vez iniciada la audiencia pública, así esta se halle suspendida, el detenido no puede obtener la libertad provisional. ¿Significa, entonces, que el procesado, tal y como lo manifiesta el demandante, está sometido a una detención indefinida, sin que le sea dado invocar esa circunstancia como causal de libertad provisional?

1. Si se aceptara la tesis del actor, es evidente que el precepto objeto de análisis, adolecería de un vicio de constitucionalidad, pues como bien lo ha señalado la Corte en distintas oportunidades, a la luz de la Carta es un requisito indispensable la consagración de términos precisos que limiten en el tiempo el ejercicio de la función punitiva del Estado<sup>21</sup>. Más aún, tratándose de una medida como la detención preventiva que, vale la pena insistir, es de carácter excepcional, la exigencia en comento es ciertamente imperiosa para garantizar la efectividad de los derechos del sindicado. Por ello, además, se ha advertido que la privación de la libertad personal, como consecuencia de esta medida de aseguramiento, no puede ser indefinida, ni siquiera durante los estados de excepción<sup>22</sup>.

2. No obstante, la Corte considera que el precepto en cuestión no establece una medida de detención indefinida, como se pasará a explicar.

Si bien, al hacerse una lectura aislada de la disposición que se demanda, es posible llegar a la conclusión del actor, es claro para esta corporación que la interpretación de tal precepto no puede hacerse sino dentro del contexto al cual pertenece. Es decir, que para efectos de determinar su alcance, es necesario interpretarla de manera sistemática con el inciso 1° del numeral 5 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, que establece como regla general, que el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional "cuando hayan transcurrido

más de seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, *sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública (...)*" (subraya la Corte).

Bajo esta óptica, la respuesta a la pregunta arriba formulada, tiene que ser negativa. En efecto, esta Corporación entiende que el primer inciso del numeral 5 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, al hacer referencia a la *celebración de la audiencia*, quiere significar que esta ha sido evacuada en su totalidad, lo que implica, en consecuencia, que si dicha diligencia judicial una vez iniciada, se suspende, transcurrido un término mayor a seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, bien puede el sindicado invocar la causal genérica de libertad provisional en comento.

No puede ser otra la interpretación, pues de lo contrario, se desconocería la igualdad que debe existir entre personas que se encuentran en similares situaciones de hecho. Teniendo en cuenta que la finalidad del inciso 1° del numeral 5 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal es evitar que el procesado tenga que soportar una detención prolongada por hechos que le son ajenos, no imputables a él o a su defensor, no hay duda de que la misma regla debe ser aplicada cuando la audiencia se ha iniciado, pero se halla suspendida. En otras palabras, para la Corte, y en contra de lo afirmado por el fiscal general de la nación, el dar comienzo a la audiencia no es, por sí solo, un criterio suficiente que justifique un trato diferenciado entre personas que se encuentran sometidas a una medida de aseguramiento como la detención preventiva.

De lo dicho hasta aquí, se puede llegar entonces a una conclusión: si bien este tribunal constitucional considera que el precepto objeto de análisis tiene un fundamento razonable, para evitar que en su aplicación se incurra en actos que puedan violar las garantías y derechos fundamentales del procesado, ha de entenderse que la iniciación de la audiencia pública, no interrumpe el término establecido en el inciso 1° del numeral 5 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal para acceder a la libertad provisional, es decir, que una vez iniciada la audiencia, si esta no culmina dentro del término de seis meses contados a partir de la resolución

de acusación, el procesado tendrá derecho a obtener la libertad provisional, con fundamento en la norma citada.

De igual forma, la exequibilidad del aparte analizado, también debe estar condicionada al entendido de que la causal por la cual se ordena la suspensión de la audiencia ha de ser razonable, estar plenamente justificada y el término de duración debe ser el mínimo que las circunstancias lo ameriten.

4.2. El segundo supuesto: no habrá lugar a la libertad provisional "cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la audiencia pública, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor".

Como se deriva del artículo 228 de la Constitución, la administración de justicia debe ser pronta y cumplida, lo que exige del funcionario judicial la mayor diligencia para asegurar que los procesos se adelanten dentro de los términos que consagra la ley. No obstante, la efectividad de este principio no depende exclusivamente de la autoridad judicial, sino también de todas aquellas personas que intervienen en el proceso, de manera que, frente a ellas, también puede predicarse responsabilidad por las conductas irregulares en las que incurran para entorpecer su normal desarrollo. Sobre el particular vale la pena recordar lo dicho por esta corporación en la sentencia C-657 de 1996:

"Quienes intervienen en los procesos judiciales asumen, por ese hecho, cargas que resultan indispensables al propósito de reclamar las prerrogativas y los derechos que les atañen. Una de esas cargas es, justamente, la de obrar con la debida lealtad prestando la colaboración necesaria para el desenvolvimiento cabal y diligente de las diversas etapas, actuaciones y diligencias procesales. Las maniobras encaminadas a obtener la paralización o el entorpecimiento del proceso no son de recibo, y atentan, además, contra los principios de celeridad y eficacia que deben orientar el cumplimiento de las tareas encomendadas a la administración de justicia"<sup>23</sup>.

Pues bien, el supuesto en cuestión como fundamento para negar la libertad provisional atiende, precisamente, a estas consideraciones y, simplemente, busca evitar que el sindicado o su defensor incurran en conductas irregulares en detrimento de

<sup>20</sup> El mismo Código de Procedimiento Penal contempla una causal de suspensión de la audiencia. Dice el art. 445: "Suspensión especial de la audiencia pública. La apelación interpuesta contra el auto que deniegue la práctica de pruebas en el juzgamiento no suspenderá el trámite, pero el inferior no podrá terminar la audiencia pública antes de que el superior resuelva. Para tal efecto suspenderá la diligencia cuando lo considere pertinente".

<sup>21</sup> Ver, entre otras, las sent. C-093, C-301, C-411, C-412 y C-426 de 1993.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sent. C-426 de 1993, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sent. C-657 de 1996, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

los principios que han de guiar a la función judicial. En otras palabras, considera la Corte que mal podría concederse un beneficio a quien persigue con su conducta dilatar injustificadamente el proceso, en detrimento del principio de celeridad y eficacia que debe guiar a la administración de justicia. Claro está, que la previsión legal que aquí se contempla, en forma alguna pretende hacer nugatorio el derecho a la libertad del sindicado, pues si este actúa de buena fe, cumpliendo de manera seria y responsable sus cargas en el proceso, la demora en la realización de la audiencia pública no le podrá ser imputada. Así las cosas, el aparte que se analiza será declarado exequible.

Para finalizar, es indispensable hacer ciertas aclaraciones en relación con el asunto de debate. En primer lugar, la Corte no puede entrar a señalar unas determinadas causales de suspensión, ni establecer un término perentorio para la finalización de la audiencia pública, como lo sugieren algunas de las intervenciones, pues tales aspectos son de competencia exclusiva del legislador.

En segundo lugar, cabe anotar que la Corte no comparte la apreciación del fiscal general de la nación, en el sentido de que el término de prescripción de la acción penal, que según el artículo 80 del Código Penal es "igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuera privativa de la libertad (...)", debe ser admitida como un criterio razonable para efectos de determinar la duración de la detención. A este respecto esta corporación, ya había advertido que la prolongación de la detención "de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena, ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cum-

plimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia"<sup>24</sup>.

Finalmente, es preciso señalarle al procurador general de la nación, que la Corte no puede pronunciarse sobre su solicitud de declarar que el vencimiento de los términos contemplados en los artículos 213, 214, 456 y 457 del Código de Procedimiento Penal, constituyen causal de libertad provisional, toda vez que la supuesta omisión legislativa que él aduce, se infiere de otros preceptos que no fueron demandados y que, además, no guardan la conexidad debida para conformar con el impugnado unidad normativa.

#### VIII. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar exequible el inciso 2º del artículo 415 del decreto 2700 de 1991 —Código de Procedimiento Penal—, tal como fue modificado por el artículo 55 de la ley 81 de 1993, siempre y cuando se entienda que la causal por la cual se suspende la audiencia, debe ser razonable y estar plenamente justificada. Igualmente, debe señalarse que la iniciación de la audiencia pública, no interrumpe el término fijado en el inciso 1º de ese mismo artículo.

Cópiese, comuníquese, cúmplase, insértese en la *Gaceta de la Corte Constitucional* y archívese el expediente.

## "Habeas corpus" y prevaricación judicial

(Comentario a la sentencia de 31 de junio de 1998 del Tribunal Superior de Medellín)

Alfonso Cadavid Quintero\*

### I. LAS GARANTÍAS CIUDADANAS FRENTE A UN DERECHO PENAL DEL QUE SE EXIGE EFICACIA

La multiplicidad de formas delictuales que se dan en Colombia, y la intensidad de las manifestaciones de violencia consustanciales a algunas de ellas, entre otras razones, han dado lugar a la exacerbación en los últimos años, del recurso al derecho penal como mecanismo de solución de los diversos conflictos a los que la comisión del delito da lugar.

Perdiendo de vista que la asignación de carácter delictivo a un determinado comportamiento es un fenómeno que se deriva de la formulación de un juicio de desvalor esencialmente político (lo que quiere decir que constituye un ejercicio del poder del Estado), los responsables de la política criminal del país (que no por la forma torpe e incoherente como se suele presentar hay que considerarla inexistente, y cuya caótica aparición bien podría justificarse en virtud de determinadas intencionalidades) han optado por olvidar que existen otros mecanismos también políticos de solución del fenómeno delictivo a los cuales se podía acudir, distintos a los que comportan el ejercicio de la represión y la reproducción de más

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sent. C-301 de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

\* Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

violencia que es consustancial al empleo de los mecanismos propios del sistema penal, el derecho penal entre ellos, caracterizados estos últimos, en muchas ocasiones por la realización de actuaciones claramente delictivas (pero impunes de facto) por parte de sus operadores.

La aprobación de un nuevo Código Penal por parte del Congreso de Colombia en el mes de junio del 2000, constituye un buen motivo de reflexión sobre la problemática que plantea la definición de los límites adecuados de extensión del derecho penal.

Dicha reflexión puede iniciarse llamando la atención sobre un hecho fundamental. La suerte de un Código Penal se juega fundamentalmente en el régimen de penas y en la parte especial, mediante la tipificación de los comportamientos punibles. La parte general es más dúctil, más maleable, y permite mayor libertad al intérprete para llegar, si es del caso, a matizar o incluso casi a reconstruir algunas de las regulaciones legales referidas al alcance y contenido de los elementos caracterizadores del hecho punible, para "reconstruirlos" de una manera más razonable que el legislador. En la parte especial o en el régimen de penas, por el contrario, las exigencias del principio de legalidad coartan de manera severa la libertad del intérprete para "desfacer los entuertos" que hayan resultado de la actuación del legislador, tan incoherente desde el punto de vista político-criminal y tan poco técnica la mayoría de las veces en países como el nuestro.

La revisión del articulado del nuevo Código Penal colombiano, demuestra que se estructuró un sistema de penas, tanto en la parte general como en las disposiciones de la parte especial, en las que los criterios político-criminales adoptados parecen dar fe de una gran confianza en el derecho penal como forma de respuesta adecuada frente a los incontables problemas derivados de la alta conflictividad asociada al delito.

El proceso mediante el cual se ha llegado a considerar que el derecho penal (desmesuradamente empleado por demás) es la panacea para los incontables problemas que la realidad recogida bajo la denominación de delincuencia presenta, no ha sido nueva. Ni le es atribuible solo al legislador. También algunos sectores del poder judicial han sido responsables en gran medida, de la llegada del derecho penal hasta ámbitos normalmente insospechados si se partiera de una interpretación razonable de los mismos.

A WINFRIED HASSEMER le debemos en gran parte el habernos invitado a reflexionar sobre las diversas posibilidades de manejo de las denominadas zonas de penumbra de las palabras de la ley; y a la práctica de nuestros jueces, la extensión del ámbito de significación posible de la letra de la ley hasta zonas en las que es racionalmente incomprensible la aplicación de los textos legales.

Así, por ejemplo, el más sonado de los procesos judiciales recientes en el país, que en realidad fue una multiplicidad de procesos, puso en evidencia la utilización del carácter equívoco de los textos legales en los que se consagró un tipo tan indeterminado como el de enriquecimiento ilícito, en desmedro de las garantías de los ciudadanos, y, en concreto, del principio de legalidad; extendiendo, en el éxtasis de la lucha contra

la corrupción, el ámbito de significación posible de los tipos penales hasta una serie de comportamientos ubicados definitivamente por fuera del ámbito de significación posible del tipo descrito en la norma (como el recibir unas camisetas para una campaña política o el negociar una escultura con personas sin antecedentes penales en ese momento y sin investigaciones judiciales en curso en su contra).

Y el proceso de erosión judicial del principio de legalidad en ese caso concreto, se fue produciendo con el aval de una ciudadanía ofuscada por el historial de "servicios al país" de aquellos que resultaron procesados, que emocionada y satisfecha a la vez, con la noticia de que se había hallado un mecanismo para sancionar a los miembros del que se consideraba el sector más corrupto de uno de los países más corruptos del mundo, nunca se preocupó de que le explicaran a qué costo se estaba adelantando ese proceso (por pensar a lo mejor que la delincuencia siempre es cosa de los otros, de los delincuentes y los jueces, y que en consecuencia el sistema de garantías procesales no es algo que pueda afectar o que interese directamente al ciudadano del común).

Mediante dicho aval, que se producía a través del peligrosísimo mecanismo de las encuestas radiales, no había consciencia de que aquello que, como el principio de legalidad, se consideraba apenas una "*delikatessen* dogmática" (para usar palabras de GIMBERNAT), era en realidad el más característico de los instrumentos de un derecho penal civilizado, en garantía de todos los ciudadanos. Y que su suerte se jugó y se empezó a perder de manera irremediable en perjuicio del Estado de derecho.

Por la vía de la expresión de agrado ciudadano ante la existencia de ese famoso proceso (de esos muchos procesos en realidad) y de la descalificación de los procesados, los ciudadanos de Colombia, que ha sumado desde hace años a sus muchas desgracias el contar con una clase política cuya deshonestidad y corrupción, hieren la vista y los demás sentidos, se avaló políticamente la grave herida que se le infligió al principio de legalidad y a otra serie de principios rectores de la legislación penal colombiana.

Con ello se perdió de vista que las autoridades judiciales no legitiman su actuación mediante encuestas públicas, sino mediante el ceñimiento a los principios constitucionales y legales que están llamados a aplicar. Principios jurídico-penales que además están consagrados para todos los ciudadanos, condición que no dejan de ostentar los miembros de la clase política más corrupta del mundo, ni los procesados por narcotráfico, ni agentes secretos alemanes dedicados a la realización de negocios con grupos armados al margen de la ley.

Lo anterior no significa, ni mucho menos, que ese proceso de pérdida de operatividad en la práctica de las garantías penales, haya sido cuestión tangible solo a partir de la actuación judicial a la que se ha hecho referencia en las líneas anteriores.

El problema que afronta una justicia en la que los fiscales reciben circulares que les piden informar sobre cuáles de los procesos que adelantan son dignos de información periodística, y que en la medida que lo sean, se convierten en el centro de atención de los superiores de la institución que incluso van rotando los expedientes hacia los fiscales que mejor palpito inspiren entre quienes tienen la capacidad de reasignarlos

(sin que exista mucha claridad sobre en qué sentido irá ese palpito, aunque a veces no sea difícil suponerlo), es que se hace de la justicia una cuestión de estadísticas, en la que los anhelados grados de eficiencia se miden en términos de resoluciones de apertura de instrucción, de autos de detención, de resoluciones de acusación y de sentencias condenatorias, para satisfacer a una opinión pública a la que se hace "sujeto procesal" en desmedro de la marcha normal del proceso.

Y por esa vía se nos ha filtrado la idea de que existen algunos delitos, cuya investigación debe dar lugar a la máxima restricción posible de las garantías constitucionales y legales, para lo cual se estructuran interpretaciones *ad hoc* que se generalizan hasta el punto de aniquilar en determinados ámbitos todo el sentido real de garantías tan fundamentales como el principio de legalidad, o el de lesividad, o el de culpabilidad.

La pretensión de algún sector de la Fiscalía de tornar así las cosas, es conocido desde hace muchos años, también por supuesto en los ámbitos de la delincuencia de quienes ni siquiera pueden contar con los recursos suficientes para procurarse una defensa técnica idónea, que son aquellos de entre quienes el derecho penal selecciona la clientela que con mayor frecuencia le permite presentar estadísticas de incremento de efectividad en la lucha contra la impunidad.

Y la discusión de un nuevo Código Penal, que era el momento idóneo para recordar que el derecho penal moderno aspira a estructurarse sobre una serie de garantías ciudadanas, que bien pudieran haberse reforzado teóricamente, se convirtió más bien en el triste espacio para menguar algunas de ellas desde el enunciado mismo, como sucedió con la consagración del principio de tipicidad (art. 10), respecto al cual se dijo que basta que la ley defina "las características básicas estructurales del tipo penal", y no todos los elementos del mismo, tomando así literalmente la expresión mediante la cual el Tribunal Constitucional español (país a cuya jurisprudencia y doctrina de la parte general parecían querer rendir un tributo de conocimiento los redactores del proyecto de la Fiscalía, que lo elaboraron teniendo muy presentes las discusiones dogmáticas en dicho país, intentando además tomar postura sobre los aspectos conflictivos que allí se han discutido por años enteros sin alcanzar consenso) avaló la constitucionalidad de las normas penales en blanco.

Con esa expresión se introdujo, no de manera subrepticia, por demás, y contra lo que cabía esperar de un principio rector, la renuncia a la exigencia de que la ley consagrara de manera cierta e inequívoca todos los elementos integrantes del tipo penal, como siempre se había exigido en el país, en consonancia con la vigencia irrestricta del principio de legalidad.

Y en este punto es conveniente retomar lo que venía siendo objeto de análisis:

Con la alusión a las demandas de eficiencia formuladas a la Fiscalía en ámbitos ciudadanos y entre instancias oficiales, no puede legitimarse la presentación, a cualquier costo desde el punto de vista de los principios, de resultados de eficiencia cuantificables solo a partir del número de autos de detención o de resoluciones acusatorias

proferidas, aunque para ello se hayan dejado regadas en el camino garantías básicas de todo ciudadano, incluso, o sobre todo, del procesado por la comisión de un delito.

La actuación judicial contra las bandas de narcotraficantes, o de secuestradores, o contra los extraños agentes secretos extranjeros que ingresan al país a celebrar negociaciones con los grupos guerrilleros (al parecer con el aval de los dos gobiernos involucrados), no puede efectuarse a cualquier costo, ni mediante el sacrificio de las garantías procesales establecidas para todos los sindicados de la comisión de un delito.

También en el caso de los procesados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, o con las organizaciones armadas, existen unos términos de privación de libertad que tienen que ser respetados, o una exigencia de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, y una exigencia irrenunciable de respeto al principio de legalidad. Garantías mínimas como estas, no quedan condicionadas por la gravedad de las sindicaciones discutidas en el proceso, ni por la personalidad de los delincuentes. Dependen, única y exclusivamente, de la vigencia de un sistema de garantías establecido en las disposiciones rectoras de nuestro ordenamiento jurídico, que señalan unas pautas de actuación judicial que deben hacerse efectivas siempre que se tramite un proceso penal.

Y si esas garantías no se respetan, la Constitución prevé los mecanismos para enmendar la situación. El *habeas corpus* entre ellos.

Con lo que no se contaba hasta hace unos meses, sin embargo, era con que la Fiscalía decidiera judicializar a los jueces penales que por vía del *habeas corpus*, es decir, como jueces constitucionales, entraran a proteger los derechos conculcados.

Y esa judicialización, que quiere decir, si no está claro, el sometimiento a proceso penal por la comisión de delitos de prevaricato de los jueces que concedieron los *habeas corpus*, privándolos por varios meses de su libertad, se hizo también mediante una interpretación muy poco estricta de los requisitos consagrados en la ley para considerar que se habían proferido resoluciones manifiestamente contrarias a la ley.

Ello quiere decir, que la Fiscalía después de no respetar los derechos de los sometidos a proceso, dispuso procesar a quienes entraron a garantizar la efectividad de esos derechos que ella misma había afectado.

Y todo, mediante el empleo de una argumentación desbocada que llevó, por ejemplo, a que dentro del proceso contra uno de los jueces, el delegado del ministerio público que solicitaba también condena, manifestara su sorpresa ante el hecho de que se le hubiera concedido un *habeas corpus* a un sindicado de narcotráfico siendo notoria la gran cantidad de jueces que los narcotraficantes habían asesinado en el país.

## 2. LA SITUACIÓN CONCRETA QUE MOTIVA EL COMENTARIO

En virtud de lo referido al finalizar el apartado anterior, la operancia efectiva del *habeas corpus* en una ciudad como Medellín ha sufrido un rudo golpe por vía de la

decisión de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de esta ciudad de abrir proceso contra algunos jueces penales que han amparado el derecho a la libertad mediante la concesión del *habeas corpus*.

Por esa vía se ha propiciado, de forma muy dolorosa por demás, un atentado fáctico contra la independencia judicial, ya no solo dentro de la institución misma (en donde se ha pretendido que rige más bien un principio de organización jerarquizada, ajeno a la independencia funcional), sino también en el ámbito de los jueces penales llamados a decidir las peticiones de *habeas corpus*.

En efecto, en el último tiempo es perceptible en las decisiones de los jueces penales sobre *habeas corpus* (y eso cuando esos mismos jueces no lo manifiestan de manera abierta en conversaciones de amigos), la búsqueda de argumentos mediante los cuales hacer ineficaces las peticiones de amparo de la libertad que les son formuladas por esa vía. Ello, como forma de neutralizar los riesgos de una eventual judicialización en su contra en el caso de ordenar la libertad del capturado o detenido, aunque se tenga la convicción plena sobre la procedencia del amparo solicitado.

Este fenómeno, que sería un interesante objeto de estudio para la sociología judicial (si ella existiera en Colombia), ha hecho que por lo menos en la ciudad de Medellín, el *habeas corpus* se haya reducido a su mínima expresión y que las decisiones favorables a su concesión sean muy escasas en comparación con la gran cantidad de casos en que sería procedente.

La providencia comentada (favorable a una juez investigada por la concesión de un *habeas corpus*) constituye un momento significativo en el devenir que condujo al paulatino marchitamiento de dicha garantía en la ciudad de Medellín, y es posible que en otras ciudades de Colombia, debido a la apertura de procesos penales a jueces que optaron por su concesión en casos que se manifestaban como irregulares privaciones de la libertad por parte de la Fiscalía.

Esta sentencia se publica con el propósito de abrir el debate sobre la problemática que se plantea en la actualidad sobre el alcance del *habeas corpus*; y como un llamado de atención sobre la actitud de la Fiscalía frente a algunos problemas delicados que se han presentado en los últimos meses. Una Fiscalía de la que cabe aspirar que se convierta en un instrumento eficaz en la persecución del delito, pero no a cualquier costo, ni de cualquier manera.

#### A) Los orígenes del problema

Después de promulgada la nueva Constitución se produjo en Colombia una situación absolutamente paradójica: se abrió el espacio para que gracias al tránsito de legislaciones, y mediante la aplicación de la nueva normatividad, por cuestiones de favorabilidad salieran en libertad muchas personas privadas de ella, algunas de las cuales llevaban cinco o más años sindicadas y detenidas, sin haber sido condenadas.

Para neutralizar el riesgo de que salieran en libertad los presuntos inocentes (que seguían siéndolo por mandato de la nueva Constitución y de la derogada, y de todos los

códigos de procedimiento penal vigentes durante el período en que esas personas estuvieron reclusas en la cárcel), el presidente de la república de la época en que fue promulgada la nueva Constitución, decretó el Estado de conmoción interior.

La conmoción interior originada por los riesgos de perturbación del orden social que implicaría la aplicación de la ley, constituía un absurdo de mayúsculas proporciones imaginable apenas en un país como Colombia, tal y como lo denunció el salvamento del voto de quienes en la Corte Constitucional se apartaron de la decisión mayoritaria de considerar exequible la declaratoria del estado de excepción. Manifestaron los magistrados disidentes que "El cumplimiento de la Constitución y de la ley no puede perturbar el orden que ella misma se encuentra llamada a establecer".

Esa declaratoria de la conmoción interior, que ya evidenciaba de qué manera en Colombia el Estado actúa "a la enemiga" frente a los sindicatos de la comisión de delitos, que además es una actitud mucho más sorprendente cuando es adoptada por una Fiscalía con funciones judiciales que la obligan a investigar lo favorable y lo desfavorable a los sindicatos, se vio acompañada de una serie de disposiciones legales mediante las cuales se recortaba toda posibilidad de libertad provisional dentro de los procesos por determinados delitos.

Dentro de ese régimen de conmoción interior, se dictó una norma de carácter supuestamente interpretativo según la cual "las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso".

Posteriormente, esa misma disposición (en la discusión sobre cuya exequibilidad el entonces ministro de Justicia reiteró su carácter apenas "interpretativo") fue convertida en legislación permanente mediante la promulgación de la ley 15 de 1992 que la incorporó a su artículo 2º, inciso 2º.

De esa manera, empleando un recurso generalizado en vigencia de la Constitución anterior y del estado de sitio (uno de los estados de excepción consagrados en ella), tan pronto hubo necesidad de levantar el estado de conmoción interior por la vigencia limitada en el tiempo que le fijó la Constitución de 1991, fueron incorporadas a la legislación permanente una serie de disposiciones pertenecientes al conjunto normativo dictado bajo las condiciones de excepcionalidad.

Ese procedimiento de incorporar a la legislación ordinaria las disposiciones promulgadas para regir dentro de los estados de excepción, con una pretensión de aplicación frente a todas las hipótesis delictivas, dio lugar al fenómeno al que un amplio sector de la academia del país alude como la regionalización de la justicia ordinaria, para destacar la extensión a la justicia ordinaria de los mecanismos (y las actitudes judiciales) de la justicia regional (comúnmente llamada sin rostro).

Dado el gran interés que el legislador (llámese legislativo o ejecutivo durante la vigencia de los estados de excepción) y un sector del poder judicial (que en lo que a la Fiscalía respecta nunca ha entendido con claridad si es un juez imparcial o un agente en la lucha contra la delincuencia con vocación de eficacia y que también dentro de la etapa del sumario defiende un interés concreto, o ambas, u otras cosas a la vez), tenían en la restricción de la libertad dentro de los procesos contra los sindicatos, en un principio,

por delitos cuya investigación estaba asignada a la justicia regional, y posteriormente, contra los sindicatos por cualquier tipo de delito, se hizo todo lo posible por inocular el régimen de la libertad, estableciendo unas condiciones para el *habeas corpus*, que llegaban a contrariar lo dispuesto por la Constitución que lo había diseñado con un amplio ámbito de operancia.

En ese sentido, y en relación con uno de los aspectos más conflictivos respecto a la privación de la libertad, se dispuso que, dentro del proceso, el *habeas corpus* solo era procedente mientras la captura no se hubiera legalizado. Es decir, que no era procedente después de que se hubiera dictado medida de aseguramiento de detención preventiva.

Un efecto comprensible se buscaba de esa manera de acuerdo con la norma "interpretativa" antes mencionada: que el debate sobre la libertad se diera dentro del proceso, en el que ella había sido coartada, como una forma de organizar los procedimientos judiciales.

Sin embargo, ello entraba en conflicto con el artículo 30 de la Constitución que faculta a interponer el *habeas corpus* ante cualquier autoridad judicial y en todo tiempo.

Sorprendentemente la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la mencionada disposición, que de manera evidente y contra lo dispuesto por el citado artículo 30, restringía la oportunidad para invocar el *habeas corpus*.

Pero, quizás por lo evidente del conflicto entre la norma constitucional y la norma legal, la Corte acudió al mecanismo de la transacción (de la exequibilidad condicionada o de la concesión-excepción), tan frecuente en sus fallos: el *habeas corpus* sería procedente, después de impuesta la medida de aseguramiento, frente a las actuaciones de hecho.

Dijo la Corte: "En lo que atañe a las privaciones judiciales (—de la libertad—), el derecho al debido proceso, desarrollado a nivel normativo a través de la consagración de los debidos recursos legales, asegura que la arbitrariedad judicial pueda ser eficazmente combatida y sojuzgada cuando ella se presente. Lo anterior no excluye la invocación excepcional de la acción de *habeas corpus* contra la decisión judicial de privación de la libertad cuando ella configure una típica actuación de hecho".

El alto Tribunal, sin embargo, no definió lo que había de entenderse por actuación de hecho. Y de esa manera se creó un nuevo problema, más álgido incluso que el relacionado con la exequibilidad de la referida norma "interpretativa", en la medida que a continuación habría que entrar a definir el alcance de la actuación de hecho (que, por ejemplo, algunos fiscales de manera claramente errónea han tratado de explicar remitiéndose a lo que por vía de hecho entiende la jurisprudencia constitucional en materia de acción de tutela).

#### B) El entorno de la sentencia publicada

Como ya se manifestó la Fiscalía General de la Nación dispuso en Medellín abrir procesos penales por el delito de prevaricato contra algunos jueces penales que concedieron el amparo de *habeas corpus* después de constatar situaciones como las siguientes:

La existencia de un auto de detención ordenado por el superior en el trámite de una apelación en virtud de unos hechos sobre los que ni siquiera se había indagado a los procesados, en flagrante violación del principio del debido proceso, y que aquel consideró que plasmarían la correcta adecuación típica de los hechos, después de revocar las medidas de aseguramiento impuestas en primera instancia.

O el proferimiento por la Fiscalía de providencias antedatadas valiéndose del vencimiento de términos para la concesión de la libertad en fin de semana, para hacer aparecer como proferida la providencia acusatoria dentro de los términos de privación, todavía lícita, de la libertad.

O la omisión de respuesta oportuna a las solicitudes de libertad por vencimiento de términos de detención sin haber calificado el mérito del sumario, para solo entrar a responderlas varios días después en la providencia acusatoria, por supuesto con los términos ya vencidos, y diciendo que en virtud del proferimiento de la providencia, no había ya lugar, a la prosperidad de la solicitud de libertad.

La decisión de los jueces de intervenir frente a ese estado de cosas, mediante la concesión del *habeas corpus*, dio lugar a su judicialización, por parte de la Fiscalía que era el mismo órgano justamente (a través de otros funcionarios, por supuesto, pero con el sentido de cuerpo al que se quiso aludir unos renglones antes) que había materializado la privación ilícita de la libertad de los sindicatos.

Amargamente, todo ello derivó, por lo menos en Medellín, en el aniquilamiento fáctico de la eficacia del *habeas corpus*. De manera sorprendente los jueces mismos, relataban, temerosos de ser judicializados, acudir a argumentos como los siguientes para no conceder el amparo: entender que en los casos con varios privados de la libertad, los términos para definir la situación jurídica se contaban a partir de la última indagatoria, de manera que si se habían presentado cinco capturas en cada uno de los días hábiles de la semana (de lunes a viernes), y la indagatoria de cada capturado se recibía el mismo día de su aprehensión, los términos para definir la situación jurídica se contaban, para todos, a partir del viernes. Y eso, llegó a decir la sala penal del Tribunal Superior de Medellín, en virtud de la aplicación del principio de igualdad (¡!).

Las conversaciones con jueces penales de la ciudad permitieron también detectar que el conteo de los días para definir la prosperidad del *habeas corpus*, se hacía de días hábiles y no de días "solares" o comunes, pese a que su criterio jurídico les indicaba que el conteo debía hacerse de esta última manera. Todo por temor al inicio de investigaciones penales contra quien concediera un *habeas corpus*.

Y de esa manera se menguó severamente la eficacia de la garantía quizás más importante del derecho más fundamental, después de la vida. Y todo, al amparo de una política criminal que por torpe siempre hemos considerado inexistente.

A la fecha de la redacción de este comentario, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ha dictado sentencia absolutoria en varios de los procesos relacionados con el asunto que aquí se ha puesto de presente. Todos los procesos están en la Corte Su-

prema de Justicia a la espera de sentencia de segunda instancia. Habrá que esperar cuál es la postura de la sala penal de dicha corporación sobre un problema tan delicado.

De todas maneras sería muy importante que una figura tan importante como el *habeas corpus* sea objeto de un esfuerzo de clarificación en la sala penal de la Corte Suprema, donde desafortunadamente tampoco ha habido plena claridad sobre los alcances de la figura.

Del derecho penal al que aspiramos, como un mecanismo de protección de los derechos de la parte más débil respecto a cada uno de los momentos que se derivan de la comisión de un hecho punible, con la estructura de un sistema de garantías, hemos pasado a un derecho penal que nos confronta de manera violenta que una realidad muy distinta: la de las imposiciones arbitrarias de las aspiraciones represivas de un sistema penal, cuya lealtad con el sistema de garantías constitucionales y legales no ha sido digno de ejemplo. Este comentario refiere un fragmento de la historia que nos ha conducido a ese punto.

Dos cosas es necesario manifestar antes de concluir. Se escogió para ser publicada una de las sentencias de más riqueza conceptual en cuanto a la cantidad de asuntos analizados. Y además porque en alguna otra de las sentencias que habrían podido publicarse, el comentarista tenía un interés personal, por lo que no estaría bien dedicar-le el comentario a esa providencia. No obstante, nada justificaba omitir el tratamiento de un problema tan delicado.

Pese a que por la razón acabada de exponer pudieron plasmarse en el texto intereses personales, este fue objeto de detallada revisión por parte del autor y también de terceras personas de reconocida talla académica y personal que compartieron su contenido y avalaron la publicación. A ellas, mil gracias.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala de decisión penal

30 de junio de 1998

Magistrado ponente: José J. Gómez Gómez\*

(...)

Los hechos:

En las horas de la noche del 14 de agosto de 1996, la urbanización "Prados de Llanogrande", ubicada en el municipio de Rionegro, fue visitada por un crecido número de individuos provistos de armas de fuego de largo y corto alcance, quie-

nes intimidaron al celador, el señor M. J. C. R. y, a continuación, se encaminaron a la cabaña ocupada por la señora B. S., su hijo C., de cinco años de edad, y la empleada del servicio doméstico, N. M. L., y a todos ellos les obligaron mediante la violencia a abordar un vehículo campero, propiedad de la familia, emprendiendo la retirada en dirección a una zona montañosa del oriente antioqueño —al parecer la vereda "Las Faldas" comprensión territorial del municipio de Granada—, donde fueron recibidos por integrantes del mismo grupo subversivo —todo parece indicar que el plagio fue perpetrado por el Ejército de Liberación Nacional, frente Carlos Alirio Buitrago—, quienes se hicieron cargo de su custodia a partir de ese momento. Ya el día 15, a eso de las 7 de la

noche, el menor y los empleados fueron liberados pero no la señora B. S. por cuyo rescate fue exigida una cuantiosa suma de dinero—6.000.000.00 de dólares— de acuerdo con las manifestaciones vertidas por los secuestradores en las comunicaciones telefónicas sostenidas en los días siguientes con el señor U. S., esposo de la cautiva, también de nacionalidad alemana, quien se negó a cancelarla alegando que no disponía de la misma.

Precisamente a raíz de la petición formulada por el señor S. y los funcionarios de la empresa B. Q., a mediados del mes de septiembre el encargado de negocios de la Embajada Alemana en Bogotá propició una entrevista del primero con un ciudadano alemán conocido como Seitz, quien se hallaba acompañado de su esposa, que se ofreció a mediar para lograr la liberación de doña B. S. haciendo alarde de la experiencia adquirida en operaciones de esa índole, cuyo costo, para el caso presente, tasó en una suma que fluctuaba entre 1.200.000 y 1.500.000 dólares, propuesta que fue rechazada por el señor S., quien apenas si se mostró dispuesto a desprenderse de una cantidad aproximada a los 100.000 dólares.

Sin embargo, en los primeros días del mes de noviembre, preocupado por el tiempo transcurrido sin que los secuestradores intentaran un nuevo contacto, el señor S. recurrió a los Seitz, a quienes les pidió que adelantaran las gestiones necesarias para la liberación de su esposa, regresando a su nación de origen en busca de las prendas de vestir y de las fotografías de esta, a quien le envió una nota en la cual le indicó que debía atender las instrucciones de los intermediarios, quienes ingresaron al país el día 14 con una nueva identidad. De ellos solo se tuvieron noticias en las horas de la noche del 16 de noviembre cuando se hicieron presentes en el aeropuerto del municipio de Rionegro acompañados de doña B. S., a quien trataron de trasladar en un vuelo charter hasta Cartagena y de ahí a Venezuela, donde sería recibida por las personas que la llevarían hasta Alemania, aunque el plan fracasó por la intervención de los integrantes del Grupo GAULA urbano, al mando del teniente coronel M. S., quienes les capturaron decomisándoles los pasaportes con los cuales amparaban sus distintas identidades, el pasaporte expedido a favor de B. B., que sería usado por doña B. S. para salir del territorio y una

apreciable suma de dinero, en moneda extranjera.

Los retenidos, quienes en el momento de su captura se identificaron como N. y S. S. quedaron a disposición de la fiscalía regional que les escuchó en indagatoria, asistidos por sus defensores (en esas diligencias se presentaron como J. e I. Seidel); y mediante providencia proferida el 3 de diciembre, definió su situación jurídica, imponiéndoles la medida de aseguramiento de la detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, como presuntos autores de los delitos de concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento público falso, decisión que mantuvo en firme al resolver el recurso de reposición propuesto por el señor agente del ministerio público, quien discutió la estructuración del primero de esos hechos punibles.

Ya en el mes de febrero de 1997 los representantes judiciales de los sindicatos, por separado, presentaron sus memoriales, en los cuales sostuvieron que sus defendidos no incurrieron en los delitos que inicialmente les fueron atribuidos porque los actos orientados a la liberación de la señora B. S. los ejecutaron en cumplimiento de la misión encomendada por el gobierno alemán, como ya había sucedido en ocasiones anteriores, que les hizo entrega de varios pasaportes por razones de seguridad, al igual que la misiva dirigida a las autoridades colombianas pidiéndoles que les prestaran el apoyo requerido, solicitando la preclusión de la instrucción y, subsidiariamente, la revocatoria de la medida de aseguramiento, al igual que su libertad inmediata e incondicional, peticiones que solo fueron resueltas, de manera adversa por cierto, por auto expedido el 21 de marzo de ese año, impugnada en apelación por los señores defensores. Mientras se surtía el rito propio para la concesión del recurso, la fiscalía regional clausuró la investigación por auto del día 16 de abril, y ya el 7 de mayo ordenó el envío del proceso a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional, cuyo pronunciamiento, favorable al criterio de los recurrentes y contrario al del despacho de la primera instancia, apenas se produjo el 27 de junio: descartó los delitos de concierto para secuestrar y uso de documento público falso, y en cuanto al secuestro extorsivo estimó que en el proceso no militaba la prueba requerida para la

\* Integraron la sala, además, el doctor Javier Gonzalo Montoya Orrego y la doctora Martha Elena Jaramillo Panesso (quien salvó el voto).

## "HABEAS CORPUS" Y PREVARICACIÓN JUDICIAL

imposición de la medida de aseguramiento, que revocó de plano, aunque ratificó la negativa de la preclusión, pero les imputó la comisión de los hechos punibles de favorecimiento e intermediación en el secuestro reprimidos por los artículos 7° y 12 de la ley 40 de 1993, que ameritaban la medida de aseguramiento de la detención preventiva por la flagrancia en la cual fueron arrestados (lo curioso es que poco antes desestimó el estado de flagrancia en lo que concierne al secuestro extorsivo), y ordenó la práctica de varias diligencias para esclarecer algunos aspectos que hasta ese momento eran un tanto confusos.

Resuelto desfavorablemente el recurso de reposición propuesto contra el auto que cerró la investigación en lo atinente a los esposos Seidel y conocidas las alegaciones precalificadoras de los sujetos procesales, quienes las presentaron antes de que se conociera la decisión de la segunda instancia, el señor fiscal regional calificó el mérito de las pruebas mediante providencia proferida el 9 de julio de 1997 en la cual adoptó estas determinaciones: pese a que mantuvo el criterio expuesto inicialmente, esto es, que los sindicados deberían responder por los delitos incluidos en la resolución por medio de la cual definió su situación jurídica —concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento público falso— en acatamiento a lo dispuesto por su superior optó por la preclusión de la instrucción respecto de esos hechos punibles, y fundado en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, que interpretó a su manera, extractó de ahí su competencia para acusarles ante el juez penal del circuito de Rionegro como autores presuntos de los delitos de favorecimiento e intermediación en el secuestro deducidos en la segunda instancia; además, denegó la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria por considerar que no colmaban los requisitos exigidos por el artículo 53 de la ley 81 de 1993, pues no habían fijado su residencia en este país (desatendió el ofrecimiento que hiciera el señor cónsul de Alemania en esta ciudad que se mostró dispuesto a recibirlos en la embajada mientras culminaba el proceso) y porque la actitud asumida por ellos ante las autoridades colombianas a las que les ocultaron las gestiones adelantadas para liberar a doña B. S. demostraba su insensibilidad moral, que ponía en entredicho

sus nexos con la comunidad (no reparó en que esa fue precisamente la conducta que dio lugar al delito ofensivo de la administración de justicia), guardando silencio sobre su excarcelación.

Una vez conocidas esas decisiones, los sujetos procesales ejercieron los diversos medios de defensa judiciales consagrados en el estatuto procedimental: tanto los señores defensores como el señor agente del ministerio público interpusieron el recurso de apelación; además los primeros presentaron un memorial por medio del cual intentaron el control de legalidad de la medida de aseguramiento decretada por la unidad de fiscalías delegadas ante los tribunales superiores, que llevó al funcionario instructor a dar traslado del voluminoso expediente al señor juez penal del circuito de Rionegro quien, por auto del 24 de julio, declinó su competencia para tramitar el incidente, remitiendo el proceso al señor juez regional a quien le propuso colisión negativa de competencias para el caso de que no compartiese su criterio.

Ya en la última fecha, el señor defensor de J. e I. Seidel, en ejercicio de las prerrogativas otorgadas por el artículo 434 del Código de Procedimiento Penal, instauró el *habeas corpus* ante el juzgado diez y ocho penal del circuito que, en la misma fecha, con la premura que el caso requería, inspeccionó el proceso impulsado en contra de los esposos Seidel y, al día siguiente, en el entendimiento de que su detención se había prolongado de manera ilegal, decidió favorablemente la acción, disponiendo su libertad inmediata, aunque les impuso la obligación de comparecer "ante la autoridad judicial a quien se asigne por reparto la investigación, a fin de que estén atentos a las incidencias de la misma y para efectos de eventuales compromisos", mientras que en el numeral 3 ordenó que se informara lo resuelto "a la Procuraduría General de la Nación y al fiscal general de la Nación", folio 156.

Inconforme con la libertad otorgada a los esposos Seidel, el señor fiscal regional, mediante oficio número 331 del 31 de julio de 1997, enteró al señor director regional de fiscalías con sede en esta ciudad de lo que consideró una indebida intromisión de la señora juez diez y ocho penal del circuito en el proceso tramitado en contra de aquellos, cuya decisión, en su opinión, "desborda las

previsiones o normas legales", para que si lo estimaba pertinente pusiera en conocimiento de las autoridades correspondientes las anomalías que "se dieron en el trámite del recurso de *habeas corpus*", folios 2 y siguientes. En la misma fecha el señor director regional de fiscalías, obtenidas las copias de las providencias de fondo proferidas por el instructor en ese proceso, dispuso su envío al señor coordinador de fiscalías delegadas ante los tribunales superiores para que designara uno de los delegados que determinara "si existió o no violación a la ley penal al concederse libertad a los esposos Seidel, luego de incoada la acción de *habeas corpus*", remitiendo copia de las actuaciones a la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura "para que se vislumbren los aspectos de orden disciplinario en que pudo haber incurrido el funcionario que otorgó la libertad", folios 1 y 2.

El 1° de agosto el jefe de la unidad le asignó el conocimiento de las diligencias a uno de los fiscales delegados ante los tribunales superiores que, por auto del día 11, dio comienzo a la investigación previa, disponiendo la práctica de distintas pruebas de carácter documental, que fueron suficientes para la culminación de esa fase procesal y la apertura de la instrucción decretada por auto del 9 de septiembre, folios 133 y siguientes, 221 y 222. Una vez se escuchó en indagatoria a la doctora C. L., su situación jurídica fue definida mediante resolución del día 29 en la cual se le impuso la medida de aseguramiento de la detención preventiva sin beneficio de excarcelación (aquella fue sustituida por la detención domiciliaria), como autora presunta del delito de prevaricato por acción reprimido por los artículos 149 del Código Penal y 28 de la ley 190 de 1995; además se solicitó la suspensión en el ejercicio de sus funciones, que la corporación hizo efectiva a partir del 3 de octubre por acuerdo 18 de la misma fecha. El cargo, así delineado, fue incorporado a la resolución acusatoria expedida el 8 de enero de 1998, que también se ejecutorió en primera instancia (la doctora C. L. oportunamente desistió de la apelación propuesta contra la medida de aseguramiento) ante el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por el señor agente del ministerio público, quien en el concepto precalificadorio se mostró partidario de la preclusión de la instruc-

ción arguyendo que el ilícito ofensivo de la administración pública no se había configurado, folios 229 y siguientes, 249 y siguientes, 267, 268, 276, 277, 478, 562 y siguientes, 608 y 609.

## Consideraciones del Tribunal:

Ya ha quedado claramente delimitada la controversia que debe dirimir la sala para adoptar la decisión que ponga fin a la instancia: mientras que el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores, siguiendo de cerca el pensamiento plasmado por el señor fiscal regional en el oficio de folios 1 y siguientes, estima que la doctora C. L. indebidamente se entrometió en el proceso penal tramitado contra los esposos Seidel, a quienes habría liberado con flagrante y deliberada violación de la ley, por lo cual debe responder penalmente como autora del prevaricato por acción, la señora juez, en cambio, contando con el respaldo de su defensor y del señor agente del ministerio público, ha sostenido que la privación de la libertad de esas personas se prolongó de manera ilegal y por esa razón se vio precisada a resolver favorablemente la acción de *habeas corpus* para tutelar tal derecho fundamental, lo que desvirtúa el delito objeto de la resolución acusatoria, haciéndose acreedora a un fallo absolutorio.

El tribunal decididamente se inclina por la última versión, que dispone de sólido y racional soporte en las pruebas aportadas al proceso, y desde ya anuncia la emisión de una sentencia absolutoria por considerar que en la conducta de la doctora C. L. no concurren los presupuestos requeridos para la estructuración del delito ofensivo de la administración pública a ella atribuido.

La situación procesal de los esposos M. o Seidel (son múltiples los nombres y apellidos que suelen utilizar en desarrollo de sus actividades), a quienes se amparó con el *habeas corpus*, era bastante compleja. Al proceso penal fueron vinculados otros individuos que se vieron comprometidos en el secuestro de doña B. S., su hijo, la empleada doméstica y el vigilante de la unidad residencial, quienes únicamente se propusieron alcanzar un lucro económico por el rescate de la primera, a quien mantuvieron cautiva con esa finalidad por espacio de 3 meses, ya que solo la

liberaron cuando se iniciaron los gestiones de los ciudadanos extranjeros, que fueron aprehendidos en el aeropuerto del municipio de Rionegro cuando se disponían a abordar la nave que les conduciría, en asocio de la señora B. S. hasta la ciudad de Cartagena, y cuando tenían consigo varios pasaportes en los cuales figuraban con otros nombres y apellidos, al igual que el que fue expedido a nombre de Bárbara Bauman y que sería utilizado por la dama secuestrada para abandonar el país. Y así como el señor fiscal regional estimó que los sindicatos se pusieron de acuerdo con las demás personas para retener a la señora B. S. y a sus acompañantes, reputándoles coautores de los delitos de concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento público falso, que dieron lugar a su detención preventiva sin beneficio de excarcelación, la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional, con fundamento en las mismas probanzas, prescindió del primero de esos hechos punibles que, en su opinión, no se configuró, descartó la captura en flagrancia en lo que concierne al secuestro extorsivo, y también desestimó el cargo relacionado con la falsedad que no se dió en este caso porque los documentos eran auténticos, pero les atribuyó la comisión de otros delitos, de suyo diferentes, como el encubrimiento por favorecimiento porque no alertaron a las autoridades nacionales sobre las gestiones cumplidas en esta nación, y la intermediación en el secuestro, imponiéndoles una medida de aseguramiento de la misma entidad, sin derecho a la libertad provisional.

Y fue en ese proceso, en extremo complicado y al que además de los alemanes fueron vinculadas algunas personas de nacionalidad colombiana, que supuso la práctica de numerosas diligencias que para la fecha de la inspección judicial conformaban ya 26 cuadernos, y en el cual se venían debatiendo una serie de hechos ampliamente divulgados por los medios de comunicación, con cierto tinte sensacionalista para cautivar la audiencia, donde intervino la doctora C. L. como juez constitucional; en la misma fecha de la solicitud, con la premura del caso, examinó los aspectos más sobresalientes relacionados con la captura y la detención de los sindicados, con miras a establecer si se ajustaban o no a las disposiciones legales y si se hacía viable o no el *habeas corpus*, y a continuación debió motivar su decisión, sa-

biendo de antemano que en el primer caso sería cuestionada por los funcionarios de la fiscalía regional, y que en el segundo las críticas vendrían de parte de los procesados y sus defensores. Y si se inclinó por la primera alternativa fue porque se convenció de lo ilegal que resultaba la detención de los esposos Seidel.

Las anomalías se iniciaron desde el preciso instante en que la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional intervino en el proceso. Los señores defensores consideraron que la negativa de la fiscalía regional a precluir la instrucción y a revocar la medida de aseguramiento impuesta por hechos punibles de tanta gravedad como el concierto para secuestrar, el secuestro extorsivo y el uso de documento público falso afectó los derechos de los sindicados, y al recurrirla en apelación delimitaron el campo donde debería moverse su superior jerárquico, a quien únicamente le era permitido revisar los aspectos impugnados al tenor de lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 81 de 1993, que modificó el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. El *ad quem* debió sopesar las pruebas recaudadas hasta ese momento para definir si sustentaban una imputación tan drástica como la que se diseñó en la primera instancia, o si, por el contrario, había lugar a su derogatoria como lo postularon los recurrentes, pero no estaba habilitado por la ley para ocuparse del estudio de otros asuntos, ajenos por completo al ámbito de atribuciones de la jurisdicción regional porque desbordaría los alcances de la citada disposición.

Si el señor fiscal delegado ante el tribunal nacional, acatando los planteamientos de la defensa, que fueron coadyuvados por el señor agente del ministerio público en ese proceso, concluyó que los esposos Seidel no participaron a ningún título en el secuestro de la señora B. S. y tampoco atentaron contra la fe pública porque los pasaportes que les fueron decomisados eran genuinos, llegando en su discurrir al extremo de sostener que no militaba la prueba mínima demandada por el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal para la imposición de la medida de aseguramiento que revocó de plano, obviamente debió acoger una de las pretensiones subsidiarias de los impugnantes, decretando la libertad de los procesados, así no fuese de manera incondicional porque no

precluyó la instrucción, dado que tenía interés en que el funcionario instructor practicara las diligencias con las cuales se aclararían los aspectos que aún estaban sumidos en la penumbra, aunque para el logro del último objetivo necesariamente debió dejar sin efectos el auto proferido el 16 de abril de 1997 por medio del cual se clausuró la investigación y la providencia que resolvió desfavorablemente la reposición intentada, que hacían parte del expediente y por ello pudo conocerlas, y porque debió suponer que a raíz del extenso tiempo transcurrido los sujetos procesales se habían visto precisados a entregar sus alegaciones de fondo, sin que hubiesen conocido su pronunciamiento del 27 de junio que introdujo sustanciales modificaciones a la situación procesal.

Naturalmente el principio de la *reformatio in pejus*, erigido en uno de los primordiales atributos del debido proceso, que fue consagrado para impedir que el acusado fuese sorprendido con un cargo o una sanción que no pudo controvertir, es más riguroso tratándose de sentencias que de autos interlocutorios, pues se ha admitido que al revisar uno de estos en sede de apelación, bien sea el que el que impone la medida de aseguramiento o niega su revocatoria o reforma, u otro cualquiera, el *ad quem* está facultado para estudiar temas diferentes a los planteados por el apelante, así haga más gravosa la situación del sindicado; es por ello que puede y debe enmendar el error que advierta sobre la denominación jurídica de la infracción para evitar futuras nulidades, con las implicaciones que le son propias frente a la providencia recurrida, y también puede sustituir la medida de aseguramiento por la que legalmente corresponda, así sea por hechos punibles diversos a los señalados en primera instancia, siempre que sea de la misma o de inferior entidad a la que pesa sobre el interesado.

Solo que esas prerrogativas no podían ser ejercidas con toda amplitud por la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional: el cierre parcial de la investigación produjo la ruptura de la unidad procesal para los esposos Seidel (C. de P. Penal, art. 90-2), quienes de manera categórica fueron separados por completo de los delitos de concierto para secuestrar y secuestro extorsivo endilgados a los demás sindicados, y de los delitos deducidos por la segunda instancia —no se

trató de la simple corrección de un error de apreciación del instructor en el proceso de adecuación típica, sino que este fue readecuado en su integridad— no se podía predicar la conexidad con los hechos punibles anteriores, que para ellos ya habían desaparecido por completo, y, además, estaban por fuera del marco de las atribuciones de la jurisdicción regional, ya que su conocimiento le fue adjudicado al juzgado penal del circuito de Rionegro, en tanto que la instrucción y la calificación del mérito de las pruebas correspondía de manera exclusiva al fiscal seccional con sede en esa localidad, razones esas que se oponían a la medida de aseguramiento dispuesta a última hora por el *ad quem*, máxime si para optar por la detención preventiva en lugar de la caución que era la que se imponía (la pena mínima establecida por los artículos 7º y 12 de la ley 40 de 1993 para ambas infracciones es de un año de prisión) recurrió a la captura en flagrancia que en la misma providencia desestimó en forma categórica para el secuestro extorsivo, pero que revivió para el favorecimiento y la intermediación en el secuestro, derivados de las gestiones adelantadas en los días anteriores para obtener el rescate de la secuestrada, a quien los plagiarios voluntariamente liberaron, dejándola en poder de la pareja alemana que fue arrestada por motivos diversos, esto es, porque se habría propuesto conducirla al exterior donde se entregaría una cuantiosa suma de dinero por su libertad, y no porque se hubiese gestionado el rescate a espaldas de las autoridades colombianas que fue lo que dió lugar a la imputación surgida a última hora.

El señor juez regional, en la providencia expedida el 28 de julio de 1997 —3 días después de la concesión del *habeas corpus*— por medio de la cual denegó el control de legalidad reclamado por la defensa, destacó el exceso en que incurrió el señor fiscal delegado ante el tribunal nacional al extender su competencia a otras cuestiones que no fueron planteadas por las recurrentes, como paso previo para adecuar el comportamiento de los sindicados a los delitos de favorecimiento e intermediación; de esa manera acogió el criterio expuesto por los señores defensores, por considerar que aquel "podía revisar únicamente los aspectos impugnados, no así la ubicación jurídica que a las conductas había impuesto el fiscal regio-

nal. Es decir, estaba carente de competencia para imponer nueva medida de aseguramiento en contra de los implicados, por conductas diferentes", aunque tal irregularidad, a su juicio, no podría subsanarse a través del control de legalidad que solo operaba para la medida asegurativa decretada en la primera instancia, que cobró ejecutoria el 4 de marzo de 1997, imponiéndose su corrección por "el ente fiscal", con la aplicación de los artículos 13 y 304 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, ordenando la expedición de las copias pertinentes para la investigación penal y disciplinaria del funcionario, folio 183, concepto que hizo suyo la abogada adscrita a la Procuraduría comisionada para la averiguación disciplinaria adelantada en contra de la señora juez en el informe evaluativo presentado ante su superior en el mes de agosto de 1997 (véase anexo núm. 4, fs. 23).

Pero así se discute el vicio generador de nulidad originado en el exceso en que incurrió el *ad quem* (el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores estima que la impugnación del auto que negó la preclusión de la instrucción facultaba al superior jerárquico para revisar prácticamente todo el proceso, pues el recurrente en esos casos "ataca la totalidad de la providencia y en ese sentido el *ad quem* puede revisar a fondo no solo el aspecto probatorio, sino también aspectos sustanciales como los fenómenos jurídicos de la conexidad, la tipicidad de otros hechos punibles y, por supuesto, la culpabilidad; por eso no desahoga la providencia de la segunda instancia cuando revoca —sin precluir— la medida de aseguramiento por los delitos que en principio determinaron la detención de los ciudadanos alemanes; además, si no se hubiera producido la medida de aseguramiento por los otros delitos, habría sido imperativa la libertad de los sindicados", folio 594, apreciación que ya había sustentado al definir la situación jurídica de la señora juez, folio 254, equiparando la apelación a la consulta para esos efectos), existe otro hecho, de sumo incuestionable, que conduce a esa misma solución, así no haya recibido la atención que merece.

Por todos es sabido que para hacer efectivo el derecho a la defensa, uno de los principales atributos del debido proceso contemplado por los artículos 29 de la Constitución Nacional y 1º del Código de Procedimiento Penal, al sindicado se

le han reconocido amplias atribuciones para controvertir las pruebas que militan en su contra y para solicitar las que considere pertinentes para desvirtuar la acusación o demostrar las causales de justificación o de inculpabilidad invocadas, según se infiere del artículo 7º del Estatuto Procesal.

En ese orden de ideas, preciso es subrayar que la indagatoria, ya sea considerada como un medio de defensa o como un medio de prueba —la H. C. S. de J. tiene establecido que esencialmente es un medio de defensa—, es una de las más trascendentes diligencias que se han de practicar en el proceso porque es a partir de ahí cuando el sindicado puede hacer efectiva su defensa; además de que concurre a esa actuación acompañado de su defensor convencional o del letrado nombrado oficiosamente, puede suministrar las explicaciones que estime pertinentes en relación con la imputación que recae en su contra y aducir las pruebas con las que quiere impugnar las que le inculpan o allegar las que tiendan a establecer su inocencia. Es por ello que se le ha de interrogar por todos y cada uno de los hechos punibles que han dado lugar a su vinculación al proceso (C. de P. P., art. 361), mientras que al funcionario judicial se le ha impuesto el perentorio deber de verificar las citas y demás diligencias que aquel proponga en el curso de la misma para acreditar sus aseveraciones (art. 362 *ibídem*), dado que de esa manera se cumple con el postulado de la investigación integral que le obliga a averiguar tanto lo favorable como lo desfavorable para el procesado (arts. 249 y 333 *ibídem*). Y la omisión de esos deberes, como es apenas lógico, atenta contra el derecho a la defensa y vicia de nulidad lo actuado, la que debe ser decretada oficiosamente (art. 305 de esa obra), o a petición de parte para que se subsanen las anomalías advertidas.

Por consiguiente, si la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional, una vez examinadas las circunstancias en las cuales se produjo la aprehensión de los esposos Seidel y las pruebas aportadas al proceso, separándose del concepto del funcionarios instructor, consideró que aquellos debían responder por los delitos de favorecimiento e intermediación en el secuestro, es evidente que debió disponer lo necesario para que se les escuchara en indagatoria por esos he-

chos, planteándoles el cuestionario que les permitiera brindar sus explicaciones frente a los cargos que aparecieron a última hora, pues en las indagatorias iniciales, a pesar de lo extensas que resultaron, apenas se les preguntó por el secuestro extorsivo y la falsificación y uso de los pasaportes, cargos estos que fueron desechados en la providencia de segunda instancia.

Contra lo expuesto no cabe argüir que los cargos relacionados con el favorecimiento y la intermediación en el secuestro les fueron dados a conocer a los esposos Seidel en las diferentes "sesiones de indagatoria" a que fueron sometidos, y que de esa manera se dejó a salvo el principio de contradicción, que es uno de los presupuestos esenciales del derecho a la defensa, porque el interrogatorio propuesto en esas diligencias, insístese, versó sobre los delitos lesivos de la libertad y otras garantías y la fe pública, y no sobre las gestiones ejecutadas por la pareja para el rescate de la dama secuestrada o sobre la silenciosa actitud que asumieron ante las autoridades nacionales que fue, en definitiva, lo que dio lugar a la imputación que se les formuló.

La doctrina tiene establecido que si en la indagatoria no se interroga al sindicado sobre todos los delitos que se le imputan, tal omisión, "por sí sola", no origina la nulidad, pero que sí se presenta cuando se incluyen "en las resoluciones de situación jurídica o acusatoria, porque sería violatorio del debido proceso, imponerle al procesado una medida de aseguramiento que no tiene un nexo causal con el contenido de la indagatoria, en razón a que uno de esos punibles no fue objeto de controversia por parte del sindicado en su injurada, y sin embargo, aparece sustentando la medida impuesta... Creemos que tal falencia, no puede subsanarse con el argumento de que posteriormente tales punibles no serán tenidos en cuenta en la sentencia, si de acusación se trata, o que aún queda ocasión para practicar pruebas, entre ellas, ampliación de la indagatoria referente al delito por el que se le impuso medida de aseguramiento, porque de una parte, se estarían introduciendo al proceso penal elementos perniciosos, sujetos al alean de adelantar el comportamiento judicial en la decisión de los procesos, presagiando las infracciones penales que pueda o no considerar el fallo de condena o acusatoria, y de otra, la violación opera

de pleno derecho, por el solo de hecho de no preguntarle acerca de determinados punibles, y no obstante fundar posteriores decisiones judiciales en ellos, negándole al sujeto pasivo de la acción penal, la oportunidad para defenderse y allegar pruebas que tiendan a desvanecer los cargos referidos a ese conato" (NÉSTOR ARMANDO NOVOA, *Actos y nulidades en el Código de Procedimiento Penal*, Biblioteca Jurídica Dike, págs. 580 y 581).

A su turno, la H. Corte Suprema de Justicia participó decididamente de la tesis de la nulidad en los eventos en que en la indagatoria no se le han dado a conocer al sindicado la totalidad de los cargos que se formulan para que pueda suministrar sus explicaciones. Allí, entre otras razones, se expusieron las siguientes:

"... Resultando imposible que alguien se pueda defender de cargos desconocidos o abstractos, es preciso entonces, concretar la imputación, y ello necesariamente debe hacerse en la diligencia de indagatoria o en el emplazamiento como reo ausente. A partir de ese conocimiento el sindicado tiene toda la etapa investigativa para propiciar la producción de la prueba que considere indispensable como respaldo a sus pretensiones procesales de defensa, o para ejercer el derecho de contradicción, oponiendo otros medios de convicción a las pruebas que lo inculpan. Por ello es indescionable que el sumario en su etapa instructiva es vertebral para efectos de evitar que se pueda concretar una formulación de cargos en la calificación del mérito del sumario, o para obtener la atenuada, y de esa manera, en caso de que el proceso se vaya a la etapa del juzgamiento, tener elementos de convicción que sean necesarios para la defensa final antes que se dicte sentencia definitiva...

"Que el procesado sea interrogado de manera clara y precisa sobre los hechos constitutivos de infracción a la ley penal y sobre las circunstancias anejas a ellos, constituye verdadero requisito de procedibilidad para que pueda ejercer plenamente el derecho a la defensa; porque no basta cumplir formalmente la exigencia constitucional de que el sindicado esté asistido por un abogado durante la investigación, porque si no se le han concretado los cargos por los que se le procesa, es obvia la imposibilidad de que aquella pueda

ser ejercida técnica o materialmente. E insistimos, nadie puede defenderse de cargos desconocidos, abstractos, gaseosos y de nada serviría la existencia formal de un defensor durante la investigación, si las imputaciones no existen para defenderse de ellas... Hoy, con la nueva normatividad constitucional, es absolutamente claro que habría violación al derecho de defensa si el trámite del sumario se adelanta sin la asistencia de un abogado. Pero, naturalmente también se incurre en esa vulneración cuando se cuenta con la presencia formal de un abogado que no puede cumplir con su misión técnica, porque desconoce los cargos de los cuales debe defender al procesado" (sent., 27 agosto 1992. M. P.: doctor Édgar Saavedra Rojas).

En el mismo sentido consúltese la opinión de los doctores Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett en su obra *El proceso penal*, páginas 358 y siguientes.

Las fallas atrás advertidas adquieren particular significación en este caso porque a Jürguen e Isabel Seidel no se les enteró de los delitos que se les imputaba desde el preciso instante de su vinculación al proceso para que proporcionaran sus explicaciones, de lo cual se sigue que no pudieron ejercer la defensa material, ya que no controvirtieron los cargos resultantes de su posible participación en el favorecimiento y la intermediación en el secuestro, ni allegaron las pruebas de su inocencia, lo que tampoco hicieron sus representantes judiciales, subsistiendo así la anomalía que arrasó tal garantía como condición institucional para la imposición de la medida de aseguramiento de la detención preventiva y para un juzgamiento legítimo.

Los efectos invalidantes de esa irregularidad se hacen más intensos cuando se repara en que no se cumplió con el rito establecido por las normas adjetivas para la adecuada notificación de la providencia por medio de la cual se restringió la libertad de los esposos Seidel. A estos, directos destinatarios de la medida asegurativa que les tomó por sorpresa, solo se les suministró una somera información por intermedio de los asesores jurídicos de los establecimientos carcelarios donde se hallaban reclusos, y ni ellos, ni sus defensores y tampoco el señor agente del ministerio público

tuvieron oportunidad de proponer el recurso de reposición, procedente en el caso, para que el funcionario encargado de su emisión confrontara los fundamentos de la misma con los planteamientos de los impugnantes, en orden a decidir si la mantenía en firme o la revocaba, de lo cual se infiere el quebranto al principio de contradicción con incidencia negativa en el derecho a la defensa y en general para las normas del debido proceso.

En efecto, cuando el *ad quem* solamente examina y se pronuncia sobre los aspectos impugnados (lo propio sucede cuando únicamente resuelve el tema sometido al grado jurisdiccional de la consulta), las providencias interlocutorias que profiere quedan ejecutoriadas en el momento en que las suscribe (C. de P. P., art. 197), pero cuando toca puntos nuevos o declara la prescripción de la acción penal o de la pena, decreta o sustituye una medida de aseguramiento, tales providencias deben ser notificadas (el inc. 2° de la disposición expresamente consagra esa exigencia para las últimas) a los sujetos procesales, quienes pueden objetarlas a través del recurso de reposición, requisito ese que se omitió en este caso, obstaculizando el ejercicio de la defensa tanto material como técnica.

A pesar de la claridad del numeral 6 de la providencia del 27 de junio (la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional dispuso que se comunicara la decisión "a los sindicados en los centros carcelarios, a través de intérpretes", y a renglón seguido anotó "cópiese, devuélvase y cúmplase", fl. 93), al señor fiscal delegado ante los tribunales superiores no le pareció lógico que se hubiese prescindido del acto de notificación de una providencia de tanta trascendencia, y por ello, en la resolución mediante la cual se definió la situación jurídica a la señora juez, dispuso que se hiciera claridad sobre el particular, folio 254, lo que ciertamente se logró por medio de la comunicación enviada el 4 de noviembre de 1997 por la fiscalía delegada ante los jueces regionales que ratificó la ausencia de la notificación personal, folio 446, aunque anticipándose a los resultados adversos de esa averiguación, el señor fiscal ya había degradado tal omisión al plano de la "simple irregularidad que no trascendía a causal de nulidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 308 del C. de P. Penal", pero no indicó cuál de los

principios allí contemplados sería el aplicable, como también porque ese auto pudo tenerse por notificado por conducta concluyente, no obstante que el artículo 191 de esa obra la ha reservado para situaciones muy diferentes (la notificación "se entenderá cumplida si la persona hubiere actuado en la diligencia o en el trámite a que se refiere la decisión, o interpuesto recurso contra ella", dice la norma); en verdad se ignora cuál fue la actuación cumplida por los esposos Seidel, sus defensores y el agente del ministerio público en el lapso comprendido entre el 27 de junio —cuando se produjo el pronunciamiento de la segunda instancia— y el 9 de julio —cuando se calificó el mérito del sumario— que saneara tal irregularidad, visto que solo tuvieron acceso al proceso cuando fueron notificados, ahí sí en forma personal, de la providencia que precluyó la instrucción por unos cargos y acusó por otros.

Además de las anomalías ya reseñadas, suficientes para la declaratoria de nulidad, se dieron otras que atentaron contra la validez y eficacia del auto por medio del cual se decretó la detención preventiva de los esposos Seidel. En efecto, para la fecha en que el señor fiscal delegado ante el tribunal nacional, en ejercicio de su competencia funcional y en respuesta a una de las aspiraciones de los impugnantes, revocó la medida de aseguramiento dictada en primera instancia en contra de los esposos Seidel, obviamente desapareció la resolución que definió su situación jurídica, sin que estuviese habilitado legalmente para imponer la nueva medida de aseguramiento de la detención preventiva por los cargos deducidos en ese momento por oponerse a ello el inciso 1° del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, dado que desde el 16 de abril el instructor había concluido la fase investigativa, así en su proveído, sin reparar en ese auto y en el que decidió adversamente la reposición, hubiese sugerido la práctica de otras diligencias. Y si la definición de la situación jurídica de los sindicados, presupuesto procesal indispensable para la clausura de la investigación, no se presentó aquí por la razón ya expuesta, y los sujetos procesales no dispusieron de la oportunidad adecuada para controvertir la decisión de la segunda instancia, que no les fue notificada debidamente y tampoco quedó ejecutoriada porque el informe suministrado a los detenidos por el asesor jurídico de la cárcel no suplió

ese acto, y no había prueba sobreviniente que desvirtuara los fundamentos de la medida de aseguramiento inicialmente dispuesta, requisito este esencial para su revocación ya de oficio o a solicitud de las partes como se desprende del artículo 412 *ibídem*, emerge diáfano otro hecho, de suyo irregular, que vicia de nulidad la providencia por medio de la cual el *ad quem* les impuso el régimen limitativo de la libertad a los ciudadanos alemanes, bien porque se desconocieron las formas propias del juicio o porque se afectaron seriamente sus derechos y garantías procesales.

Refiriéndose al inciso 1° del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, la honorable Corte Suprema de Justicia sostuvo que tal omisión no "puede considerarse violatoria del debido proceso" frente al estatuto procesal derogado que no contemplaba esa exigencia, pero que "no podría decirse lo mismo si una actuación semejante ocurriera en la actualidad, simple y llanamente porque el artículo 438 del nuevo estatuto procesal penal (decr. 2700 de 1991), modificado por el artículo 56 de la ley 81 de 1993, establece como requisito ineludible para cerrar la investigación que al procesado se le haya resuelto la situación jurídica" (prov., 10 julio 1996, M. P.: doctor Carlos E. Mejía Escobar).

En el mismo sentido consúltese la decisión de la corporación citada por la señora juez en la vista pública, folio 688.

Le asiste la razón al señor defensor de la doctora C. L. cuando en la audiencia, después de examinar las actuaciones cumplidas por la fiscalía regional en ambas instancias para concluir en la detención precautelativa de los ciudadanos alemanes, sostuvo que tan pronto como el proceso, "luego de su tránsito por Bogotá regresa a Medellín, los Seidel están sin medida de aseguramiento, lisa y llanamente. Observen: las que tenían que ver con las primeras averiguaciones típicas fueron revocadas y bien revocadas porque había competencia; pero las que luego pretende imponer el fiscal en segunda instancia, se imponen con tantas y con tan flagrantes violaciones al debido proceso, que jurídicamente no se pueden considerar existentes. Las bien impuestas desaparecen y desaparecen válidamente porque las elimina quien tiene competencia, y las mal impuestas, por mal impuestas, no podemos aceptar en un

Estado de derecho que hayan nacido a la vida jurídica. En consecuencia, para ese momento en que hace irrupción al proceso la juez constitucional o el juez constitucional, los Seidel no están legalmente detenidos...", folio 745.

De ahí que la medida de aseguramiento impuesta por la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional que desbordó la órbita de sus atribuciones frente a los impugnantes y frente al funcionario facultado para investigar y calificar esos hechos punibles, cuya estructuración es discutible, fundada en una captura en flagrancia que tampoco es muy clara, y que fue dictada en el momento procesal menos indicado por la prematura clausura del ciclo instructivo, sin que a sus destinatarios o a sus representantes judiciales se les permitiera controvertir esos cargos que ni siquiera conocían porque la decisión no les fue notificada, no parece que pueda ser definida con la vehemencia con que lo hizo la fiscalía delegada ante los tribunales superiores para legitimar el régimen restrictivo de la libertad impuesto a los esposos Seidel, como punto de partida para predicar la ilegalidad, en mayor grado o manifiesta que es lo mismo, del pronunciamiento mediante el cual la doctora C. L. cumpliendo con sus deberes como juez constitucional resolvió favorablemente el *habeas corpus* adoptando las medidas que estimó pertinentes para la efectiva e inmediata protección del derecho fundamental que en su opinión se venía vulnerando.

Irregularidades de esa naturaleza, plurales y protuberantes, pasaron desapercibidas por los funcionarios de la fiscalía que al parecer estaban interesados en mantener en cautiverio a los esposos Seidel, quizás por temor al revuelo que provocaría una noticia en sentido opuesto (esa fue la visión sustentada de manera uniforme por la señora juez, por su defensor y por el agente del ministerio público en esta instancia) que sería ampliamente divulgada por la prensa hablada y escrita, interesada como la que más en todos los hechos relacionados con ese proceso, vistos los llamativos ingredientes que reunía (en el mismo se hallaban involucrados representantes de los gobiernos alemán y colombiano, de este último inclusive a nivel departamental, ciudadanos oriundos de ambos países que ejecutaron comportamientos diversos, los empleados de Control Risk,

una compañía aseguradora de origen foráneo, dedicada al parecer a la distribución de las pólizas contra el secuestro de ciudadanos extranjeros, modalidad esta que infortunadamente ha cobrado alarmante auge en los últimos tiempos, y un grupo subversivo interesado en los diálogos de paz con nuestras autoridades contando con la valiosa mediación de aquella nación, que habría dejado en libertad a doña Brigitte en un gesto de buena voluntad), pero no para los defensores de los sindicatos, uno de los cuales las describió en el memorial mediante el cual promovió el *habeas corpus*, y mucho menos para la señora juez, quien compareció al proceso con una misión específica: definir si fue o no quebrantado el derecho fundamental a la libertad de Jürgen e Isabel Seidel, y si se hacía o no procedente la protección deprecada.

A propósito. Aquí no se está en presencia de una insólita o descabellada interpretación de las normas reguladoras del *habeas corpus* por parte de la señora juez y tampoco de la invocación de hechos falsos para la artificiosa motivación de la providencia que restituyó la libertad a los ciudadanos extranjeros. Ya se anotó que fue el señor defensor de Jürgen e Isabel Seidel el que instauró la acción delatando los desafueros en que había incurrido la fiscalía regional en ambas instancias durante la tramitación del proceso, y ella conoció el concepto precalificatorio rendido por el señor agente del Ministerio Público en ese proceso el 10 de junio de 1997 —mucho antes de que se pronunciara la unidad de fiscalías delegada ante el tribunal nacional— en el cual se mostró partidario de la preclusión de la instrucción por los delitos de concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento público falso que, a su juicio, no fueron cometidos por los esposos Seidel, ya que el varón apenas debía responder por el delito de intermediación en el secuestro previsto por el artículo 12 de la ley 40 de 1993, cargo este por el cual debería continuar la investigación en su contra, folios 390 y siguientes y también el memorial mediante el cual ese funcionario sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la providencia calificatoria, en el que destacó, entre muchos otros aspectos, los siguientes: la resolución por medio de la cual se "rede-

finió" la situación jurídica de los sindicatos Seidel fue emitida con posterioridad al cierre de la investigación y con manifiesta violación del principio de la doble instancia, incurriéndose así en la causal de nulidad contemplada por el artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal, sin que él hubiese advertido, como también le ocurrió a los fiscales delegados ante el tribunal nacional "la variación de la competencia; por haber operado la ruptura de la unidad procesal y ser la intermediación estudiada, de competencia de la fiscalía seccional en la instrucción, y jueces de circuito para la causa", folio 416, protestando enérgicamente por último porque no se les favoreció con la detención domiciliaria que, en su sentir, era la medida viable en este caso, folios 417 y siguientes.

Todos esos datos incidieron en la determinación de la señora juez. No fue que ella, por su propia iniciativa, irregularmente ingresara al proceso con el ánimo de liberar a los sindicatos; simplemente el defensor de uno de ellos, preocupado por los vicios que afectaron la medida de aseguramiento aplicada a sus mandatarios, criterio respaldado por el señor agente del ministerio público, le pidió que examinara el proceso y así lo hizo con los resultados conocidos: convencida que la actuación de la fiscalía regional era inexistente y configuraba una típica vía de hecho porque la prolongación de la privación de la libertad de los procesados dejó mucho que desear, decidió favorablemente el *habeas corpus*, como respuesta a los sugestivos planteamientos consignados en el escrito mediante el cual fue promovida la acción, y los conceptos que se emitan sobre el acierto o el error de la motivación de la decisión, con las implicaciones que le son propias, en último término deben recaer sobre el señor apoderado que fue el gestor de la tesis, apreciación esta que incide directamente en el examen de la resolución expedida por la señora juez para definir si es o no ilegal, pues en el último caso se habría limitado ella a prohiar el criterio del peticionario que encontró acorde con la realidad procesal.

Lo que ocurrió fue que el señor fiscal regional, en lugar de aprovechar la providencia que calificó el mérito del sumario para corregir, así fuese parcialmente, las fallas detectadas, devolviéndole la libertad a los esposos Seidel (él estaba

al tanto de las decisiones adoptadas por su superior de instancia), mantuvo inalterable la crítica e irregular situación en que aquellos se hallaban. Mostró su contrariedad con la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal Nacional, en cuanto les marginó del concierto para secuestrar, el secuestro extorsivo y el uso de documento público falso, insistiendo en que debían responder penalmente por esos hechos punibles, aunque optó por la preclusión de la instrucción en obediencia a la orden del superior; sin definir previamente, como era lo indicado, si se configuraron o no los delitos remanentes (entiéndase el favorecimiento y la intermediación en el secuestro), si las pruebas eran o no suficientes para la imputación. Haciendo suyas las consideraciones plasmadas en el proveído de la segunda instancia, que también acogió sin reservas, acusó a los procesados ante el señor juez penal del Circuito de Rionegro, fundado en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que, en su opinión, le facultaba para cerrar la investigación y formular acusación por delitos sustraídos en su conocimiento a la jurisdicción regional, y ante un juez que estaba por fuera de la misma; nada anómalo detectó en la medida de aseguramiento a ellos aplicada por el *ad quem*, ni consideró la posibilidad de que en su favor concurriera alguna de las causales de excarcelación, pero se negó a sustituirla por la detención domiciliaria de la mano de los razonamientos señalados.

El tribunal estima que la interpretación que del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal hicieron la señora juez, su representante judicial y el señor agente del Ministerio Público en esta instancia es la correcta y prevalece sobre la del señor fiscal regional, cuyo desacierto es notorio. En el sistema procesal penal que actualmente nos rige, a la Fiscalía General de la Nación se le ha asignado el manejo de la instrucción y es por ello que a sus funcionarios se les ha facultado para la práctica de diligencias en cualquier lugar del territorio nacional, con miras a la pronta e inmediata iniciación de la investigación que permita la recolección de las pruebas con las cuales se puede hacer claridad sobre los hechos punibles y la identidad de sus autores o partícipes; precisamente esa fue la razón para que en el inciso 2º del numeral 1 del

artículo 304 de ese estatuto expresamente se dispusiera que "durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial". Pero el cierre de la investigación y su calificación son actos que competen de manera privativa al fiscal delegado ante el juez o tribunal competentes para conocer de los hechos punibles; por eso se ha sostenido que en la fiscalía se ha establecido una organización jerárquica similar a la de la rama judicial, o también que entre los artículos 118 a 127 y 68 a 73 del Código de Procedimiento Penal existe un riguroso paralelismo, que no pueden ser desconocido al momento de ejecutar tales actuaciones.

Esta es la tesis predominante en la doctrina y en la jurisprudencia. La sala de casación penal de la H. Corte Suprema de Justicia "considera que a la división de la fiscalía en dirección, seccionales y unidades, debe dársele algún sentido, y por tanto no puede indistintamente cualquier fiscal usurpar la competencia de otro, pues atentaría contra el debido proceso. En concreto, refiere a que una [sic] célula especializada en la ley 30 de 1986, no le es dado calificar un proceso adscrito a los fiscales regionales" (M. P.: doctor Guillermo Duque Ruíz, julio 26, 1994).

Tan cierto resulta lo anterior que así lo comprendió la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el tribunal nacional porque en el auto del 21 de noviembre de 1997, por medio del cual desató la apelación propuesta por los señores defensores y el señor agente del Ministerio Público contra la providencia calificatoria, admitió que en virtud de la ruptura de la unidad procesal, tanto el auto que cerró la investigación como el acto de calificación fueron producidos por un funcionario incompetente, a quien censuró porque no adoptó la determinación que, a juicio del tribunal, pudo y debió tomar ese despacho desde el 27 de junio de 1997, sin mayores dilaciones: el envío del proceso al funcionario facultado por la ley para continuar con la averiguación del favorecimiento y la intermediación en el secuestro, dado que a los procesados no se les había escuchado en indagatoria por esos hechos punibles y porque la prueba recaudada apenas si colmaba los presupuestos mínimos exigidos por el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal para la medida de aseguramiento, pero no podía sostenerse lo mismo frente

a la requerida por el artículo 441 *ibídem* para la acusación. En esa oportunidad la Fiscalía Delegada ante el Tribunal decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que cerró la investigación, inclusive, disponiendo, así fuese tardíamente, el envío del proceso al señor Fiscal Seccional de Rionegro a quien se le debería proponer colisión negativa de competencias para el caso de que no compartiera ese criterio. En relación con ese tema expuso lo siguiente:

"Si la participación de los procesados en el secuestro y liberación de Brigitte Schoene no se ubica dentro del secuestro extorsivo, sino en el favorecimiento y la intermediación, es evidente, como pregonan los recurrentes, que el fiscal delegado ante los jueces regionales carecía de competencia no solo para calificar sino para clausurar la instrucción, porque el acto de cierre, por formar parte de la estructura del proceso penal, como que es presupuesto para la calificación y posterior juicio, si hay lugar a él, solo puede ser emitido por el funcionario judicial en quien estén radicados todos los factores de competencia; en el evento en estudio, entrándose de los señores Seidel, únicos vinculados en este asunto en razón de la ruptura de la unidad procesal, los delitos a ellos imputados no se encuentran dentro de los previstos como de competencia de fiscales y jueces regionales en el numeral 5 del artículo 71 del Código de procedimiento penal, modificado por el 9º de la ley 81 de 1993, en atención al cual, el conocimiento corresponde a los jueces del circuito y los fiscales delegados ante ellos... De tal manera que al entrar a calificar, el instructor debió proceder, dada la adecuación típica que la segunda instancia consideró era la acertada, a remitir el expediente al funcionario competente quien era el facultado para invalidar el cierre de la instrucción..."

"Como no solo no procedió de tal forma, sino que calificó el mérito de la instrucción, es evidente que se faltó a las formas propias del proceso en los actos de clausura y calificación, porque quien los profirió era incompetente para hacerlo. De tal manera que por estas razones, la delegada declarará la nulidad de las dos decisiones..."

"Como se procede en decisión de segunda instancia, esto es, por un factor funcional y no obje-

tivo (como sí ocurre entre fiscales de primera instancia), se invalidará lo actuado para que el señor fiscal regional delegado remita el expediente a aquel que en razón de los delitos de que se trata, es el competente. Este procedimiento se adopta teniendo en cuenta pronunciamientos del máximo tribunal de justicia ordinaria que en eventos similares concluye que cuando se proceda en función de segunda instancia, de establecerse la incompetencia, deben aplicarse los correctivos del caso para luego disponer la remisión respectiva, porque si se limita al envío del proceso, se llegaría al absurdo de que un recurso de apelación sería resuelto por quien carecería de competencia funcional para hacerlo, e incluso fuera jerárquicamente inferior", folios 531 y siguientes.

Claro que no fue ese el único motivo de nulidad puesto de presente por el funcionario; también: resaltó la total ausencia de motivación de la providencia de primera instancia que se limitó a reproducir los planteamientos enunciados en otra ocasión para imputarles a los sindicados el conculso para secuestrar, el secuestro extorsivo y el uso de documento público falso, aunque a continuación los dejó de lado para acusarles por el favorecimiento y la intermediación del secuestro deducidos en segunda instancias, sin ningún análisis de su parte:

"A la irregularidad mencionada debe agregarse otra que igualmente conduce a declarar nula la actuación, y en ello se acogen los planteamientos de los defensores recurrentes; esta consiste en que el calificador carece de total motivación, lo cual implica vulneración evidente a los artículos 181 (redacción de providencias interlocutorias) y 442 (requisitos de la resolución de acusación) del Código de Procedimiento Penal..."

"En efecto, las primeras 23 hojas de la resolución de acusación contienen un resumen del material aportado al proceso; solo a partir de la página 24, bajo el título de «consideraciones y alusión a los alegatos de los sujetos procesales», se plasman los fundamentos de hecho y de derecho con los que el *a quo* sustenta su decisión y los mismos se hacen de manera pormenorizada para concluir que los sindicados incurrieron en el delito de secuestro extorsivo, no obstante lo cual, en posición en extremo anfíbológica, se precluye por ese

delito, cuando lo consecuente con los «considerandos» eran acusar..."

Y después de transcribir los argumentos expuestos en la providencia calificatoria, concluyó:

"El discurso que soporta esas conclusiones del funcionario instructor irrefutablemente conduce a que en su convicción íntima los indagados deben ser acusados por el delito de secuestro extorsivo, no obstante lo cual dispone la preclusión, en flagrante contradicción, toda vez que la motivación y la providencia calificatoria debe ser coherente entre la motivación y la decisión; pero lo que no admite ninguna acogida, por contrariar la más elemental lógica jurídica, es explicar que se adopta tan contradictoria posición porque dizque el funcionario de primera instancia obra «en acatamiento al principio de la doble instancia, al respeto por las decisiones de nuestro superior jerárquico, y de la manera como se ha expuesto en lo relativo a la calificación legal que se ha hecho por los *honorables fiscales del Tribunal Nacional*, entiende que no obstante toda la prueba relacionada y analizada da que pensar del matrimonio Seidel como partícipes del secuestro, lo cierto del proceso y así se ha convertido en ley, es que a ellos les es imputable solamente un concurso de delitos de «favorecimiento» e «intermediación» (celebración indebida de contratos)..." (hojas 28 y 29).

"Tales razonamientos reflejan un desconocimiento de las normas procesales y de la función judicial, en la medida que la decisión de la segunda instancia se concretó a la calificación jurídica dispuesta al resolver situación jurídica, siendo evidente que ella solo tiene un carácter provisional, que por su propia acepción mal puede convertirse en «ley del proceso», pues ni siquiera el calificador tiene ese carácter como que el artículo 442-3 del Estatuto Procesal dispone que allí la calificación jurídica continúa siendo «provisional»; además de que se estaba ante dos instancias procesales diferentes, que igualmente exigen presupuestos disímiles: la revisión de lo dispuesto en la medida de aseguramiento y la calificación. Es absurdo pretender que lo decidido al resolver situación jurídica se convierta en ley del proceso, porque de ser así, inoficiosa sería la calificación. Resulta paradójico que el *a quo* acusara en la segunda instancia, cuando, precisamente esta con-

firmó la decisión de no precluir por considerar que aun era necesario proseguir la investigación; por modo que si de acatar «órdenes superiores» se trataba, la providencia de 27 de junio es expresa en referir la necesidad de continuar la instrucción y ello no se hizo acudiendo al argumento de que se cumplía el mandato del artículo 14 de la ley 282 de 1996, norma que habla de un término de cinco (5) días y que solo decidió aplicarse varios meses después de que se cumpliera el acto allí previsto", folios 534 y siguientes.

Acceptando, como hay que hacerlo, que el acto jurisdiccional mediante el cual se dispuso la detención preventiva de los esposos Seidel como presuntos autores de los delitos de favorecimiento e intermediación en el secuestro a partir del momento en el cual intervino la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Nacional, estaba viciado de nulidad, sanción procesal esta que se hacía extensiva al proveído calificador producido por un órgano incompetente, que no lo fundamentó de manera conveniente según lo manifestó aquel despacho, y que implícitamente ratificó la medida detentiva (implícitamente sí porque el tema, crucial y todo, no fue tratado expresamente y solo se negó la sustitución por la detención domiciliaria), no se comprende cómo puede sostenerse que el pronunciamiento que reconoció el *habeas corpus* es manifiestamente contrario a la ley y que estuvo precedido y acompañado de la culpabilidad dolosa exigida para la estructuración del prevaricato; su motivación puede discutirse en un plano estrictamente conceptual e, inclusive, puede tildarse de equivocada en todo o en parte como lo hicieron el señor fiscal regional que dirigió la investigación tramitada contra los ciudadanos alemanes y el señor fiscal delegado entre los tribunales superiores que manejó este proceso, pero lo que no puede afirmarse es que su discrepancia con el modo de razonar o con las decisiones de estos funcionarios la ponen en abierta pugna con la normatividad vigente, y que fue ideada artificioosamente por la señora juez para sustentar la resolución, olvidando la probidad y corrección propias de su cargo.

En efecto, para la configuración del prevaricato por acción, se exige la concurrencia de dos presupuestos: uno, de orden objetivo, consistente en la

omisión de la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, y otro, de carácter subjetivo, representado por la culpabilidad dolosa.

El primero, erigido en elemento normativo del tipo que debe concurrir en todos los casos para la estructuración del delito, supone una ilegalidad que se plasma en la resolución o en el dictamen producidos por el funcionario, que, por lo demás, tiene que aparecer en forma palmaria, evidente, protuberante; ese es el significado del adverbio "manifiestamente" utilizado por el artículo 149 del Código Penal. Y es por ello que el intérprete debe ser muy exigente en la valoración del acto y en su confrontación con el mandato legal para definir si lo desatendió o no, y, en el primer caso, si la inconformidad aflora de manera palpable.

No se configuraría el prevaricato, entonces, en los eventos en que la resolución o el dictamen, así algunos no las compartan o se muestren disgustados por su emisión, surgen como resultado de la aplicación de la ley, y tampoco en aquellos en que pugnan con la norma que tolera diversas interpretaciones, una de las cuales es acogida por el servidor público al producirlos, como quiera que en estos casos la contrariedad no es manifiesta o evidente; se habría limitado él a defender su tesis, respaldada por unos e impugnada por otros, pero que no entraña la maliciosa y abierta violación de la ley que es lo que da lugar a ese ilícito.

Inclusive se ha sostenido que si el servidor público, faltando a la probidad exigida en el desempeño del cargo, se ha propuesto cometer una ilegalidad pero no lo logra porque la resolución o el dictamen consultan la normatividad vigente, es obvio que no prevarica; su conducta, repudiable en un plano moral dada su evidente incorrección, no podría encuadrarse en el artículo 149 del Código Penal por ausencia precisamente del presupuesto material en estudio.

El segundo de los presupuestos tiene que ver con la culpabilidad. El dolo propio del prevaricato se traduce en el conocimiento por parte del agente de la ilegalidad incorporada a la resolución o dictamen y en la voluntad de ejecutar esa conducta. SEBASTIÁN SOLER, citado por la defensa, siguiendo las enseñanzas de CARRARA ciertamente ha afirmado que el dolo consiste en la inconformidad entre el derecho conocido y el derecho aplicado por el servidor público, por lo cual se requiere

prueba de su incorrección moral; mientras tal demostración no obre en el proceso, necesariamente se ha de desechar el delito por ausencia del elemento subjetivo.

En principio podría parecer superflua la transcripción de los conceptos emitidos por los tratadistas y por la H. Corte Suprema de Justicia en las múltiples ocasiones en que se ha visto precisada a profundizar en el examen de la disposición que contempla esa figura delictiva, que desde hace ya muchos años (incluida la época en la cual rigió el estatuto penal derogado a partir de 1980) se ha venido presentando con frecuencia en los distintos ámbitos de la administración pública y, de manera especial, en el campo propio de la administración de justicia, pero que tantos problemas suscita para su aplicación, por la controversia que suele plantearse frente al presupuesto objetivo (en la generalidad de las veces se hace difícil definir si la decisión merece o no el reproche consistente en que sea "manifiestamente ilegal"), y particularmente el subjetivo que pertenece al fuero interno del agente, visto que los sujetos procesales trajeron muchos de los fallos emanados de la corporación para ilustrar sus puntos de vista, y que en el cuaderno número 4 reposa el texto íntegro de la sentencia proferida el 28 de agosto de 1997, con ponencia del H. M. doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, en la que se fijaron valiosas pautas para la correcta interpretación de la norma, algunas de las cuales (véase págs. 21, 26 y 17) son enteramente aplicables a este caso.

A pesar de lo anterior y de que las ideas consignadas en precedencia son fruto de la constante consulta de la doctrina y la jurisprudencia, la Sala estima pertinente la cita de algunos de esos fallos que respaldan la tesis que se ha venido sustentando en esta providencia:

"Para determinar si se ha realizado objetivamente la conducta tipificada en la ley como prevaricato, debe examinarse si la providencia cuestionada es o no manifiestamente ilegal, y lo será cuando al emitirla el funcionario haya desconocido o aplicado con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, como cuando sanciona con fundamento en disposición legal ya derogada o aplicando aquella que visiblemente se refiere a situación diversa. Pero cuando aparece que el

funcionario ha decidido previo un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta *sub judice*, porque para la corrección de esos humanos errores judiciales existen en la ley mecanismos procesales suficientes. No es, pues, la desarmonía de criterios entre el juez y la parte supuesta o realmente lesionada con la decisión de aquel, lo que objetivamente configura prevaricato, sino la protuberante e ilegal discordancia entre lo que el funcionario hizo en una providencia y lo que ha debido hacer". (Corte Suprema de Justicia, febrero 8 de 1983. M. P. dr. Alfonso Reyes Echanda).

En otra oportunidad se anotó:

"La conducta descrita como prevaricato en el art. 149 del C. P., consiste en proferir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, es decir, auto, sentencia, decreto, resolución propiamente dicha o cualquier otro acto oficial mediante el cual el funcionario decida o emita opinión sobre asunto de su competencia, que evidencian ostensible ilegalidad, no basta, pues, una discrepancia conceptual entre el funcionario y alguna de las partes sobre aspecto fáctico o jurídico, o interpretación normativa diversas de la predominante, o determinación judicial o administrativa revocada luego en instancia superior por incorrecta, para concluir que se está frente a un prevaricato; hechos confusos, material probatorio que apunte en opuestas direcciones, normas oscuramente redactadas o susceptibles de diversas interpretaciones por su complejidad, pueden dar lugar a decisiones variadas y en veces contrapuesta respecto de situaciones fácticas similares, sin que por ello pueda afirmarse siempre que se ha incurrido en prevaricato, y esto porque son hombres y por lo mismo sujetos falibles quienes asumen la responsabilidad de interpretar la ley y de resolver con fundamento en ella los conflictos que se les plantean; también por eso el sistema jurídico ha creado los mecanismos de la doble instancia y de los recursos ordinarios y extraordinarios para cerrar la posible brecha de injustas decisiones; así, pues, solamente aquellas determinaciones oficiales de una marcada y protuberante ilegalidad asumen la categoría delictiva de la prevaricación". (Corte Suprema de Justicia, mayo 22 de 1984).

Importa aquí hacer algunas precisiones. La doctora C. L. no ingresó intempestivamente al proceso y tampoco se propuso desconocer las decisiones de la Fiscalía Regional como se ha dado a entender; si lo inspeccionó y adoptó su determinación fue en atención a la acción incoada directamente ante su despacho por el señor defensor de los sindicatos. Y una vez comprobadas las fallas denunciadas por el peticionario, que afectaron gravemente el debido proceso, particularmente la carencia de competencia de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional para imponer la medida de aseguramiento de la detención preventiva y de la fiscalía regional para calificar el sumario, prescindió de esas providencias que equiparó a una actuación de hecho porque de manera indebida extendieron el cautiverio de los esposos Seidel, otorgando el *habeas corpus*. No concurre, entonces, una de las situaciones anormales citadas por vía ilustrativa en los fallos atrás copiados, pues la señora juez no revivió una norma derogada ni aplicó la que reguló un supuesto de hecho diverso, y en cambio sí intervino en un proceso confuso tanto en el campo probatorio como en el jurídico, que había dado lugar a opiniones encontradas de parte de los funcionarios de la primera y segunda instancias y hasta del señor agente del ministerio público, y que se vio obligado a estudiar en un breve lapso instituciones procedimentales complejas para concluir en la viabilidad o improcedencia del *habeas corpus*, que no es precisamente el tema que ofrezca al intérprete o sobre el cual encuentre uniformidad de pareceres, que le permitan su inmediata comprensión.

La vasta experiencia de la doctora C. L., su amplia formación profesional y su permanente afán de acertar en sus decisiones, no eran los factores a tomar en cuenta para deducir el prevaricato. Por el contrario, se convertían en prenda de garantía del acierto y legalidad de la resolución ahora cuestionada, y así debió entenderlo el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores; si no se tenían noticias de su predisposición a quebrantar el ordenamiento jurídico, de su rebeldía frente a las determinaciones de sus superiores jerárquicos y del desconocimiento de las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, y tampoco se sabía de la existencia de otros hechos que dejaran al descubierto su deseo de apartarse maliciosamente

de los preceptos legales, eventualidad esta en la cual nadie se atrevería a cuestionar el agravio a la administración pública, de plano debió desecharse el delito, en el entendimiento de que, a lo sumo, su providencia contrariaba el pensamiento de la fiscalía regional, pero no la Constitución o la ley, y en que no se había presentado un daño adicional para un tercero que hiciera viable la imputación.

Queda claro que la fiscalía debió obrar con mayor cautela en la evaluación de la conducta de la señora juez en orden a precisar si incurrió o no en el prevaricato. Y en ese examen jugaban papel preponderante la complejidad del asunto que se vio precisada a decidir en su condición de juez constitucional, lo apremiante del término de que disponía para conocer el proceso, y las consecuencias que de la misma se derivarían por la tendenciosa publicidad que se cernía sobre las actuaciones atribuidas a los ciudadanos extranjeros, con mayor razón si la providencia que dio lugar a la acusación apenas si habría ofendido la administración pública, en cuanto la habría expedido de manera arbitraria, impulsada por simple prurito de infringir el postulado de la legalidad, pero que no conculcó los intereses de los asociados. Su determinación, así no haya sido del agrado del señor fiscal regional que tenía a su cargo el manejo del proceso penal, del señor director regional de fiscalías y últimamente del señor fiscal delegado ante los tribunales superiores, no afectó los derechos de otras personas; si se quiere puede sostenerse que se inspiró en el loable propósito de restaurar el derecho fundamental a la libertad de los esposos Seidel, restringido mediante una decisión de última hora que dejó en evidencia la errónea apreciación de los hechos y de las pruebas emanada de la primera instancia.

Es por eso que desconcierta, por decir lo menos, el rigor con que los funcionarios de la Fiscalía escrutaron tal resolución para desentrañar su oposición con la ley, que luego subrayaron haciéndola manifiesta, dado que contrasta de manera franca con la amplitud con que examinaron las decisiones adoptadas en el curso del proceso penal tramitado en contra de los esposos Seidel.

Se afirma lo anterior porque a las fallas advertidas en la motivación de la providencia expedida el 25 de julio de 1997 por la doctora C. L. se les asignó mayor entidad de la que en realidad tenían,

derivando de ahí el burdo y grosero atropello al ordenamiento jurídico que la hacía responsable de un delito de tanta gravedad como el prevaricato, que supone la incorrección moral de su autor haciéndole indigno de pertenecer al engranaje estatal, y, de manera especial, a la rama jurisdiccional por los serios riesgos que sus decisiones entrañan para la administración pública y para los asociados, pero los errores en que incurrieron los funcionarios de la Fiscalía fueron minimizados, ya que se les dejó en el terreno propio de las simples informalidades o meras irregularidades, desprovistos de todo contenido dañoso para las normas del debido proceso, del derecho a la defensa y demás garantías de los sujetos procesales, así a los sindicatos se les haya privado del más elemental de sus derechos como es el de conocer los alcances de la imputación que se les formulaba, aunque nunca se expusieron las razones por las cuales se dieron tales errores, si se cometieron de manera consciente o inconsciente y, en el primer caso, si sus autores merecían el reproche en un plano estrictamente jurídico por la violación del postulado de la legalidad que también debe gobernar sus determinaciones, y por qué esos yerros podían ser saneados, así quedara en entredicho la legitimidad de la privación de la libertad de los esposos Seidel, pero no los de la señora juez así se hubiere propuesto, como última y plausible finalidad, corregir la situación que, a su leal saber y entender, sin la prevención propia del fiscal, estimó que era irregular y que ameritaba la concesión del *habeas corpus* erigido precisamente en el instrumento idóneo y eficaz para la protección de ese derecho fundamental.

No se puede olvidar que la imputación del prevaricato prácticamente se originó en el oficio remitido por el señor fiscal regional al señor director regional de fiscalías el 31 de julio de 1997. Si el funcionario, quien estaba firmemente convencido de que los ciudadanos extranjeros eran unos aventureros que ingresaron a nuestro territorio en búsqueda de la dama secuestrada con el propósito de trasladarla al exterior, donde sería negociado su rescate, y no en cumplimiento de la misión encomendada por las autoridades alemanas, inspirada en fines humanitarios, por lo que les imputó los delitos de concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento pú-

blico falso que les aseguraría una extensa temporada en la prisión, dejó traslucir su inconformidad con la posición de su superior de instancia, quien los marginó de esos hechos punibles atribuyéndoles otros de menor entidad, tal como lo dio a entender en la providencia por medio de la cual calificó el mérito de las pruebas, no es de extrañar que al enterarse de la libertad concedida al resolver el *habeas corpus* protestara por la actuación de la señora juez, opuesta al enfoque jurídico que a los hechos se le había asignado por la jurisdicción regional, tachándola de ilegal. Así se explican los fuertes términos incluidos en esa comunicación para descalificar el comportamiento de la funcionaria que, en su opinión, trascendió tanto al campo penal como al disciplinario y que ameritaba las respectivas investigaciones.

Sin reparar en que los señores defensores, en cumplimiento de mandato a ellos otorgado por los sindicatos, solicitaron la preclusión de la instrucción y la revocatoria de la medida de aseguramiento, censuró tal actitud porque la petición la formularon "sobrepasando todas las incidencias propias de una investigación", mientras que la señora juez, a quien directamente le fue presentada la acción con "*un criterio muy personal, adujo que el proceso no estaba calificado legalmente y que por tal motivo al estar vencidos según ella, los términos «propios» para la calificación, procedía la libertad inmediata de los sindicatos Seidel*", decisión esa que "no solo no se comparte sino que en consideración de esta fiscalía delegada regional *es abiertamente ilegal*", exponiendo a continuación las razones en que fundaba su apreciación: como la interpretación que él le diera al artículo 79 del Código de Procedimiento Penal para extraer de ahí la competencia para el pronunciamiento calificador, pues así se haya revocado la medida de aseguramiento por el concierto para secuestrar y el secuestro extorsivo, dichos delitos tenían que ser calificados por la fiscalía regional con preclusión o con acusación como ocurrió en realidad, discrepó de la interpretación que de ese precepto hiciera en el auto que otorgó el *habeas corpus*, distinta a la suya, y la tildó de "acomodaticia", sumamente personal y "abiertamente contraria a la verdad procesal e ilegal", con mayor razón si la señora juez olvidó que la preclusión

estaba sometida a la consulta y por ello no podía desvertebrar o dividir el proceso como "aparentemente" lo hizo; anotó, además, que a pesar de que la señora juez conoció la resolución que calificó el sumario, citando inclusive su fecha, prescindió de la misma sosteniendo que los procesados eran acreedores a la libertad en los términos del artículo 415-4 del Código de Procedimiento Penal, afirmación esta que resulta "ilegal, más que ilegal, ilusa e imaginaria" porque, de una parte, no podía desconocer el acto de calificación que él dictó en ejercicio de su competencia, y, de la otra, no podía "realizar un control interno o instancia interna dentro del proceso" para hacer efectiva una de las causales de libertad por oponerse a ello la parte final del artículo 430 de ese estatuto.

Al parecer aludiendo al dolo, sostuvo que "lo más vergonzoso e indignante para nuestra administración de justicia" fue que la señora juez dejó de lado los medios de defensa propuestos por los defensores y la colisión de competencias planteada por el señor juez penal del circuito de Rionegro que "anecdóticamente" y de manera "tácita" fue resuelta por la señora juez, "quien en una instancia de *habeas corpus*, no solo concedió la libertad, sino que implícitamente asignó competencia para conocer del asunto", folio 6.

Esos planteamientos fueron acogidos por el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores, quien pronto superó la fase de la investigación previa y escuchó en indagatoria a la doctora C. L.; el interrogatorio planteado en esa diligencia versó sobre muchos de los temas destacados por el señor fiscal regional en la mencionada comunicación, y todos sus conceptos, que encontró ajustados a la ley, los hizo suyos en las providencias mediante las cuales impuso la medida de aseguramiento y acusó a la señora juez, al igual que los argumentos expuestos por la segunda instancia en la providencia del 27 de junio de 1997, rechazando la "interpretación subjetivista" que hiciera de la sentencia C-301 o de otras normas procesales, la "cadena de equívocas premisas" en que se apuntaló la concesión del *habeas corpus*, y los inmerecidos reparos formulados en ese auto a los pronunciamientos de la fiscalía regional en ambas instancias para despojarla de la competencia, que tildó de inexistentes, sin fundamento alguno,

concluyendo en el desacierto de la resolución y en su manifiesta contrariedad con la ley, que la hacía responsable del prevaricato, pues "no puede sostenerse, de acuerdo con lo que hasta aquí se ha expuesto, que todo sea fruto de una simple inadecuada apreciación o de un comprensible errado juicio jurídico, cuando la verdad revela pronunciamiento abiertamente contrario a las normas que regulan la acción del *habeas corpus*", folio 257, visto que la culpabilidad dolosa "puede extractarse de las muy débiles apreciaciones traídas por la indagada para cuestionar la competencia de los fiscales que tuvieron o tienen bajo su control la investigación...", folio 260.

El señor fiscal regional, así lo considera la sala respetuosamente desde luego, no era el funcionario llamado a descalificar la conducta de la doctora C. L., tildándola de prevaricadora. Lo primero porque ya se tenían noticias del error de apreciación en que incurrió al adecuar el comportamiento de los esposos Seidel a las disposiciones legales, a quienes les atribuyó varios hechos punibles que no perpetraron, de conformidad con el criterio sustentado en la segunda instancia, y lo segundo porque su pretendida competencia para continuar con el conocimiento del proceso agotando la fase de la calificación y los conceptos emitidos al interpretar distintas normas fueron desvirtuados de manera tajante por su superior jerárquico en la providencia del 21 de noviembre de 1997, cuyos pasajes esenciales se copiaron atrás, mediante consideraciones acordes en un todo con las esgrimidas por la señora juez para fundamentar la resolución que declaró procedente el *habeas corpus* y consecuentemente la libertad de los sindicados para poner fin a su detención que se prolongó de manera indebida, pero que fueron ignorados por el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores al momento de proferir la resolución acusatoria no obstante que ya las había conocido y estudiado, lo que bastó para que comprendiera que tanto su argumentación, como la del señor fiscal regional que él acogió sin reservas, se derrumbó a partir de la fecha en que se adoptó aquella decisión.

Adviértase que en las providencias por medio de las cuales decidió la situación jurídica y formuló la acusación y aún en su disertación oral de la vista pública, el señor fiscal insistentemente sos-

tuvo que la conexidad existente entre los hechos punibles inicialmente deducidos a los esposos Seidel y los que le fueron imputados en la segunda instancia, al igual que el principio de la unidad procesal prolongaron la competencia de la jurisdicción regional para conocer del proceso, de lo cual derivó la competencia de la unidad de fiscalías delegadas ante el Tribunal Nacional para imponer la medida de aseguramiento por los últimos, y de la fiscalía regional para calificar el mérito del sumario con la preclusión por los primeros y para acusarles ante el juez penal del Circuito de Rionegro por los segundos, censurando a la señora juez porque desconoció esas decisiones que para ella eran inexistentes con un erróneo entendimiento de este fenómeno, en su afán de liberar a los sindicados.

Sin embargo, también en este aspecto cree el tribunal que la razón está de parte de la funcionaria. La tesis del señor fiscal ni siquiera era válida para el momento en que definió la situación jurídica y mucho menos para las fechas en que formuló la acusación e intervino en la audiencia porque ya había conocido y estudiado la providencia del 21 de noviembre de 1997 que aceptó la ruptura de la unidad procesal y descartó la conexidad, aunque en la última diligencia se limitó a afirmar que tal determinación "puede compartirse o no compartirse", pero que no podía equipararse al auto que otorgó el *habeas corpus* como lo pretendió el señor defensor, olvidando que este sostuvo fue que las razones que sirvieron de soporte a la misma coincidieron en el fondo con las expuestas por la señora juez.

La ruptura de la unidad procesal se produjo desde el 16 de abril con la clausura parcial de la investigación, esto es, únicamente en lo concerniente a los esposos Seidel, y la conexidad desapareció a partir de la revocatoria de la medida de aseguramiento impartida en primera instancia: el concierto para secuestrar no podía deducirse como delito autónomo porque no se acreditó que los ciudadanos alemanes se pusieran de acuerdo con las demás personas comprometidas en el plagio de doña Brigitte para ejecutar este y otros hechos de la misma naturaleza, y el que se habría dado para este único caso fue subsumido por el secuestro efectivamente perpetrado, y la falsedad tampoco se dio porque los pasaportes eran auténticos

o porque de ser apócrifos no fueron usados por ellos, y en cuanto al secuestro extorsivo se les marginó de plano al reconocerse que no obraba la prueba mínima exigida para la medida de aseguramiento; además, no se comprende como pueda predicarse la conexidad entre delitos principales en —ese grupo encajan los tres anteriores— con un delito accesorio como lo es el favorecimiento, y si se quiere hasta la intermediación en el secuestro.

Las consideraciones plasmadas por la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional en la providencia del 21 de noviembre de 1997, diáfanas y concluyentes, no dejan duda alguna sobre la inexistencia de la conexidad y la ruptura de la unidad procesal, que dejaban el asunto por fuera del ámbito de atribuciones de la jurisdicción regional, quedando en entredicho la validez y eficacia de las resoluciones expedidas en ambas instancias como lo consideró la señora juez al decidir el *habeas corpus*, sin que se pueda sostener que fue ella quien artísticamente ideó las fallas sustanciales lesivas del debido proceso y el derecho a la libertad de los esposos Seidel en su desmedido afán por liberarles.

En efecto, la delegada, para silenciar las quejas de los recurrentes, anotó que en el auto del 27 de junio se consideró que la conducta de los sindicados "en modo alguno se adecuaba a los tipos penales del secuestro extorsivo, concierto para secuestrar y uso de documento público falso imputados en la medida de aseguramiento", visto que era evidente que su participación "consistió en un proceso de mediación frente a los plagiarios para lograr la liberación de la señora Schone, lo que le llevó a descartar los primeros y adecuar el comportamiento de los esposos Isabel y Jürgen Seidel a los tipos penales realmente infringidos", aunque no se dedujeron "nuevos delitos" como lo entendieron aquellos, sin reparar en que el objeto de la investigación penal no "está dado por nombres de delitos", sino que se averiguan "son hechos, naturalísticamente entendidos, independientemente de la denominación jurídica que a ellos corresponde en el ordenamiento penal", máxime si "es claro que el hecho investigado del que se sindicó a los sindicados es uno solo: su participación en el secuestro y liberación de la señora

Schoene", que el funcionario de la primera instancia tomó en cuenta para reputarles autores del concierto para secuestrar, el secuestro extorsivo y el uso de documento público falso, "en tanto que esta delegada, en ejercicio de sus funciones como fiscal de segunda instancia, consideró que debía adecuarse a los nuevos tipos de favorecimiento y celebración indebida de contratos de seguro (el último por la intermediación en el rescate)...", folios 526, 529 y 530.

Tal como se anotó anteriormente, la ostensible contrariedad de la resolución o dictamen con la ley no puede surgir de la disparidad de criterios entre el funcionario y los sujetos procesales, entre el primero y su superior de instancia o el funcionario encargado de la investigación. Pero se sabe que el señor fiscal no dudó en sostener, contra toda evidencia, que el acierto y, por ende, la legalidad, son notas que caracterizan las providencias proferidas en primera y segunda instancias por la fiscalía regional, mientras que el error y la ilegalidad, la última en grado superlativo o manifiesto que es lo mismo, caracterizaron el pronunciamiento que otorgó el *habeas corpus*, pues que se cuestionaron, sin razón, aquellas decisiones. Entendidas así las cosas, fácil resulta comprender que el señor fiscal, desatendiendo las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia de la Corte, ha tildado de delictuosa la conducta de la señora juez simplemente porque no interpretó las normas reguladoras de diversas instituciones procedimentales y del *habeas corpus* en la forma en que él lo hizo, apreciación que debe desestimarse de plano.

La sentencia proferida por la h. Corte Suprema de Justicia el 28 de agosto de 1997, citada tanto en la resolución de situación jurídica como en la acusación para fortalecer el criterio de la fiscalía, folios 258 y 569, resulta enteramente favorable a la señora juez. Aquí en este evento, como sucedió en el que la corporación juzgó allí, también se acreditó "la ausencia de malicia y de propósito lesivo" en la actuación de la funcionaria, y la manifiesta contrariedad de la resolución con la ley surgió "a partir la imposición de la parafemalia conceptual e interpretativa del funcionario penal encargado de examinar la conducta prevaricadora" y no "del abierto y simple cotejo con el ámbito

situacional concreto en el cual actuó el investigado, en relación con los imperativos legales", pues no se tuvo en cuenta que, así la decisión riña con el tenor literal de algunos preceptos, "aparentemente claros", no envuelve prevaricación cuando "contiene una interpretación loable frente a las insulares trazas que ofrece el caso", como se advirtió en ese fallo.

Es que si la manifiesta contrariedad de la resolución o dictamen con la ley pudiese extractarse de la discrepancia de opiniones entre el servidor público acusado y el funcionario encargado de la investigación penal, la imputación en este evento tendría que hacerse extensiva a los representantes del ministerio público tanto en el proceso penal impulsado contra los ciudadanos extranjeros, como el que intervino en esta instancia, quienes prohicieron las tesis de la señora juez. a la abogada de la Procuraduría y a los magistrados que conforma la sala disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, a quienes les pareció correcta su determinación y al señor fiscal delegado ante el Tribunal Nacional porque en la providencia del 21 de noviembre de 1997 repudió el pensamiento del señor fiscal regional, a quien le negó toda competencia para la clausura de la investigación y la emisión del proveído calificatorio y también el concepto sustentado por el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores en temas de tanta trascendencia en el caso ahora estudiado, como la conexidad y la unidad procesal que el último dejó vigentes queriendo retener la competencia de la jurisdicción regional para conocer del proceso, pero que el primero había rechazado de manera implícita, que no expresa, desde el 27 de junio de ese año, aunque solo dispuso el envío del expediente a la fiscalía seccional de Rionegro en el mes de noviembre.

Lo extraño es que la resolución expedida por la doctora C. L. es la única que se ha tildado de prevaricadora; de las restantes, así sean contrarias a las tesis del señor fiscal regional y del señor fiscal delegado ante los tribunales superiores, se insiste, apenas si se ha afirmado que no se comparten o que una es la situación planteada en el campo disciplinario y otra, muy diferente, la que se presenta en el campo penal, y solo se hizo una breve referencia a la última determinación de la segunda instancia que echó por tierra muchos de

los conceptos expuestos por aquellos funcionarios para enjuiciar la conducta de la señora juez: si la fiscalía delegada ante el Tribunal Nacional, así fuese tardíamente como ya se puntualizó, reconoció que la Fiscalía Regional de Medellín carecía de competencia para clausurar la investigación y calificar su mérito, invalidando ambos actos, implícitamente aceptó la indebida prolongación de la libertad de los esposos Seidel que fue el argumento central invocado en el pronunciamiento que decidió favorablemente el *habeas corpus*.

La sala, respetuosamente desde luego, discrepa de las consideraciones expuestas por el señor fiscal delegado ante el tribunal superior en la acusación formulada a la señora juez. Sin que quiera sostener que la verdad está de su parte o que la interpretación que le ha dado a las numerosas disposiciones sustantivas y procedimentales que el complejo caso que ahora estudia y decide sea la atendible, estima sí que la imposición de la detención preventiva a los esposos Seidel por los delitos deducidos a última hora en la segunda instancia, estuvo precedida y acompañada de serias irregularidades que conculcaron su libertad y las normas del debido proceso, y que no resultan muy afortunados los argumentos en contrario esgrimidos por el señor fiscal para concluir en la configuración del delito de prevaricato imputado.

Naturalmente como se trata de desentrañar el sentido de esas normas, tarea de suyo complicada, que puede suscitar opiniones opuestas, no pretende afirmar que sus conceptos sean acertados y equivocados los que no comulguen con ellos; simplemente quiere insistir que para definir la controversia que en un plano estrictamente interpretativo se ha presentado entre la señora juez y el funcionario de la fiscalía que tuvo a su cargo la dirección del proceso, le parece que se aproxima más a la realidad la que en su momento expuso la primera y por ello la acogerá como soporte de la decisión con la cual culminará la instancia, desestimado, por obvias razones, la del segundo.

Refiriéndose a las dificultades que se le presentan a quienes deben interpretar las disposiciones legales para descifrar su espíritu, con miras de aplicarlas al caso debatido, desde hace ya mucho tiempo la H. Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

"El derecho no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas; su naturaleza teleológico-valorativa enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula, deben ser objeto de interpretación... Interpretar o desentrañar el sentido de la norma es tarea esencialmente personal en la que la ley y el intérprete se interrelacionan e influyen mutuamente para la solución de un caso particular. De una parte la ley con su mandato general y abstracto concebida de manra enfática en cláusulas gramaticales, de otro, el intérprete influido por sus propias vivencias culturales y por la concepción que tiene del derecho, que busca darle dinámica a esa ley particularizando para el caso concreto el mandato en ella subyacente...

"En atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea interpretativa, es fácilmente comprensible que con relación a un mismo punto jurídico puedan darse respuestas diversas, bien porque se tomen distintas fuentes de solución, bien porque se difiere en el método interpretativo que se escoge. Sin embargo, esta es una constante del derecho, de modo que acoger una tesis concreta, con mayor razón cuando cuenta con respaldo en el criterio de autoridad, es actitud que no merece de suyo reproche jurídico penal..." (Corte Suprema de Justicia, agosto 30 de 1983, M. P. dr. Luis Enrique Aldana Rozo).

La apreciación consignada por la señora juez en la providencia, en cuanto estimó que el proceso se había calificado solo en apariencia porque el fiscal regional no estaba capacitado jurídicamente para adoptar la decisión, aunque así se impidió la libertad provisional de los sindicados, dado que esa providencia se esgrimiría para denegar una petición en tal sentido, resultó correcta porque el 21 de noviembre de 1997 —116 días después contados a partir del 25 de julio, fecha en que se concedió el *habeas corpus*— la fiscalía delegada ante el Tribunal Nacional anuló el acto de calificación y con ello implícitamente reconoció el derecho que asistía a los ciudadanos extranjeros a disfrutar de su excarcelación al amparo del ordinal 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Solo que ella se anticipó a esa decisión, tra-

"HABEAS CORPUS" Y PREVARICACIÓN JUDICIAL

tando de restaurar el derecho fundamental a la libertad que fue conculcado por la fiscalía, lo que pone en entredicho la ilegalidad de la providencia y, por ende, el presupuesto material exigido para la configuración del prevaricato por acción deducido en la piza acusatoria.

Ya se tiene establecido que la interpretación racional de la ley excluye ese delito, pues: "jamás puede predicarse que un juez prevarica cuando en la actividad de administrar eficaz justicia racionalmente interpreta la ley, en busca de la realización del derecho material porque en ese evento no hay discordia entre el derecho declarado y el conocido, ni se traiciona lo que el desempeño del deber y la obediencia a la ley exigen, ni, en fin, cabría el juicio que la decisión adoptada es manifiestamente contraria a la ley como lo exige el dispositivo penal que tipifica esta infracción" (Corte Suprema de Justicia, septiembre 20, 1995, M. P. dr. Dídimo Páez Velandía). Y eso fue precisamente lo que impulsó a la señora juez a ordenar la inmediata libertad de los sindicados, evitando así que en un futuro, en caso de decidir negativamente la solicitud mientras se conocía el pronunciamiento de la segunda instancia que desembocaría en la excarcelación al tenor de la citada disposición, se le pudiese acusar por los delitos de prevaricato por omisión y detención arbitraria, de igual o superior gravedad al que ahora la tiene separada del cargo.

Es preciso tener en cuenta que se reclamó fue el *habeas corpus*, que es uno de los principales instrumentos —en la sentencia C-301 la H. Corte Suprema de Justicia anotó que "es la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal"— concedidos por la Constitución y la ley a toda persona que crea que fue capturada ilegalmente o que su detención se ha prolongado de manera ilícita para poner fin a la irregularidad. Tratándose de un derecho fundamental de aplicación inmediata (artículos 30 y 85 de la Carta), puede ser ejercido a nombre propio o ajeno, en forma oral o escrita, y al peticionario le basta con proporcionar los datos indispensables para identificar al funcionario que llevó a cabo la aprehensión o que ha extendido la detención de manera ilegal, el sitio donde se encuentra recluido el afectado y los elementos fácticos de la pretensión, con miras a que la autoridad judicial ante quien se

propone disponga la libertad inmediata del último.

Esa acción puede y debe ser ejercida a partir del momento en que se presente el acto que se estima violatorio de los preceptos constitucionales y legales que rigen la captura o la detención. O sea que esencialmente se orienta a la demostración del hecho u omisión que atentan contra el derecho a la libertad de locomoción de la persona, y si el juez constitucional comprueba su existencia, cualquiera sea el funcionario que lo ha causado y la naturaleza del asunto en el cual se ha producido el quebranto de esas normas, debe conceder la protección demandada, adoptando las medidas pertinentes para poner fin a la irregular captura o a la indebida prolongación de la detención, quedando en claro que el medio más efectivo para lograrlo es la liberación del afectado y la consecuente expedición de copias para que se investigue la conducta del responsable, todo ello dentro del perentorio término de 36 horas fijado por la disposición que la contempla, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad penal o disciplinaria para el funcionario encargado de su trámite y decisión.

En la sentencia atrás citada la H. Corte Constitucional sostuvo que una vez "demostrada la violación de las garantías constitucionales y legales detención, arresto o prisión ordenadas por autoridad incompetente, o por autoridad competente, pero sin acatar las formas establecidas o sin justa causa, etc., se dispondrá por parte del juez la inmediata puesta en libertad de la persona privada de ella ilegalmente.

Naturalmente cuando la captura se produce en cumplimiento de la orden expedida por el funcionario judicial, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos por la ley o en virtud a la flagrancia en que es sorprendido el agente, o cuando su detención es producto de la providencia proferida por el funcionario competente, con observancia de las formalidades legales, se torna improcedente el *habeas corpus*. Al juez constitucional, en esos eventos, no le es permitida la entrada al proceso porque los reclamos sobre la libertad de quien se encuentra en cautiverio en tales situaciones deben formularse al interior del proceso y el funcionario que conoce de este es el llamado a resolverlos.

Y si el trámite o la decisión del *habeas corpus* se le ha asignado a funcionarios distintos a quienes participaron en la captura ilegal o tienen a su cargo la actuación en la cual ilícitamente se ha prolongado la privación de la libertad de la persona, hay que concluir que se trata de un mecanismo de control externo que únicamente faculta al juez para definir si se respetaron o no las garantías constitucionales y legales tanto para la aprehensión como para la detención, es decir, que solo puede revisar la legalidad extrínseca de la privación de la libertad.

Es por ello que la sala estima que el *habeas corpus* tampoco es el instrumento indicado para obtener la libertad provisional; solicitudes de esa índole deben plantearse ante el funcionario que conoce del proceso al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º de la ley 15 de 1992, que modificó el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal. De ahí que si la persona que se encuentra legalmente detenida aspira a obtener la excarcelación al amparo del artículo 415 de esa obra, particularmente de los numerales 4 y 5 que son los eventos que se presentan con mayor frecuencia en la práctica, su pretensión está condenada al fracaso porque al juez constitucional le está vedado el examen de esas cuestiones —si se dio o no el supuesto de hecho que hace viable la libertad provisional, y para los últimos casos si transcurrieron o no los términos sin que se hubiese calificado el sumario, o sin que se hubiese celebrado la correspondiente audiencia o se hubiere vencido el término para presentar alegatos de conclusión en el juicio, si hay lugar a la caución prendaria o juratoria y, en el primer evento, cuál sería su cuantía— y la decisión que son del exclusivo resorte del funcionario judicial del proceso; al juez que resuelve el *habeas corpus* solo le compete establecer la legalidad de la captura, la observancia del plazo para la imposición del régimen restrictivo de la libertad, y que este no se prolongue de manera ilegal.

Desde el preciso instante en que la disposición entró a regir surgieron serias dudas sobre su ejecutabilidad; algunos la discutieron alegando que restringía los alcances del precepto constitucional que consagra la acción pública porque obliga al interesado a instaurarla ante el funcionario comprometido en la violación de las garantías cons-

titucionales y legales, que ve así comprometida su imparcialidad, y otros, en cambio, la defendieron. La H. Corte Constitucional en el fallo citado la declaró exequible, aunque algunos de sus integrantes salvaron el voto. Y no faltan quienes piensan que la norma es extraña por completo al *habeas corpus* o que se hacía innecesaria su consagración: aquella regula la situación de la persona que se encuentra legalmente detenida y la acción procede cuando ella cree que es ilegal la privación de la libertad que padece.

Sea de ello lo que fuere, se hace imperiosa su aplicación y el *habeas corpus* seguirá siendo un mecanismo de control externo, aunque es preciso aclarar que en los eventos en que la privación de la libertad de la persona es consecuencia de una actuación arbitraria o injusta de la autoridad pública, debe ser aplicado sin demoras. Así lo aceptó la corporación en la providencia mencionada, al afirmar que no puede excluirse "la invocación excepcional del *habeas corpus* contra la decisión judicial de privación de la libertad cuando ella configure una típica actuación de hecho".

Todas esas exigencias se cumplieron en el caso a estudio. El señor defensor oportunamente promovió la acción por considerar que la detención de los esposos Scidel se prolongó como resultado de una vía de hecho originada en la medida de aseguramiento y en la acusación dictadas en segunda y primera instancias por funcionarios incompetentes, haciéndose procedente el *habeas corpus* como el medio judicial más rápido y eficaz para la anhelada protección del derecho fundamental vulnerado. Como la inspección judicial dejó al descubierto la existencia de esos hechos, la señora juez les otorgó la libertad y dispuso la expedición de copias para la correspondiente investigación.

Un riguroso examen de la providencia que concedió el *habeas corpus* no permite concluir en su manifiesta ilegalidad; por el contrario, emerge clara y adecuada interpretación y aplicación de las normas reguladoras de esa garantía constitucional, mientras que las críticas formuladas por la señora juez a los funcionarios de la fiscalía regional porque carecían de competencia para detener y acusar a los ciudadanos extranjeros resultaron fundadas, de acuerdo con el examen realizado en precedencia.

Y la señora juez no se ocupó de los hechos y las pruebas obrantes en el proceso adelantado contra los esposos Seidel, ni discutió los alcances de las últimas y si eran o no suficientes para detenerles y acusarles, y tampoco de la denominación jurídica de las infracciones, porque entendió que esos temas le estaban vedados, pero sí cuestionó la validez de la medida detentiva emanada de la segunda instancia —la de la primera quedó sin vigencia en razón de su revocatoria—, lo que revela que se limitó a revisar los presupuestos formales de esa decisión, particularmente la incompetencia del funcionario para adoptarla, al igual que la acusación que fue arrojada por el mismo vicio, aspectos estos que podía examinar y que fueron los que la determinaron a decidir en la forma conocida.

La doctora C. L. no excarceló a los ciudadanos alemanes; ella sabía que no era esta la sede indicada para pronunciarse sobre la viabilidad o improcedencia de la libertad provisional que, por lo demás, nunca le fue solicitada, decidió el *habeas corpus* y por eso decretó la libertad inmediata, imponiéndoles la presentación ante el funcionario que los requiriera por razón de esa actuación, si se refirió al artículo 415-4 del Código de Procedimiento Penal fue en busca del "parámetro" allí consagrado, que le permitiría establecer si los sindicados, dado el tiempo transcurrido —250 días— sin que se hubiese calificado el mérito del sumario por el funcionario competente, serían o no acreedores a la gracia excarcelatoria, tal como lo

explicó en la ampliación de la indagatoria.

En verdad resulta entendible la posición asumida en la vista pública por el señor defensor cuando se ocupó a espacio del dolo propio del prevaricato por un "imperativo ético" y para dejar a salvo el buen nombre de la doctora B. C. L., como también la del señor agente del ministerio público que profundizó en el tema para fortalecer su pretensión absolutoria. La sala, en cambio, estima superfluo el examen de ese presupuesto: de una parte, porque es evidente la atipicidad de la conducta reprochada y, de la otra, porque sabe de la solvencia moral de la funcionaria, de su prestancia académica y profesional que no le permitirían la maliciosa o grosera violación de la ley en el desempeño del cargo, al cual debe reintegrarse de inmediato como consecuencia de la absolución aquí dispuesta, visto que no se colman los presupuestos requeridos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para una condena.

En mérito de lo expuesto, el *Tribunal Superior de Medellín*, sala de decisión penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Se absuelve a la doctora B. C. L. del cargo de prevaricato por acción deducido en la acusación. Extiéndase orden de libertad.

Proyecto discutido y apropiado en sesión de la fecha, según acta núm. 57.

IVÁN OROZCO ABAD y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-IEPRI, 1999.

La obra es el resultado de una investigación financiada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, logrando ya una segunda edición. Se anuncia como objeto, el análisis de las "orientaciones globales de política criminal que con una mayor probabilidad pueden llegar —(...)— a desarrollarse, en el mediano plazo, a manera de respuestas a los desafíos que plantea la realidad, en el seno de la Constitución de 1991, dadas las circunstancias actuales de crisis profunda de violencia, de corrupción y de pérdida de soberanía por que atraviesan el Estado y, en general, el sistema político y social colombianos" (pág. 11). Explican los autores que el objeto de estudio está ligado a la tesis, según la cual, en Colombia, la política criminal y social constituyen un apéndice de la política de seguridad interior y exterior (pág. 11).

A lo largo de la exposición los investigadores identifican las tensiones entre eficientismo y garantismo, Estado liberal y Estado social. Así mismo, realizan un análisis de la legislación y la jurisprudencia de los estados de excepción de nuestra Corte Constitucional, con énfasis en materia criminal, continuando en la lógica de evidenciar la resistencia entre eficientismo y garantismo. Finalmente, se presentan no solo las conclusiones del trabajo, sino también un estudio del Derecho Internacional Humanitario (DIH) respecto de la democracia y la justicia, la impunidad, la sociedad civil, el crimen organizado y la corrupción, aspectos analizados de frente a los Derechos Humanos (DH). Es importante anotar que en el capítulo denominado "Conclusiones", OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO no se conforman solo con concluir, sino que se arriesgan a lanzar propuestas frente al panorama político y jurídico del país, el cual es descrito en el libro como de alta complejidad.

Aparece como preocupación constante en el trabajo la crisis del modelo político colombiano, crisis que se encuadra, al parecer de los autores, en las contradicciones que genera la coexistencia del Estado liberal, que supone un mandato de abstención de intervención de las libertades (no lesión), y el Estado social, que incluye un mandato de eficacia y protección frente a los derechos fundamentales, incluidos los derechos de libertad (págs. 41 a 43).

Plantean OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO, que al generarse desde el Estado social un mandato de eficacia, este opera "en tal sentido, en circunstancias de crisis —real o simplemente sentida— de sus condiciones empíricas, remotas y/o inmediatas, de posibilidad, como un gran potenciador del peligro eficientista" (pág. 44).

La tensión generada por la coexistencia del Estado liberal y del Estado social, la abordan desde el discurso de la complejidad, referenciando reiteradamente a NIKLAS LUHMANN.

OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO afirman que del mandato de eficiencia que supone el Estado liberal, se generan dos consecuencias: en primer lugar, los derechos subjetivos individuales de libertad social se convierten en derechos y valores objetivos, teniendo como resultado una Constitución que funciona como derrotero. En segundo lugar, el mandato de eficiencia genera un mandato de criminalización de las conductas en clave preventiva, es decir, es talanquera de un rudo eficientismo (pág. 45).

Los autores describen la instrumentalización del mandato de eficiencia para la construcción del "derecho penal del enemigo", defecto que se ve auspiciado por el método de interpretación constitucional de "sopesamiento de principios", el cual posibilita que en el seno de nuestra Corte Constitucional se profirieran decisiones tanto garantistas como eficientistas. Este carácter aleatorio de las decisiones se explica porque estas se toman de acuerdo con las "fluctuaciones en el nivel del miedo a la pérdida de estabilidad política, la os-

cilación entre la protección de las libertades individuales y la afirmación de la autoridad soberana (...)” (pág. 53).

Aducen que el “carácter cíclico” de la Corte Constitucional, al momento de decidir, se ha extendido a todos los temas de discusión, resultando bastante notorio cuando se trata de los estados de excepción.

La instrumentalización del Estado social y, sobre todo, del eficientismo, ha llevado a OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO, en el último capítulo, a proponer como criterio principal para la adecuación de los sistemas constitucional y legal, el DIH. Esta propuesta la justifican en el siguiente sentido: es premisa empírica del Estado social y liberal de derecho la paz militar, política y social, consagrando un espectro más amplio de derechos fundamentales con respecto al DIH, no obstante, “en la práctica, sobre todo, —aunque no exclusivamente— por la vía de la ‘excepción’, tales derechos fundamentales resultan con frecuencia sacrificados en aras de la eficiencia en el mantenimiento del orden público, etc., hasta el punto que su protección cae muy por debajo de los mínimos humanitarios previstos por el DIH” (pág. 253).

Considero con relación a los argumentos de OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO, expuestos al momento de describir la crisis de los sistemas constitucionales modernos, entre ellos el colombiano, y frente a la cual se identifica como una de las causas la tensión que genera la coexistencia del Estado liberal y el Estado Social, que se hace extensiva la crítica realizada por FERRAJOLI al planteamiento de LUHMANN, TEUBNER y ZOLO. En efecto, plantea FERRAJOLI: “Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada complejidad de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al Estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistemáticos de tipo económico, tecnológico y político y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los po-

deros públicos generarían —según autores como LUHMANN, TEUBNER y ZOLO— una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales.

“Nos parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizás mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo”<sup>1</sup>.

Se equivocan OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO cuando asimilan el mandato de protección frente a los derechos fundamentales a un mandato de criminalización, porque la eficacia o eficiencia en la protección de los derechos fundamentales y en la prestación de los servicios sociales, como cualidades necesarias en el Estado social, no son sinónimas de eficientismo. Por tanto, el mandato positivo de protección no constituye un mandato de intervención punitiva en la esfera de libertad del ciudadano.

Por consiguiente, la instrumentalización indebida del Estado social para fines eficientistas y la ineficacia de los derechos fundamentales como límites al poder, no justifica razonadamente su sustitución por el DIH, pues si el espectro amplio de garantías que supone el estado social y democrático de derecho se instrumentaliza para tales fines, nada impide que el espectro mínimo que supone el DIH no sea instrumentalizado y con más facilidad, en igual sentido.

No obstante lo anterior, considero que el texto es una radiografía del estado actual de cosas, es una completa descripción de la realidad que en los aspectos abordados, padece nuestro país. El texto en el plano descriptivo es acertado.

También el tratamiento que se realiza de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es atinado y nos presenta en forma sistemática las decisiones que de alguna manera son más significativas para demostrar la poca consistencia en el fin

de protección de la Carta Constitucional de un organismo creado precisamente con esta finalidad. El defecto es estructural y ha posibilitado, tal como lo indican los autores, la construcción y fortalecimiento del “derecho penal del enemigo”.

Finalmente, estamos ante una obra polémica, seria y fuerte en sus argumentos, de la cual es bastante difícil dar cuenta en pocas páginas. Este texto nos introduce en discusiones muy críticas frente al quehacer normativo y político en nuestro país, lo cual, por sí solo, justifica cualquier acercamiento.

DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN

Especialista en derecho penal – Universidad de Antioquia

Medellín, 25 de febrero de 2000.

SAÚL FRANCO, *El quinto: no mata: Contextos explicativos de la violencia en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo-IEPRI, 1999.

SAÚL FRANCO es, ante todo, un colombiano interesado en el fenómeno de la violencia en nuestro país. Médico de la Universidad de Antioquia, *magister* en medicina social de la Universidad Autónoma de México. Ph. D. en salud pública, fundación Oswaldo Cruz, Río de Janeiro, Brasil, donde la primera versión del presente trabajo le fue laureada como tesis doctoral. Actualmente es docente de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá, presidente de la Asociación Internacional de Políticas de Salud, coordinador del Movimiento Nacional por la Salud Pública en Colombia y miembro de la Corporación Salud y Desarrollo.

La obra que nos ocupa, consta de 208 páginas, dividida en 7 capítulos:

1° Acercamiento al problema. 2° Perfil situacional. 3° Premisas, insumos, riesgos y limitaciones. 4° Lenguaje de las cifras. 5° Detrás de los discursos. 6° Diálogos preliminares entre datos, ideas y discursos. 7° Inclusiones.

Además, la obra contiene un completo índice de gráficas, cuadros y mapas, que ilustran y orientan el conocimiento acerca de la realidad estadística de este fenómeno.

Desde la noción sociológica de la problemática actual del país, establece el autor un claro y acertado estudio sobre un mal casi endémico, cual es el homicidio determinado por género, edad y regiones del país.

Se hace gran énfasis en la dinámica propia del conflicto, a través de la historia, en su complejidad y la plurivariación de actores inmersos en el mismo. De acuerdo con lo expuesto por el doctor FRANCO, se pretende con el texto elevar un problema de la realidad colombiana a un contexto más teórico, sin perder la objetividad, a fin de convertirlo en materia de un profundo análisis y debate para comprender las causas del homicidio.

Lo realmente positivo de este estudio es su contribución a romper con el simplismo explicativo y quitarles piso a los intentos unicastalistas de explicar el homicidio. Además, supera la sabiduría convencional sobre el fenómeno de la violencia en Colombia.

Uno de los aspectos que presenta mayor relevancia, es la trascendencia que el autor le imprime a fenómenos como la iniquidad, la impunidad y la intolerancia, que se entrelazan irremediablemente como causas de la violencia generalizada. Además, se apoya en cifras estadísticas para comparar las relaciones entre el homicidio y otras causas de las defunciones en Colombia; también, las relaciones entre desempleo y homicidio, concentración del ingreso y el homicidio, analfabetismo y homicidio, estandarizados por región del país y año.

Presenta un novedoso sistema de afrontar el tema con entrevistas a los actores del conflicto, pero con un gran aporte metodológico, cuestionándolos acerca de su forma de ver la situación actual de violencia, a qué se debe esa situación, cómo superar la actual violencia y las alternativas al problema.

En este contexto explicativo, muestra clara y detalladamente víctimas del homicidio desde 1975 a 1995, en períodos quinquenales determinando las víctimas por hombres y mujeres tomando en cuenta sus respectivas edades, en lugares como Antioquia, Valle y Bogotá.

La obra expone conceptos tan ciertos como “El aumento de la crueldad, pues se percibe que

<sup>1</sup> LUIGI FERRAJOLI: “El derecho como sistemas de garantías”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, 1999, p. 61

cada vez hay mayor sevicia en los actos violentos; se respeta menos a ciertos grupos, tales como niños, mujeres y ancianos; se recurre a formas más crueles, como las masacres, o desollar, descuartizar e incinerar a las víctimas; se utilizan armas y métodos que aumentan y prolongan el dolor, el desespero y la impotencia. Esta respuesta apunta al reconocimiento de lo que ya se viene indicando como un paso de la violencia a la barbarie, una especie de degradación de la propia violencia" (págs. 194 y 195).

El autor nos sumerge en la realidad colombiana y cotidiana respondiendo a preguntas que alguna vez todo colombiano y cualquier persona interesada en el conflicto se ha planteado y de seguro por la dinámica del conflicto no han sido de fácil respuesta.

HERNÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ  
Estudiante, Facultad de Derecho  
Universidad Pontificia Bolivariana  
Medellín, abril de 2000

MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ: *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Promesas constitucionales incumplidas, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.

Todos los días, en noticieros y prensa, vemos como se congestionan más los juzgados y se descubren nuevos focos de corrupción a todos los niveles. Este libro lleva un título familiar, pues todos sabemos que hay una crisis, nadie lo niega; el problema, es que tampoco nadie lo afronta. Vemos lo que pasa superficialmente, pero no observamos el problema globalmente, desde la raíz del mismo hasta sus últimas consecuencias. Y en esto consiste precisamente el trabajo que el doctor MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, catedrático y magistrado del Consejo Seccional de la judicatura (seccional Bogotá), realiza con este libro. Respecto al mismo tenemos que decir para comenzar que es un texto crítico del sistema penal y ante todo del sistema social, a la desigualdad tanto material como jurídica (todas estas, bases del problema); es un texto fuerte, escrito "desde y con angustia" como bien lo dice ZAFFARONI en el prólogo, pero sin miedo, en un país donde este sentimiento se volvió demasiado común.

Al investigar la realidad de la justicia en Colombia, el autor tiene necesariamente que adentrarse en el tema político, realizando ciertas críticas con las que se puede o no estar de acuerdo por llegar a herir susceptibilidades políticas, pero en todo caso, lo importante es que no se trata de criticar por criticar, sino que lo hace con argumentos sólidos, pruebas y fundamentado en los hechos.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ enfoca el problema de la crisis de la justicia penal en Colombia desde 3 aspectos diferentes pero no excluyentes; en realidad se trata más de una distinción pedagógica y hasta cierto punto cronológica, pues comienza en el primer capítulo con una crítica a la Constitución de 1991 y trabaja en el último el problema carcelario, sin embargo, es pertinente aclarar que todo se interrelaciona, que en realidad no existe separación material y que se trata más de un círculo vicioso, donde un problema siempre genera otro, y el tratarlos separadamente solo es una ayuda metodológica. De dicha subdivisión resultan los 3 capítulos de que consta el libro y que entraremos a analizar: "política criminal, justicia penal y Constitución del 91"; "justicia penal, eficientismo y realidad social en Colombia" y "la ejecución penitenciaria".

ZAFFARONI dice en el prólogo que el deber ser es un ser que no es, y cuando ocurre el "disparate" (esto es que la realidad se dispara respecto a la norma), es un ser que nunca será. Es así como en este primer capítulo se nos muestra, precisamente, la diferencia entre el ser y el deber ser; y como, dadas las situaciones fácticas que atraviesa el país, no solo es un deber ser que no es, sino que es un deber ser, que por lo menos a corto plazo, no parece que pueda llegar a ser.

La metodología que usa el autor para observar la citada diferencia consiste en realizar un análisis de cuáles deben ser los límites y las obligaciones del derecho y la justicia penal en Colombia por ser este un Estado social y democrático de derecho.

No es casualidad entonces que comience con la respectiva mención y revisión de la Constitución de 1991 pues es desde ella que se hace la consagración (en su art. 10) de Colombia como Estado social y democrático de derecho. Es así como, aun cuando todos sabemos que el proble-

ma de la justicia penal en Colombia es muy anterior a la constitución de 1991, el autor toma esta como base para el desarrollo del problema.

Al entrar a realizar el análisis de los límites y obligaciones de la justicia Colombiana por haber optado por este sistema de gobierno, los divide en límites por ser un Estado de derecho, límites por ser un Estado democrático y obligaciones por tratarse de un Estado social.

Al tratar el tema de los límites, encontramos el principio de legalidad, la taxatividad, la irretroactividad, la favorabilidad y el debido proceso. El autor toma cada uno de los límites (deber ser), y los confronta con la realidad (ser), y por medio de ejemplos, nos muestra cuáles son sus faltas en nuestra ley, pero sobre todo sus violaciones en la práctica, que son tales y de tal magnitud que es por eso que el derecho penal no cumple su fin más importante que es el de ser un instrumento de pacificación. El mismo procedimiento lo realiza con los límites que se deben observar por tratarse de un Estado democrático y que son: la igualdad, la libertad como principio general, la dignidad humana y la separación, que en aras de la imparcialidad, debe existir entre la acusación y el juzgamiento. Por último desarrolla cuáles son las obligaciones que debería tener el Estado Colombiano en lo relacionado con la justicia para poder ser consecuente con lo consagrado en la Constitución, y considera que consisten en tener o por lo menos buscar un derecho penal de intervención mínima, que tenga eficacia práctica y no simbólica, y donde pueda encontrarse seguridad jurídica.

En la segunda parte del libro, titulada "Justicia penal, eficientismo y realidad social en Colombia", se trata, ya no de confrontar el ser con el deber ser, sino de observar el ser que es, o mejor dicho la realidad que no debería ser.

Para este capítulo en especial, toma muy en cuenta el autor, además de la realidad observable a simple vista por los medios de comunicación, toda clase de documentación como informes del DANE, de la Fiscalía, de la Defensoría del Pueblo, de las ONGs, etc. Esto le otorga más credibilidad, pues al tratar el tema de la realidad social, no se imita a lo que cree o a lo que observa a simple vista, sino que lo sustenta con estadísticas, estudios, etc.

En relación con el "eficientismo" de la justicia penal, presenta el autor la idea del llamado discurso parcializado, por medio del cual se legitiman ciertas actitudes, instituciones, sentencias, normas y hechos, dividiéndolos en "buenos" y "malos" y resaltando como uno de los problemas más graves de este discurso popular, el de convertir el derecho penal en un derecho penal de enemigo", en el cual el delincuente se convierte automáticamente en el enemigo de la sociedad y hay que hacer lo posible para neutralizarlo, para crear en la sociedad una falsa sensación de seguridad.

Como habíamos dicho al comienzo de la presente reseña bibliográfica, el texto es más que todo una gran crítica social y política; y en este capítulo es donde más desarrolla el problema de la realidad social. Es así como nos encontramos con el subtítulo: "Injusticias sociales vs. Justicia legal", donde, después de un análisis de la clasificación de los bienes jurídicos y el interés del legislador en esta, y de desvirtuar ciertas tesis que indicaban que los genes de un individuo lo predisponen a la violencia, podemos concluir que no son únicamente los pobres los que delinquen, pero sí son a los que más pune el sistema.

Al hablar de la realidad social colombiana no podía dejar pasar por alto un tema clave, y es el de estar Colombia catalogada como un Estado de "narco-bienestar", con las consecuencias de este problema, que van desde una mezcla en la que se pierde la diferencia entre valores buenos y malos, la deformación de las inversiones económicas por la necesidad de inversión rápida en el lavado de activos, falta de recaudo de impuestos, aumento de gasto militar y la consecuente desprotección para las clases menos favorecidas, e incluso la postergación del Estado de derecho.

A todo esto hay que sumarle la falta de credibilidad del Estado, el cual se ha ido deslegitimando, entre otros factores, por la exagerada protección a ciertos sectores y el abandono de otros (los más pobres, el "pueblo"). Entonces surgen en respuesta otras formas de reemplazo de la autoridad estatal como la guerrilla y los paramilitares, que en ciertas zonas han sustituido a las figuras del Estado, llegando incluso a realizar el papel de jueces.

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN  
LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL DÍA  
VEINTITRÉS DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL.

LABORE ET CONSTANTIA

Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

41110