

ASPECTOS SUBSTANTIVOS DE LA LEY OCHENTA Y UNA DE 1993¹

Por Fernando Velásquez V.²

¹ Conferencia pronunciada en la ciudad de San Juan de Pasto el 4 de marzo de 1994. Si algún mérito tuviere este trabajo, quiero dedicárselo al Dr. Uriel Gómez Ceballos, Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, como reconocimiento a su lucha por los derechos humanos y por una judicatura democrática.

² Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de incursionar en la temática asignada por parte de los organizadores de este Seminario, permítaseme, a manera de marco general, hacer algunas reflexiones sobre las circunstancias que explican el surgimiento del Estatuto en estudio.

En efecto, en primer lugar, la Ley ochenta y una pretende corregir diversos yerros de técnica legislativa observados en el Código Procesal Penal de 1991 que, al ser expedido de manera precipitada, truncó una magnífica oportunidad para implantar una legislación acorde a las necesidades del país y a una filosofía respetuosa de los derechos humanos.

Así mismo, en segundo lugar, el nuevo texto legal es en parte producto de la actividad desplegada por diversos grupos de presión (traficantes de droga, guerrilleros, milicias populares, grupos paramilitares) que, prevalidos de su poderío político, económico y militar, participaron directa o indirectamente en su confección, buscando consolidar un acuerdo con el Estado que les permitiera un mejor reacomodamiento para evitar conflictos por la vía militar. De esta manera, se ha acudido a la negociación como un mecanismo transitorio que permite a la criminalidad organizada replantear el conflicto actual obteniendo mejores dividendos, y que dota al Estado de un instrumento político criminal de lucha contra esa delincuencia, en el cual se apoyan las desgastadas clases dirigentes para relegitimarse ante el país y restaurar la credibilidad en las instituciones.

Igualmente, en tercer lugar, la nueva normatividad convierte en legislación permanente diversas alternativas de transacción del *jus puniendi* entre el Estado y la delincuencia, que desde hace algunos años se venían perfilando por la vía de la normatividad de emergencia; gracias a ello, se dota a la Fiscalía General de la Nación de amplias potestades para pactar con las organizaciones criminales, que han venido sembrando el pánico y la desolación a lo largo y ancho del país, su «sometimiento a la Justicia».

En cuarto lugar, los nuevos dispositivos legales suponen el reemplazo de los principios inspiradores de un derecho procesal penal liberal, por un modelo similar al anglosajón que puede caracterizarse de dos maneras: de un lado, como pragmático, pues entiende que el único criterio para juzgar las doctrinas científicas, los acontecimientos de la vida, y las instituciones jurídi-

cas, se funda en sus efectos prácticos; y, del otro, como utilitarista dado que concibe la capacidad de rendimiento como el principio de toda moral.

Como es apenas obvio, en quinto lugar, la Ley ochenta y una abre las puertas a una concepción autoritaria del derecho penal que, al legitimar las violaciones de los derechos fundamentales de la persona humana, las entiende como útiles, renunciando a los fines ideológicos de esta parcela del saber (la rehabilitación, la resocialización, la reeducación del reo, etc.), lo cual se compadece con las diversas estrategias de legitimación de los sistemas penales en América Latina, las cuales, so pretexto de defender entes metafísicos, terminan cosificando al hombre.

Así mismo, en sexto lugar, la ley busca fortalecer la mal llamada «Jurisdicción Regional», mediante la cual se introdujo una «justicia sin rostro» que, a la manera de los más tenebrosos momentos del medioevo, ha cercenado sus derechos a miles de colombianos ante la mirada impasible del país jurídico, que claudicó tempranamente frente al atropello. Desde luego, con su acostumbrada procacidad, el legislador se escuda en el respeto del debido proceso y de los derechos fundamentales de la persona humana, para acallar las pocas voces que se pronuncian contra tal exabrupto.

En séptimo lugar, la Ley en comento diseña un arquetipo de proceso penal para ser utilizado como instancia de control independiente de la pena, mientras alrededor de la delación se concibe toda la política criminal del momento, como suprema herramienta para enfrentar los brotes de criminalidad generados por el descalabro económico y social, gestado por la puesta en marcha del modelo de Estado neoliberal. Por ello, justamente, se pretende castrar a toda costa el debate procesal logrando que la Justicia opere simbólicamente; y, se hace trizas la estructura del proceso para dar paso a construcciones no regladas, abiertas, como sucede en los beneficios por colaboración eficaz, sentencia anticipada, audiencia especial, etc., en contradicción con el postulado del debido proceso.

II. ASPECTOS SUBSTANTIVOS

El estatuto en estudio regula diversas instituciones que, de una o de

otra manera, tienen repercusiones en el campo del derecho penal sustantivo como se muestra en seguida.

A. LA QUERELLA.

Esta figura, cuya naturaleza jurídica de *lege lata* parece ser mixta, ha sido prevista por la Ley ochenta y una en su Art. 2o. modificadorio del Art. 33 del C.P.P., en el cual se hace un listado de los casos que la requieren incluyendo como nuevas hipótesis las de los Arts. 175, 235, 332 Inc. 2o. (cuando la incapacidad es entre 30 y 60 días), 302 y 370. Sin embargo, la enumeración contenida en la disposición no es taxativa pues en ella no aparecen otros eventos querellables, como los de los Arts. 269 Inc. 2o. (modificado por el Art. 2o. de la Ley 40/93), 15 Nos. 4 a 6, y 353 cuando el hurto entre condueños exceda de los 10 salarios mínimos.

Por supuesto, para evitar confusiones, el legislador debió advertir mediante una cláusula de estilo que admiten querella los eventos allí señalados, sin perjuicio de los previstos en otras disposiciones; es más, ha debido darle mayor claridad al texto para evitar la inclusión en dos oportunidades de las hipótesis de los Arts. 367 y 368 del C.P.

B. LAS ATENUANTES POR SENTENCIA ANTICIPADA Y AUDIENCIA ESPECIAL.

Diversos tópicos sustantivos se observan en estas dos formas de terminación anticipada del proceso:

En Primer lugar, la SENTENCIA ANTICIPADA prevista en el Art. 3o., modificadorio del Art. 37 del C.P.P., beneficia con una atenuante punitiva de la tercera parte de la pena final computada al procesado que, aceptando su responsabilidad penal, se acoja a tal mecanismo una vez ejecutoriada la resolución que define la situación jurídica y antes de que se cierre la investigación. Así se desprende de las expresiones: «el juez dosificará la pena que corresponda», y «sobre el monto que determine hará una disminución de la 1/3 parte de ella».

Si el hecho se presenta después de proferida la resolución de acusación y antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública, la rebaja es de la sexta parte siempre que el procesado «acceptare la responsabi-

lidad penal respecto de todos los cargos» formulados en aquella providencia judicial. Por supuesto, cuando la ley emplea la voz responsabilidad -sinónima de culpabilidad-, la entiende en sentido procesal como la resultante de la presencia de todos los requisitos del hecho punible y de su prueba, siguiendo un debido proceso legal.

Como puede observarse, la vigencia de este mecanismo implica la aceptación por parte del procesado, dándolos por probados, de todos los elementos del hecho punible y su renuncia a un debido proceso legal, lo cual comporta la transgresión de los principios informadores de un proceso penal democrático.

Ahora bien, corresponde al juez el reconocimiento de la atenuante en ambas hipótesis teniendo como limitante suprema el respeto de los derechos fundamentales, contenidos en la Carta Política; sin embargo, el inciso 3o. de la disposición introduce confusión cuando emplea la expresión «violación de GARANTÍAS fundamentales», en lugar de la de «derechos fundamentales». Desde luego, la expresión «garantía fundamental» hace referencia a una institución creada para la defensa concreta y práctica de la Constitución, en los casos particulares en que resulta afectada su vigencia y la de la supremacía constitucional, como sucedería con la tutela y el *habeas corpus*. Lo acertado, pues, era aludir a los derechos fundamentales comprendiendo, entre otros, los contenidos en el Título II, Capítulo I de la Constitución Política; e incluyendo las «garantías» emanadas del principio de legalidad en sentido substantivo, procesal y de ejecución penal, concretadas en los títulos preliminares de los Códigos Penal y Procesal Penal.

Por ello, el juez debe velar por la integridad de los principios cardinales del derecho penal patrio, entre los cuales se destacan los de legalidad, del acto, de lesividad, de culpabilidad, de igualdad, etc.; y, porque, en el caso concreto, estén establecidos los elementos del hecho punible dogmáticamente entendido. También, debe constatar que el procesado haya actuado libre y espontáneamente, sin estar sometido a apremio de ninguna índole. Además, tiene la carga de precisar si los medios de prueba han sido legalmente producidos; si las actuaciones procesales se han ceñido a las formas correspondientes; si no se observan nulidades que afecten la actuación; en fin, que hasta el momento en el cual el encartado acuda a este mecanismo se ha respetado a cabalidad toda esa gama de postulados inspiradores del debido proceso legal. Por ello, así el procesado acepte su responsabilidad, si en el proceso aparece

acreditada una causal excluyente de cualquiera de las categorías del hecho punible (de inexistencia de la conducta, de atipicidad, de justificación, de inculpabilidad), o las pruebas allegadas no han sido legalmente producidas, o se ha presentado violación de las formas procesales, etc., el juez no puede dictar sentencia reconociendo la atenuante en examen, porque ello implicaría violar los derechos fundamentales del procesado y el desconocimiento de los alcances del concepto dogmático del hecho punible, erigido en norma rectora de la ley penal colombiana en el Art. 2 del C.P.; y, por supuesto, los principios convertidos en normas rectoras de la ley penal colombiana por los estatutos penales.

Para terminar, no se olvide, las atenuantes en estudio se computan a partir de la pena final cuantificada, teniendo en cuenta tanto las penas principales como las accesorias que la admitan; además, son de carácter genérico, y modifican el sistema legal de penas existente.

En segundo lugar, aparece la AUDIENCIA ESPECIAL. Este mecanismo procesal, contenido en el Art. 4o. de la Ley, que introduce el Art. 37A, brinda una atenuante punitiva fluctuante entre la 1/6 y la 1/3 parte de la pena final imponible -sin indicar los criterios de tasación-, al sindicado que, previa negociación con la Fiscalía, acepte los cargos formulados por ésta en la audiencia convocada al efecto. Como es natural, ello sólo procede una vez ejecutoriada la resolución por medio de la cual se define la situación jurídica y hasta antes de que se cierre legalmente la investigación.

En verdad, se trata de otro evento de atenuación punitiva modificador de todo el sistema de penas contenido en el ordenamiento penal. Adviértase, además, que por expresa prohibición legal esta atenuante no puede sumarse a la reconocida para la sentencia anticipada, pues, según dice la Ley, «en ningún caso se acumularán entre sí».

Ahora bien, fuera de las modificaciones al régimen de sanciones contempladas en esta disposición, aparecen otras de índole substantiva. En efecto, el Fiscal, al presentar los cargos correspondientes, debe pronunciarse sobre diversas problemáticas que lo compelen a acudir a la teoría del derecho penal (Cfr. Art. 4 Inc. 1o):

1. La adecuación típica. Como es obvio, el funcionario debe hacer un análisis técnico-jurídico de la categoría dogmática de la tipicidad, distinguiendo con claridad los conceptos de tipo, juicio de tipicidad, tipicidad y atipicidad.

A partir de esa distinción, puede emitir el juicio de adecuación típica, valorando de manera precisa, seria, ponderada, cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo (dependiendo, claro está, de si se parte de una concepción causalista o finalista del hecho punible), con miras a determinar si la conducta enjuiciada encaja o no en uno de los dispositivos legales consignados por el legislador en la ley penal (tipos).

Así mismo, debe estudiar las formas especiales de adecuación típica precisando si se presenta un evento de unidad o pluralidad de acciones típicas (el llamado concurso de hechos punibles, en cualquiera de sus modalidades: formal, material, o aparente), debiendo ser muy cuidadoso en los casos de concurso aparente de tipos. Esta figura, como se sabe, exige un intenso despliegue de la actividad hermenéutica desechando tipicidades que sólo se configuran en apariencia.

2. El grado de participación. También, el Fiscal debe emitir un juicio sobre la problemática del concurso de personas en el hecho punible, o teoría de la participación criminal en sentido amplio, precisando si el comportamiento llevado a cabo es un evento de autoría inmediata o directa, de autoría mediata o indirecta, de coautoría, de autoría accesoria, o de autoría sucesiva. O, si, por el contrario, se trata de un caso de participación criminal en sentido estricto en sus modalidades de instigación y complicidad.

Por supuesto, cuando la ley alude al «grado» quiere significar que hay diversas formas de concurso de personas en el hecho punible; y, cuando emplea la expresión «participación» lo hace en un sentido amplio.

3. La «forma de culpabilidad». El empleo de dicha locución es inconveniente, pues implica adoptar una de las dos concepciones del hecho punible (la causalista) en boga en la dogmática alemana de los años treinta del presente siglo, para la cual dolo y culpa son meras «formas» de culpabilidad. No obstante, como los codificadores no pueden matricular la ley a una postura determinada, pues se castraría la interpretación como herramienta hermenéutica, nada impide que el analista entienda dolo y culpa como «formas» de conducta humana (al estilo de lo que hacen los Arts. 36 y 37 del C.P.), o como «formas de culpabilidad», si se acepta la construcción sistemática que algunos hacen del Art. 35 del C.P.

4. Las circunstancias del delito. La expresión, no siempre precisa, de «circunstancia» puede aludir a los elementos del tipo penal (noción amplia) o

a aquellos accidentes que están unidos a la substancia del tipo sin formar parte de él (noción estricta). Como es lógico, el legislador procesal pretende que el Fiscal y el Juez precisen si, en el caso concreto, se dan o no los eventos de «comunicabilidad» previstos de manera confusa en el Art. 25 del C. P.; y, señalen en qué casos aquellos datos o situaciones, de manera genérica o específica, agravan o atenúan el hecho incidiendo en la pena imponible.

5. La pena. También, la negociación respectiva compele al funcionario a precisar la pena que, en el evento de una sentencia condenatoria, sería imponible al procesado. Por ello, debe proponer una tasación acorde con los principios vigentes y las pautas contenidas en el Art. 61 del C.P., en armonía con el Título I del C. P. donde aparecen los principios de lesividad y de culpabilidad (Arts. 4 y 5 C.P.), de los cuales emanan las dos principales pautas de tasación punitiva consagradas en el ordenamiento patrio: el grado de injusto y el grado de culpabilidad (Cfr. Art. 61 *ibídem*). Por supuesto, esta tarea exige mesura y respeto de los postulados básicos del derecho penal liberal, de tal manera que la pena propuesta responda a pautas racionales y tal labor no se convierta en un mero albur, en una lotería, o en un juego de azar.

Como es obvio, deben tenerse en cuenta las causas de modificación de la punibilidad incluyendo las de disminución y las de incremento, de tal manera que el cómputo de atenuantes y agravantes se haga de manera ordenada empezando por las de la parte especial y avanzando hasta las genéricas.

Esa tasación comprende tanto las principales como las accesorias, advirtiendo que estas últimas pueden ser obligatorias o discrecionales.

6. La condena de ejecución condicional. Otro aspecto ligado con el derecho sustantivo, es el atinente a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, que, dada la manera como aparece redactada la norma, le impide al funcionario acudir a consideraciones peligrosistas haciendo nugatorio el mismo.

7. La extinción de la acción penal en casos de duda probatoria. También, según dice la parte final del Inc. 1o., la negociación versará sobre la «preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista (sic) duda probatoria sobre su existencia»; sin duda, se consagra aquí una nueva causal de extinción de la acción penal, que se suma a las previstas en el Art. 36 del C.P.P. en armonía con el Art. 76 del C.P. Como es obvio, al aludir la Ley a «otros comportamientos», supone la existencia de un

hecho principal más grave que motiva la confesión y aceptación de los cargos por parte del procesado.

Como puede verse, pues, la regulación del fenómeno de la audiencia especial le impone al funcionario de la Fiscalía la asunción de tareas de ordinario deferidas al juzgador, exigiéndole una formación teórica amplia, de tal manera que pueda en el caso concreto desplegar sus conocimientos en las áreas del derecho penal general, especial, procesal penal, y disciplinas afines.

Así mismo, al igual que en la sentencia anticipada, el juez debe dictar sentencia de conformidad con lo acordado, «siempre que no se hayan violado derechos fundamentales del procesado», expresión a la cual debe darse el alcance indicado más arriba, con la diferencia de que aquí ha sido utilizada correctamente.

Finalmente, téngase en cuenta, los dos beneficios estudiados tienen carácter adicional y excluyente (Cfr. Art. 5o. de la Ley, por medio del cual se introduce el Art. 37B), lo cual significa, en primer lugar, que se debe computar la pena según los criterios contemplados en la ley penal y, a partir de ella, se hace la disminución correspondiente. Así mismo, en segundo lugar, significa que ambas diminuciones no son acumulables entre sí, por lo cual el interesado puede optar por uno u otro mecanismo, pero no por los dos al mismo tiempo. Por supuesto, este beneficio punitivo se puede acumular «a todos los demás a que tenga derecho el procesado», como, por ejemplo, a las atenuantes resultantes del reconocimiento de los beneficios por «colaboración eficaz», a los cuales aluden los Arts. 44 y ss. de la Ley.

C. LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL.

También el Art. 7 de la Ley modificó ligeramente el Art. 39 del C.P.P., al elevar la cuantía para la procedencia de esta causal de extinción de la acción penal en los delitos contra el patrimonio económico que la admiten, de cien a doscientos salarios mínimos legales mensuales. Por supuesto, la ampliación del radio de acción de dicha figura en tales eventos no ofrece mayores reparos, así se pueda objetar el carácter clasista y desigualitario de la disposición.

CH. LA COSA JUZGADA PENAL ABSOLUTORIA Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Una modificación de importancia contenida en la Ley, es la supresión del agregado contenido en el Art. 57 del D. 2700/91, que era del siguiente tenor: «en estos casos la acción civil podrá intentarse en proceso separado al igual que la responsabilidad del tercero civilmente responsable». Este añadido permitía, en realidad, que se intentara la acción civil en proceso separado cuando el agente obraba en legítima defensa o en cumplimiento de un deber, por lo cual la cosa juzgada penal en las hipótesis señaladas en la disposición, no tenía ningún efecto en relación con la responsabilidad civil. La ley, pues, retorna a la tradición patria en esta materia cuyo más próximo precedente es el Art. 55 del D. 050/87.

D. ALGUNAS DIFICULTADES EN LA NORMA QUE OTORGA COMPETENCIA A LOS JUECES REGIONALES.

El Art. 9o., modificadorio del Art. 71 del C.P.P., introduce diversos problemas en materia sustantiva que no deben pasar desapercibidos.

En efecto, en primer lugar, en los ordinales 1o. y 2o. se añade la expresión «o cantidades equivalentes si se encontraren en otro estado», refiriéndose a la marihuana, el hachís, la cocaína o sustancias a base de ella, y la metacualona, en las porciones allí señaladas. Con ello, el legislador busca extender la punición contenida en los Arts. 32 a 34 del ENE a tales sustancias, cuando se encuentren en estado líquido o gaseoso, pues, se supone, las disposiciones correspondientes de la Ley 30 se referían al estado sólido y, como es sabido, no existen otros posibles estados de la materia.

Semejante extensión de la punibilidad es violatoria del principio de legalidad de los delitos y de las penas (Art. 1 del C.P.), pues, de manera antitécnica y fragmentaria, se pretende introducir un nuevo elemento a los tipos penales respectivos, cuando la cantidad de droga equivalga a la señalada en ellos; al mismo tiempo, genera indeterminación del supuesto de hecho desconociendo así el carácter inequívoco de la descripción típica (Art. 3 C.P.), introduciendo indeterminación e inseguridad jurídica, lo cual equivale a transgredir el principio de taxatividad elevado por el legislador de 1980 al rango de «norma rectora» de la ley penal colombiana.

Naturalmente, para que ello fuera viable sería necesario reformar el tipo penal y no inferir una modificación por vía de una norma que atribuye competencias.

Un segundo aspecto llama también la atención: dado que se otorga competencia a los Jueces Regionales, para que conozcan de las conductas previstas en los Arts. 35, 39, 43 y 44 «y de los (delitos) que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de la amapola o su látex o de la heroína», surge el problema de precisar dónde se hallan tipificados tales comportamientos.

En efecto, el cultivo de la amapola, flor de la que se extraen el látex y la heroína, está previsto en el Art. 32 ENE y sólo es punible cuando el cultivo exceda de 20 plantas. La producción queda comprendida en el verbo rector ELABORAR al cual aluden los Arts. 33 y 34, advirtiendo que lo «producido» es el látex y la heroína (drogas que crean dependencia). No obstante, subsiste el mismo problema planteado con relación a los incisos segundos de los Arts. 33 y 34 del ENE que, como se recordará, sólo se refieren a la marihuana, el hachís, la cocaína o sustancias a base de ella, y la metacualona, señalando las cantidades a partir de las cuales se produce el incremento punitivo del Inc. 1o.

Desde luego, como la heroína o el látex no están incluidos allí queda un vacío legal que no se puede llenar por la vía de la aplicación analógica. A título de ejemplo, cabe preguntar ¿con qué sanción se pena a quien produzca 200 Grs. de látex o de heroína? ¿Con la del Inc. 2o. o con la del 1o.? ¿Se puede razonar como si se tratara de cocaína u otra de las sustancias allí indicadas? Por supuesto, el respeto al principio de legalidad obliga a admitir que se está ante un vacío de punibilidad por ausencia de tipificación clara del comportamiento, que conduce a la absolución.

En cuanto al procesamiento, como está comprendido en el verbo rector «elaborar», la situación es la misma.

En tomo a la conservación, obsérvese que puede ser de plantas en cantidad superior a veinte, en cuyo caso se aplica el Art. 32; o, de droga (látex o heroína), eventos en los cuales surgen los mismos interrogantes acabados de expresar.

En cuanto a la venta, sólo se refiere a tal conducta el Art. 33 cuando alude a la «droga que produzca dependencia», lo cual sólo cobijaría al producto (látex o heroína) mas no a la flor que, como tal, no es droga. Como se

recordará, el mismo ENE entiende por tal «toda substancia que introducida en el organismo vivo modifica sus funciones fisiológicas» (Art. 2o. a) ENE); no obstante, el vacío de punibilidad anotado también impide sancionar tales comportamientos. Esto, para no reparar en las innumerables dificultades procesales que se presentan.

Un colofón: como no se incluyen las conductas de transportar, introducir al país, sacar de él, etc., previstas en el Art. 33, debe entenderse que son impunes!

E. LA ATENUANTE POR CONFESIÓN.

También, el Art. 38 de la Ley modifica el Art. 299 del C.P.P., disminuyendo la atenuante de $1/3$ parte de la pena prevista en el precepto anterior, a $1/6$. Esta reducción sólo se explica porque al estatuir en los beneficios por colaboración eficaz una disminución de la sanción de hasta las $2/3$ partes (Arts. 44 y ss.), se temió que sumada a la consagrada para la confesión ello condujera a la exclusión total de la pena para los «colaboradores». Incluso, con tal cometido, se dijo en el inciso 4o. del Art. 44 de la Ley que los beneficios por colaboración eficaz en ningún caso pueden «implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena».

No obstante, esa pretensión no se logra a cabalidad porque la misma Ley ha previsto que, cuando concurren otros beneficios, se puede llegar a excluir la pena (Cfr. Arts. 37 y 37A), como se dijo más arriba; de todas maneras, son tales las trabas puestas a la aplicación de esta disposición en la práctica judicial, gracias a viciosas jurisprudencias que han llevado las limitantes legales hasta los más inconcebibles extremos, como sucede en materia de flagrancia, que en realidad son muy pocos los casos en los cuales la disminución punitiva procede.

F. EL COMISO

Esta figura, sobre cuya naturaleza jurídica tanto ha discutido la doctrina, ha sufrido en el derecho patrio una evolución legal en extremo accidentada. Como se recordará el Art. 110 del D. 100 de 1980 fue modificado por el Art. 37 de la Ley 2a. de 1984 que introdujo una redacción diferente; dicho texto, sin modificación alguna, fue reproducido por el D. 050/87 en su Art. 365. No obstante, el D. 2700/91 en su Art. 338 le incluyó algunas leves modifi-

caciones que no afectaron en lo más mínimo su substancia, sin derogarlo, pues, según el Art. 573, sólo se abolieron las disposiciones «contrarias» al texto legal; y, desde luego, la regulación original no lo era. Al lado de esta redacción el C.P.P. introdujo el llamado comiso especial, relativo a figuras punibles de conocimiento de los jueces regionales, lo cual no significa que se haya sustituido el original Art. 110; y, por supuesto, tampoco ha sido subrogado por la Ley en comento en su Art. 43. No hay, pues, modificaciones de tipo substantivo en esta materia.

G. LA ATENUANTE POR COLABORACIÓN EFICAZ Y OTROS BENEFICIOS.

Gracias a esta figura, se consagran diversos beneficios de carácter condicional extensibles a todas las hipótesis delictivas cuando la persona, vinculada o no al proceso, colabora con la Justicia delatando a los infractores, entregando bienes e instrumentos con los cuales se ha cometido el hecho punible, abandonando las organizaciones delictivas, indemnizando los perjuicios, presentándose de manera voluntaria ante las autoridades, o confesando la realización de las conductas criminales (Cfr. Art. 44 Inc. 2o.).

Naturalmente, el criterio al cual el legislador presta mayor atención es el de la delación, institución que ha sido históricamente muy cuestionada. Esta inconveniente figura no es nueva en el derecho patrio, aunque sí es novedosa su generalización a todo tipo de hipótesis delictivas.

Por supuesto, a nadie escapa que este mecanismo es propio del modelo anglosajón contrario al principio de legalidad que inspira el derecho continental, y rinde tributo a las posturas utilitaristas tan propias de las sociedades calvinistas.

Ahora bien, los aspectos substantivos que se pueden entresacar de la confusa redacción de los Arts. 44 a 52, se pueden reducir a lo siguiente:

1. Atenuante condicional de $1/6$ a las $2/3$ partes de la pena. Esta «disminución... de la pena», como la denomina la Ley, modifica el sistema legal de penas, de tal manera que la sanción final imponible es objeto de una modificación con base en las proporciones señaladas en el texto legal. Como es natural, el monto de la diminuyente, dentro del espacio de juego posibilitado

por la ley, queda sujeto a la evaluación que en torno al «grado de eficacia o importancia de la colaboración» haga la Fiscalía, y debe ser sometido a la consideración y aprobación del juez del conocimiento o el de ejecución de penas, según el caso, como se infiere de los Arts. 46 y 47 de la Ley. Añádase, para terminar, que se trata de una atenuante condicional (Arts. 49 y 50), lo cual permite al juez que la otorgue revocarla cuando la persona incumpla con ciertas obligaciones taxativamente señaladas en la misma normatividad; como es obvio, la posibilidad de que la pena sea manejada de manera caprichosa por el funcionario, atenta contra el principio de la cosa juzgada y desconoce la seguridad y la certeza jurídicas como supremas metas del derecho en un Estado democrático.

2. Exclusión de circunstancias específicas de agravación y concesión de causales específicas de atenuación, de carácter condicional. La Ley habla de las «causales específicas de agravación o atenuación punitiva», refiriéndose a lo que la legislación substantiva denomina «circunstancias» del mismo orden, expresión de suyo equívoca como ya se dijo. La Ley sólo alude a las de carácter específico desechando las genéricas, esto es, las previstas en la Parte General del Código.

Ahora bien, que una vez emitido un juicio de tipicidad el Fiscal y el Juez puedan renunciar a él, para conceder una atenuante o una agravante que no alcanza a configurarse, no deja de ser preocupante en cuanto se posibilita un manejo caprichoso de la teoría de la tipicidad penal que, de esta manera, queda completamente desvertebrada al estilo de lo que han planteado los derechos penales de autor bajo la égida de regímenes autoritarios. Ello es todavía más grave, cuando se piensa que procede de manera condicional introduciendo la inseguridad jurídica y la falta de certeza, como criterios directrices de las labores de tipificación y de cuantificación punitiva.

De esta manera, se repite, se abre paso a una concepción utilitarista del derecho penal que desecha las construcciones teóricas, que repudia las alzaduras dogmáticas del derecho penal objetivo, convirtiendo la resolución de los casos concretos en mera cuestión de lotería; poniendo en vez de la racionalidad, de la certeza de las decisiones judiciales, el capricho, la improvisación, la arbitrariedad o el azar.

3. La condena de ejecución condicional «condicional». Diversas dificultades nacen de la regulación del subrogado de la condena de ejecución

condicional en la Ley estudiada siendo, procedente, incluso, introducir un cambio en la denominación de la figura.

En efecto, los requisitos ordinarios para la concesión del beneficio (Cfr. Art. 68 C.P.), han sido modificados de cinco maneras distintas: en primer lugar, según el Art. 45 Inc. 2 de la Ley su otorgamiento se condiciona a que la persona, inicialmente no vinculada al proceso, confiese libre y espontáneamente, exigencia no prevista en la ley substantiva; así mismo, en segundo lugar, esta figura procede ahora para el colaborador no vinculado «cuando la pena mínima para el delito más grave no exceda de cinco (5) años de prisión», reformando el Art. 68-1 del C.P. según el cual «la pena impuesta» no debe exceder «de tres años de prisión»; por supuesto, una cosa es la «pena mínima para el delito más grave» y otra muy distinta la «pena impuesta» lo cual significa, para traer un ejemplo, que si en un caso concreto tal sanción es de seis años de prisión, puede concederse el subrogado con tal de que el delito más grave tenga señalada una pena imponible que no exceda el mínimo de cinco años de prisión.

También, en tercer lugar, dado el carácter «condicional» de los institutos previstos en los Arts. 44 y ss., se introducen nuevas exigencias no contempladas con anterioridad, de las cuales depende que los mismos se mantengan o se revoquen (Arts. 49 y 50). Igualmente, en cuarto lugar, ahora es viable concederla con posterioridad al momento de la sentencia, hipótesis de difícil configuración a la luz de la legislación anterior (Cfr. Art. 47 Inc. 2o.).

Finalmente, como el presupuesto de este beneficio es la «colaboración eficaz», criterio vago y gaseoso, es claro que se renuncia en todos los casos al pronóstico de personalidad (exigencia subjetiva) contenida en el Ord. 2o. del Art. 68.

Ahora bien, si se trata de persona vinculada al proceso o ya condenada, también es conducente la figura con la diferencia de que los límites punitivos y la obligación de confesar, previstos para el colaborador eficaz no vinculado -se repite-, no se observan, atendida la situación especial que se quiso introducir con relación a esta clase de personas.

Ahora, pues, el intérprete debe distinguir, por lo menos, tres formas de condena de ejecución condicional.

4. La libertad condicional «condicional». También, en esta materia se han implantado diversas modificaciones a la ley penal substantiva, pudiendo hablarse de diferentes especies del instituto.

En efecto, en primer lugar, si se trata de los beneficios para persona no vinculada al proceso se estatuye un límite punitivo distinto al contenido en el Art. 72 del C.P., pues, en vez de la pena de prisión que exceda de dos años de duración, se alude a la pena mínima para el delito más grave superior a cinco años de prisión sin exceder de ocho (Art. 44 Inc. 2o)). Así las cosas, absurdamente, se reemplaza el criterio de la pena impuesta por el de la pena imponible al agente por el delito más grave.

Igualmente, se indica que cuando se den los topes punitivos mencionados basta que el procesado cumpla «como mínimo una cuarta parte de la pena», para que proceda el subrogado, modificando el Art. 72 C.P. que alude a «las dos terceras partes de la condena»; y, se agrega que «en los demás casos (entiéndase, cuando la pena mínima para el hecho más grave exceda de ocho años de prisión), se cumplirá como mínimo una tercera parte de la pena».

A lo anterior, añádase, por tratarse de un subrogado sujeto a nuevas condiciones (Art. 49) -adicionales o complementarias a las previstas en el Art. 73 del C.P.-, que debe hablarse ahora de una libertad condicional «condicional». Y, como sucedía con el instituto de la condena de ejecución condicional, se elimina el pronóstico de personalidad (requisito subjetivo) al cual se refiere expresamente el Art. 72 del C.P.

Así mismo, en segundo lugar, cuando se refiere a los casos de colaboración eficaz durante la instrucción, concomitante o posterior al juzgamiento, el subrogado se rige por «los términos previstos en el Código Penal» (Art. 44 Inc. 3o.), incluyendo el pronóstico de personalidad, amén de las condiciones específicas contenidas en el Art. 49 de la Ley.

También, pues, deben distinguirse tres modalidades de este instituto: la libertad condicional ordinaria; la libertad condicional «condicional» sujeta a unos confusos requisitos específicos, cuando se tratare de personas no vinculadas; y, la libertad condicional condicional a secas.

5. El trabajo social como pena condicional. Otro exabrupto de la Ley, muestra de su carácter simbólico, es el previsto en el Inc. 2o. del Art. 44 que introduce el Art. 369A, según el cual se podrá llevar a cabo la «sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social». Como es lógico, tal figura no estaba consagrada en la ley penal (Cfr. Art. 41 y ss.) ni siquiera como pena substitutiva; y, lo más grave, en ninguna parte el régimen de penas implantado por el legislador había considerado la posibilidad de que se introdujeran

penas condicionales, como sucede con esta figura si nos atenemos a lo preceptuado por el Art. 49 de la Ley.

Por supuesto, tal clase de sanciones penales pugna con la concepción liberal de la pena según la cual ésta debe ser cierta, precisa, determinada, estricta y previa (la legalidad de la pena).

6. Detención domiciliaria condicional durante la ejecución de la condena. Otra «innovación» de la Ley es la posibilidad de imponer «detención domiciliaria» al condenado. Como es obvio, la expresión detención en sentido técnico hace referencia a la probabilidad de que el procesado pueda permanecer detenido jurídicamente en su domicilio, mientras se tramita el proceso; por ello, es absurdo y antitécnico hablar de detención domiciliaria durante la etapa de la ejecución penal, a no ser que la Ley haya introducido una nueva pena denominada prisión domiciliaria condicional, o algo por el estilo.

No obstante, tal designación no se compeadece con el concepto de prisión empleado por el Código Penal, para el cual es la «privación de la libertad personal... en los lugares y en la forma previstos en la ley» (Art. 45 Inc. 1o.); si ello es así, no parece lógico entender la reclusión en el domicilio como una privación de la libertad personal, a no ser que expresamente la ley lo prevea y sea objeto de reglamentación, no que lo sugiera.

A lo anterior, súmese el carácter condicional de dicha modalidad de pena, lo cual, por lo ya dicho, la torna ilegítima desde la perspectiva de los principios de legalidad de la pena y de taxatividad.

Finalmente, obsérvese, esta nueva especie de castigo sólo procede cuando se trate de «delitos cuya pena mínima legal para el delito más grave (sic), no exceda de ocho (8) años de prisión», expresión legal de suyo redundante y desafortunada. Con ello, se quiere introducir un límite punitivo que no se logra precisar pues el criterio no es la pena que no exceda de ocho años de prisión, como debería ser, sino la pena mínima para el hecho más grave; con lo cual, en casos de concurso de hechos punibles, se puede superar ese tope a condición de que las diversas conductas sean objeto de una punición menor que la anotada. ¡Estamos, pues, ante una nueva modificación del Código Penal que sólo suscita perplejidad!

7. La prohibición de la exclusión total del cumplimiento de pena. Según preceptúa el Art. 44 Inc. 4o. de la Ley en comento, «en ningún caso los beneficios podrán implicar la exclusión total del cumplimiento de pena», queriendo significar que cuando se configure el reconocimiento de uno o varios de los favores que la ley procesal concede al colaborador eficaz, no puede ampararse a la persona con la exclusión total de la punibilidad. Tal advertencia no se justifica en la medida en que la atenuante prevista para estos eventos sólo puede alcanzar hasta las dos terceras partes de la sanción final imponible, una vez deducidas las respectivas circunstancias específicas y genéricas de agravación y de atenuación.

Ahora bien, como la ley sólo se refiere a los beneficios para el colaborador eficaz, ello no impide que la atenuante señalada concorra con otras previstas o no en la misma Ley, que también se deducen a partir de la pena final imponible, pudiendo llegarse a la exclusión total de la pena. Para terminar, téngase en cuenta, la política criminal utilitarista y pragmática de moda, plasmada en la legislación examinada, supone en realidad la introducción soterrada de indultos disfrazados olvidando que, según los preceptos constitucionales, tales beneficios sólo deben amparar a los delincuentes políticos. Paradójicamente, sin embargo, sólo se ha pensado en estos mecanismos cuando los crímenes más graves han puesto en jaque al Estado que, en este lapso histórico, ha demostrado su más absoluta incapacidad para ejercitar el *jus puniendi* atendida la ausencia de un verdadero monopolio de la fuerza. Ello pone de presente, una vez más, el carácter clasista y discriminatorio de tal legislación.

8. La prohibición de acumulación. También, el Art. 51 de la Ley, que introduce el nuevo Art. 369H, impide el acopio de los diversos beneficios a otros consagrados para las mismas conductas en disposiciones diferentes. Así, por ejemplo, el colaborador que en un caso de tráfico de drogas delate a los integrantes de la organización criminal y se acoja al Estatuto Antidrogas (Art. 45 Ley 30/86) no puede, al mismo tiempo, solicitar que se le reconozca la atenuante del Art. 44 de la Ley, invocando idéntico comportamiento.

De igual forma, también ha previsto la Ley que una vez otorgados los beneficios por motivo de la colaboración, el amparado no puede obtener prebendas adicionales por la misma.

H. EL CONCURSO REAL POSTERIOR.

También la normatividad examinada ha modificado en su Art. 60 el Art. 505 del C.P.P que, como novedad, había introducido en el derecho penal patrio la institución conocida doctrinariamente como concurso real posterior. Con ella se busca, en eventos en los cuales ya se ha pronunciado la sentencia respectiva y el agente no ha sido juzgado por infracciones anteriores, o no se han observado las reglas propias del concurso delictivo, posibilitar una nueva tasación de la pena con base en las pautas concursales normales.

De esta manera, se impide la acumulación aritmética de penas impuestas en procesos independientes, más allá del beneficio punitivo que reporta para el agente ser juzgado por los diversos hechos cometidos, antes del momento de dictar sentencia. Como es obvio, no cabe el concurso real posterior cuando el condenado comete un nuevo hecho después de dictada la sentencia acumulativa respectiva.

Ahora bien, el Art. 60 ha introducido al Art. 505 del C.P.P. un nuevo inciso segundo que antes no aparecía, por medio del cual se recorta absurdamente la institución para negar la acumulación de penas, cuando se cometen delitos después de proferida sentencia de primera o única instancias en cualquiera de los procesos (por eso dice la Ley «ni penas ya ejecutadas»), o se impongan penas «durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad». O sea, son tres las hipótesis de exclusión de la acumulación:

En primer lugar, cuando la persona estuviere privada de la libertad y cometiere delito o delitos. Esta exclusión es absurda, pues no tiene sentido negarle la acumulación al que delinque estando privado de libertad sin haber sido condenado; ello es tan injusto que si comete los delitos estando procesado, pero no privado de la libertad, sí podría tener derecho. De esta manera, pues, se premia al que evade a la Justicia y no a quien se somete a ella.

En segundo lugar, cuando la persona una vez proferida sentencia de primera o única instancias en firme, en cualquiera de los procesos que se surtan en su contra, cometa nuevo delito o delitos, estuviere o no privada de la libertad. Esta restricción es también inadmisibles, pues basta que se haya proferido sentencia condenatoria en uno cualquiera de los procesos seguidos en contra del procesado, así no se encuentre ejecutoriada (primera instancia). Por supuesto, otra cosa sería que la ley dispusiese que no procede nueva acu-

mulación cuando, una vez dictada la sentencia acumuladora, el encartado comete nuevo delito, como debiera decirse.

En tercer lugar, cuando la persona hubiera descontado las penas respectivas; la ley habla de «penas ya ejecutadas». Por supuesto, el beneficio no procede cuando las penas a acumular ya hayan sido descontadas.

Para terminar, obsérvese cómo el novísimo hacedor de las leyes no se preocupó por introducir claridad en el que ahora es el inciso 3o., el cual pareciera haber sido concebido para el sujeto que habiendo sido considerado para unos efectos «inimputable», es tomado para otros como imputable, evento en el cual la lógica y la justicia material enseñan que se debe tener como parte de la pena mínima, el término de internación a título de medida de seguridad.

No obstante, la falta de claridad del legislador impide precisar a ciencia cierta el alcance del inciso. Incluso, no se ha resuelto el problema que se presenta cuando el «inimputable» ha cometido diversos hechos punibles, que han sido objeto de juzgamiento en una misma sentencia; tal situación es aún más preocupante, cuando se tiene presente que las medidas de seguridad no tienen una duración determinada, pese a la declaratoria de inconstitucionalidad de los preceptos respectivos del Código Penal.

I. LAS IMPRECISIONES EN EL MANEJO DE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL, Y LA BURLA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Para continuar con estas glosas bien vale la pena observar, en primer lugar, cómo se maneja de manera antitécnica la expresión «participación» que se emplea tanto en un sentido amplio (Cfr. Arts. Art. 4o., Arts. 14 No. 2, 44 Inc. 2o. b), 369B) como en un sentido estricto (Arts. 44 Inc. 2o. b), 45 Inc. 3o. a), 45 Inc. 3o. Lits. c) y e); etc.).

En segundo lugar, las consideraciones peligrosistas aparecen como declaraciones formales del legislador cuando, por ejemplo, en el Art. 53, para efectos de concesión de la detención domiciliaria, se condiciona a que el sindicado no ponga «en peligro a la comunidad». Así mismo, siguiendo esta misma filosofía, se dice en el parágrafo del Art. 48, que «la reincidencia en la comisión de delitos... priva a la persona de la posibilidad, de manera defi-

nitiva, de acogerse nuevamente a los beneficios contemplados (sic) de la presente ley», lo cual reitera el literal h) del Art. 49.

De esta manera se desconocen los principios del acto y de culpabilidad, abriendo las sendas para que el derecho penal de autor se incruste de lleno en el derecho penal patrio y la culpabilidad penal ya no sea por el acto cometido, sino por la forma como el agente ha conducido su vida.

J. LAS DEROGATORIAS DE LA LEY.

Finalmente, para terminar, según el Art. 63 de la Ley se derogan y subrogan las disposiciones contrarias, contenidas en el C.P.P. y en las normatividades convertidas en legislación permanente tras la puesta en vigencia de la nueva Constitución (Art. 8 transitorio). Ello significa, ni más ni menos, que las disposiciones del Código Penal y del Código Penitenciario que han sido objeto de modificación por la Ley, como se ha visto a lo largo de la exposición, no han sido tenidas en cuenta lo cual constituye un yerro técnico llamado, como es obvio, a generar conflictos interpretativos.

III. CONCLUSIONES

Con miras a poner término a la exposición es importante, a manera de epílogo, formular algunas apreciaciones.

En primer lugar, es indudable que la normatividad examinada no puede calificarse sólo como de naturaleza jurídica procesal, pues contiene materias substantivas y de ejecución penal.

Así mismo, en segundo lugar, en la nueva normatividad se observan aciertos y desaciertos derivados de la necesidad de enmendar los yerros de técnica legislativa cometidos por el legislador de 1991, así como del cometido de introducir una política criminal pragmática y utilitarista.

Fruto de lo anterior, en tercer lugar, es la consagración de instituciones anglosajonas, elaboradas a partir del derecho consuetudinario, tratando de

amalgamarlas con un sistema jurídico de origen continental respetuoso del principio de legalidad. Por eso, institutos como la delación, la negociación de penas, la terminación anticipada del proceso, etc., son extraños a nuestro sistema jurídico, al andamiaje constitucional y a la tradición patria.

En cuarto lugar, dados los intereses en juego al expedir esta normatividad, no cabe duda de su carácter clasista tornándola en uno más de los instrumentos a que acuden las clases minoritarias dominantes, para la defensa y la reproducción de las posiciones de privilegio que ostentan dentro de las relaciones de producción, generadas por la fase contemporánea del sistema capitalista, como dijera del sistema penal colombiano uno de sus más agudos críticos.

En quinto lugar, debe llamarse la atención sobre los peligros de una institución como la delación que, según se ha dicho, es la más elocuente prueba de la enorme crisis por la que atraviesa el derecho punitivo en Colombia, y la triste demostración que hace el Estado de su ineficacia por suministrarle a la justicia unos instrumentos más adecuados para enfrentar la delincuencia.

En sexto lugar, también parece completamente en contravía del régimen constitucional vigente la inclusión de un sistema sancionatorio abierto, que da pie a la imposición de penas condicionales, revocables, inciertas; en fin, que permite al Estado negociar las penas como si se tratara de un remate de las instituciones, ofrecidas al mejor postor, renunciando de manera sorprendente al ejercicio del *jus puniendi* y perdiendo, por ende, la legitimidad democrática.

En séptimo lugar, la normatividad examinada es una muestra más de la desbocada carrera legislativa a que viene siendo sometido el país, haciéndole creer a la comunidad que mediante la inflación legislativa se puede poner fin a la inseguridad jurídica reinante, a las injusticias, a los atropellos.

En último lugar, para culminar, se echa de menos una técnica jurídica depurada y la regulación parece encaminada en alguna medida a cumplir unos objetivos simbólicos (piénsese, por ejemplo, en las normas contentivas de los beneficios por colaboración eficaz), mostrando una vez más el enorme desfase entre la teoría y la realidad.