

ROSTROS & RASTROS

Justicia, comunidad y responsabilidad social

REVISTA DEL OBSERVATORIO DE DD HH DEL INSTITUTO
DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO - IEMP

ROS TROS

NIÑEZ, ADOLESCENCIA INFRACTORA, JUSTICIA PENAL
ORDINARIA, IMAGINARIO VS. PODER, DELITOS SEXUALES Y
PSICOPATOLOGÍA, JUDO Y SOCIEDAD

&RAS TROS

Alejandro Ordóñez Maldonado
Procurador General de la Nación

Martha Isabel Castañeda Curvelo
Viceprocuradora General de la Nación

Christian José Mora Padilla
Director Instituto de Estudios
del Ministerio Público



ROSTROS & RASTROS

Justicia, comunidad y responsabilidad social
Revista del Observatorio de DD. HH. del Instituto
de Estudios del Ministerio Público

Año 2 / N° 5 / julio-diciembre de 2010
Publicación semestral

Director
Miguel Álvarez-Correa G.

Consejo editorial y de árbitros de la revista
Luis Enrique Martínez Ballén
Miguel Álvarez-Correa Guyader
Arturo Ronderos Salgado
Mónica Vega Solano
Gloria Isabel Reyes Duarte
Hernán Hel Huertas Olaya
Ómar Vivas Cortés

Editor
Instituto de Estudios del Ministerio Público
Carrera 5 N° 15-80 P. 16
Bogotá, D. C., Colombia
PBX. (1) 587 8750 Exts. 11619, 11621
<http://iemp.procuraduria.gov.co>

Diseño y coordinación editorial
Hernán Hel Huertas Olaya

Diagramación e impresión
Imprenta Nacional de Colombia

Fotografía de portada
Hernán Hel Huertas Olaya

Bogotá, Colombia, enero de 2011

Escribanos sus comentarios a:
rostrosyrastros@procuraduria.gov.co

Los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de
sus autores y no comprometen al Instituto de Estudios del
Ministerio Público.

ISSN: 2027-3029

En esta edición

- INVESTIGACIÓN** 3 *Variables psicosociales en la niñez asociadas al trastorno de personalidad antisocial y psicopatía en la adultez.*
Olga Lucía Valencia - Nohelia Hewitt.
- INVESTIGACIÓN** 12 *Intervención en adolescentes infractores violentos.*
Sandra Patricia Parra D.
- ENSAYO** 19 *Garantismo y justicia penal: un marco conceptual para analizar la justicia penal colombiana.*
Rodrigo Uprimny Y., Cielo Mariño R., Camilo Ernesto Castillo S.
- ENSAYO** 30 *Sujeto y poder: una aproximación a su aplicación desde Michel Foucault en la zona de tolerancia del centro de Bogotá.*
Carlos Álvarez C.
- INVESTIGACIÓN** 35 *Evaluación psicopatológica de diez sindicados de delitos sexuales con menores.*
Nancy de la Hoz.
- ENSAYO** 46 *Principio dispositivo y preacuerdos frente al principio de legalidad.*
José María García O.
- ENSAYO** 56 *El judo, expresión de una expresión.*
Luis Gutiérrez
- ENSAYO** 61 *La inhabilidad sobreviniente, presupuestos normativo, gramatical y jurisprudencial.*
Esperanza Restrepo C.
- CUENTO** 68 *En los ojos del otro.*
Gloria Robles C.

Presentación

Es tiempo de propiciar “una relación en la cual las empresas, el Estado y las ONG empiezan a pensar en cómo pueden interactuar para generar más valor para cada lado y cómo producir mayor valor social para el país o la comunidad” (AUSTIN J.).

La mayoría de las dificultades que enfrentamos individuos y/o comunidades, debe facilitar la construcción de soluciones de modo mancomunado, eso es por medio de la comunicación y de la puesta en común de los respectivos potenciales.

Consciente de la importancia de plantear el debate de la “Responsabilidad Social” que involucre las instancias de la sociedad desde una perspectiva productiva, la revista **Rostros & Rastros** pretende recoger semestralmente reflexiones, análisis, resultados productos de investigaciones científicas, avances de políticas, programas o planes a nivel nacional e internacional, conceptos profesionales de personas involucradas con procesos tanto desde la planeación, el diseño, como desde la ejecución y/o el ajuste, con la finalidad de abrir el debate y colaborar de esta manera a la difusión del conocimiento, a su construcción y reconstrucción, al sano intercambio y a la generación de nuevas propuestas.

Desde esta perspectiva, la revista agrupa sus contenidos en dos categorías generales: aquella producto de labores investigativas sistemáticas, y aquellas que se relacionan con ensayos y/o cuentos relacionados con los objetivos trazados. El propósito es generar un producto en constante evolución que supere los estándares de calidad y de logros propuestos en este espacio.

En esta oportunidad, los artículos que comprenden el presente número de la revista Rostros & Rastros, discurren sobre niños y jóvenes abordando distintos aspectos aunque complementarios, a saber la **Intervención del adolescente infractor** y **Variables psicosociales en la niñez asociadas al trastorno de personalidad antisocial**. También desde la Psicología, se

pretenden abordar la **psicopatología en agresores sexuales**, mientras que desde la Antropología y los aportes de Foucault, se hará **una aproximación a su aplicación en el marco de la zona de tolerancia de Bogotá**.

Así mismo, desde un ámbito más impregnado de las ciencias penales, se hablará del **principio positivo** y de **los preacuerdos frente al principio de legalidad** y del **galantismo en la justicia penal**, mientras que adicionalmente expondremos un ejercicio poco común en el marco de **la inhabilidad sobreviniente**, analizado desde la norma, la gramática y la jurisprudencia.

Finalmente, la nota diferente la aporta **El Judo, expresión de una expresión**, donde desde el abordaje de un arte de combate se plantean reflexiones varias desde un marco formativo integral, cerrando esta edición con el cuento **En los ojos de los otros** que busca dar una visión distinta del conflicto armado colombiano desde el umbral de la narrativa.

El esfuerzo del comité editorial va orientado en ofrecer a los lectores de la revista textos relacionados con problemáticas de actualidad que se prestan a debates constructivos, donde la pretensión es la de aunar por la proyección de posibles respuestas. Por la misma naturaleza del mismo, todos están cordialmente invitados a participar y a acompañarnos en esta aventura, como lectores, ensayistas, escritores, críticos, investigadores.

Bienvenidos y buena lectura.

Miguel Álvarez-Correa G.

Director revista Rostros & Rastros

VARIABLES PSICOSOCIALES EN LA NIÑEZ ASOCIADAS AL TRASTORNO DE PERSONALIDAD ANTISOCIAL Y PSICOPATÍA EN LA ADULTEZ

Claves:

PSICOPATÍA EN ADULTOS, PSICOPATÍA EN NIÑOS, TRASTORNO DE PERSONALIDAD ANTISOCIAL.

Resumen

El artículo revisa las características de la psicopatía en adultos, las limitaciones que hay para investigar en este campo, así como las dificultades para diagnosticarlo en la niñez. Luego se describen las diferencias entre trastorno de personalidad antisocial y psicopatía, para finalmente describir algunas características conductuales y afectivas encontradas en niños, que podrían servir como predictores de psicopatía en la adultez.

Mots clés:

PSYCHOPATHIE CHEZ LES ADULTES, PSYCHOPATHIE CHEZ LES ENFANTS, TROUBLE DE LA PERSONNALITÉ ANTISOCIALE.

Résumé:

Cet article révisé les caractéristiques de la psychopathie chez les adultes, les limitations qui existent pour investiguer ce terrain et les difficultés pour la diagnostiquer chez les enfants. Après cela ont décrits les différences qu'il y a entre troubles de la personnalité et psychopathie, pour finalement décrire quelques caractéristiques comportemental et affectives qui ont été rencontrées chez des enfants qui pourrait permettre prédire la psychopathie chez les adultes.

OLGA LUCÍA VALENCIA¹
NOHELIA HEWITT²

: 3

El concepto de personalidad psicopática se deriva de la descripción clínica clásica de Cleckley (1941), quien enfatizó en la presencia de indicadores de desviación social como la irresponsabilidad, el comportamiento antisocial impulsivo, las dificultades para aprender de la experiencia, el comportamiento bizarro bajo la influencia de alcohol y la ausencia de metas a largo plazo. El comportamiento peligroso o destructivo no es suficiente para un diagnóstico, por lo que hay que diferenciar entre psicopatía y criminalidad. Cleckley señala que el comportamiento desviado de los psicópatas es solamente una faceta de un amplio síndrome que implica rasgos interpersonales y emocionales diferentes. Los criterios diagnósticos consideran de hecho los atributos afectivos e interpersonales como la pobreza de afecto, las fallas en insight, ausencia de ansiedad, carencia de culpa, egocentrismo, incapacidad para amar, capacidad patológica para mentir y ausencia de relaciones cercanas.

Cleckley (1941) hipotetizó que esas características patológicas tienen su base en un déficit subyacente central (demencia semántica) que involucra fallas en el procesamiento del significado emocional del lenguaje. Las señales lingüísticas que propician reacciones afectivas significativas en las personas normales evocan pocas o ninguna respuesta emocional en los psicópatas. Por otra parte, el trastorno de personalidad antisocial se relaciona con comportamientos completamente desviados que no incluyen los factores emocionales mencionados. Así, muchos de los sujetos que pueden presentar un trastorno de personalidad antisocial, según la lista de chequeo de Hare (1991), no necesariamente son psicópatas desde el punto de vista de Cleckley.

La comprensión de estos dos trastornos lleva a hacer un recorrido de la presencia de los trastornos del comportamiento desde la infancia y su clasificación diagnóstica, debido a que

se ha encontrado que muchos adultos con trastorno de personalidad antisocial o con psicopatía han presentado durante su desarrollo algún trastorno de comportamiento. Según el Manual diagnóstico y estadístico de las enfermedades mentales DSM IV TR (1995), los trastornos del comportamiento reconocidos son el *trastorno negativista desafiante*, el *trastorno de déficit de atención con o sin hiperactividad* y el *trastorno disocial*.

Trastornos en la infancia, relacionados con agresividad

La salud mental infantil es uno de los campos menos estudiados, debido a la falta de instrumentos y a las dificultades para la evaluación de niños en estudios. Se ha encontrado que la prevalencia de los trastornos infantiles oscila entre el 17% y 27%, dependiendo del tipo de estudio (Mezzich, 1994, Lemos, 2003). En estudios epidemiológicos recientes se ha evidenciado que entre el 5-15% de los niños en los Estados Unidos están afectados por alguna forma de trastorno infantil y aproximadamente el 50% de las consultas de pediatría están en relación con problemas psicosociales o del desarrollo (Cova, Valdivia, Maganto, 2005).

Achenbach y Edelbrock (1983), desde su experiencia clínica y de investigación, han clasificado los problemas de comportamientos de niños y adolescentes en: problemas internalizantes y externalizantes. Los **comportamientos internalizantes** se identifican como los que ocurren dentro de la persona y se relacionan con tres grupos de síndromes: ansioso/deprimido; 2) introvertido/deprimido y 3) afecciones somáticas. Los **comportamientos externalizantes** se dirigen al exterior e involucran a otras personas y afectan primordialmente el entorno, es decir que causan malestar en las personas que rodean al niño. Se dividen en dos grupos de síndromes: 1) conducta o comportamiento de ruptura de reglas o normas y 2) conducta o comportamiento agresivo.

Los comportamientos internalizantes son un subgrupo de la psicopatología infantil que involucra disturbios emocionales, mientras que los

problemas externalizantes abarcan una amplia gama de problemas graves de comportamiento y alteraciones clínicas, como son: el trastorno de conducta negativista desafiante, el trastorno de déficit de atención e hiperactividad (TDAH) y el trastorno disocial (Ferguson, Horwood y Lloyd, 1991; Gresham, MacMillan, Bocian, Ward y Forness, 1998). Estos problemas y trastornos son particularmente relevantes debido a su frecuencia, sus características conductuales (desobediencia, hostilidad, agresión, discusiones con adultos, desafíos y enfrentamientos, accesos de cólera, impulsividad, problemas de interacción social), a su alta prevalencia (2 al 16% en niños y 2 al 9% en niñas) (Loeber, Burke, Lahey, Winter, Zara, 2000) y a sus consecuencias en la adolescencia y la adultez, tales como el fracaso escolar, el consumo de sustancias, la conducta criminal, la paternidad temprana e inadecuada, entre otras. (Asociación Americana de Psiquiatría, 2002; Bradley y Corwyn, 2007; Campbell, Spieker, Burchinal, Poe y Nichd, 2006; Farmer, Compton, Burns y Robertson, 2002). Todo lo anterior lo convierte en un problema de salud pública que además altera la estructura familiar.

En Colombia, estos trastornos son actualmente los más frecuentes en la población escolar y representan el primer motivo de consulta en los servicios de salud mental de niños y niñas. Según el estudio nacional de salud mental y consumo de sustancias psicoactivas (2003), los problemas más prevalentes en la infancia son los trastornos de ansiedad, seguidos por los trastornos de conducta disocial, el trastorno de conducta negativista desafiante, los problemas de aprendizaje, el trastorno por déficit de atención con hiperactividad y la depresión. La prevalencia de estos trastornos está entre el 4 y el 10%. Con respecto a la edad de inicio se identificó el trastorno por déficit de atención (mediana de 5 años), la fobia específica (mediana de 7 años) y el trastorno de ansiedad por separación (mediana de 8 años), son los trastornos con las edades de inicio más tempranas en esta muestra colombiana. Después aparecen el trastorno disocial y el trastorno negativista desafiante (mediana de 10 años), la fobia social (mediana de 14 años), la bulimia nerviosa (mediana de 15 años) y la agorafobia (mediana de

16 años). (Posada -Villa, Aguilar - Gaxiola, Magaña y Gómez, 2004).

La comprensión de los problemas de comportamiento exige conocer cuál es su propósito o intencionalidad, cómo se llegó a ser agresivo y en algunos casos violento, cuál es su frecuencia, duración, intensidad, cronicidad, gravedad, amplitud, ante qué situaciones se desencadena y qué la mantiene. Según Loeber y Farrington (1998), estudiar los problemas de comportamiento implica identificar la naturaleza de la conducta violenta, el patrón conductual de la misma y la naturaleza y fortaleza predictiva de las variables de riesgo que están relacionadas con ella. Hablar de la naturaleza de la conducta violenta hace referencia a la topografía de la misma, es decir, la forma como se manifiesta, los componentes conductuales o actos observables públicamente, los cognitivos y los fisiológicos; el tipo de conducta agresiva y violenta es una forma menos extrema o una forma extrema de comportamiento violento, es agresión física, emocional, instrumental, es hostilidad, es amenaza, es abuso, es intimidación, entre otras.

La interpretación cognitiva que hace el individuo de los eventos, de las situaciones, de los actos de los otros, es otro factor a analizar. Qué eventos interpreta el individuo como aversivos lo que le produce un incremento de la activación. El patrón conductual del comportamiento violento está relacionado con la forma como se ha desarrollado y evolucionado, es decir, el tipo de escalaje manifiesto.

Según Loeber, R. y Hay, D. (1997), en el problema de la agresión y la violencia se puede hablar de dos tipos de **escalaje**, cuando consideramos la estabilidad y la discontinuidad del comportamiento violento/agresivo: Un **escalaje a largo plazo** se refiere al desarrollo gradual de la conducta violenta a través de muchos años y que implica el paso de formas menos severas a formas más severas de agresión. Mientras que el **escalaje a corto plazo** explica la violencia que se presenta en ausencia de una historia de agresión.

Hablar del desarrollo de la conducta violenta abarca la panorámica de ciclos de vida, cuyas teo-

rías de soporte proponen ciertos patrones predecibles, en un proceso gradual y continuo; esta predictibilidad delinea los cambios cognoscitivos y conductuales propios de cada periodo y las transacciones críticas evolutivas o momentos en que los estresores específicos generan demandas adaptativas a los individuos.

Factores de riesgo de la conducta violenta en niños

Loeber y Hay (1997) han encontrado que las manifestaciones de la agresión cambian de una manera dramática entre la infancia, la adolescencia y la edad adulta y que adicionalmente los cambios no son los mismos en cada uno de los géneros. El concepto mismo de desarrollo implica cambios cualitativos y cuantitativos y además continuidad en los procesos, por esto la conducta agresiva es un proceso que se va dando con el tiempo pero que se va modificando a medida que el niño o niña son expuestos a formas alternativas de interacción.

La naturaleza y fortaleza predictiva de las variables de riesgo que están relacionadas con los comportamientos violentos abarca la identificación de los factores de riesgo que incrementan la probabilidad de presentación de dichos comportamientos. Se ha encontrado que los factores de riesgo que pueden predecir comportamientos violentos son los factores de riesgo familiares, de personalidad, cognitivos, sociales, escolares y biológicos.

Entre los **factores de riesgo familiares** se pueden citar la disfunción familiar, los ambientes de crianza adversos, la presencia de conducta violenta en las familias, la separación de los padres, la desintegración familiar, el vínculo inapropiado padre - hijo, la carencia de afecto, el maltrato físico, psicológico y la negligencia de parte de los padres, el consumo de sustancias de los padres u otros miembros de la familia y los cambios de residencia.

Los **factores de riesgo de personalidad** se relacionan con las características individuales como

el temperamento difícil y desinhibido, el estrés intrapersonal, la impulsividad, la hiperactividad en la etapa escolar, los problemas de comportamiento en la adolescencia, el bajo logro, la baja autoestima, la pérdida de control, la búsqueda de sensaciones y los comportamientos osados y de riesgo.

Los **factores de riesgo cognitivos** relacionados con la presencia de problemas de comportamiento son el nivel bajo de inteligencia, los problemas de atención, las dificultades en solución de problemas, la sensibilidad a estímulos negativos y el procesamiento de información inadecuado. Entre los **factores de riesgo social** se encuentran el contacto con pares o amigos con problemas de comportamiento, el tiempo compartido con estos amigos, el contexto social o vecindario peligroso, la pertenencia a pandillas, la pobreza, la marginación social. El ambiente escolar violento, el bajo rendimiento escolar, el fracaso escolar, las fugas son factores de riesgo escolar. También se han encontrado **factores de riesgo biológico** como componentes genéticos, alteraciones talámicas y/o de la sustancia gris central y/o del sistema límbico, bajos niveles de producción de serotonina, vulnerabilidad neuropsicológica que están relacionados con un comportamiento impulsivo y sin control (Moffit, 1993, citado por Klevens, J. y Roca, 1999; Duque y colaboradores, 1997; Delgado, 2007).

¿Se puede hablar de psicopatía en niños?

El uso del constructo de la psicopatía a nivel teórico y clínico es controversial, particularmente cuando

se aplica a la conducta agresiva y antisocial de niños y adolescentes. La esencia del constructo es que los rasgos específicos –como características pueden acompañar la conducta antisocial produciendo un tipo de agresores antisociales más crónicos y severos (Dadds, Fraser, Frost & Hawes, 2005).

Según Cleckley, 1976, citado por Lynam, 1996, la psicopatía es un trastorno de personalidad caracterizado de la siguiente manera: *Conductualmente* son personas que están en permanente búsqueda de sensaciones, lo que involucra una amplia variedad de actividades criminales; *interpersonalmente* se describen como egocéntricos, con encanto superficial, manipuladores, poderosos, con sentido de grandiosidad y relaciones poco duraderas y *afectivamente*, tienen emociones poco profundas, son incapaces de mantener relaciones cercanas y tienen pérdida de empatía, de ansiedad y de remordimiento (Lynam, 1996).

A nivel delictivo, los psicópatas cometen más crímenes que la población promedio de ofensores criminales, cometen más robos, asaltos, uso de armas y más intentos de escape en prisión que los ofensores no psicópatas. No solo son más talentosos sino también son los más violentos. Además, los psicópatas son los que presentan mayores índices de reincidencia cuando se les deja en libertad y los programas de tratamiento tienen menos efectividad en esta población (Lynam, 1996).

A nivel metodológico, la PCL-R de Hare es la escala utilizada para evaluar la psicopatía. En ella se han encontrado dos dimensiones o factores de análisis (la primera dimen-

sión llamada estilo interpersonal insensible o no emocional, que hace referencia a las características afectivas descritas anteriormente, y la segunda dimensión enfocada en los problemas de control de estímulos, impulsividad y estilo de vida antisocial). Sin embargo, Frick, Bodin & Barry, 2000, describieron la importancia de analizar la psicopatía desde un punto de vista multidimensional. Basados en la PCL-R establecieron cuatro características claves.

La mayoría de instrumentos que evalúan la psicopatía, así como el Trastorno de Personalidad Antisocial, (TPA) tienden a enfocarse en la dimensión de la psicopatía que explica un estilo de vida impulsivo y antisocial.

Aunque la mayoría de reclusos en instituciones forenses tendían a mostrar altos puntajes en la dimensión de impulsividad, solo una minoría de estos internos mostraron altos puntajes en la dimensión Insensibilidad/Baja Emocionalidad (In/Be).

Aquellos reclusos que tenían rasgos de personalidad de In/Be parecen mostrar un patrón de conducta violento más severo y con un riesgo más alto de reincidencia que los que tenían TPA.

Finalmente, las dos dimensiones tienen diferentes correlatos que sugieren diferentes etiologías.

Estos hallazgos muestran la importancia de evaluar la psicopatía desde un punto de vista multidimensional; sin embargo, hay diferentes límites en esta área, como:

- La mayoría de las investigaciones se han llevado a cabo con

población institucionalizada y las muestras no institucionalizadas dan resultados menos consistentes (Frick, Bodin & Barry, 2000).

- Otro problema es la amplia variedad de métodos y escalas usadas para evaluar las dimensiones de la psicopatía, una de ellas, la escala PCL-R, de las más conocidas.
- La mayoría de estudios se ha hecho con muestras de población adulta. Esto es una limitación para los investigadores en esta área, porque hay un subgrupo de niños y adolescentes, quienes muestran un patrón de conducta antisocial severo y muestran características que son similares a las de los psicópatas adultos.

Esto sugiere que hay que investigar a fondo el grupo de niños que tiene características afectivas y conductuales que son similares a las del psicópata adulto y que no se ajustan a las características típicas del niño y adolescente con Trastorno de Personalidad Antisocial (TPA).

La investigación en esta área, aunque importante, tiene también serias limitaciones; entre ellas se pueden mencionar:

A nivel conceptual, es difícil establecer los límites entre los diferentes Problemas de Conducta (PC): Déficit de Atención por Hiperactividad (DAH), Trastorno de Conducta Desafiante Opositorista (TCDO) y Trastorno de Conducta Disocial (TCD). (Es lo que se llama heterogeneidad de diagnóstico, ver Lynam, 1996).

El constructo de psicopatía en niños ha sido ignorado durante muchos años y hacer su diagnóstico significa tener en cuenta una vía de tratamiento diferente, un proceso de prevención particular, todo esto teniendo en cuenta que no se pueden determinar unos factores causales únicos.

Finalmente, el concepto de “*psicopatía en niños*” debe ser mirado con mucho cuidado porque tiene connotaciones negativas, sobre todo en términos de decisiones jurídicas y de respuesta al tratamiento. Hay que evaluar cuidadosamente cuando el Trastorno de Conducta (TC) en el niño debe ser considerado una manifestación de la psicopatía en la adultez.

Problemas de conducta en la niñez

Déficit de Atención por Hiperactividad	DAH
Trastorno de Conducta Desafiante Opositorista	TCDO
Trastorno de Conducta Disocial	TCD

Pese a estas limitaciones, se han encontrado algunas características desde la infancia que pueden darnos indicadores de que esa persona en la adultez podría presentar algún tipo de conducta con características de psicopatía. Antes de revisarlas, se establecerán algunos parámetros que pueden llevar a definir algún límite entre el patrón de conducta antisocial y el de psicopatía.

Límites entre personalidad antisocial y psicopatía

Se ha descrito el trastorno de personalidad antisocial (TPA) y la psicopatía como constructos análogos; sin embargo, las investigaciones recientes han llevado esta pregunta a la práctica. Cuando se analizan juntos el trastorno de personalidad antisocial y la psicopatía, el factor de análisis revela que se encuentran diferencias importantes: El TPA está asociado con factores de adversidad en la familia de origen (variables socioeconómicas), baja inteligencia, mientras que los rasgos de psicopatía correlacionan positivamente con narcisismo y negativamente con medidas de ansiedad. Parece haber una importante interacción entre el TPA y la psicopatía en la cual los individuos antisociales, quienes también exhiben rasgos psicopáticos muestran un patrón crónico y severo de conducta antisocial (Frick, O’Brien, Wootto & Mc Burnett, 1994).

Extender estos hallazgos sobre la psicopatía y la conducta antisocial en niños es muy importante, esto sin dejar de lado que estas conductas se encuentran actualmente clasificadas dentro del “*trastorno de conducta disocial*”. Estudios longitudinales han indicado consistentemente que la conducta antisocial adulta y la psicopatía tienen su origen en la infancia. Sin embargo, hay más estudios enfocados en la severidad y los tipos de comportamientos disociales en la niñez y se ignoran las dimensiones psicológicas que son más específicas del constructo de la psicopatía

que pueden encontrarse en esta etapa de la vida (Frick, O'Brien, Wootto & Mc Burnett, 1994).

Hay evidencia de que la interacción entre los rasgos psicopáticos y la conducta antisocial en adultos podría encontrarse de igual o semejante manera en los niños, específicamente, cuando ciertos aspectos de la psicopatía han sido usados para describir subtipos de niños denominados "antisociales"³; es aquí donde surgen las diferencias.

Primero, los niños con problemas de conducta, quienes son incapaces de mantener relaciones sociales, tienden a ser más agresivos, tienen un pobre pronóstico y responden menos al tratamiento. *Segundo*, los niños con comportamientos antisociales que no muestran niveles elevados de ansiedad son más agresivos, tienen más conflicto con el sistema social, responden menos al tratamiento y tienen diferentes correlatos neuroquímicos que los niños antisociales ansiosos. *Finalmente*, se ha encontrado que los rasgos psicopáticos y los de las conductas antisociales interactuarán de tal forma que los niños que tienen altas las dos dimensiones formarán un único subgrupo de niños antisociales (Frick, O'Brien, Wootto & Mc Burnett, 1994).

En esta misma investigación, los resultados indican que al intentar medir la psicopatía en los niños se encuentran dos dimensiones de la conducta que son similares a las encontradas en los estudios de adultos: La primera que tiene en cuenta el factor de **Impulsividad/Problemas de conducta (Im/Pc)**, que incluye el pobre control de impulsos y las conductas delincuentes; la segunda, **Insensibilidad/Baja Emocionalidad (In/Be)** incluye una parte de la conducta que se caracteriza por la pérdida de la culpa, de la empatía, encanto superficial, las cuales son características primarias en las descripciones clínicas de la psicopatía.

Se encontraron algunas diferencias entre los hallazgos en niños y adultos. El sentido de grandiosidad de la autovalía (fanfarronear sobre los propios talentos), fallar en aceptar la responsabilidad de las propias acciones y susceptibilidad al aburrimento, todas fueron asociadas con el factor

Im/Pc en niños. En los adultos estas conductas se asocian con conductas psicopáticas, pero en niños, muchas veces las conductas impulsivas, de irresponsabilidad y el egocentrismo, son evaluadas por padres y educadores como algo natural (Frick, O'Brien, Wootto & Mc Burnett, 1994).

Por otro lado, los dos factores encontrados en la psicopatía en adultos (**Im/Pc e In/Be**) tienen diferentes asociaciones con criterios diferentes.

Primero, el factor "**Impulsividad/Problema de conducta**", estuvo altamente asociado con medidas tradicionales de la conducta antisocial. Los niños en cambio podrían tener diagnósticos de "**trastorno de conducta desafiante opo-sicionista**" y/o "**trastorno de conducta disocial**", los cuales difieren en significado de lo que se considera "**Impulsividad/Problema de conducta**".

Segundo, la escala que deriva del factor Insensibilidad/Baja Emocionalidad (**In/Be**) muestra independencia de las medidas que se han hecho sobre problemas de conducta. Esta característica puede estar muy asociada en los niños con la búsqueda de sensaciones y otros trastornos de conducta en infantes y no se interpreta de la misma manera que en el adulto (Frick, O'Brien, Wootto & Mc Burnett, 1994).

Se ha encontrado que el trastorno de conducta disocial y el trastorno de conducta desafiante oposicionista, junto con el déficit de atención por hiperactividad en los niños, son fuertes predictores de psicopatía en la adultez. En un estudio llevado a cabo por Dadds, Fraser, Frost & Hawes, 2005, se examinó la utilidad del constructo de la psicopatía en niños, usando el "**Antisocial Process Screening Device**". Este instrumento puede medir dos dimensiones de la psicopatía similares a las que se encuentran en los adultos. La primera dimensión que ya se mencionó (**In/Be**), consistente en pérdida de la culpa, la empatía y el remordimiento y el segundo factor (**Im/Pc**), incluye pobre control de los impulsos y conductas delincuentes. Contrario a los hallazgos con adultos, los ítems que en niños se relacionan con el narcisismo se enfocan más en la impulsividad que sobre la dimensión (**In/Be**).

Características conductuales y afectivas de la infancia que pueden ser predictoras de psicopatía en la adultez

1. El Trastorno de Déficit de Atención por Hiperactividad como predictor de la psicopatía en adultos. Lynam (1996), citado por Barry, Frick, DeShazo, Mc Coy, Ellis & Money (2000), hizo una revisión sobre niños que manifestaban problemas de desatención, impulsividad e hiperactividad, que a menudo estaban asociados con el diagnóstico de Déficit de Atención e Hiperactividad (DAH) combinado con problemas de conducta severos que a menudo están relacionados con el Trastorno de Conducta Desafiante Oposicionista (TCDO) y el Trastorno de Conducta Disocial (TCD). En esta revisión se encontró evidencia de que los niños con ambos, TCDO y DAH, muestran particularmente severas formas de conducta antisocial y un gran número de correlatos neurofisiológicos (aprendizaje pasivo de evitación, bajo arousal cortical, déficit en funciones ejecutivas), que hacen que este grupo de niños parezca similar al de adultos con psicopatía.

Este autor propone que los niños que presentan hiperactividad y conductas de tipo disocial, están en alto riesgo para continuar con un patrón de psicopatía en adultos. También encontró que los niños que tienen solo Déficit de Atención e Hiperactividad, o solo el Trastorno de Conducta Disocial, están en menor riesgo de continuar su conducta antisocial en la adultez que los niños que presentan ambos diagnósticos.

2. Insensibilidad y Baja Emocionalidad. Hay trabajos recientes que intentan identificar los precursores

de la psicopatía en la niñez, enfocándose especialmente en los rasgos no emocionales y de insensibilidad (pérdida de culpa, ausencia de empatía, superficialidad y emociones reprimidas), que han sido señales particulares del concepto de psicopatía. Basados en este método, los niños con problemas de conducta, quienes también exhibían altos niveles de rasgos no emocionales (*In/Be*), tenían también una gran variedad de conducta antisocial y tenían contacto con la policía más temprano que aquellos niños que exhibían los problemas de conducta pero sin estos rasgos. Además solo los niños con problemas de conducta con estos rasgos mostraban un estilo de respuesta dominante que se caracterizaba por déficit en el aprendizaje evitativo, encontrado en los adultos que presentan psicopatía y estos niños mostraban preferencia por la búsqueda de sensaciones, característica importante en las teorías sobre la conducta del psicópata (Barry, Frick, DeShazo, Mc Coy, Ellis & Loney, 2000).

Es probable que así como lo menciona el modelo de Lynam (1996) los precursores de psicopatía en la niñez pueden ser encontrados en niños, quienes muestran juntos Trastorno de Conducta Disocial y Déficit de Atención por Hiperactividad. Sin embargo, consistente con el modelo de Frick (1998) es posible que los niños que tienen además altos niveles de Insensibilidad (*In/Be*) muestren muchas características típicamente asociadas con la psicopatía. Estos hallazgos son consistentes con lo que se encuentra en psicopatía en adultos.

En la mayoría de los prisioneros adultos se encuentran criterios de desorden de personalidad antisocial

o puntuación alta en Impulsividad, (Factor 2 de la psicopatía). Ambos constructos involucran conductas relacionadas con un pobre control de impulsos y un patrón crónico de conducta antisocial y criminal que los hace análogos con los niños que tienen el trastorno de Déficit de Atención por Hiperactividad, sumado a la presencia del Trastorno de Conducta Disocial y el Trastorno de Conducta Desafiante Oposicionista. Sin embargo, en las muestras de adultos en diversos estudios forenses, el subgrupo de individuos antisociales e impulsivos, quienes también muestran rasgos de Insensibilidad (*In/Be*) exhiben un patrón de conducta antisocial violenta severa y muestran un único patrón de déficits emocionales que han estado tradicionalmente asociados con la psicopatía (Barry, Frick, DeShazo, Mc Coy, Ellis & Money, 2000).

En los niños que presentan estos trastornos y que además mostraron rasgos de insensibilidad y baja emocionalidad (*In/Be*), se encontraron rasgos de psicopatía similares a los de los adultos. Estos niños tienen fuertes preferencias por la búsqueda de sensaciones y además un estilo de respuesta dominante que puede terminar en conductas violentas. Ambos patrones conductuales reflejan un déficit en la inhibición de la conducta que evidencian un déficit en el desarrollo temprano de los sentimientos de culpa y empatía.

Si profundizamos en las variables asociadas con las respuestas emocionales, se ha encontrado en diversos estudios (Ver Lynam, 1996) la relación entre la conducta antisocial y el desorden de ansiedad en niños. Así, los niños con problemas

de conducta y algún desorden de ansiedad tenían un patrón de conducta marcadamente menos desviado que los niños con problemas de conducta, sin ansiedad clínicamente diagnosticada. Los hallazgos sugieren que los niños con altos rasgos de *In/Be*, muestran altas tasas de problemas de conducta y eventos negativos asociados con ellos y no muestran tanta ansiedad como los niños que presentan estos problemas de conducta y que no tienen estos rasgos de *In/Be*. Coinciden con los de adultos con rasgos psicópatas, quienes tienden a tener puntajes más bajos en las medidas de afectividad negativa, más que los adultos sin estos rasgos (Barry, Frick, DeShazo, Mc Coy, Ellis & Loney, 2000).

El diagnóstico de psicopatía en niños tiene dificultades, pero como se ha mencionado, se encuentran características emocionales y comportamentales que se asocian con esta patología. Para concluir:

El concepto de psicopatía en niños debe ser mirado con cuidado y ante todo se debe evaluar si hay que considerar el trastorno de conducta (TC) del niño como una manifestación de la psicopatía. Esta alternativa es también problemática porque está claro que los niños que están diagnosticados dentro del marco del Trastorno de Conducta (TC) tienen un trato diferente si sus características tienden a ser similares a las de psicopatía, pero el constructo de psicopatía en niños es ignorado y es imposible determinar unos factores causales únicos para esta dimensión del funcionamiento en niños (Frick, O'Brien, Wootto & Mc.Burnett, 1994).

El rasgo de personalidad Insensible/No emocional (In/Be) – caracterizado por pérdida de la culpa, del remordimiento, de la emocionalidad y de la empatía– así como la manipulación y el uso de los otros para obtener ganancias propias, es lo que nos da la diferencia entre el subgrupo de la psicopatía con el de personas antisociales en general (Dadds, Fraser, Frost & Hawes, 2005).

Aunque partiendo de la definición propia del psicópata hay resistencia por parte de esta población a la intervención, algunas personas presentan mejoría, siempre y cuando el rasgo de insensibilidad y baja emocionalidad (In/Be) no esté muy marcado.

Consistente con la literatura en adultos, hay una relación inversamente proporcional entre la medida de la psicopatía y la ansiedad pero correlaciona positivamente con ansiedad, en sus padres. Al igual que lo supuso Hare, la psicopatía toca más la dimensión psicológica/ afectiva que los índices de conducta antisocial.

La aplicabilidad de los estudios predictivos a grupos jóvenes de niños, puede ser particularmente importante. La evidencia muestra que los orígenes de la conducta agresiva pueden ser dados desde los años preescolares y la mayoría de las intervenciones exitosas para niños jóvenes con problemas de conducta (consistentes en entrenamiento conductual para padres), muestran la máxima efectividad con niños en preescolar o los años escolares iniciales.

La presencia del rasgo In/Be, es un factor de riesgo que nos indica las fallas que pueden darse en las intervenciones a los padres y a los mismos menores. Entre más temprano se identifiquen estos patrones más se puede ayudar en la identificación de tratamientos efectivos para diversos grupos de niños con problemas de conducta en los primeros años, relevantes para su desarrollo (Dadds, Fraser, Frost & Hawes, 2005).

NO se debe olvidar que en la evaluación los niños que presentan Déficit de Atención por Hiperactividad, combinado con otro Problema de Comportamiento, (TCDO y/o TDC), genera una alta probabilidad de tener rasgos asociados con la psicopatía, en la adolescencia y en la adultez. Además, hay estudios que revelan que solo los niños que además tienen rasgos de insensibilidad y baja emocionalidad (In/Be), eran a los que se les podía atribuir los rasgos de psicopatía.

También hay que decir que los niños que presentan TCDO y/o TCD, si además tienen rasgos o características de insensibilidad y baja emocionalidad, tienen una probabilidad más alta de presentar psicopatía en el futuro.

Referencias

- Achenbach, T. M. & Edelbrock, C. S. (1983). *Manual for the child behavior checklist and revised child behavior profile.*
- Asociación Psiquiátrica Americana (1995). *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM IV TR.* Masson, España.

- Barry, C.; Frick, P.; De Shazo, T.; Mc Coy, M.; Ellis, M. y Loney, B. (2000). The importance of callous unemotional traits for extending the concept of Psychopathy to children. *Journal of Abnormal Psychology*, vol. (109). No. 2, 335-340.
- Bradley, R. & Corwyn, R. (2007). Externalizing problems in Fifth Grade: Relations with productive Activity, Maternal Sensitivity and Harsh Parenting from Infancy Through Middle Childhood. *Journal Developmental Psychology* (43), 6, 1390-1401.
- Cleckley, H. (1941). *The mask of sanity* (1st ed.). St. Louis, Mo: Mosby.
- Cova, F., Valdivia, M., y Maganto, C. (2005). Diferencias de género en psicopatología en la niñez: hipótesis explicativas. *Revista chilena de pediatría* (76), (4), 418-424.
- Dadds, M.; Fraser, J.; Frost, A.; Hawes, D. (2005). Disentangling the underlying dimensions of psychopath and conduct problems in childhood: A community study. *Journal of consulting and clinical psychology*, vol. (73). No. 3, 400-410.
- Delgado, O. (2007). Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia. *Apuntes de psicología* 25 (3), 239-254.
- Duque, L. F. Klevens, J. y Ramírez, C. (1997). *Estudio epidemiológico de la violencia en Santafé de Bogotá*. Assalud, Colciencias.
- Farmer, E., Compton, S., Burns, B. & Robertson, E. (2002). Review of the evidence base for treatment childhood psychopathology: Externalizing disorders. *Journal of Consulting and Clinical Psychology* (70), (6), 1267-1302.
- Fergusson, D. M., Horwood L. J. & Lloyd, M. (1991). Confirmatory factor models of attention deficit and conduct disorder. *Journal of child psychology and psychiatry and applied disciplines* (32), (2), 257-27.
- Frick, P.; Bodin, D. y Barry, C. (2000). Psychopathic traits and conduct problems in community and clinic-referred samples of children: Further Development of the Psychopathy Screening Device. *Psychological Assessment* vol. (12), No. 4, 382-393.
- Frick, P.; O'Brien, B.; Wootton, J. & Mc. Burnett, K. (1994). Psychopathy and conduct problems in children. *Journal of abnormal psychology* vol. (103) No. 4, 700-707.
- Gresham, F., Mac Millan, D. L., Bocian, K. M., Ward, S. H. & Forness, S. (1998). Co-morbidity of hyperactivity - impulsivity - inattention and conduct problems: Risk factors in social, affective, and academic domains. *Journal of abnormal child psychology* 26, 393-406.
- Hare, R. D. (1991). *The hare psychopathy checklist - revised*. Toronto: Multi-Health Systems.
- Klevens, J. y Roca, J. (1999). Nonviolent youth in a violent society: resilience and vulnerability in the country of Colombia. *Violence and victims*, vol. (14), No. 3.
- Lemos, S. (2003). La psicopatología de la infancia y la adolescencia: consideraciones básicas para su estudio. *Papeles del psicólogo* (85).
- Loeber, R. & Hay (1997). Key issues in the development of aggression and violence from childhood to early adulthood. *Annual review psychology* (48):371-410.
- Loeber, R. y Farrington (1998). (Eds). *Serious and violent juvenile offenders*. London: Sage publications, caps. 6-7.
- Loeber, R., Burke, J.D., Lahey, B.B., Winter, A. & Zara, M. (2000). Oppositional defiant and Conduct Disorder: A review of the past 10 years, part. I. *Journal American Academic Child Adolescent Psychiatry* (39), 1468-1484.
- Lynam, D. (1996). Early Identification of chronic offenders: Who is the fledgling psychopath? *Psychological Bulletin*, vol. (120), No. 2, 209-234.
- Ministerio de la Protección Social (2003). *Estudio Nacional de Salud Mental Colombia*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social, agosto de 2004.
- Posada -Villa, J., Aguilar-Gaxiola, S., Magaña, C. y Gómez, L. (2004). Prevalencia de trastornos mentales y uso de servicios: resultados preliminares del estudio nacional de salud mental. Colombia, 2003. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, vol. (XXIII), No. 3, 241-262.

Notas

- ¹ Olga Lucía Valencia. Investigadora del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Máster en Psicología Clínica, Legal y Forense. Universidad Complutense de Madrid. ovalencia1@hotmail.com.
- ² Nohelia Hewitt. Psicóloga experta en Psicopatología Infantil. Decana Facultad de Psicología de la Universidad San Buenaventura. Candidata a doctora en Psicología. Universidad de Granada.
- ³ El artículo menciona en varias ocasiones la expresión de "Conductas Antisociales en el niño", ya que se ha retomado del autor original. Sin embargo, hay que señalar que en el niño se refiere al Trastorno de Comportamiento Disocial.

Intervención en adolescentes infractores violentos¹

12 :

SANDRA PATRICIA PARRA D.²

*“El joven no es un huésped, ni un extraño,
ni un descabellado...
Es una nueva promesa, un nuevo amanecer...
Un nuevo hallazgo” (Zenaida Bacardí de Argamasilla)*

Caracterizar y conocer a un delincuente violento, especialmente cuando se encuentra en la juventud y más concretamente en la adolescencia, implica en primera instancia describir lo que es un comportamiento violento, determinar las tipologías o categorías de estudio y definir las estrategias e intervenciones que tienen como objeto reducir el impacto que posee la presentación de estos comportamientos en la integridad física y psicológica del autor como en las víctimas.

De esta forma, para hablar de delincuentes violentos, es menester entender, comprender y diferenciar términos como agresión, violencia y delincuencia violenta. Así, el concepto de violencia ha sido abordado desde diferentes perspectivas; para nuestro interés, se retoma lo planteado por Echeburua (1998), con el concepto de violencia física/psicológica, refiriéndose a la ejecución de comportamientos que implican la fuerza física; dentro de sus manifestaciones se encuentran los delitos de homicidio, secuestro, estafa, tráfico de drogas y el acceso carnal violento, entre otros. Sin embargo, dentro de cada uno de estos delitos, la violencia no se manifiesta en un mismo grado o de la misma forma.

Así, al relacionar el delito como manifestación de la violencia, se habla de violencia delictiva que para Weiner y Wolfgang, en 1989 citados por Echeburúa (1998:275) constituye “el ejercicio de fuerza física, real o mediante amenaza, legalmente no permitida, de una persona directamente contra una o varias personas, con el propósito de asegurar algún fin contra el deseo o sin el consentimiento de la otra persona o personas”, entonces esto se efectúa un rompimiento o trasgresión de derechos fundamentales como el de la vida y la libertad.

Claves:

ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA LEY PENAL, CIRCUNSTANCIAS Y NECESIDADES.

Resumen:

El comportamiento violento de los adolescentes infractores de la ley penal deja muchos interrogantes, no solo sobre sus causas, las motivaciones y los contextos explicativos, sino respecto a cuál debe ser la intervención a realizar con estos jóvenes para lograr el objetivo fundamental de la sanción en esta etapa de la vida del individuo: la reeducación y resocialización, respondiendo a los planteamientos que la ley de infancia realiza respecto de las circunstancias y necesidades del infractor menor de edad.

Mots clés:

ADOLESCENTS PÉNALISÉS, CIRCONSTANCES ET NÉCESSITÉS.

Résumé:

Le comportement violent des adolescents pénalisés laisse beaucoup de questions, non seulement sur ses causes, ses motivations et ses contextes, mais aussi sur comment doit être l'intervention avec eux pour pouvoir obtenir l'objectif de la sanction dans cette étape de leur vie: la rééducation et la resocialisation, répondant de cette façon aux exigences que la loi de l'enfance fait sur les circonstances et nécessités des adolescents pénalisés.

En un caso particular lo que plantean estos autores, hace referencia al uso que hace el trasgresor de la fuerza, al amenazar con su presencia, con una botella o con un arma a su víctima para que le entregue sus pertenencias o acceda a realizar comportamientos que atentan contra sí mismo.

Otra perspectiva desde la cual Echeburúa (1998:276) analiza la violencia, es dependiendo del lugar donde se manifieste, que puede ser en la sociedad y/o en las cárceles. Aquí se consideran delincuentes violentos “aquellos que han realizado acciones delictivas que implican dosis importantes de agresión sobre sus víctimas”.

Por otra parte, se encuentra que la clasificación de un delincuente violento también se da por el comportamiento manifiesto en el periodo de reclusión o encarcelamiento, donde la violencia es continuada desde un espacio físico diferente. Sin embargo, se mantiene en el tiempo y en las nuevas relaciones establecidas entre delincuente y personal de la institución donde se encuentra privado de la libertad.

En el 2001, Garrido, V., Stangeland, P. y Redondo, S. retoman el concepto de violencia delictiva citado por Echeburúa anteriormente; sin embargo, diferencian el término de agresión, violencia y delincuencia violenta, de la siguiente manera:

- La agresión en términos de intención o como la motivación que tiene el sujeto para herir y ganar ventaja sobre otras personas, sin que necesariamente se ocasione un daño físico.
- La violencia como una subcategoría de la agresión, con la característica de ser activa, directa, física y generalmente psicológica y,

- La delincuencia violenta como una violencia donde adicionalmente se infringe la ley.

Estos autores refieren los tipos de violencia instrumental y expresiva. La instrumental se da cuando se emplea la violencia para lograr un fin determinado (por ejemplo un robo) y la expresiva está relacionada con el estado emocional del sujeto, donde la violencia es la expresión de ese estado emocional evocado en el momento en que se presenta, sin que haya un motivo determinado.

En conclusión, se deduce que un delincuente violento es una persona que posee una intención de daño, lográndolo por medios físicos y/o psicológicos (fuerza, amenaza) y trasgrediendo la legislación del contexto donde se encuentra.

Ahora bien, ¿quién es el delincuente violento? La respuesta debe integrar lo anteriormente dicho y la rutina de actividad realizada, dado que estas características hacen que los delitos no se ejecuten de una misma forma, modo, tiempo, causas, ni motivación.

A través de diferentes estudios e investigaciones y autores, como se relacionan en la tabla I, se ha efectuado una tipología o clasificación de los delincuentes violentos según las características de personalidad del autor del hecho, la forma de agresión, la escena del crimen, la historia de vida, el delito, el tipo de delito y el número de víctimas.

Cabe aclarar que estas categorías surgen de los estudios que se han efectuado predominantemente con el delito de homicidio; sin embargo, la característica principal ha sido la violencia de los mismos.

Tabla I. Tipologías delincuentes violentos

Clasificación	Descripción
Forma de agresión y características de personalidad (Modelo de Megargee, 1966)	Subcontrolados: Generalmente responden de forma agresiva, se pueden identificar por personalidades antisociales y/o psicopáticas y presentan dificultad para controlar los impulsos. Sobrecontrolados: ocasionalmente responden de forma agresiva pero acumulan resentimiento, provocando un comportamiento altamente violento eventualmente, posterior a la liberación de la tensión, vuelven a ser controlados y tranquilos.
Trastorno de la conducta (Garrido, V.)	Antisocial: Historia delictiva prolongada, desarrollo en un contexto marginal, lo que posibilita consumo de alcohol y Sustancias Psicoactivas (SPA), promiscuidad, desempleo, deseo de situaciones de riesgo, desprecio y violación de los derechos de los demás, mentirosos.

Clasificación	Descripción
Trastorno de la conducta (Garrido,V.)	Psicopática: Presentan generalmente algunas características que los antisociales (desprecio y violación de los derechos de los demás, mitómanos), pero se diferencian por los sentimientos de superioridad que poseen, insensibilidad emocional, capacidad de reflejar una imagen sugerente y cautivadora. Rara vez se aprovechan de los beneficios del delito y no siempre se implican en la carrera criminal, pueden ser personas de gran prestigio y alto nivel socioeconómico.
Escena del crimen relacionada con historia de vida Surgen de investigaciones del comportamiento criminal realizadas por el FBI de diferentes tipos de delitos, enfatizando en homicidio y citadas en Soria, M. y Saiz, D.	Organizados: Se encuentra principalmente padre ausente, delincuente o violento, antecedentes penales frecuentes, sociable superficial, antecedentes personales de violencia física, premeditación posible, torturas ante mórtem, disimula el cadáver de la víctima, hay premeditación, planificación, esconde y destruye pruebas. Desorganizados: Se encuentra principalmente madre patológica, pocos antecedentes penales, frecuentes antecedentes psiquiátricos, solitario, sin premeditación (excepto en paranoicos), alucinaciones, delirios o síndrome depresivo, no realiza torturas, improvisa en la escena y la escogencia de la víctima, sin intereses por esconder pruebas o disimular la escena.
Tipo y número de víctimas (Rojas, J, 2007)	Asesino simple: Ha ejecutado uno o máximo dos homicidios en su historia de vida, no tenía un plan previo sino fue producto de la emotividad del momento, puede existir ingesta de alcohol o SPA. No todos carecen de un plan para ejecutar el crimen y las causas para manifestar esta conducta varían. Asesino múltiple: Ha realizado tres o más homicidios en diferentes periodos de tiempo, no hay conexión entre cada homicidio, no existe un único motivo para ejecutar el crimen y el <i>modus operandi</i> puede cambiar entre cada uno de los hechos criminales. Asesino serial: Ha cometido tres o más homicidios en diferentes periodos de tiempo, posee una motivación personal para cometer cada acto, son ritualistas, emplean <i>modus operandi</i> similares y dejan periodos de enfriamiento entre un hecho y otro; existe una conexión entre cada uno de los homicidios con sucesos similares en cada uno. Asesino en masa: En un mismo momento o en un lapso de tiempo corto asesina varias personas. Es un acto único, generalmente sin desplazamientos. Asesino Spree Killer: Sin tener una razón específica o justificación, en un momento mata todo lo que encuentra a su alrededor o busca sus víctimas, su comportamiento homicida puede durar solo algunas horas y generalmente termina suicidándose o haciéndose matar.
Tipo de Delito (Weiner y Wolfgang, 1989) En legislación española y según las categorías delictivas	Delincentes contra las personas. Delincentes contra la propiedad: robos con violencia o intimidación. Delincentes sexuales: agresores sexuales. Delincentes violentos relacionados con consumo y tráfico de SPA. Delincentes violentos con psicopatologías graves.

Fuente: Construcción propia, bajo información referida por varios autores (Megargee, Garrido, Soria et ál).

De otra parte, se hace una distinción entre el comportamiento delictivo violento y crónico (reincidentes) y no crónico (comisión de un delito violento), diferencia que indica una tipología más a tener en cuenta a la hora de realizar la intervención con delincentes juveniles violentos.

Ahora bien, respecto a la tabla anterior, en lo que refiere a los trastornos de la conducta, es necesario resaltar lo planteado por Garrido, V. (2001:101) al decir que “es cierto que los delincentes muy violentos y crueles tienen una alta probabilidad de ser criminales psicópatas, pero la mayoría de los psicó-

patas no se convertirán en este tipo de sujetos. Así mismo, muchos de los delincentes violentos pueden ser el resultado de haber crecido en subculturas criminales, con estructuras mafiosas, donde aprender a delinquir, incluso a matar, puede ser tan natural como cualquier oficio en otro contexto”.

De otra parte, es importante mencionar que un comportamiento violento puede presentarse como consecuencia de una patología, como por ejemplo, la neurosis, la psicosis, la paranoia y la esquizofrenia, casos en los cuales se hace necesario contar con evaluaciones especializadas.

En resumen, se puede establecer que el repertorio conductual violento en sus diferentes manifestaciones, presenta unos predictores de su presencia que se denominarán a partir de este momento como factores de riesgo y otros cuya función es inhibir o disminuir la presencia de este accionar.

Factores protectores. Estos factores caracterizan de una forma más amplia al joven delincuente violento desde diferentes ángulos, documentados por varios autores tales como López, M., Echeburúa, E., Garrido, V., Stangeland, P. y Redondo, S., Díaz, J., Peña, F. y et ál, y Ortiz, M., Fierro, A., y et ál.

Factores personales o individuales: Son las características cognitivas y de personalidad reflejadas en los diferentes comportamientos del joven. Se relacionan conductas espontáneas, impulsivas, dificultad para demorar la satisfacción de los deseos, hiperactividad, baja empatía, dificultad para acatar normas, sentimientos de ira y hostilidad ante situaciones de frustración, autoestima inestable, dificultades de aprendizaje.

Hacen parte de este grupo el consumo de alcohol y sustancias psicoactivas, dado que influye en la cognición y personalidad del sujeto; sin embargo, no son suficientes para explicar por sí solos la comisión del delito. Otro factor a tener en cuenta es la edad del joven; se ha encontrado que el inicio de delitos violentos antes de los 10 años es un indicador de futuros delitos, estos niños tienen mayor tendencia a efectuar comportamientos delictivos graves en forma crónica y persistente durante el resto de su vida, tal como lo concluyó Moffitt (2002). Así mismo, se relacionan los *factores genéticos* (químicos en los genes) y

cerebrales (hiperactividad del neurotransmisor noradrenalina, daños en la fisiología del cerebro), con comportamientos violentos, aunque los primeros pueden ser modificados con la influencia de los factores ambientales.

Factores familiares: Hacen referencia a la relación del delincuente violento con sus congéneres y al aprendizaje que haya realizado de dichas relaciones. Se encuentran distantes o pocos vínculos familiares, fuertes vínculos con jóvenes que ejecutan sus mismos comportamientos, escaso o nulo nivel educativo de los padres, modelos o roles paternos violentos, desorganización familiar y abandono.

Factores sociales: Describen los logros y resultados obtenidos en la escuela, en el trabajo, de igual forma tienen en cuenta las dinámicas que facilitan dichas dificultades, como son: el bajo rendimiento académico, deserción escolar, frustración laboral (desempleo), bajos ingresos.

Factores culturales o ambientales: Refiere al contexto donde se ha desarrollado el joven y las características culturales de este. Entre estos se encuentra el refuerzo del comportamiento agresivo como medio aprobado para la consecución y satisfacción de las necesidades (aceptación social de la violencia), desigualdad de oportunidades, altos índices de pobreza, estereotipos de roles de género (los delincuentes violentos son generalmente hombres). Los factores mencionados pueden ser reforzados cuando los niños y jóvenes están permanentemente expuestos a los medios de comunicación y lo reflejado en estos hace parte de los modelos a seguir, tal como se confirma en investigaciones realizadas al respecto referidas por Singer, M., Slovak, K. y et ál. (1998).

Ratificando lo anterior, en Colombia en el 2003 Brook, D., Brook, J., Rosen, Z. y otros, realizaron un estudio para identificar las variables de personalidad, familiares, sociales y ambientales asociadas con la violencia en adolescentes y concluyeron: “Dentro del dominio de la personalidad, los adolescentes que usan drogas y aquellos que son más tolerantes con el comportamiento desviado de la norma tienen mayor comportamiento violento. En el dominio familiar, el uso de drogas por los padres y los hermanos son fuertes predictores de violencia en el joven. En el dominio de los amigos, el tener amigos que usan drogas y/o con comportamientos disociales predicen mayor violencia juvenil. Por último, en el dominio ambiental, el haber sido víctima de violencia fue uno de los predictores más fuertes”.

Cada uno de estos factores por sí solos no explican ni dan la pauta para el tratamiento del joven delincuente violento. Sin embargo, el conocimiento, la asociación e interrelación de los mismos constituye un objetivo importante tanto para el personal que tiene bajo su responsabilidad el tratamiento, como para quienes deciden cuál es la mejor medida o medio para intervenirlo.

Al respecto, el objetivo del tratamiento³ de jóvenes delincuentes violentos debe ser minimizar el número de crímenes, por lo que la intervención se deberá enfocar hacia el control del riesgo. Tal como lo plantean Quinsey, Harris, Rince y Cornier (1998) citados por Garrido (2003:15) debe incluir las medidas que se tomen para disminuir la reincidencia, así como los comportamientos violentos que se puedan presentar durante la per-

manencia en las instituciones que administran la justicia.

Sin embargo, no solamente desde la perspectiva del riesgo se debe contemplar la intervención de los delincuentes juveniles, existen otras variables a tener en cuenta, estas son denominadas como “principios” a considerar a la hora de realizar la valoración y tratamiento a la población objeto de este escrito.

Andrews y Bonta citados por Garrido, V., López, M. y Alba, J. (2005) adicional al principio del riesgo, refiere los siguientes:

Principio de necesidades: Su objetivo es resolver las necesidades criminógenas del delincuente, las cuales son iguales a los factores de riesgo dinámicos. De esta forma, se diferencian los factores de riesgo en estáticos y dinámicos. Los estáticos se refieren a todos los aspectos del pasado (edad, historial delictivo) y que no pueden ser modificados, a diferencia de los dinámicos que son modificables y hacen parte de la realidad actual del delincuente (grupo de amigos, actitudes y comportamiento actual). La recomendación en este punto es entonces realizar la intervención sobre los factores modificables o dinámicos.

Principio de capacidad de respuesta: La importancia de este principio está en el reforzar los factores protectores, especialmente los relacionados con las habilidades y capacidades de aprendizaje. El conocimiento de los mismos permitirá elegir la intervención que mejor refuerce estas capacidades (habilidades lectoras, motivación para el tratamiento, autoestima).

Principio de autoridad: Implica que una vez se han evaluado los principios anteriores, las decisiones deben ser tomadas teniendo en cuenta las peculiaridades del caso y las condiciones del mismo. Con este se deberá velar por que el individuo obtenga la supervisión que requiere.

El procedimiento ideal para evaluar la situación del adolescente infractor es usar la entrevista, la observación, y cuando los casos presenten un grado de complejidad, aplicar instrumentos estandarizados. Respecto de estos instrumentos, a continuación se mencionan únicamente los que se pueden manejar con adolescentes infractores violentos:

- Psychopathy Checklist Revised (PCL-R): Su autor fue Hare, R. en 1991, citado por Garrido (2003), la prueba evalúa variables de personalidad y es considerado un instrumento útil al momento de predecir comportamientos violentos.
- Youth Level of Service/Case Management Inventory (YLS/CMI): Sus autores fueron Hoge, R., Andrews, D. y Leschied, A. en el 2002, citados por Garrido (2005:136). Este instrumento fue adaptado para la población de España como Inventario de Gestión e Intervención para Jóvenes.
- Antisocial Process Screening Device (APSD): Sus autores fueron Frick y Hare en el 2002, citados por Garrido (2005:136), el cuestionario permite evaluar rasgos asociados a conductas violentas graves en preadolescentes.

Una vez evaluado el joven se procede a incluirlo dentro de un programa para su intervención o tratamiento. Es de anotar que en

Colombia no se cuenta con programas especializados para la intervención y la evaluación del adolescente no se realiza de la manera adecuada como la literatura lo plantea.

Antes de mencionar dichos programas, es importante indicar cuáles de estos han sido eficaces y efectivos y cuáles no, para más adelante profundizar en los que poseen mejores resultados.

Estos resultados han sido posibles gracias a la evaluación de programas existentes (efectivos) y a las investigaciones de tipo experimental con grupos control (eficaces), los cuales se organizan y diferencian en la tabla 2 con base en la información recopilada por Echeburúa, E. (1998), Patrick, H., Tolan y Deborah Goman - Smith, citados por Stoff, D., Breireling, J. y Maser, J. (2002) y Connor, D.F. (2002).

De igual forma, se relacionan los programas que mejores resultados han tenido a la hora de prevenir la comisión de nuevos delitos violentos, cometidos por jóvenes y que utilizan las terapias e intervenciones descritas en el cuadro en mención. Al respecto, los programas que combinan diferentes intervenciones efectivas y eficaces aumentan el resultado positivo de los mismos, son denominados programas multimodales. Ejemplos de estos programas se encuentran los relacionados a continuación:

- Programa para transgresores juveniles violentos, propuesto por Fagan en 1990, citado por Stoff, D., Breireling, J. y Maser (2002), pretende reintegrar a la comunidad a infractores con delitos graves y contiene supervisión y control exhaustivos de los trans-

gresores en la comunidad, entrenamiento en estrategias para vivir de forma independiente.

- Método Specialized Foster Care (cuidado en adopción especializado): búsqueda de padres adoptivos, control del muchacho en el hogar y en la comunidad, supervisión y apoyo continuo, tratamiento individual al menor, tratamiento familiar, servicios de vinculación a la comunidad. Su fundamentación está dada en una de las principales deficiencias que se han encontrado al tratamiento multisistémico, donde la familia es quien lidera el proceso del joven y se promueven los vínculos positivos y sanos, no obstante, se olvida que una de las características de los jóvenes delincuentes violentos

es la ausencia de esta familia, cubriendo este método la brecha mencionada.

- Programas psicofarmacológicos: estos programas son útiles cuando se determina que el joven delincuente violento presenta un trastorno de conducta y son efectivos en la medida en que sigan los principios descritos por Campbell citado por Gerardin P., Cohen D. y et ál. (2002), que incluyen: identificación de los síntomas, obtención de tratamientos farmacológicos previos, observación durante dos semanas de los síntomas objetos de tratamiento y complementación del tratamiento abordándolo desde lo psicosocial (Tratamiento cognitivo - conductual, tratamiento multisistémico).

Tabla 2. Tratamientos efectivos y eficaces vs. no efectivos ni eficaces

Tratamiento	Formas de Intervención	Autor(s)
Tratamiento cognitivo conductual	Manejo del comportamiento en la escuela.	Bry, 1982 Gottfredson, 1987
	Permiten desempeñar funciones significativas para el joven (capacitación y oportunidades de empleo).	Jones y Oofford, 1989 Shorts, 1986 Lipsey, 1992
	Entrenan en habilidades para resolver conflictos.	Gerra y Slaby, 1990
	Mejorar el vínculo familiar y promueven la supervisión de los padres.	Henggeler, Melton y Smith, 1992 Reid y Dishion, 1992
Tratamiento Multisistémico (TMS)	Mejoramiento del funcionamiento familiar y modificación de conductas de riesgo (pares antisociales, abandono de la escuela). Se caracteriza por: 1. Evaluación de los problemas que interactúan. 2. Motivación a los padres y al adolescente para su participación. 3. Refuerzan las conductas responsables. 4. Orientada al presente. 5. Hay una interacción secuencial hacia la disminución de los factores que mantienen el problema. 6. Se tiene en cuenta el nivel de desarrollo del adolescente. 7. Requiere la participación de la familia. 8. Se evalúan permanentemente las intervenciones. 9. Se pretende mantener los cambios a largo plazo.	Henggeler y et ál, 1992 Connor; D.F., 2002
Tratamiento psicofarmacológico	Cuando persiste trastorno de la conducta y morbilidad psiquiátrica asociada Estimulantes Labilidad emocional o agresividad: Estabilizadores del ánimo o antipsicóticos Ansiedad: Antidepresivos O medicamentos según la patología encontrada.	Díaz, J., Peña, F. y et ál.
No efectivos e ineficaces		
Descripción	Intervención	Autor(s)
Terapia psicodinámica	Asesoría psicológica en el sistema de justicia juvenil	Lipsey, 1992
Terapia ocupacional	Tutoría en la escuela/ Educación vocacional	Lipsey, 1992
Terapia de choque	Disuasión (exponer a situaciones de prisión y castigo para inducir temor)	Lipsey, 1992
Privación de la libertad (medio cerrado)	Reclusión en centros penitenciarios	Lipsey, 1992

En cuanto a los delinquentes juveniles crónicos (o reincidentes) y no crónicos, en los estudios realizados por Lorion, Tolan y Wahler en 1987, citado por Stoff, D., Breiling, J. y Maser (2002) se encontró que son más eficaces los programas que se realicen con los no crónicos, pues poseen mayores factores protectores que potencialicen la disminución de su comportamiento delictivo violento futuro; adicionalmente, su reinserción a la comunidad puede efectuarse en un menor tiempo e incluso sin ningún tipo de intervención o tratamiento.

Ahora bien, lo anterior no tiene sentido si el objetivo del tratamiento de delinquentes violentos es disminuir el número de crímenes, por lo cual debe hacerse hincapié de forma especial en la intervención para delinquentes juveniles reincidentes y crónicos, puesto que son estos los que generan mayores costos económicos y sociales por su comportamiento.

Por último, es indispensable recordar que la intervención también se debe hacer en el contexto o medio ambiente del joven delincuente violento, puesto que como se mencionó, un ambiente marginal, con dificultad para la satisfacción de las necesidades básicas y de marginación, son factores de riesgo que de no modificarse promoverán la comisión de nuevos delitos, así se hayan utilizado las mejores técnicas de intervención.

Ahora bien, conociendo los factores de riesgo, los tipos de intervenciones, las dificultades de la evaluación, es necesario que todos estos aspectos se tengan en cuenta en el desarrollo del proceso de diagnóstico y más aún en el informe y pronunciamien-

to a las autoridades, de tal manera que se logre el objetivo previsto, "orientar al juez en su toma de decisión" en cuanto al tratamiento más efectivo para el joven, de acuerdo a sus necesidades y circunstancias.

Así mismo, es primordial contar con tratamientos especializados que tengan en cuenta los estudios de intervenciones exitosas, de tal manera que se contribuya desde lo terapéutico, educativo y social a la disminución de la criminalidad juvenil y a su vez se prevenga la incursión de jóvenes en carreras delincuenciales y en el uso de estos como instrumentos para la comisión de delitos. En este sentido la apuesta se centra en responder con eficiencia y eficacia a los presupuestos legales emanados de la ley de infancia y adolescencia, desde el marco de dar respuesta a las circunstancias y necesidades del adolescente infractor violento, más allá del endurecimiento de las sanciones y de la normatividad legal vigente.

Bibliografía

- Brook, D.W, Brook, J. S., Rosen, Z. y De la Rosa, M. (2003). Early risk factors for violence in Colombian adolescents. *Am J. Psychiatry*.
- Connor, D.F. (2002). *Agression and antisocial behavior in children and adolescents*. New York: Guilford Press.
- Díaz, J, Peña, F. & et ál. (2004). *Perspectiva actual de la violencia juvenil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Echeburúa, E. (1998). *Personalidades violentas*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Garrido, V. (2005). *Manual de intervención educativa en readaptación social*. Fundamentos de intervención, vol. I. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- _____. (2003). *Psicópatas y otros delinquentes violentos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 15.

- _____. (2001). *El psicópata: un camaleón en la sociedad actual*. 5a. Ed. Valencia: Editorial Algar.
- Garrido, V., Stangeland, P. & Redondo, S. (2001). *Principios de criminología*. 2a Ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Gerardin, P., Cohen, D. & et ál. (2002). Drug treatment of conduct disorder in young people. *Eur Neuropsychol*.
- López, M. J. (1996). *Psicología de la investigación criminal*. Valencia: Memoria Inédita.
- Ortiz, M., Fierro, A. (2006). *Factores de personalidad y delitos violentos*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Singer, M. I., Slovak, K., Frierson, T. & York, P. (1998). Viewing preferences, symptoms of psychological trauma and violent behaviors among children who watch television. United States. *J. Am Acad Child Adolesc Psychiatry*.
- Soria, M. y Saiz, D. (2006). *Psicología criminal*. Pearson Prentice Hall.
- Stoff, D., Breiling, J. & Maser, J. (2002). *Conducta antisocial, causas, evaluación y tratamiento*. Vol. I. España: Editorial Oxford.

Notas

- ¹ Este artículo se realiza con el apoyo de la Ps. Jennifer Grace López.
- ² Psicóloga jurídica, de la Universidad Católica de Colombia, con especialización en Investigación Criminal, maestranda en ciencias penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, coautora de varios libros entre los que se encuentran *Gotas de luz. Jóvenes infractores, política pública y sistema de responsabilidad penal juvenil*, *Pescadores de ilusiones. Niños y jóvenes infractores de la ley penal*, *Semillas de Cristal. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes Ley 1098, alcances y diagnóstico*. Catedrática Universitaria. Con experiencia en evaluación e investigación en temas relacionados con delitos contra la vida y la integridad persona, delitos sexuales y la violencia intrafamiliar. Investigadora del Instituto de Estudios del Ministerio Público y Asesora en temas de seguridad ciudadana
- ³ Dentro de la literatura revisada los términos de intervención y tratamiento son nombrados de forma indiscriminada, sin plantear diferencias entre los mismos.

Garantismo y justicia penal: un marco conceptual para analizar la justicia penal colombiana

Claves:

ORALIDAD, GARANTISMO, DERECHOS
HUMANOS.

Resumen

Se explicará, con argumentos históricos y políticos, la pertinencia de adoptar una visión garantista del sistema penal, fundada en una perspectiva de derechos humanos.

Mots clés:

ORALITÉ, GARANTISME, DROITS HUMAINS.

Résumé:

On expliquera avec des arguments historiques et politiques, l'importance d'adopter une vision qui comprend les garantis du système pénal sur la base d'une perspective de droits humains.

RODRIGO UPRIMNY Y.¹
CIELO MARIÑO R.²
CAMILO ERNESTO CASTILLO S.³

: 19

Para evitar que las decisiones en relación con la necesidad de reformar la justicia sean tomadas de manera improvisada, poco informada y en ocasiones reactiva, es importante desarrollar formas de monitoreo de la situación de la justicia penal y formas de producción de información seria y confiable, que orienten la política criminal. Pero una pregunta obvia surge cuando uno se propone monitorear la justicia penal y es la siguiente: ¿desde qué punto de vista se debe mirar la justicia penal?; o, por decirlo de otra manera, ¿cuáles son los propósitos que debe tener un monitoreo de la justicia penal colombiana? Este artículo intenta ofrecer una respuesta a ese interrogante a partir de un enfoque que hemos denominado de garantismo ampliado con perspectiva de derechos humanos y enfoque diferenciado y sistémico. El texto se funda, en gran medida, en el marco conceptual desarrollado por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia– para “Justicia Visible”, que es el observatorio de la justicia penal de la Procuraduría General de la Nación.

La propuesta esencial es entonces desarrollar una visión garantista del proceso penal, parcialmente inspirada en trabajos como los de Luigi Ferrajoli, que nos parecieron útiles para establecer cuáles son los valores normativos que debe respetar el sistema penal en un Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, no se pretende adherir estrictamente a la visión de Ferrajoli, pues en principio no tiene mucho sentido que obligatoriamente el monitoreo de la justicia penal en Colombia tenga que ajustarse a la visión normativa de algún teórico en particular, por importante que este sea. El problema esencial en una democracia constitucional y en un Estado social de derecho es que el sistema penal se ajuste a los valores constitucionales y a la normatividad de derechos fundamentales y de derechos humanos. El recurso a Ferrajoli es, entonces, pe-

dagógico y metodológico, pues su planteamiento y lenguaje garantista es útil y relevante para organizar las categorías conceptuales que permiten evaluar si el sistema penal colombiano se ajusta o no a los estándares constitucionales y de derechos humanos.

Esta mirada a la justicia penal está claramente fundada en una perspectiva de derechos humanos a la cual le es consustancial, como se explica ulteriormente, la adopción de enfoques diferenciados, con el fin de evaluar si el sistema penal es o no discriminatorio. Pero igualmente consideramos interesante combinar esa visión normativa –de derechos humanos y con enfoques diferenciales– con una propuesta de monitoreo del sistema penal desde una perspectiva sistémica, en la medida en que esta permite evaluar el funcionamiento del proceso penal, como un sistema en el que los distintos actores e instituciones interactúan en diversas fases procesales; para tal fin, resulta necesario construir conceptos e indicadores que permitan también evaluar los desarrollos del proceso penal en sus diversas fases, así como la labor de las distintas instituciones intervinientes en el sistema penal.

Las anteriores consideraciones explican la estructura de este artículo. Para empezar se explicará, con argumentos históricos y políticos, la pertinencia de adoptar una visión garantista del sistema penal fundada en una perspectiva de derechos humanos, la cual se desarrollará de manera más sistemática en un segundo punto. A partir de lo anterior, y ya en un tercer punto, se presentarán las garantías propias para lo que hemos denominado los distintos sujetos de garantías (sociedad, procesado, víctima). En el cuarto punto se presenta brevemente la relevancia de los enfoques diferenciados transversales. En el quinto, se realizan unas breves consideraciones desde una perspectiva sistémica, lo cual permite entonces tener una visión del proceso penal como una articulación de fases en donde intervienen distintos sujetos e instituciones. A través de estos puntos se mostrará entonces la relevancia de monitorear el sistema procesal penal no solo desde la perspectiva de los valores normativos que debe respetar (marco garantista), sino también desde

otros puntos de vista, a saber: cómo han sido sus desarrollos en sus diversas fases y cómo han actuado los distintos actores e intervinientes.

El argumento histórico y político

La pretensión del monopolio de la coacción legítima es una característica que diferencia a los Estados modernos de otro tipo de organizaciones políticas. Solo las autoridades legítimamente instituidas para ello pueden aplicar una serie de sanciones tendientes a regular las acciones en sociedad (*ius puniendi*). Este poder que asume el Estado plantea una serie de riesgos frente a los individuos y la sociedad, que pretenden ser mitigados mediante el derecho. De esta forma, en los Estados actuales existe una tensión muy antigua entre el poder político y el derecho. El poder político, tal y como lo anunció Montesquieu, posee una tendencia natural a ejercerse ilimitadamente. El derecho, por el contrario, pregona los límites al ejercicio de este poder.

La idea del derecho como límite al ejercicio del poder político en los Estados modernos fue introducida, con algunas variaciones históricas, por las revoluciones liberales. Así, la revolución gloriosa de Inglaterra, la revolución e independencia de los Estados Unidos y la revolución francesa edificaron los principios del denominado Estado de derecho. Este modelo implica no solo que el poder político se ejercerá por medio del derecho, sino que el ejercicio del poder político será limitado por el derecho. Para hacer realidad esta idea, las revoluciones liberales diseñaron una serie de principios y organizaciones institucionales tales como el principio de legalidad, la igualdad formal ante la ley, el debido proceso, la división de poderes, la independencia judicial y el control judicial de constitucionalidad, entre otros (Fiovaranti, M., 1996).

Este desarrollo constitucional puede también ser descrito de la siguiente manera: el Estado moderno se define por su monopolio de la violencia, con ello busca evitar los peligros que para la convivencia social derivan de la multiplicación de poderes armados privados. El Estado pretende encarnar la

paz y ser así —a veces sin éxito, como lo demuestra el caso colombiano— la negación de la hipótesis hobbesiana de la guerra de todos contra todos. Pero los riesgos de ese monopolio de la violencia, en términos de opresión al individuo y a la sociedad, obligan a someter la coacción estatal a reglas que aseguren los derechos ciudadanos. Así, el Estado deviene en Estado de derecho.

A los temores de Hobbes se suman entonces las enseñanzas de Locke y Montesquieu sobre el gobierno controlado, por lo cual, las diversas formas de coacción estatal y de regulación pública de la conducta son diferenciadas y atribuidas a distintos órganos, por medio de la separación de poderes, a fin de garantizar de esa manera los derechos inviolables de la persona e instaurar un gobierno de leyes y no de hombres. Además, esas reglas reguladoras del poder político deben ser públicas y democráticamente discutidas y consentidas por todos los eventuales afectados: el Estado de derecho pretende entonces ser democrático, al buscar, con Rousseau, su fundamento en la voluntad popular.

Finalmente, esa organización política debe asegurar una cierta equidad social y una satisfacción mínima de las necesidades vitales de todos para evitar no solo que la pobreza afecte la posibilidad misma de llevar una vida digna sino, además, que la desigualdad económica se traduzca en formas de dependencia personal que atenten contra la libertad individual y desfiguren la participación política. La crítica socialista completa así, con Rousseau, Hobbes y Locke, la base ideológica —llena de tensiones— sobre la que se edifica el moderno Estado social y democrático de derecho (ESD), que recibió consagración jurídica en la Constitución de 1991.

El ESD es entonces un resultado complejo, a veces contradictorio, de tres tradiciones diversas, que en cierta medida representan los diferentes componentes ideológicos y los principios constitutivos de este tipo de Estado.

En primer lugar, es un Estado liberal, que recoge las aspiraciones del Estado de derecho clásico del siglo XIX. Según esta filosofía, lo importante es el control al Estado a fin de limitarlo, por mecanismos como la división de poderes y el control

constitucional. Prima entonces la protección de las llamadas libertades contra el Estado, por lo cual la democracia es entendida ante todo como un procedimiento que limita la arbitrariedad del poder para asegurar esos derechos de las personas. La libertad es definida como la ausencia de interferencias a nuestra autonomía, esto es, según la clásica definición de Benjamín Constant, la libertad es el plácido goce de la independencia individual. La igualdad que se protege es la igualdad formal ante la ley, es decir, una igualdad al servicio de las libertades, puesto que en el fondo la pretensión del pensamiento liberal es que las libertades de todos los ciudadanos sean igualmente protegidas.

En segundo lugar, es un Estado democrático, que reposa en la soberanía popular entendida como igualdad de las personas a la hora de elegir el diseño de las instituciones y en la formación de la voluntad política. Lo importante desde esta perspectiva es el origen de las decisiones jurídicas y políticas, por lo cual, la democracia, conforme las clásicas enseñanzas de Rousseau, es entendida como un procedimiento igualitario de formación del poder con base en el predominio del principio de las mayorías. La libertad se define entonces como la participación en los destinos colectivos del orden político, pues es libre aquel que sigue la norma que él mismo se ha dado, por lo cual la igualdad es pensada ante todo como una igualdad política.

Finalmente, es un Estado social, que reposa en la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima: lo importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal. Esta concepción está así asociada a la llamada libertad positiva, es decir, aquella que deriva de la existencia de prestaciones positivas de parte del Estado. Por ello, históricamente, el proyecto de ESD tendió a materializarse, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, en formas de “Estado benefactor”, fundadas en políticas de inspiración keynesiana de amplio gasto público, regulación de la economía, provisión estatal de servicios sociales y estructuras tributarias redistributivas.

Fuera de lo anterior y con el fin de superar las exclusiones que implicó el proyecto homogeneizador de la Constitución de 1886, la nueva Carta también recoge las aspiraciones multiculturales y por ello plantea construir un orden basado en el reconocimiento y promoción de la diversidad. En efecto, la Carta de 1886 señalaba que Colombia era una república unitaria y que la religión católica era un elemento esencial del orden social, de suerte que solo eran aceptados los cultos y prácticas que no fueran contrarios a la moral cristiana. Además, a partir del plebiscito de 1957, que dio origen al Frente Nacional, los cargos públicos eran repartidos entre los partidos Liberal y Conservador. En cambio, la Constitución de 1991 proclama que nuestro país es una república pluralista, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como bases de la nación colombiana.

Esto muestra que la Constitución de 1991 no recoge simplemente la idea del ESD, desarrollada por el constitucionalismo europeo, sino que la enriquece y, en cierta medida, la reformula, con la incorporación de los desafíos del multiculturalismo, pues pasamos de la idea de que la construcción del orden nacional solo podía hacerse por la imposición de valores homogéneos, como la religión católica, desde un centro de poder (la capital), a la tentativa de elaborar colectivamente y desde las dinámicas locales, una identidad nacional, a partir del reconocimiento de nuestra enorme diversidad cultural, étnica y regional.

Ahora bien, en el siglo XX este modelo característico del Estado de derecho fue cuestionado por su excesivo formalismo a la hora de apli-

car la ley. El nuevo paradigma que buscó superar el formalismo del Estado de derecho decimonónico fue el Estado constitucional. Este propugna porque además de los tradicionales límites impuestos al poder político por la ley y la organización institucional, deben sumarse una serie de compromisos sustanciales que están consagrados en el catálogo de derechos fundamentales.

Según Ferrajoli, esta perspectiva permite considerar legítima la limitación de todos los poderes públicos. Para este autor el derecho contemporáneo no solamente se ocupa de establecer sus formas de producción mediante la regulación de los procedimientos de expedición de normas, sino que se ocupa también de sus contenidos sustanciales. Estos están vinculados a los principios y valores consagrados en las constituciones, mediante técnicas de garantía (Ferrajoli, L., 1995).

Teniendo presente esta perspectiva, el modelo garantista en materia penal se presenta como un corolario del Estado constitucional. Para el garantismo, el Estado no se justifica a sí mismo, el Estado sólo tiene razón de ser si es instrumento encaminado a lograr ciertos fines considerados valiosos (las garantías de la sociedad y los individuos).

Coherente con esta visión, el garantismo asume como objetivo primordial la protección de la parte débil de la relación y no la del Estado, que sería la parte fuerte. Por lo anterior, el derecho en general puede ser definido como la ley del más débil, el derecho penal como la ley a favor de los asociados en contra de los delitos y el derecho procesal como la ley que protege

a los imputados de la arbitrariedad policial y judicial. (Ferrajoli, L., 1995).

La reflexión dogmática y doctrinaria: Un garantismo ampliado y una perspectiva de derechos humanos

La compatibilidad del enfoque garantista con los presupuestos del Estado social de derecho parece clara. En este sentido, el referente teórico principal es el propuesto por Luigi Ferrajoli, quien es considerado el máximo exponente del *garantismo penal*. A pesar de su relevancia, como se afirmó anteriormente, este marco conceptual no busca seguir estrictamente su propuesta teórica sino que intenta hacer una reelaboración parcial de su visión. Esta reelaboración tiene como punto de partida la argumentación según la cual en y para el ejercicio del derecho penal, el Estado debe brindar garantías para el procesado y para la sociedad, pero también para la víctima.

La visión de Ferrajoli pone su énfasis en que el derecho penal debe asegurar unas garantías al procesado. Estas garantías son un instrumento esencial para racionalizar y minimizar el ejercicio de la función punitiva del Estado y para evitar reacciones desproporcionadas de la sociedad frente al delito. Así, la función esencial del derecho penal, según Ferrajoli, es evitar que la reacción frente al delito se vuelva informal.

Sin embargo, el derecho penal cumple otras funciones igualmente importantes. Así, tiene una dimensión positiva frente a la sociedad, a saber, la posibilidad de prevenir los críme-

nes. Esta se encuentra estrechamente asociada a la responsabilidad que tiene frente a la prevención y sanción de los crímenes. En efecto, el derecho penal está llamado a *“impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”* (Beccaria:2000, 51), así como a reconocer la existencia de hechos que requieren de una sanción por dañar bienes preciados para la sociedad y los asociados.

De esta forma, el sistema penal adquiere legitimidad frente a la sociedad, las víctimas y el procesado. Frente a la sociedad, porque disuade a los posibles infractores de abstenerse de lastimar los bienes que son preciados para el conjunto social; frente a las víctimas, porque a través del sistema penal se reconoce que ha sufrido un daño como consecuencia de un delito y se procura enfrentar dicho daño; frente al procesado, debido a que el Estado se compromete a brindarle todas las garantías necesarias para que ejercite a cabalidad sus derechos dentro del proceso. Así, pues, la implicación de este garantismo ampliado lleva a reconocer como sujetos de garantías a la sociedad, a la víctima y al procesado.

Esta visión ampliada del garantismo se adecua además a los estándares constitucionales y de derechos humanos. En efecto, el Estado tiene el deber de castigar como mínimo conductas tales como las infracciones graves a los derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos obliga a los Estados a perseguir las conductas consideradas ofensivas para la humanidad. Colombia ha ratificado todos estos instrumentos internacionales, razón por la cual se ve en la necesidad de incorporar en su ordenamiento penal estas conductas que son consideradas indeseables en el ámbito internacional. La Corte Constitucional denominó a esto la obligación mínima de castigar (Sentencia C-226 de 2002). Y es que la Constitución y los tratados de derechos humanos han previsto deberes de penalización, sobre todo en relación con conductas extremas, atentatorias de bienes constitucionales superiores, como la vida e integridad personales. Por ejemplo, las Sentencias C-225 de 1995 y C-368 de 2000 señalaron que ciertos comportamientos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales o

las desapariciones forzadas, no podían ser excusados y requerían ser sancionados. Igualmente, la Sentencia C-177 de 2001 señaló que Colombia había adquirido el deber de penalizar el genocidio, como consecuencia, entre otras cosas, de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, mediante la Ley 28 de 1959⁴.

Pero la función protectora de los derechos fundamentales que debe cumplir el derecho penal no puede entenderse como una potestad ilimitada de utilizar el poder punitivo del Estado. El derecho penal es el que más afecta derechos fundamentales y, por tanto, los límites dentro de los cuales puede ejercerse la facultad de castigar del Estado tienen que ser claros. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-038 de 1995, estableció que el Estado tenía demarcada su facultad punitiva cuando dijo que el Congreso *“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 punendi 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”*. Esto significa que no todas las conductas pueden pasar por el filtro del derecho penal.

El derecho penal no puede convertirse en la única forma de reprimir las conductas nocivas de algunos miembros de la sociedad. Si el Estado tiene a la mano otros instrumentos menos onerosos que el derecho penal, debe hacer uso de ellos. El derecho penal es la última ratio de actuación del Estado en su función represora. Esto lleva a que cuando la pena sea inútil para obtener un determinado comportamiento esta no debe ser utilizada.

Conforme lo anterior, la Constitución y los tratados de derechos humanos establecen también límites materiales al poder punitivo del Estado que implican la prohibición de que el sistema penal intervenga en ciertos ámbitos amparados por los derechos fundamentales o lo haga de manera que desconozca imperativos o restricciones constitu-

cionales. Por ejemplo, la ley penal no puede interferir en conductas que son expresión de la propia autonomía de las personas, pues si la Constitución reconoce la autonomía y la libertad, resulta contradictorio admitir que el Estado pueda penalizar comportamientos que, sin afectar derechos de terceros, son expresión de esa autonomía personal⁵. De otro lado, tampoco puede la ley derivar responsabilidad cuando el hecho es producto del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si aparentemente existe una vulneración de un bien jurídico. Por ejemplo, no podría el Estado penalizar la libertad de expresión o de crítica, so pretexto de proteger el orden público. Igualmente, si la Carta promueve el pluralismo y la multiculturalidad (C.P. arts. 7, 8 y 70), es claro que la diversidad cultural no puede ser criminalizada.

Los sujetos de garantías: La sociedad, el procesado y la víctima

Las consideraciones previas muestran entonces la necesidad de monitorear el desempeño del sistema penal, desde una perspectiva garantista y de derechos humanos. Entramos pues a examinar brevemente cuáles son específicamente las garantías que un sistema penal fundado en los derechos humanos debe otorgar, no solo al procesado, sino también a la sociedad en general y a las víctimas de los delitos en particular. Por ello, es posible hablar de la existencia de tres grandes sujetos de garantías: la sociedad, el procesado y las víctimas.

Sociedad

La sociedad es uno de los beneficiarios del sistema penal, pues este la preserva de los daños que lleguen a infligirle aquellos que no tengan una justificación jurídicamente relevante para cometer una infracción penal. En efecto, los derechos fundamentales son los bienes que la sociedad ha considerado como las bases que permiten el desarrollo del individuo. Dañar esos bienes sin ningún tipo de excusa es truncar las expectativas legítimas que se hace cada uno de los miembros de la sociedad (Alexánder, A.: 2002). Por ello, es provechoso que exista el sistema penal, ya que es

una garantía de que todos van a poder vivir en sociedad, pues castiga a todos aquellos que atenten contra esos mínimos que la sociedad considera necesarios para convivir. Por lo tanto, no solo el individuo sale favorecido con la existencia del sistema penal, sino también la propia sociedad. El derecho penal la protege de los posibles abusos de los particulares al buscar eliminar los incentivos que inclinan a los particulares a cometer graves infracciones que pueden debilitar el Estado de derecho, y, por ende, la convivencia social.

En últimas, la sociedad se beneficia doblemente del sistema penal. Por un lado, garantiza un mínimo de conductas que debe perseguir obligatoriamente, ya que estas impiden el desarrollo de todos los individuos que conviven en la sociedad; por el otro, también reduce la posibilidad de que el Estado castigue las conductas que considera nocivas de acuerdo a sus conveniencias políticas o de las convicciones religiosas, filosóficas o políticas de la mayoría que ocupa el poder.

Así, el sistema penal debería poder asegurar, de cara a la sociedad, que se procese a las personas responsables de la comisión de conductas definidas en nuestro ordenamiento como delitos y en particular aquellos especialmente graves, de manera pronta y efectiva. Una respuesta como esta podría entonces contribuir a que la sociedad deposite su confianza en el sistema, lo cual es un elemento importante para reducir la utilización de formas informales de justicia y el uso de la violencia privada para la resolución de los conflictos, así como para que llegue a conocimiento del sistema la ocurrencia de hechos que constituyan delitos.

Procesado

Un derecho penal garantista debe demarcar los límites del poder punitivo del Estado frente a los derechos y libertades de los individuos. El derecho busca castigar de una forma proporcional y adecuada a los procesados. Si el Estado llegara a sobrepasar este límite podría causar resentimiento y odio a las personas allegadas al castigado. La consecuencia de esto sería una posible

informalización de la violencia, pues los afectados buscarían vengarse del Estado. Por ende, el Estado debe tener un marco muy claro para castigar a todos aquellos que entran al sistema penal.

El derecho penal debe resolver la tensión entre el derecho y el poder político, o bien entre los intereses legítimos de la sociedad y la imposición de límites a favor de los individuos. Por un lado, el derecho penal debe ser una forma de reacción de la sociedad frente a aquellas acciones consideradas nocivas mediante la aplicación de la violencia legítima por parte del Estado. De otro lado, el derecho penal debe ayudar a la defensa de los individuos ante el ejercicio arbitrario de dicha violencia por parte del Estado. Así, la violencia que se ejerce por la imposición de las penas solamente es legítima si logra prevenir violencias mayores que pueden provenir de los delitos mismos y de las reacciones a dichos delitos (Ferrajoli: 1995). Es decir, la sociedad reclama unas garantías del Estado y el Estado debe responder respetando las garantías de los individuos.

Como sostiene Ferrajoli, para fundar una adecuada doctrina de la justificación, junto con los límites del derecho penal, es necesario buscar, más allá del máximo bienestar posible de los no infractores, el mínimo malestar de los infractores. Se busca más que la prevención de los delitos, la de otro tipo de mal. Se trata de la reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal– que a falta de penas vendría de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales con ella solidaria. La pena no serviría solo para prevenir los delitos sino también las reacciones informales tanto públicas como privadas. La pena mínima no es simplemente una medida, sino también un fin, el fin de la minimización de la reacción violenta al delito.

Como Ferrajoli sostiene, el derecho será la defensa del más débil frente al más fuerte (Ferrajoli: 1995). Esto lo hará monopolizando la fuerza, delimitándole los presupuestos y las modalidades, excluyendo la posibilidad del ejercicio arbitrario por parte de los sujetos no autorizados. De esta manera, el derecho penal es el derecho del más

débil contra la violencia arbitraria del más fuerte y los derechos fundamentales son aquellos parámetros que definen los ámbitos y los límites, en la medida en que constituyen los bienes cuya vulneración no tiene justificación con los delitos, ni con las penas (Ferrajoli, 2006).

En relación con el procesado, las garantías penales protegen inicialmente al individuo de la arbitrariedad del Estado al limitar el *ius puniendi*. El derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución son los instrumentos jurídicos que señalan los alcances y los límites del derecho penal. Al mismo tiempo, estos instrumentos jurídicos se convierten en un sistema de garantías que, en función del principio de selectividad, judicializa únicamente a los individuos que hayan realizado una infracción que genere una lesión o que represente una puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados.

Víctima

Desde el garantismo, el derecho penal es un instrumento para la efectividad de los derechos fundamentales. Los valores, principios y derechos constitucionales, como parámetros de interpretación para la aplicación del derecho penal, convierten al sistema de justicia penal en un escenario adecuado para el respeto de las libertades, garantías y derechos de todos los intervinientes, en especial de las personas que encuentran vulnerados sus derechos, como es el caso de la víctima.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-04 de 2003, estableció que los derechos de las víctimas, además de las reparaciones, eran: “*el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto*”. Esta evolución del derecho internacional viene jalonada por la jurisprudencia de diversos tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el soft law, el DIDH⁶ y la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del inciso segundo del art. 93 de la C.P.⁷. La Corte Constitucional colombiana, en concordancia con la doctrina internacional, ha dicho que

el contenido del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación es:

- "1. *El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos (ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia).*
2. *El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.*
3. *El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito (Sentencia C-228 de 2002, fundamento 4.4)".*

En este orden de ideas, cualquier monitoreo del sistema judicial debe mirar si dentro del sistema penal acusatorio se observan los principios, reglas y directrices que han sido adoptados por la jurisprudencia constitucional y los documentos internacionales.

Un sistema garantista debe proteger a quien resulta perjudicado con el ilícito, lo que no implica desconocer los derechos del procesado. Para hacerlo de forma efectiva es necesario ver las consecuencias que la infracción penal generó y las personas a las que afectó. Además, es importante incluir un modelo de justicia restaurativa que trate de recomponer el tejido social.

Las garantías específicas para cada sujeto

De acuerdo con la reflexión teórica anterior, los valores normativos que debe respetar, promover y garantizar el sistema penal en un Estado social

y democrático de derecho; podrían ser agrupados en nueve (9) categorías: i) debido proceso; ii) derechos de las víctimas; iii) independencia; iv) oralidad; v) eficiencia; vi) calidad; vii) selectividad; viii) reducción de la impunidad o persecución efectiva de los delitos y ix) confianza.

Estas categorías, en su conjunto, constituyen los elementos básicos que debe garantizar el sistema penal para cumplir con los preceptos normativos constitucionales e internacionales, y, así, asegurar la vigencia de los derechos humanos y fundamentales. En esa medida, los tres sujetos de garantías señalados anteriormente se ven beneficiados de su realización efectiva. Sin embargo, algunas de estas categorías tienden a tener más relación con alguno de los sujetos.

Así, el debido proceso es la garantía por excelencia que debe brindarse al procesado; los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación constituyen una garantía esencial para las víctimas, aunque algunos de estos derechos tienen también una dimensión colectiva y social; la persecución efectiva de los delitos —o reducción de impunidad—, la aplicación de criterios virtuosos de selectividad para enfocar mejor el poder punitivo del Estado y la persecución eficiente tienden a ser garantías para la sociedad en su conjunto, aunque pueden ser también garantías para los otros dos sujetos. Finalmente, la calidad en la prestación del servicio y en los procedimientos, la independencia judicial y la oralidad —estrechamente relacionada con la transparencia y la publicidad—, son garantías que benefician simultáneamente a la sociedad, a las víctimas y a los procesados.

En todo caso, más allá de la adscripción de ciertas garantías a uno u otro sujeto, lo que resulta fundamental de este planteamiento teórico y dogmático, es el reconocimiento de que el sistema penal debe garantizar la realización efectiva de ciertos valores normativos en sus labores diarias, pues estos constituyen la piedra angular de un ordenamiento constitucional contemporáneo, en el que se reconoce la centralidad de los derechos fundamentales. A continuación se presenta un gráfico que muestra las diez categorías en las que se concretan las garantías que debe brindar el sistema penal.



Los enfoques diferenciales

La anterior propuesta garantista, fundada en un enfoque de derechos humanos, debe acompañarse de líneas de acción transversales que permitan hacer un seguimiento más sensible a las diferencias que existen en el sistema penal. Se trata de desarrollar enfoques diferenciados, como es el caso del enfoque de género. La consecuencia de esto es que el enfoque garantista reconoce que el sistema penal acusatorio tiene un impacto diferenciado sobre las personas dependiendo de su pertenencia a grupos poblacionales específicos. En otras palabras, la aplicación de la normatividad penal no afecta a todos los colombianos de la misma forma.

Por lo tanto, el diseño de una metodología de observación de la justicia penal debe: i) desafiar el

enfoque neutral que caracteriza algunas perspectivas de análisis de los sistemas procesales y ii) ser sensible a las diferencias que hay entre los sujetos. Es claro que no existe víctima ni procesado en abstracto. Estas son categorías que abstraen a los sujetos y a sus identidades. A pesar de su utilidad, muchas veces conllevan un olvido de la persona que debe enfrentarse al sistema judicial. Por tanto, los enfoques diferenciados subsanan esa falla y al mismo tiempo identifican posibles situaciones discriminatorias que generan la dinámica propia del sistema penal.

Una de las situaciones de discriminación que parece verificarse es el bajo o nulo acceso de las mujeres al sistema penal. Aunque las razones de esta situación son diversas, lo que se ha evidenciado es la existencia de patrones de discriminación que las afectan cuando se enfrentan al mismo.

De igual forma, las minorías étnicas sufren el rigor de su aplicación de manera diversa. Algo similar ocurre con los niños y niñas para quienes la aplicación del sistema penal puede ser particularmente gravosa.

Tomar en cuenta la existencia de las discriminaciones es importante, porque puede ayudar a diseñar estrategias de actuación institucional y propuestas de política pública que beneficien a las diferentes poblaciones. Esto contribuye a incrementar la confianza de la sociedad en el sistema y su legitimidad.

Un enfoque sistémico como visión complementaria

El esquema conceptual garantista previamente presentado justifica la existencia de indicadores de monitoreo de la justicia penal colombiana, que sean desarrollo y expresión de las garantías que la justicia penal debe ofrecer tanto a la sociedad como al procesado y a las víctimas. Estos indicadores deberían servir para determinar hasta qué punto el sistema procesal penal colombiano

se ajusta o no a los requerimientos normativos y garantistas impuestos por los estándares constitucionales y de derechos humanos.

Sin embargo, consideramos útil y conveniente articular esa mirada normativa con otra visión que permita también evaluar el desarrollo del sistema procesal colombiano, tratando de detectar sus puntos críticos de funcionamiento en sus distintas fases y según las responsabilidades de los distintos actores del sistema⁸. Para tal efecto, una visión si se quiere sistémica, parece apropiada (García, 2006). Conforme ese entendimiento, el sistema penal no debe ser visto como un agregado de partes sino que se estructura como un sistema o totalidad compleja y articulada, que tiene mecanismos reguladores y donde diversos actores e intervinientes interactúan en distintas fases del proceso penal. En cada fase y según las acciones de los distintos actores e intervinientes, unos determinados insumos o entradas son transformados en productos, que interactúan con el entorno social, en complejos procesos de retroalimentación.

Esta perspectiva permite entonces reorganizar los indicadores construidos en desarrollo del enfoque normativo garantista anteriormente explicado al menos desde otras dos perspectivas analíticas, que permiten tener una visión sistémica de la justicia penal colombiana, a saber: i) según el desarrollo que ha tenido el sistema penal en sus distintas fases, y ii) según la acción desplegada por los distintos actores e intervinientes del proceso penal.

El cuadro que se presenta a continuación muestra esquemáticamente la forma como se pueden reorganizar los indicadores –inicialmente planteados alrededor de categorías que expresan la garantía de valores normativos fundamentales–, a partir de una visión sistémica en la que se articulan fases del proceso y actores en el mismo. Como se aprecia, los indicadores así articulados permitirían identificar entonces avances y retrocesos en ciertas etapas procesales, y al tiempo, señalar que estos tienen relación con responsabilidades específicas de algún o algunos actores e instituciones.

Etapa Institución	Indagación	Investigación	Preparatoria	Juicio oral	Reparación integral	Ejecución de la sentencia
Policía judicial						
Fiscalía						
Defensoría						
Ministerio Público						
Jueces de garantías						
Jueces de conocimiento						

Consideraciones finales

Esta triple perspectiva de los indicadores (normativa, según fases y según actores o intervinientes) permite entonces tener una visión más completa del sistema penal colombiano y detectar de mejor forma los posibles puntos críticos del sistema y la mejor manera de corregirlos. Por ejemplo, un indicador puede normativamente ayudarnos a detectar que la justicia penal tiene un problema crítico de insatisfacción de los derechos de las víctimas (dimensión normativa); a su vez, la perspectiva sistémica de los indicadores nos permite precisar en qué fase del proceso penal es que ese problema es más agudo y si ese punto crítico es o no atribuible a responsabilidades incumplidas de algunos de los actores del sistema penal. De esa manera es más fácil no solo tener una visión más completa de la justicia penal colombiana, sino además formular recomendaciones para corregir esos problemas.

Bibliografía

- Alexander, L. (2002). *The philosophy of criminal law*. En Coleman y Shapiro. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- Beccaria, C. (2000). *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- _____. (2006). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (1996). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Corte Constitucional. Sentencia C-226 de 2002. Aclaración de voto del magistrado Eduardo Montealegre.
- Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002.
- García, R. (2006). *Sistemas complejos*. Barcelona, España.

Notas

1. Abogado de la Universidad Externado con amplia formación interdisciplinaria, maestría en sociología del desarrollo (Universidad de Paris I), doctorado en economía (Universidad Amiens Francia) y diploma de postgrado en resolución de conflictos (Universidad de Uppsala Suecia). Tiene larga trayectoria académica e investigativa. Ha sido profesor de la Universidad Nacional desde 1989 en temas constitucionales, de teoría del Estado y de derechos humanos. Es también profesor visitante de otras universidades colombianas (Andes, Santo Tomás, etc) y extranjeras la American University de Washington (Estados Unidos) o la universidad de Grenoble (Francia). Tiene amplia trayectoria judicial pues fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional durante 11 años; durante varios meses

ejerció la magistratura como magistrado encargado; ha sido también perito de la Corte Interamericana.

2. Profesional investigador de la Fundación DeJusticia
3. Profesional investigador de la Fundación DeJusticia
4. Para estos desarrollos nos basamos parcialmente en la aclaración de voto del magistrado Eduardo Montealegre a la Sentencia C-226 de 2002.
5. Ver al respecto la Sentencia C-221 de 1994, que despenalizó el consumo de drogas o la Sentencia C-309 de 1997, sobre la legitimidad de sancionar el no uso del cinturón de seguridad en los automóviles.
6. Los derechos de las víctimas dentro del sistema interamericano se infieren de los artículos 8 (Garantía judicial), 25 (Recurso Judicial Efectivo) y el 1.1 (Deber General de Garantía).
7. La Corte ha insistido en que los derechos de las víctimas tienen un peso específico importante dentro del proceso penal. Así, la Sentencia C-228/02 mostró cómo los derechos de las víctimas habían adquirido un rol central en la Constitución del 91. A su vez, la sentencia que revisó la Ley de Justicia y Paz, la C-370/06, recaló que las víctimas tienen unos derechos que deben ser garantizados por el marco legal creado para la desmovilización de los grupos alzados en armas.
8. En este artículo usamos la expresión genérica de actores o intervinientes en el proceso penal sin otorgarle una particular connotación jurídica. Hacemos simplemente referencia a distintas instituciones –como la Fiscalía o los jueces– o personas –como los procesados o las víctimas– que tienen un papel decisivo en el proceso penal.

Sujeto y poder: una aproximación a su aplicación desde Michel Foucault en la zona de tolerancia del centro de Bogotá

30 :

CARLOS ÁLVAREZ C.¹

La aplicación de normas para la regulación territorial, además de otras reglamentaciones, puede generar modificaciones en las relaciones sociales y en la forma en que se configura el territorio. Ejemplo de ello es la declaratoria de zona de alto impacto en Bogotá a través de los Decretos 400 de 2001 y 188 de 2002, que establecen una zona en la ciudad en las calles 19 a 24 entre carreras 14 y 17, cubriendo parte de los barrios La Favorita y Santa Fe de la localidad de Los Mártires, donde se pueden llevar a cabo actividades comerciales relacionadas con el trabajo sexual.

Este tipo de transformaciones sociales y del territorio tienen un impacto en la cotidianidad tanto de los residentes como de las personas que desarrollan actividades económicas en la misma, nuevas dinámicas y los últimos fenómenos sociales como las relaciones basadas en el poder o actuales formas de comprender el territorio, son algunas de ellas.

Por esta razón, el análisis de estas configuraciones del territorio y la territorialidad se convierten en un campo relevante para la interpretación de la transformación de la ciudad. A partir de las ciencias sociales, específicamente desde la geografía, su pertinencia se da al permitir abordar metodologías que privilegian el análisis de lo local como parte sustancial para explicar lo general. Una de las manifestaciones más atrayentes que se han identificado son las relaciones entre el territorio, territorialidad y poder en el marco del tejido social.

En el ejercicio de construcción teórica, la categoría territorio se convirtió en el eje central de análisis. De las diversas concepciones que sobre el mismo se tienen, llama la atención la que propone Gustavo Montañez; para él, “cuando designamos un territorio siempre estamos asumiendo, aun de manera implícita, la existencia de un espacio geográfico y de un sujeto que ejerce sobre él cierto dominio, una relación de poder, una calidad de poseedor o una facultad de apropiación”².

Claves:

ESCENARIOS URBANOS, SUJETO Y PODER, NUEVAS ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS.

Resumen:

A la luz de los nuevos escenarios urbanos, es necesario elaborar nuevas estrategias interpretativas para tratar de comprender realidades que se ocultan detrás de las relaciones sociales. En este marco, las relaciones de poder son un elemento sustancial desde el que se constituyen las nuevas espacialidades. Los territorios, concebidos desde su apropiación a través del poder, permiten tener una mirada de sujetos que ejercen o que son receptores de estas relaciones. Basados en algunos planteamientos de Michel Foucault sobre el sujeto y el poder, se analiza la manera como se aplican estos elementos a un caso territorial concreto en la Zona de Tolerancia o Zona de Alto Impacto de Bogotá, de forma tal que se aporten al debate nuevas estrategias metodológicas que permitan nuevos planteamientos y tratamiento a las problemáticas urbanas.

Mots clés:

SCÈNES URBAINES, SUJET ET POUVOIR, NOUVELLES STRATÉGIES MÉTHODOLOGIQUES.

Résumé:

Les nouvelles scènes urbaines font nécessaire construire des nouvelles stratégies interprétatives pour essayer de comprendre les réalités qui se cache derrière des relations sociales. De cette façon, les relations de pouvoir conforment un élément important pour construire de nouveaux espaces. Les territoires qui sont entendues à travers du pouvoir, font possible comprendre les sujets qui mettent en pratique ou qui sont récepteurs de ces relations. Sur la base de quelques énoncés de Michel Foucault sur le sujet et le pouvoir, on analyse comment s'appliquent ces éléments a un cas territorial concret (zone de tolérance de Bogotá), pour apporter de nouvelles stratégies méthodologiques que permettent a nouvel abordage aux problèmes urbains.

Llama la atención inmediatamente que el territorio se define de acuerdo con los vínculos de dominio, poder, pertenencia o apropiación entre sujetos, individuales o colectivos, de un espacio geográfico. Es decir que se pueden tener dos contextos importantes, de un lado el ejercicio del poder, que puede incluir la dominación, unido con una relación cultural a través de la apropiación o pertenencia y de otro lado, los sujetos que generan o reciben dicha dominación o apropiación.

En el presente ensayo, el interés va encaminado a reflexionar acerca de las categorías poder y sujeto en este contexto territorial y la manera como puede comprenderse. Así mismo, de las diversas posibilidades de análisis, este enfoque se hará desde algunos de los postulados de Michael Foucault sobre el poder.

La zona de alto impacto, en su contexto actual, es percibida como un sector de la ciudad que, por acciones de tipo urbanístico, permite el funcionamiento de establecimientos comerciales relacionados con actividades sexuales. Este tipo de actividades no es exclusivo en el sector, en efecto, también se presentan otros tipos de comercios y actividades que están en los límites de la legalidad y la ilegalidad, límites que en ocasiones no son fáciles de percibir.

Es decir que esta zona, como otras de la ciudad, es un escenario donde la alta circulación de dinero, producto de actividades legales e ilegales, son un atractivo para los variados grupos que quieren mantener el control de las diversas operaciones. Pero, independientemente de la legalidad, es una zona altamente productiva. Esto lleva a plantear los primeros elementos de Foucault en cuanto a sujeto, ya que para él “(...) mientras el sujeto humano está situado en relaciones de producción y de significación, está igualmente situado en relaciones de poder que son muy complejas”.³

Propone este autor que al profundizar en las relaciones de poder es necesario hacerlo a través del antagonismo de la estrategia, es decir, por ejemplo, que para analizar la ilegalidad se debe comprender desde la legalidad. Para el caso del poder, el análisis debe hacerse desde “las formas

de resistencia y los intentos por disociar esta relación (de poder)”⁴.

De las posibilidades de lucha frente a las prácticas de dominación propuestas por Foucault, aquellas “contra las formas de explotación que separan los individuos de lo que padecen”⁵ puede ser una entrada para analizar el tema en la zona de tolerancia. Allí se encuentran diversas facetas de ejercicio del poder; sin embargo, nos concentraremos en la que se ejerce sobre la prostituta. Desde esta fase de poder se pueden analizar los dos significados que plantea Foucault de la categoría sujeto, aplicables al caso de las prostitutas.

De acuerdo con Foucault⁶, la categoría de sujeto se debe comprender desde dos perspectivas: sujeto a alguien por el control y la dependencia, que efectivamente es el más visible de las situaciones, dado que se da un ejercicio del control del cuerpo y de la acción; de otra parte, el sujeto, ligado a su propia identidad por una conciencia o acontecimiento. En este sentido, es necesario profundizar en los elementos identitarios de la prostituta, ya sea como clase, grupo social o gremio, pero específicamente en relación con posibles figuras de ejercicio de poder. Poder que también se puede analizar, ya no en la prostituta como receptora, sino como generadora del mismo en el marco de la relación inmediata con clientes o posibles clientes. Sin embargo, en estos casos no se podría hablar específicamente de una resistencia o una gobernabilidad, ya que la prostituta no está interesada, aparentemente, en ejercer un poder que vaya más allá del acuerdo establecido con un cliente; de otra parte, la relación está mediada por el deseo de satisfacción sexual.

Lo cierto es que existen diversos elementos de significación en la zona de tolerancia que abren la puerta al análisis del ejercicio del poder. Por mencionar algunos se puede hablar de zonificaciones espaciales excluyentes. El control territorial de una zona productiva lleva el registro de hechos violentos intencionales que a su vez son mensajes de control. En esta zona no hay cabida para ciertas prostitutas que quedan relegadas en sectores poco atractivos comercialmente. La edad, el consumo de drogas o el sitio de procedencia,

entre otros factores, son elementos que llevan a la exclusión o a la expulsión, como anota Foucault, “(...) la producción y circulación de elementos de significación pueden tener como objetivo o como consecuencia ciertos elementos en la esfera del poder”. En este caso, el uso de la violencia, inclusive, se presenta como un efectivo mecanismo de control, dado el significado extremo que quiere demostrar.

El poder no actúa directamente sobre los sujetos sino sobre sus acciones existentes o futuras, donde la violencia no se descarta en el juego de la relación de poder; a su vez, plantea Foucault, solo puede articularse sobre la base de dos elementos, cada uno de ellos indispensable, si ha de ser una relación de poder: “(...) que el “otro” (aquel sobre el cual se ejerce el poder) sea completamente reconocido y mantenido hasta el final como una persona que actúa y que, enfrentada en una relación de poder, pueda abrirse un campo entero de respuestas, reacciones, resultados e invenciones posibles”⁷.

Esto nos lleva a un elemento fundamental en la propuesta de Foucault sobre la comprensión del poder: la libertad. Considera que “El poder se ejerce sólo sobre sujetos libres, y solamente en la medida en que ellos sean libres”⁸.

Puede sonar contradictorio que se hable de la necesidad de hombres libres para el ejercicio del poder; sin embargo, Foucault lo plantea en términos de posibilidad de “consentimiento”, de otra manera no sería poder sino esclavitud. En este punto la mirada en la zona de tolerancia puede ofrecer tanto lo uno como lo otro.

De un lado personas que ejercen la prostitución y que son conscientes de que su trabajo está basado en el ejercicio del poder por parte de empresarios o mercaderes del sexo y lo hacen bajo su consentimiento como personas libres y aquellas personas que no tienen un consentimiento del ejercicio del poder sobre ellas y que están allí por deudas o acuerdos entre partes.

Cabría un tercer grupo. Aquellos que deciden ejercer fuera de la zona y lejos del ejercicio del poder; sin embargo, el traslado más allá del perímetro establecido puede indicar otros mecanismos o alcances del poder que llegan incluso a la desterritorialización.

En este último tipo de relación se perciben elementos de resistencia. Para Foucault, el poder y la resistencia se encuentran en una relación de interioridad, cualquier ejercicio del poder genera, automáticamente, una resistencia frente al mismo por parte de los sujetos sometidos y dominados.

Efectivamente, en la zona de tolerancia se pueden percibir distintas manifestaciones de rechazo a las prácticas de poder. Una de ellas se ejerce a través de la organización en diferentes estructuras que se resisten al dominio que ejercen sobre las relaciones de producción los empresarios y las instituciones del Estado. Estas resistencias se suceden como respuestas específicas a los micropoderes, los cuales existen interrelacionados en el marco más amplio constituido por el campo estratégico del poder. Para Foucault, “Los puntos de resistencia están presentes en todas partes dentro de la red de poder”⁹, pero tampoco se trata de un gran rechazo a esas prácticas a través de rebeliones

o revoluciones, para él “(...) hay varias resistencias que constituyen excepciones, casos especiales: posibles, necesarias, improbables, espontáneas, salvajes, solitarias, concertadas, raras, violentas, irreconciliables, rápidas para la transacción, interesadas o sacrificiales; por definición, no pueden existir sino en el campo estratégico de las relaciones de poder”¹⁰.

En efecto, se presentan múltiples maneras del ejercicio del poder, lo que genera, a su vez, múltiples formas de establecer resistencia para no sucumbir a la dependencia absoluta. No hay un acuerdo evidente de aquellos sobre los que recae el poder, de ahí la variedad de manifestaciones de resistencia que se pueden entrever. Para Foucault, “Las resistencias (...) están distribuidas de manera irregular: los puntos, los nudos, los focos de resistencia se hallan diseminados con más o menos densidad en el tiempo y en el espacio, llevando a lo alto a veces grupos o individuos de manera definitiva, encendiendo algunos puntos del cuerpo, ciertos momentos de la vida, determinados tipos de comportamiento”¹¹.

La diversidad de subjetividades e identidades que se fijan en la zona de tolerancia hace que se tomen posiciones individuales y colectivas para enfrentar el poder. No se busca una emancipación con respecto a las relaciones de poder sino un reconocimiento por diferencias e igualdades. Los trabajadores sexuales tienen diferencias marcadas que también se reflejan en el espacio. Los travestis y las prostitutas que ejercen en el espacio público son diferentes, así como lo son las prostitutas que trabajan en el interior de los establecimientos. Esto hace que sobre ellos las formas del ejercicio

del poder sean diferentes, así como las formas de resistencia.

Desde esta óptica el poder adquiere mayor significación, si se tiene en cuenta que para Foucault se debe entender como una relación social que debe analizarse en el marco también de la resistencia. Así, por ejemplo, para Pedro Guevara, el concepto de poder “(...) por sí solo tiene poco alcance interpretativo, mientras que vinculado al concepto de resistencia adquiere mayor potencial teórico; éste pasa a jugar un papel muy significativo porque permite darle a aquél el dinamismo del que carece: sin la resistencia el poder sería un fenómeno estático, permanente, siempre conservador. Así, por ejemplo, la resistencia puede presentarse en tres opciones lógicas y en tres momentos diferentes de la dinámica del poder: 1) en el momento en que un actor determinado inicia el intento de ejercer poder sobre otro y éste reacciona resistiéndose a ello; 2) en el momento cuando la relación de poder se hace eficaz, lo que implica que la resistencia fue vencida y al actor objeto del poder no le queda otra opción que aceptar la imposición coactiva en contra de su voluntad; y 3) en el momento en que resurge la resistencia cuando, por razones diversas, al actor objeto se le presenta la oportunidad de rebelarse contra la imposición coactiva del actor sujeto de la relación de poder y efectivamente lo hace”¹².

Ejercer el poder requiere gobernar las relaciones que se utilizan para lograr este fin. Para Foucault el poder no es más que un tipo particular de relaciones entre individuos. “La característica más notable del poder es que algunos hombres pueden, más o menos por completo, determinar la conducta de otros hombres

pero nunca ni exhaustiva ni coercitivamente. Un hombre que es encadenado y golpeado está sujeto a la fuerza que se ejecuta sobre él. No al poder. Pero sí puede ser inducido a hablar, cuando su último recurso podría haber sido morderse la lengua y preferir la muerte, entonces ha sido orillado a actuar de cierto modo. Su libertad ha sido sujeta al poder. Ha sido sometido al gobierno”¹³.

Es preciso profundizar más sobre lo que Foucault presenta como gobernar. En seguridad, territorio y población, él considera que esta categoría “(...) abarca un sentido semántico muy amplio que se refiere al desplazamiento en el espacio, al movimiento, que se refiere a la subsistencia material, la alimentación, que se refiere a los cuidados que puedan proporcionarse a un individuo y la salvación que se le puede asegurar, que se refiere asimismo al ejercicio de un mando, de una actividad prescriptiva, a la vez incesante, afanosa, activa, y siempre benévola”¹⁴. Por lo tanto el gobernar no solo implica un control sino también una responsabilidad de ofrecimiento de protección. Vale la pena preguntarse si en la zona de tolerancia se protege o se amenaza. Se pueden percibir las dos situaciones ya que hay un mercado que requiere ser tratado con sutileza, dado que marca la diferencia en una actividad donde la belleza y el atractivo físico se vuelve fundamental, lo que requiere generar los elementos necesarios de “cuidado”. También se presenta la amenaza que tiene que ver más con lo público o con el control territorial y productivo.

Lo que se percibe en la zona de tolerancia se acerca a estos postulados. De un lado, un control de las dinámi-

cas del sector, reflejadas en una territorialización del espacio, que desencadena en una configuración de las relaciones entre sujetos y espacio. Se regula el espacio público de tal manera que no se puede acceder a él sino de acuerdo a la distribución que sobre este se determina, aunque a diferencia de lo planteado por Foucault pueden ejercerse prácticas coercitivas materializadas a través de actos de violencia. Sin embargo, también la permanencia en esta zona es opcional, es decir que aunque podrían resistirse a la presión que se ejerce, muchos terminan sujetos al poder de manera voluntaria.

En la microfísica del poder, Foucault resalta que más allá de analizar el poder en el terreno de la subjetividad de los individuos que lo detentan, sus intenciones y su voluntad, hay que orientar la mirada es hacia la microfísica del poder, las prácticas y dispositivos tecnológicos de dominación¹⁵.

Por lo tanto, es importante identificar y analizar esos lugares tácticos y estratégicos que ocupan los diferentes sujetos de la zona de tolerancia para comprender la forma en que se reproduce el poder. De ahí la importancia de la función social que desempeñan los diversos actores sociales. En este contexto se puede explorar un elemento a través del cual se practican controles de dominación en esta zona: la droga.

En efecto, se pueden establecer múltiples controles a través de toda una red de observadores que vigilan el movimiento y las dinámicas productivas. El control del territorio se ejerce dada la importancia de diferentes tipos de distribución de drogas. El panóptico sale de su diseño original

para materializarse en multitud de cuerpos observantes de las dinámicas. No se requiere una torre central ni un sistema de videovigilancia para disciplinar los cuerpos, allí los sujetos son observados por sujetos. Los ritmos del espacio se regulan al saberse observados por multitudes que actúan como dispositivos de dominación.

Así se da cumplimiento a los dos objetivos del panoptismo que se presentan en vigilar y castigar: Primero, hacer que el ejercicio del poder sea lo menos costoso posible. Si bien hacemos referencia a la multitud observadora o vigilante, sus costos no se pueden establecer en lo económico, más bien se hacen en lo social. En esta zona se requiere el respaldo de los generadores de las relaciones de poder, de esta manera se logra tener la protección y el suministro de ciertos bienes o inclusive el permiso de permanencia o explotación económica del espacio público. En esta condición el ejercicio del panoptismo resulta discreto y hasta cierto punto invisible; el segundo objetivo es lograr que la vigilancia se convierta en una maquinaria cuyos efectos se generalicen e intensifiquen a lo largo y ancho del cuerpo social.

El espacio privado de la zona es cada vez menos privado. El control se extiende a través de toda una red de vigilancia que opera en razón a un control ejercido desde grupos que aparentemente se invisibilizan. Esta vigilancia tiene dos objetivos, de un lado controlar los cuerpos y de otro vigilar lo externo, las posibles llegadas de los cuerpos de seguridad del Estado.

A manera de conclusión no definitiva, encontramos en la zona de tolerancia de Bogotá múltiples manifestaciones de poder que se ejercen entre sujetos. Se presentan individuos que podrían salir de allí pero que por cuestiones económicas o de manejo del espacio terminan sometidos al poder y para el ejercicio de este requiere que se ejerza una gobernabilidad que tiene como finalidad el control del espacio. Sin embargo, para que se puedan establecer estas prácticas de poder se generan múltiples resistencias, individuales y colectivas, no obstante la permanente vigilancia a través de sistemas de control, podrían verse

como alteraciones al “panoptismo” propuesto por Foucault, aunque con los mismos objetivos.

Bibliografía

- Foucault, Michel. (1980). *Microfísica del poder*. Madrid. Ed. La Piqueta.
- _____. (1988). El sujeto y el poder. *Revista Mexicana de Sociología* No. 3. P. 52.
- _____. (1996). “*Omnes et singulorum*. *Hacia una crítica de la razón política. ¿Qué es la ilustración?* Madrid: Ediciones de la Piqueta.
- _____. (2000). *Historia de la sexualidad I. La voluntad del saber*. México D.C. Siglo XXI Editores. Página 116.
- _____. (2006). *Seguridad, territorio y población: Curso en el Collège de France: 1977-1978*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 149.
- Guevara, P. (2005). *Crítica a la teoría del poder en Michel Foucault*. Documento sin editar, pp. 16 y 17.
- Montañez, G. (2001). *Espacio y territorios: razón, pasión e imaginarios*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia: Red Espacio y Territorio, p. 20.

Notas

1. Antropólogo. Especialista en Gestión Pública y candidato a Magíster en Ciencias Sociales. Coordinador de investigaciones sobre problemas urbanos relacionados con la seguridad y la convivencia en la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá en conflictividades asociadas a la red distrital de plazas de mercado de Bogotá, D. C., hurto a personas en el entorno del Sistema de Transporte Masivo Transmilenio, hurto a residencias en Bogotá, accidentalidad vial (muertes en accidentes de tránsito años 2000 a 2009). Actualmente vinculado al Centro de Estudio y Análisis en Convivencia y Seguridad Ciudadana de la Secretaría de Gobierno de Bogotá.
2. Montañez, Gustavo. 2001. *Espacio y territorios: razón, pasión e imaginarios*. Universidad Nacional de Colombia. Red Espacio y Territorio. Bogotá - Colombia. Pág. 20.
3. Foucault, Michel. 1988. *El sujeto y el poder*. *Revista Mexicana de Sociología*. No. 3. Página 52.
4. Ídem. Página 57.
5. Ídem, Página 60.
6. Ídem. Página 64.
7. Ídem, Página 84.
8. Ídem, Página 87.
9. Foucault, Michel. 2000. *Historia de la sexualidad I. La Voluntad del saber*. México D. C. Siglo XXI Editores. Página 116.
10. Ídem. Página 116.
11. Ídem. Página 117.
12. Guevara, Pedro. 2005. *Crítica a la teoría del poder en Michel Foucault*. Documento sin editar. Páginas 16 y 17.
13. Foucault, Michel. 1996. “*Omnes et singulorum*. *Hacia una crítica de la razón política*” En: *¿Qué es la ilustración?* Ediciones de La Piqueta. Madrid.
14. Foucault, Michel. 2006. *Seguridad, territorio y población: Curso en el Collège de France: 1977 - 1978*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. Página 149.
15. Foucault, Michel. 1980. *Microfísica del poder*. Ed. La Piqueta. Madrid. Páginas 157 y 158.

Evaluación psicopatológica de diez sindicados de delitos sexuales con menores

Claves:

DELITOS SEXUALES SERIALES,
PATOLOGÍAS.

Resumen

El presente trabajo tiene tres objetivos: el primero, presentar estadísticas de los dictámenes realizados durante el año 1999, correspondientes a los sindicados de delitos sexuales, con el fin de observar el tipo de solicitud y los diagnósticos forenses más frecuentes. La segunda parte ofrece elementos históricos de 10 transgresores sexuales, quienes confesaron la autoría de los hechos; la tercera comprende la presentación de tres casos, a partir del tipo de conducta. Este análisis toma en cuenta conceptos como neosexualidad y perversión, como ejes teóricos.

Mots clés:

DÉLITS SEXUELS SERIALS, PATHOLOGIE.

Résumé:

Le présent travail a trois objectifs: le premier consiste à présenter les statistiques des expertises réalisées durant l'année 1999 qui correspondent aux accusés d'abus sexuels, cela avec la finalité d'observer le type de sollicitude et les diagnostics légistes les plus fréquents. Le second offre des éléments historiques de 10 agresseurs sexuels qui ont reconnus leur faute; la troisième comprend la présentation de trois cas, analysés selon le type de comportement. Cette analyse tiens en compte les concepts de la « neosexualité » et de la perversion comme axes théoriques.

NANCY DE LA HOZ¹

: 35

La sexualidad es una función inherente al ser vivo. Su estructura, desde el punto de vista dinámico, tiene como fin mantener la homeostasis interna del organismo, encargándose de la satisfacción de las pulsiones eróticas. En este ejercicio, el narcisismo, lo propio, la personalidad, es dirigido hacia un objeto, digamos hacia otro ser que lo contenga y constituya un modelo continente. Las emociones y deseos son el trasfondo y vehículo de esa búsqueda de objeto continente; puedo decir que esto conlleva el sentido de la vida.

En todos los casos, el logro de la satisfacción conlleva un choque con el entorno social, lo que implica que las funciones del Súper Yo, o en términos aproximados, las estructuras que contienen funciones éticas y morales, siempre estén implicados, presentando características especiales que se integran o dan forma o un perfil especial a los transgresores.

Las perturbaciones que pueden producirse son numerosas, implicando los vínculos interpersonales, la emocionalidad y la conducta de forma masiva. Las estructuras perversas pueden relacionarse con todos los elementos del espectro psicopatológico desde la psicosis, es decir, desde aspectos muy desestructurados y disociados, hasta aspectos más o menos integrados.

La comprensión del comportamiento perverso requiere una reconstrucción histórica del sujeto que permita observar las vicisitudes por las que atravesó la emocionalidad desde la muy temprana infancia hasta la adolescencia; este período, como un momento de integración, permite observar ya el resultado final de la modalidad de comportamiento sexual.

Para los examinados que pretendo describir, la sexualidad se presentó actualizando elementos de la sexualidad infantil en un trasfondo de ansiedades, de desestructuraciones, de due-

los patológicos; la sexualidad-emocionalidad no mostró vitalidad, el objeto no fue privilegiado pero sí el goce y finalmente se dio la transgresión social y judicial.

Neosexualidad

El proceso dinámico de la adolescencia requiere de renuncias, de encuentros, aceptaciones, identificaciones, el definitivo imperio del principio de realidad. Todo este desarrollo expresado finalmente en la posibilidad de la actividad creadora. La madurez sexual es resultado necesario de la supervivencia a la **“catástrofe”** de la adolescencia, lo cual implica que queden investidos con nueva libido los nuevos objetos, así lo infantil quedará atrás sin mayores complicaciones. Esto en términos psicológicos quiere decir que se ha realizado o elaborado el duelo, que clásicamente se reconoce tras los cambios del cuerpo, de los roles y de los padres de la infancia.

Las expresiones sexuales diversas a las usuales, conocido como perversión, encuentran nuevo sentido al ser tratadas y descritas con la representación de un drama **“genitalizado”**, o la puesta en escena de una fantasía inconsciente, la cual nos lleva al concepto de neosexualidad y megalomanía². Los puntos de anclaje son las ideas de Joyce McDougal sobre neosexualidad y Denise Lachaud sobre megalomanía. Los orígenes de estas situaciones son ubicados desde el establecimiento de las primeras relaciones, desde lo más temprano en el plano afectivo. No es algo que pueda aparecer desconectado de la historia del individuo o como un quiebre traumático solamente.

Estos autores vuelven su mirada hacia la más temprana de las relaciones, la de la madre con su bebé. Es en este punto en que las vicisitudes de este vínculo pueden impedir la integración emocional adecuada del bebé, la conexión del bebé con su propio cuerpo, quien, básicamente, es incapaz de satisfacerse desde el autoerotismo, viéndose tempranamente perturbada la función de identidad e identificación que realmente es una búsqueda. Freud establece la continuidad

del problema del narcisismo desde el nacimiento, la pérdida de la unicidad con la madre y el desdeseo, que se solucionan tras lograrse un equilibrio entre el principio de realidad. En este sentido entonces el **“traer a la madre de vuelta”**, implica intentar recrear las condiciones a través del drama **“neosexual”** planteando el tipo de relaciones de la **“madre dividida”**, aquella de las fantasías sexuales infantiles, tal vez en este intento se logre investir eróticamente el cuerpo, encontrar el objeto total y sentirse vivo.

Es entonces cuando la gratificación proveniente de la descarga sexual se da como una forma de encubrir estados de angustia. El neoadolescente es quien, por supuesto desde su fantasía, **“porta un cuerpo dañado, mutilado”**, un yo sin cohesión, transmitido por la falla en la relación madre-bebé; es el adolescente quien no se puede reconocer, sentir, pensar, representar, comunicar un cuerpo provisto de erotismo, integrado y aceptado.

La comunicación madre-bebé en términos libidinales, ha sido incoherente, ha habido desencuentro, no aceptación del sexo, de los genitales, ni de las primeras actitudes autoeróticas del bebé. Los estados mentales resultantes de esa clase de experiencias pueden ser encontrados en el tipo de sindicatos a los que me refiero en este estudio.

Es seguro que con anterioridad al periodo edípico (etapa comprendida entre los dos y cuatro años del niño, en la cual sus intereses de todo tipo se centran alrededor de la relación con sus padres o sus representantes), el sujeto ha inventado excitaciones para lidiar con este tipo de ansiedades y estados mentales de difícil tolerancia, enfrentados con muchos tipos de síntomas de una amplia gama de autoerotismo, enuresis, retención o juegos fecales, balanceos, mutilaciones o auto agresiones, pero muy seguramente no se mencionará la excitación correspondiente a la manipulación de los genitales, la cual no es asumida como refugio.

El ejercicio de la sexualidad adulta en este tipo de contexto, estaría plagada de peligros, de forma

que las relaciones eróticas heterosexuales maduras, serían sentidas como peligrosas o serían materialmente imposibles, esto marcaría sintomatología y modos de relación de tipo narciso que serían de importancia al intentar un diagnóstico, o en el caso de una aproximación de intervención desde ámbitos distintos al psicoanálisis. Me refiero específicamente a los menores infractores, donde serían útiles recomendaciones a educadores y terapeutas.

El intento de solución, desde la fantasía inconsciente, para recobrar la homeostasis interna ante estas amenazas, requiere de la invención de un escenario, un libreto y una puesta en escena que provea sentido; es tal vez este el momento en que esta invención personal es tenida como única y superior, dado que posibilita el goce y el sentimiento de triunfo el elemento megalomaniaco (omnipotente y todopoderoso), de ahí que todo transgresor sexual realice acciones repetitivas, con un sello personal.

Hay dos cosas que directamente derivan de este intento de solución, una minimización o ausencia del sentido de responsabilidad y una ausencia de consideración por el otro; es incluso posible que el otro en realidad no exista. Se accede así a una relación anónima, lo cual nos pondría en un tipo de relación perversa. Si además de lo anterior se requiere la desaparición y/o el sufrimiento de la víctima ya no simbólica sino real, ello nos remite a los asesinos seriales. De ahí la importancia de observar, desde cualquier disciplina, los rasgos megalomaniacos y las expresiones de sadismo en la escena, que orientarían investigaciones e intervenciones.

El agresor niega la pérdida, las contradicciones, toda historia, la depresión, las sensaciones de tristeza, tiene un estado de ánimo de despreocupada excitación o de aburrimiento, no hay verdadera dependencia de una persona sino de una actividad, **“no hay daño”**. Estos aspectos son los que realmente impiden cualquier reparación (Klein).

Esta dinámica es necesaria para el delincuente en aras de poder lidiar con las angustias provocadas por la diferencia anatómica, por la pérdida, por el

daño, la castración. Ello nos explica sus comportamientos extravagantes bizarros, necesarios al sujeto; nos explican los estados mentales previos concomitantes y posteriores a las acciones; dan cuenta de estados de ánimo de frialdad, de seguridad en sí mismo, del conocimiento que tienen de la naturaleza y vulnerabilidad del otro, de la determinación y control que muestra su conducta; también de las dificultades evidentes de entender otros puntos de vista, de sentir compasión o de abandonar estas prácticas.

Por esto podemos concluir que todos los transgresores sexuales son seriales; siguen un libreto y lo ejecutan una y otra vez. Estos han perdido el conocimiento de que es una invención y que han entrado a jugar un papel de forma repetitiva y omnipotente, en otra realidad en la que se hacen grandiosos por un momento, mientras que en otros ámbitos de la vida, se muestran inseguros, poco hábiles, tímidos y hasta inadecuados; para muchos la creación neosexual es el motor de su vida.

El objeto de los ataques del agresor está siendo siempre permanentemente **“creado”** por su autor aunque en su esencia no varía. Desde lo forense, no puede hablarse de **“pareja”** del abusador, refiriéndose a sus víctimas, sino de eslabón de una cadena de sujetos necesarios para satisfacción. Así mismo, con mucha frecuencia se requiere de un cómplice. Puede constatarse cómo la culpa y el deseo son depositados en el otro, lo cual permite entender cómo en situaciones de abuso sexual, en las que el niño es parte de un engranaje, el victimario le atribuye deseos, siendo corriente que diga **“yo sé que te gusta, aunque digas lo contrario”**. El niño o niña termina no siendo más que la emoción de otro.

Presentación de estadísticas

Estas estadísticas fueron tomadas de los casos recibidos en el servicio de psiquiatría y psicología forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, previo a la instalación del nuevo Sistema Penal Acusatorio en 1999. Es de anotar que el número de casos en los que

se solicitaron evaluaciones sobre sindicados de delito sexual decreció notablemente en los últimos años, muy probablemente debido a que la Fiscalía centró su interés en la evaluación de víctimas a través de la valoración del testimonio y el estudio de evidencia física. Cabe preguntarnos en este punto si el interés sobre el testimonio sigue siendo como en el pasado, la necesidad de garantizar el derecho de defensa de los indiciados.

Para ese año (1999) existieron 166 solicitudes de exámenes a los sindicados de delitos sexuales y fueron asignados en su totalidad a Psiquiatría. El primer dato tomado para este estudio fue la relación del sindicado con la víctima; se encontró que en 60 casos, el sindicado fue un conocido de la familia, en 41 casos el padre, en 25 casos un familiar, en 20 casos un desconocido, en 14 casos el dictamen no reportó este vínculo, en cinco casos el denunciado fue el esposo y en uno el sindicado simplemente dijo no recordar qué vínculo tenía con la víctima.

Esta tabla, a mi parecer, confirma la tendencia universalmente encontrada en el tema del delito sexual y es que estos son cometidos por personas que comparten rutinas y vínculos con las víctimas, lo cual puede verse como una complicación a la hora de investigar, dada la lealtad, apego y lazos de mutua dependencia; también nos permite hacer hipótesis sobre en qué puntos puede recaer el daño, más allá de la salud o proyecto de vida de la víctima. Se examinó también el tipo de delito sobre el cual recayó la investigación. Tenemos entonces que el mayor número de casos investigados correspondió a actos sexuales abusivos, seguido de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo; en 21 casos los dictámenes no especificaron el tipo penal y en dos casos estaban tipificados como corrupción, dos como acceso carnal violento y homicidio, uno como tentativa de acceso carnal y otro como incesto. La interpretación que se desprende, necesariamente, es que estas solicitudes conservan su proporción con los tipos penales denunciados.

De todas maneras, vale la pena señalar que los actos sexuales abusivos, tanto en el ámbito cri-

minológico, como en la investigación médico o psiquiátrico-forense, son un reto grande, dada la ausencia de evidencia física y la desmentida familiar que se extiende a la desmentida social y que involucra la desmentida de la justicia. Esto consiste en la dificultad que tienen las personas de asumir la realidad que es negada en lo inconsciente, incluso por la propia víctima. El mejor ejemplo de esta situación se da en la madre de las niñas abusadas quienes no logran “**darse cuenta**” de la seducción, aunque los hechos ocurran en la propia casa, habitación e incluso en la misma cama, no siendo posible la interpretación o representación de la situación real.

El que la mayoría de los delitos correspondan a actos y acceso abusivos, nos muestra cómo son los niños la mayoría de las víctimas y cabe aquí la formulación de una hipótesis sobre cómo los niños o la infancia es usada y lo ha sido a través del tiempo por toda la humanidad, para mantener el equilibrio interno y colectivo. La ausencia de evidencia física es una gran debilidad para la investigación de estos delitos, no siendo suficiente, de ninguna manera, los peritos ni la infraestructura para cubrir las necesidades de la justicia y las víctimas. Son de interés más específico de la psiquiatría, homicidios asociados a acceso carnal, pues muy probablemente impliquen un asesino serial; también corresponde examinar el incesto con el fin de procurar una teoría particular al caso; la incapacidad de resistir se constituye en una evaluación muy importante, permitiendo una tipificación indispensable en algunos casos que trae consecuencias muy específicas.

Los resultados sobre el motivo de la peritación son muy reveladores, dado que por lo menos en 97 casos, se solicitó el estudio de las características de la personalidad, lo cual permite entender que las autoridades atribuyen la comisión de estos actos a alguna anormalidad. Solo 25 de los casos fueron encaminados por la autoridad a establecer capacidad de comprender y determinarse al momento de los hechos. En 27 casos confluyeron los dos tipos de solicitud, es decir, se solicitó el estudio de la personalidad y el estudio sobre trastorno mental, lo cual confirma que el jurista considera las conductas sexuales transgresoras

como una anomalía que puede generar una inimputabilidad. Fue interesante una solicitud en torno a **“encaminar el proceso”**.

Respecto de un diagnóstico clínico elaborado por los peritos, encontramos que 35 de los examinados fueron diagnosticados con trastorno de personalidad narcisista y psicopática, 20 con trastornos de personalidad antisocial y sexualidad perversa, 18 con rasgos de personalidad que no inciden en la capacidad de control de impulsos, 20 otros tipos de personalidad, 10 presentaron personalidad normal y al resto de los examinados no se les dio diagnóstico en términos clínicos. Cabe interpretar estos hallazgos como comunes a toda transgresión y delitos. Me parece importante en diagnósticos sobre conductas o prácticas sexuales bizarras o raras, describirlas muy bien, debido a que se constituyen en huella que individualiza.

La ausencia de diagnóstico en términos clínicos puede llegar a ser una falencia del informe. El diagnóstico de personalidad normal en un transgresor no se puede entender como un error o contradicción, pero puede ser fuente de confusión para la autoridad que puede pensar que solo los **“anormales”** infringen la norma. Por ello debe quedar muy bien explícita la conclusión.

Fue muy interesante encontrar diagnósticos muy precisos, asociados a las alteraciones anteriores, entre los cuales seis casos de retardo mental, casos de alcoholismo, casos de estado sicótico, tres casos en los que se arribó como diagnóstico el ser menor de edad, un caso de neurosis y, muy interesante, un caso con alteración del pensamien-

to, sin psicosis. El afinar el diagnóstico a este punto aporta un valor agregado a la comprensión del acto transgresor en particular, y permite al funcionario judicial entender en términos médicos y científicos una conducta, disminuyendo la posibilidad de que se mantengan los prejuicios; por supuesto que el dictamen debe aportar esta explicación de forma explícita.

El diagnóstico forense es, sin duda, el que permite la tipificación; estos datos revelaron que la gran mayoría de los casos no presentaron trastorno mental ni inmadurez psicológica, lo cual fue consignado de forma explícita; otros diagnósticos forenses como inferioridad psíquica, rasgos de personalidad, no compatibles o compatibles con este tipo de conductas requieren de una fuerte sustentación, dadas sus implicaciones en la investigación.

Dieciocho examinados presentaron trastorno mental permanente lo que implica que no estuvieron en capacidad de comprender y determinarse frente a los hechos; sería muy interesante cruzar este eje con el de diagnóstico clínico. Otros casos presentaron trastorno mental transitorio, un caso permitió aclarar que la enfermedad mental permanente no interfirió con la capacidad de comprender y determinarse, otro que el estado mental de la examinada no impedía que pudiese someterse al interrogatorio. Es indudable la importancia de estos diagnósticos, dado que el apoyo que brindan al funcionario judicial le permite tomar decisiones de fondo en cada uno de los casos.

Finalmente, se examinó la edad de los agresores sexuales. Encontra-

mos que 45% de los casos tenía una edad entre 18 y 35 años, 14% eran menores de edad, y los mayores de 50 años 14%. Respecto de estos datos, se resalta el rango de edad de los menores en los que la autoridad encargada de investigar orienta su accionar hacia la rehabilitación (jurisdicción especial de menores), por lo que el dictamen debería también orientarse hacia estos puntos. El resto de las edades era compatible con la comisión de otros delitos, siendo la población de varones jóvenes, es decir, menores de 35 años, la más implicada. Pienso que la impulsividad y la intensidad del deseo sexual se expresan más en este rango de edad, dado que el deseo sexual va declinando al avanzar la edad.

Elementos históricos significativos en diez casos de sindicatos evaluados en el marco psiquiátrico forense, quienes habían confesado

Para este estudio fueron seleccionados diez casos examinados por mí, delincuentes sexuales procesados que habían confesado ante las autoridades la comisión de estos delitos y cubrieron varios años de trabajo, siendo el más antiguo 1996 y el último 2004; todos ellos previos al establecimiento del nuevo Sistema Penal Acusatorio.

Este segundo aparte, solo tiene por objeto llamar la atención hacia elementos comunes a la mayoría de los casos, y/o señalar en ellos alguna tendencia de funcionamiento. La utilidad sería el brindar puntos de orientación a la hora de pensar, hipótesis útiles a la comprensión de las relaciones interpersonales y específicamente con la víctima. Para

ello tomé elementos históricos de ayuda para abordar este tipo de casos.

Tenemos que tener en cuenta que no existe una manera de ser específica que permita establecer por sí misma un lazo causal entre la personalidad y la acción transgresora; partimos de considerar un espectro psicopatológico amplio, teniendo en cuenta que el impulso sexual, en cuanto objeto sobre el cual gira la satisfacción, es flexible; también, es de tener en cuenta que la conducta depende de factores internos y externos, estando entre los factores la actitud de las víctimas. Como otro campo que permite ubicar tipologías de actos, puedo señalar que existen dos grandes órdenes de comportamientos sexuales transgresores: aquellos francamente seductores y otros de menor intensidad.

A continuación expondré los antecedentes familiares o vincular en temprana edad, así como componentes de abuso sexual, los cuales conforman un factor traumático de este pequeño grupo de transgresores:

- *Antecedentes de pareja*: sin pareja, pareja no está, disfunción de pareja: diez casos.
- *Madres ausentes*: en tres casos por muerte y abandono forzado por el padre. Con un patrón de abandono: tres casos, aunque fueron ampliamente justificadas en dos casos y reprochada solo en uno. Relaciones amalgamadas e idealizadas con la madre, en tres casos.
- *Padres ausentes*: en cinco casos, jugando papeles secundarios en cuatro.
- *Antecedentes de abuso*: seis casos entre los cuales un caso de niño institucionalizado.

Estructurar el contenido del principio acerca de la víctima:

- En un caso, el sindicato afirmó que la menor de siete años lo seducía y que él solo respondía a sus insinuaciones.
- Uno de ellos era consciente de que los “*atrapaba*” pero que ellos se beneficiaban a la larga de sus cuidados y regalos.
- Dos de ellos ejercían el abuso como castigo.
- Los demás no mencionaron sus apreciaciones, no logrando exponer mínimamente alguna motivación o factor precipitante de sus acciones.

Respecto de la elaboración de algún juicio o reflexión crítica acerca de su comportamiento sexual, encontré:

- Nueve de los diez sujetos sostenía relaciones heterosexuales con mujeres adultas, considerándose personas con la sexualidad sana por este hecho; básicamente sentían que las transgresiones eran una falla, algo contingente y no estructural.
- Los actos sexuales, su acceso con los menores les resultaban igual o más satisfactorias a todos en tres casos, según ellos, mucho más satisfactorias que las relaciones con adultas y en un caso los menores eran la única fuente de gratificación sexual. En un solo caso no eran menores su objeto sexual.

- Uno de ellos mencionó que realizaba actos muy rápidos, muy satisfactorios para él y que por ello no alcanzaban a dañar a la menor, pues esta lo amaba.

Una evaluación sobre lo anteriormente consignado no pretende arrojar datos desde lo cuantitativo y cualitativo, sino encontrar algunos elementos sobresalientes en el marco de la relación o vínculos históricos de este pequeño grupo de examinados. Si bien las madres no son criticadas, ni reprochadas, sino por el contrario idealizadas, no podía dejar de evidenciarse la perturbación desde el abandono o por la negación de los espacios propios de desarrollo a los, en ese entonces, niños. Más fácil puede verse la perturbación de la relación con el padre, en términos de ausencia o rasgos que lo hacían cruel o indigno. Pienso que, aunque estas imágenes parentales no son exclusivas de las alteraciones sexuales, sí tienen una importancia en el sentido de que no son apropiadas para producir identificaciones con el sexo del padre, no existiendo posibilidad suficiente de atribuir significado simbólico a las diferencias entre sexos o entre generaciones.

Otro elemento que destaco es una falta de crítica y una falta de malestar respecto de las víctimas y respecto de las prácticas sexuales, lo cual entiendo como que la creación del teatro erótico implica también la manipulación de la verdad sexual y de la realidad dentro de la mente; es decir, tiene que ver con una alteración del pensamiento, muy puntual para el evento sexual.

El resultado de esta puesta en escena a nivel de estado mental es el que da la vivencia de que la prohibición

es solo una amenaza sin poder, los actos coercitivos o violentos, en realidad son sentidos como inocuos, que no causan daño a nadie, ni siquiera a la pareja heterosexual que puede ser la madre de la víctima y mucho menos a la sociedad; la **gratificación** sexual se impone a toda consideración, por la estructuración de un corto circuito en la vivencia angustiada del daño vivido por ellos en su temprana infancia y referida en la vida adulta a las víctimas. Al no haber dolor, angustia o pesar, no hay pensamiento o elaboración, solo la posibilidad de repetir permanentemente el libreto sexual transgresor, lo cual le da un carácter adictivo, repetitivo o compulsivo.

Finalmente, por lo menos para estos diez casos, el evento de trauma sexual en la infancia fue muy significativo, el cual debe ser considerado como importante en el marco de las vicisitudes del desarrollo.

Algunos estados mentales en la trasgresión sexual, seleccionado de 10 casos en que los sindicados aceptaron la comisión de los hechos.

Análisis de tres casos

Presentaré tres fragmentos de la historia en la que los examinados consideraron existió conciencia sobre su conducta sexual.

Pedofilia

- Varón de 45 años refiere conciencia del gusto por varones desde los catorce años inicialmente vivido con conflicto, pues afirma que antes sentía “gusto” por las mujeres, hacia los 20 años inició contactos homosexuales que van haciéndose específicos en el curso de varios años por los niños, finalmente manifiesta sentir incomodidad consciente frente a las mujeres pues, según él, puede causarles daño.
- Es un hijo único entre cuatro mujeres, califica su padre de mujeriego, su madre fue una persona distante, trabajadora, al cuidado de empleadas desde que era un bebé. Como antecedente significativo refiere abuso sexual a los seis años por parte de una empleada del ser-

vicio, quien frotaba sus genitales contra la cara del entonces niño, hacia los once un maestro realizaba actos sexuales abusivos, según él, por un corto periodo, recuerda por lo menos 3 eventos, hacia los trece años es accedido por dos compañeros en los baños del colegio.

- En cuanto al *modus operandi*, describe que crea relación con los niños y las familias, se ha unido a programas de recreación, ha sido profesor de natación y de apoyo en programas de rehabilitación de niños de la calle, se jacta de tener un amplio conocimiento de los gustos, actitudes, rutinas y sentir de los niños, que cree conocerlos por sus actitudes; manifiesta que permite que ellos creen que tienen el control y dice que no causa daño con la actividad sexual; lo considera más una diversión a pesar de que también confiesa usar trucos para llevarlos hasta su apartamento. En este fueron encontrados muchos juguetes y formas de recreación, como videojuegos, patines, bicicletas y grabaciones de los menores; se lamentó que uno de los menores lo hubiese denunciado considerando que desestimó la percepción inicial de que ese niño era de los que “no guardan secretos”. Asimismo manifestó que le gustaba observar la carne y específicamente los ojos, una mirada mejor de los niños, mientras eran penetrados.
- En el transcurso de la conversación con este sindicado, pudo establecerse que la figura femenina es vivida como fuerte pero abandonica y el padre como distante y degradado, presenta identificación con los menores, quienes son tratados como objetos únicos, valiosos, por ser la única forma de descarga sexual.

Me permitiré un corto comentario acerca de la dinámica, en este caso, ya que la pedofilia es considerada una auténtica perversión, siempre violenta en el sentido amplio, no referida a los tipos penales. Freud, la concibió como un acto con objeto diverso al objeto normal, mencionó que el niño era un objeto sustituto de quien no logra mantener relaciones sexuales con otras parejas adecuadas, mencionó específicamente a través del trabajo sobre Leonardo Da Vinci que existía un amor inconsciente por la madre y que se comportaba en lo erótico como ella respecto

a los jóvenes de quien se enamoraba. Consideró que el trauma era el marco necesario a estas conductas, enfatizado en una historia de carencia y pérdida como la pérdida del pecho materno, revivido al enfrentar la ansiedad de castración, la elección homosexual respondía a la imposibilidad de aceptar la mujer, pues esta por la ausencia de pene despertaba intensos sentimientos de angustia. Sin embargo, este caso, además de la elección homosexual, muestra la exclusividad y el hecho que sean niños. Es útil referirnos al caso presente, también a partir de los argumentos teóricos de otros autores, pero en general es evidente que es un problema que atañe a toda la sociedad, dado el daño ocasionado a una franja de población muy valiosa, muy especial, como son los niños.

El eje a través del cual hoy en día podemos pensar sobre el pedófilo es que tenemos que considerarlo como un hecho repetitivo, muy específico, inmutable. En cuanto a pensamiento, ideación o como estado mental, podríamos decir que es un mundo monotemático, obsesivo y de asimetría, en el cual el niño pierde su condición de niño para convertirse en un objeto receptor de toda violencia y desconsideración, semejante a un recipiente en donde el pedófilo coloca todo sus aspectos internos que en su momento fueron degradados y/o destruidos, rompiendo y destruyendo a su vez ese niño - recipiente. El hecho de que sea un niño, a mi modo de ver, además de proveer la sensación de pureza, limpieza, maximiza el poder de control y la vivencia de omnipotencia que permite ejercer un dominio desde el engaño.

La imagen que nos transmite este “mirándose en los ojos del niño”, como en un espejo, considero yo, lo transporta en su creación neosexual a proveerse virilidad, pudiera también constatar que está contaminando, degradando y poniendo dentro del menor la muerte, para sentirse él vivo por un momento. Estas consideraciones son básicamente teóricas puesto que el examinado no tiene la posibilidad de ratificar razón o negación por no estar al alcance de su conciencia, siendo solamente interpretaciones que, aunque válidas, no son suficientemente específicas para el sujeto examinado.

Disfunción sexual

Hombre de 37 años, quien nunca conoció a su madre, dado que según las referencias que tenía, fue una joven agredida sexualmente por quien era el sacerdote de un pequeño pueblo del Magdalena Medio. Describe a su padre como transgresor de toda normatividad. Presenta el antecedente de acceso carnal violento en una oportunidad, por parte de un trabajador de su padre, “yo siempre viví en la casa cural, allí no había mujeres, solo la de la limpieza”. Manifiesta que presentaba temor a ser rechazado por las mujeres, por lo cual nunca tuvo novias y pensaba con frecuencia en su madre, hacia los dieciocho años huyó del lugar con la “ilusión de encontrar y vivir con su mamá”, luego de un año la encontró pero estaba casada y tenía otros hijos, él cree que por este hecho lo rechazó, este evento le causó aumento del temor al rechazo por parte de las mujeres. A pesar de este temor logró una relación satisfactoria con su única novia, quien luego fue su esposa, con ella vivió “bien” por quince años. Finalmente se unió a otra mujer con quien la vida sexual decayó también al igual que había sucedido con su primera compañera.

- Con en el paso del tiempo las relaciones sexuales se hacen escasas, poco satisfactorias, hasta que finalmente se instala una disfunción eréctil. Describe unas buenas relaciones con los hijos “trato de darles lo que yo no tuve, primero que todo buen trato”. Una segunda unión buscada con el fin de solucionar la disfunción eréctil, es sostenida de manera aceptable durante un año para finalmente decaer, para dar el sujeto la certeza de que la compañía femenina le trae mala suerte, y que está relacionada con la decadencia de su negocio, una pequeña tienda de barrio. Por este motivo separa habitaciones con su compañera, pero lleva consigo a su hija, producto de su primera unión.
- La niña tiene doce años y termina teniendo con ella relaciones satisfactorias durante un año, momento en el cual la niña revela a su madre los hechos.
- Respecto de los hechos simplemente dijo que la niña había guardado silencio, que no le había causado daño, dado que tarde o temprano ella

iba a tener relaciones sexuales; decía también que todo lo que trabajara iba a parar a sus hijos y ex compañera y en cuanto a haber tenido dificultades era para que la madre de la niña le permitiera vivir con él, aceptó también haber tenido dificultad con su compañera actual para que permitiese que la niña durmiera con él, aceptó haber hecho promesas y oferta de dinero a la menor, en su fuero interno tenía la idea de que la niña había disfrutado las relaciones sexuales, dijo también que esta relación le había traído buena suerte. Agregó que su negocio había declinado debido a que algunas personas le tenían envidia.

Para este caso pensé básicamente en la niña, tal vez en la niña –abusada-embarazada– separada de su bebé y de su entorno por el sacerdote, en absoluto es poco despojo, y en el bebé, hoy sindicado, privado de todo lo bueno que podría brindarle la madre. Este examinado se presentaba castrado, marginado y despojado. La prosperidad de su negocio representaba qué tanto bueno o destruido había dentro de sí, su capacidad o competencia sexual estaría ligada a ello, se integraba o vivificaba en tanto la mujer adulta no representara una amenaza.

Asesino serial

Este es el caso del llamado militar, un hombre en sus 30, quien fue llevado a mi consultorio acompañado de la guardia del INPEC, con el objeto de que se realizara un dictamen llamado estado de salud, lo que implicaba determinar si, por su estado mental, podía continuar en prisión o, por el contrario, debía ser llevado a otro lugar como, por ejemplo, un hospital mental. El sindicado había intentado suicidarse, manifestaba para entonces no encontrarle sentido a la vida, llamó la atención la referencia que hacía sobre la sensación de estar en la presencia de su última víctima, como una compañía, como una sombra, realmente benévola.

Fue visto por mí en una segunda oportunidad para determinar si tenía capacidad de comprender y determinarse frente al homicidio de dos

de sus víctimas, adicionalmente examiné dos sobrevivientes.

El sujeto había desarrollado una estrategia compleja y exitosa para captar sus víctimas, llevando a cabo una serie de acciones planeadas, sistematizadas, siempre controladas, para atraer, confundir, atrapar y destruir una sucesión de víctimas de quienes guardaba recuerdos como relojes, joyas o valores, hacia el final de su actividad decidió hurtar electrodomésticos y lo que considerara de valor, en una ocasión se llevó una espada que el esposo de una de las víctimas guardaba en su casa, siendo este tipo de asuntos los que despertaron sospechas y permitieron su detención.

Logró introducirse en las habitaciones de las víctimas con engaños, captando la necesidad de estas de lograr un empleo. Incluso llegó a entablar conversaciones y dejar recados con la madre de una de estas.

El inicio de su actividad delictiva sexual, por lo menos reconocida en el examen que realicé, se dio a través de la fantasía de tener una novia, su libreto decía que el novio que suponía debía tener la joven, salía con una “novia” de él, “poniéndole los cachos” a ambos, se jactaba de despertar temores e ira en ellas, fue perfeccionando su libreto hasta hacerlo más creíble; sin embargo, utilizaba la violencia, hacía su aparición de manera súbita y bajo intimidación llevaba las muchachas a moteles para allí violarlas. Una de las que logró sobrevivir luego del acceso carnal menciona que trató de comportarse como una buena novia y aceptó comer con él y bailar en una taberna.

El caso por el cual fue detenido, tras saquear la casa y despertar sospechas de vecinos, se trató de un homicidio; la víctima fue encontrada en la cocina, en una escena secundaria, atada desnuda a una silla con su ropa interior, y un par de medias introducidas en su boca. La víctima murió por estrangulamiento en su propia habitación, luego de ser accedida por vagina y ano:

- Este sujeto trajo una historia de vida inmersa en la violencia familiar, su padre rígido y bebedor, cuando él era niño se tornó luego en una persona dependiente, pusilánime y tolerante,

su madre fue vivida como una persona fría, extraña y frágil, refirió vivencias de trato injusto y desposesión, frente a las cuales actuaba consiguiendo lo que necesitaba, sintiendo que tenía derecho, estos fueron los sentimientos que lo llevaron a hurtar en las casas de sus víctimas. Se percibía a sí mismo como extraño, aislado, siendo su estado de ánimo básico el aburrimiento y el hastío, pero se tornaba excitado durante los hechos; tiene entre sus antecedentes evento de violación mientras prestaba servicio militar por parte de un superior y de un compañero, lo cual considera fue el disparador de sus acciones sexuales violentas. El coito nunca se dio en el marco de una relación afectiva; dijo “no comprender” a las mujeres, y por ello usaba sustancias psicoactivas para sostener relaciones sexuales. Tuvo sexo con tres mujeres a quienes no consideró sus novias, ni compañeras, con una de las cuales tuvo un hijo.

- No refirió sentimientos de culpa o pesar, pero sí observó el sufrimiento de sus víctimas hasta el final. Confesó que aún quedaban tres mujeres por rescatar o tres cadáveres, que según él estaban enterrados al lado de la avenida entre Soacha y Bogotá.
- Profundizó sobre la motivación del intento de suicidio, más allá de la pérdida de la libertad y el temor a sufrir daño de otros reclusos, atribuyéndolo a incomodidad por no comprender su conducta agresiva. Al respecto dijo: “a la muchacha que maté, la veo, la veo cuando estoy en el baño, veo una sombra y veo como la silueta, veo el cabello, ahora la veo a usted como la mamá de ella y quiero consolarla, cuando estoy acostado la siento al lado, se me volvió como una obsesión que ella quiere saber por qué le quité la vida, me da nervios y pienso en Dios y le pido valor para intentar matarme, es porque me quiero liberar como se fue ella, como encontrarla a ella”.

Este examinado aporta un gran número de datos, muchas posibilidades de análisis, sobre todo en lo que tiene que ver con los fenómenos referidos tras la muerte de su última víctima a quien no logra representarse “como una sombra”, es decir, como un elemento del pasado.

Creo que conforma un inicio de función mental continente; sin embargo me referiré sólo a algunas observaciones puntuales al quehacer forense. A mi modo de ver, este sujeto y algunos otros que he tenido la oportunidad de examinar, necesitan comprender las comunicaciones incoherentes relativas a lo sexual, a vincular el propio bienestar interno en un contexto de temores, aislamiento. A ellos les cuesta admitir la alteridad y atribuirle virtudes al otro. En este caso las personas, los objetos a sus ojos retienen lo bueno para sí mismos, lo cual genera una gran envidia. Sus posibilidades de goce parecían estar atrapadas dentro de sí mismo y sólo podía entrar en contacto con ellas a través del libreto en el cual el objeto debía ser humillado, sometido y finalmente desaparecido en lo concreto.

Es posible en este caso observar una historia de trauma temprano y luego de trauma sexual, funcionamiento moderadamente desadaptado, sintomatología variada, consumo de sustancias psicoactivas, una historia de transgresión y la construcción de un refugio en sí mismo, como una manera de afrontar las “dificultades” y de encontrar sentido a la vida, puede observarse cómo su desempeño exitoso, su desenvoltura, se da básicamente alrededor de la puesta en escena de la fantasía referida, solo en parte la historia de sus crímenes nos muestra que requiere de la desaparición del objeto (muerte de las mujeres), consumación de la penetración, invasión, muerte y saqueo. El resto de su vida aparecía aburrido, sin motivaciones ni proyectos.

La historia delincriminal está inscrita en un proceso que se perfila como cualquier otro, con un inicio, un desarrollo y un desenlace, existe suma y empoderamiento de los elementos más eficientes, corrección y aprendizaje para lograr un objetivo, mantener una homeostasis psíquica.

La dinámica puede resumirse en la instalación de un convencimiento patológico de que se es capaz de controlar y obligar al otro, arrebatándole toda su efectividad, obligarle a dar todo de sí, cimentando la eficiencia en el poder de perseguir, induciéndose sentimientos de grandiosidad.

Pero ¿cómo explicar el intento de suicidio? No puede ser sino a partir de esta misma dinámica

en la cual la grandiosidad patológica solo puede ser alimentada mediante la agresión, en la cual el triunfo sobre el temor solo se realiza en el triunfo, incluso sobre la muerte. Pienso que la psicosis y el suicidio son dos elementos siempre presentes en mayor o menor grado en esta clase de personas.

En cuanto a lo forense, solo podemos decir que la caracterización del agresor no es fácil, pero no requiere la comprensión dinámica aquí expuesta. El objeto del examen forense es el auxilio a la justicia en los mismos términos que para cualquier transgresión. Solo nos debemos limitar a analizar el contacto con la realidad externa del supuesto agresor, en términos de querer la realización del acto y poder no realizarlo, desde el mundo interno, desde lo más profundo de la psique, las leyes con las que se expresa y con las que se rige son otras. Es desde ahí de donde en realidad nos hablan las víctimas y el mismo criminal, así como los múltiples personajes que han construido su ser: padres, profesores, compañeros militares, la misma sociedad y muchos otros elementos vivenciales y contingencias que nos iluminan solo en parte, siendo la penumbra mayor.

Conclusiones

Las estadísticas mostraron cómo las transgresiones sexuales se hallan inmersas con mucha frecuencia en un trastorno general de la personalidad, siendo la más frecuente la narcisista; puede encontrarse sintomatología simple como estados ansiosos, depresivos o más complejos como fobias, obsesiones con pulsiones, disociaciones, hipocondría, tendencia paranoide o actuaciones abiertamente agresivas. También hay una inscripción histórica, una narrativa personal, con mucha frecuencia de origen traumático, las figuras parentales distaban de ser confiables y seguras y nunca hubo una distorsión o ruptura fácilmente reconocible en el desarrollo de la sexualidad; la actividad sexual transgresora fue más bien un encuentro, una forma de solución, una propuesta para impregnar de sentido una vida.

El quehacer forense marca los límites ofreciendo un discurso científico, comprensible y funcio-

nal al sistema legal, pero que no logra proveer explicaciones satisfactorias a nuestra necesidad de comprender la destructividad, de la que muy probablemente todos somos capaces. Esta temática trasciende lo médico y científico y debe ser abordada por un conjunto de disciplinas y en general por la sociedad. Al igual que con todo acto que amenace la supervivencia de la especie, en su esencia debe ser detenida e intervenida con el fin de que no se repita.

Bibliografía

- Mc Dougall, J. (1982). *Las mil y una caras de eros. La sexualidad humana en busca de soluciones*. Buenos Aires: Paidós.
- André Green, A. (2005). *Narcisismo de vida, narcisismo de muerte*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Schinaia, C. (1998). *Pedofia, pedofilia. Revista de Psicoanálisis*. Argentina: Asociación Psicoanalítica.

Notas

1. Doctora en Medicina y Cirugía, Psiquiatra del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, funcionaria del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses por quince años, con múltiples trabajos sobre dictámenes psiquiátricos forenses, análisis psicopatológico, entrevistas y manejo de urgencia en menores víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, entre otros.
2. Delirio de grandezas.

Principio dispositivo y preacuerdos frente al principio de legalidad

46 :

JOSÉ MARÍA GARCÍA O.¹

Bajo el sistema procesal penal de la Ley 600 de 2000, Colombia adoptó un sistema denominado mixto, el cual se caracterizó por involucrar elementos del sistema acusatorio con el inquisitivo; de allí su nombre. Como situaciones paradigmáticas de los sistemas involucrados encontramos el principio de permanencia de la prueba, propio del sistema inquisitivo y la intermediación de las pruebas, propio del sistema acusatorio. Un lugar común entre los diferentes sistemas que han regido a través de la historia es la capacidad otorgada, bien sea a las víctimas o al Estado, de poner fin a los conflictos por decisión unilateral bajo el principio dispositivo, enmarcado en procedimientos diferentes y encaminados a dar por terminada de manera anticipada (algunos la llaman anormal) la investigación. Por lo anterior, haremos un recorrido histórico y jurídico demostrando la presencia de esa disponibilidad, conciliada con la rigurosa tarea arrogada por el Estado y conocida como “titularidad y obligatoriedad de la acción penal”.

Antecedentes históricos del principio dispositivo

Tal vez ningún procedimiento jurídico presenta más oposición al principio dispositivo que el penal, al punto de recordar la figura del oxímoron en literatura; sin embargo, basta revisar la génesis del proceso penal para darse cuenta que hereda del derecho romano esa capacidad. El modelo civil contencioso romano se puede graficar como un triángulo en cuyas aristas se encuentran el juez, el denunciante y el denunciado. Recae la carga de la prueba sobre aquel que demandaba y regía el principio dispositivo mediante el cual el ofendido podía disponer una reducción en la pena y también en el resarcimiento, en la medida que voluntariamente lo considerara posible. Quería esto decir que si la persona demandaba por 10 pesos, tenía la facultad de decidir si recibía 5 pesos y daba por terminado el litigio. Igual figura acontecía cuando el vencido pasaba a ser propiedad, en calidad de esclavo, del demandante, quien podía disponer si lo aceptaba, lo liberaba o lo desterraba. “La ley de las XII tablas

Claves:

DISPOSITIVO, LEGALIDAD, PREACUERDO, FLEXIBILIZACIÓN.

Resumen:

El Sistema Penal Oral Acusatorio entró a regir de manera paulatina en Colombia a partir del año 2005. Con este sistema llegaron instituciones tan novedosas como la “justicia premial” o la “justicia consensuada” que permitió la búsqueda de una verdad formal construida entre las partes a cambio de sendos beneficios, como un típico negocio (en este caso jurídico). Lo anterior fue posible debido a que uno de los fines constitucionales del proceso es la flexibilización de la norma penal y la aproximación razonable a la verdad. Estos postulados no hubieran sido realidad sin la figura conocida como principio dispositivo, el cual permite disponer en todo de la acción penal, como en los delitos querrelables, o en parte como en los delitos investigables de oficio bajo los preacuerdos.

Mots clés:

DISPOSITIF, LÉGALITÉ, PRE - ACCORD, FLEXIBILITÉ.

Résumé:

Le Système Pénal Oral Accusatoire, a commencé a fonctionner en Colombie de façon progressive a partir de 2005. Avec ce système de nouvelles figures tels comme la «justice de récompense» ou la «justice accordée» qui ont permis la recherche de une vérité formelle construite entre les intéressés en change de bénéfices juridiques, a la manière d'un commerce. Cela a été possible a raison de que une des fins constitutionnelles du procès est la flexibilisation de la norme pénal et une approximation raisonnable a la vérité. Ces postulats n'existerais pas sans la figure connue comme principe dispositif qui permet disposer d'elle en la action pénale, dans les délits querellable ou dans les délits qui sont investigués d'office ou dans les pre - accord.

castigaba con la misma pena (esclavitud) al hombre libre cogido en flagrante delito de robo (...) el dueño tiene poder de vida y de muerte sobre el esclavo por cuya razón puede castigarle, venderle o abandonarle” (Petit E, 1971:78, 79) Regían estos principios, en aquella época, en lo que se denominaba modelo concencioso civil romano, libre de cualquier intervención hasta la invasión de los bárbaros, los cuales con su llegada trajeron algunas costumbres, entre ellas jurídicas, lo que quiere decir que ese modelo romano se vio contaminado por la invasión sobre todo en la Europa occidental donde llegaron con más fuerza las tropas externas que traspasaban las fronteras del imperio. Por su ubicación geográfica, la Europa insular se vio menos afectada con la invasión y es así como nació lo que hoy se conoce como sistema penal anglosajón y sistema penal continental europeo; el primero más puro en cuanto a la cultura romana se refiere y el segundo con la influencia de los pueblos germanos y de todos aquellos que participaron a través de la historia en la invasión del imperio.

Mucho tiempo después observamos esa figura del desistimiento en procedimientos tan aberrantes como los practicados en la inquisición, donde, en muchos casos, bastaba adjuar para dar por terminado el más enconado juicio, es decir que el ente acusador se adjudicaba el principio dispositivo para terminar, bajo esta figura, una investigación. Vale la pena recordar cómo Galileo Galilei, en el año 1633, a la edad de 70 años, tuvo que presentarse ante un tribunal de la inquisición que lo había conminado a leer una abjuración de su credo científico. De tal forma, tuvo que negar su concepción geocéntrica de la tierra, es decir que la tierra giraba en torno al sol, sin embargo, se afirma que al concluir la retractación ante el tribunal, Galileo murmuró en voz baja “y sin embargo se mueve”, ante lo cual intentaron devolverlo pero negó haberlo dicho y pudo así retirarse, confinado a su casa en Arcetri, Florencia. Conociendo entonces que desde sus albores ya regía el principio dispositivo como la capacidad de tomar decisiones en cuanto a la pena y la reparación, incluyendo el desistimiento por parte de la víctima, encontramos en el derecho penal actual esta figura en los delitos querellables. Estos son, aquellos delitos desistibles, por cuya virtud pueden terminar de fondo los asuntos.

Disponible significa, según el Diccionario de la Lengua Española lo siguiente: “Dícese de todo aquello de que se puede disponer libremente o de lo que está pronto para usarse o utilizarse”. En otra acepción, “ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute”.

De las acepciones recogidas podemos inferir que en aquellas causas en que se dirime únicamente un interés privado y tratándose de delitos querellables, lo mejor es dejar que la parte ofendida decida sobre la continuidad de la investigación y que las partes en general descubran el material con vocación probatoria que van a aportar a la investigación, situación que incluye al indiciado, quien podrá escoger una defensa pasiva o una proactiva en la búsqueda de elementos que desvirtúen la acusación o que confirmen la presunción de inocencia; sin embargo, en virtud del modelo procesal, este descubrimiento no es discrecional sino vinculante pues al momento de encontrar evidencias por parte del ente investigador que favorezcan o no a la contraparte, deberá obligatoriamente proceder a su descubrimiento (véase caso *Brady vs. Maryland*, 1963 USA y Sentencia 1194 de 2005 de la Corte Constitucional colombiana).

Los sistemas inquisitivos se han caracterizado por la actividad investigadora del juez “en cuya virtud el juez no solo puede iniciar de oficio el procedimiento, sino que goza de libertad para averiguar y descubrir los hechos que estime pertinentes y por cualquier medio que le permita la constatación de la verdad”. (Leal, C. 1966:124). A contrario sensu, los sistemas acusatorios se han caracterizado por una nula actividad probatoria por parte del juez de conocimiento. En nuestro ordenamiento, al tenor del artículo 361 de la norma adjetiva, declarado exequible constitucionalmente mediante la Sentencia 396 de 2007 que manifestó: “El juez no solo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presenten a su consideración”.

Conviene entonces preguntarse a quién corresponde la facultad dispositiva en el proceso penal. Como lo hemos planteado en precedencia, corresponde esa titularidad a la víctima en lo que tiene que ver con la continuidad en la investigación en los delitos que-

rellables y en aquellos delitos que no tienen como víctima a una persona natural, como en los atentados contra la seguridad o la salud pública, recae sobre el ente acusador exclusivamente la posibilidad de aplicar el principio dispositivo, el cual se ve reflejado en el principio de oportunidad y en los preacuerdos, pues con el advenimiento del nuevo sistema procesal en Colombia llegaron también estas figuras que permiten terminar el conflicto por una vía expedita y que abrevia todas las ritualidades propias del juicio.

Más adelante explicaremos cómo dicho principio dispositivo se extiende aun, en cabeza de la víctima, a los delitos investigables de oficio con respecto a la propia acción penal.

El instituto de las negociaciones con los procesados o condenados tiene antecedentes en Colombia desde 1986 con la Ley 30, el artículo 8 del Decreto 1199 de 1987, el artículo 37 del Decreto 180 de 1988, Decretos 2047 y 3030 de 1990 y 303 de 1991. Por su parte, la Ley 600 de 2000 mantuvo los beneficios por colaboración con la justicia.

Esta figura no es novedosa en los sistemas acusatorios y hace parte del sistema, lo que quiere decir que no es una característica esencial u obligatoria del proceso acusatorio. En Italia se conocen como procedimientos especiales, en Estados Unidos de Norteamérica se conoce como Plea Bargaining o alegaciones preacordadas de culpabilidad, en España como conformidad y en Colombia son preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

Exclusión y posterior ingreso de las víctimas como determinadores de los preacuerdos

Los preacuerdos los encontramos consagrados en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículo 348, que a la letra dice: “con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado

o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso”.

De la atenta lectura del artículo anterior se puede colegir que el legislador no tuvo en cuenta a la víctima para la celebración de dichos preacuerdos, pero la Sentencia C-516 de 2007, declaró exequible condicionadamente el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oído e informado de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo.

Al respecto dijo la Corte: “la exclusión de las víctimas de los procesos de negociación que culminan en acuerdos y preacuerdos pone en riesgo sus derechos y significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador, sin que responda a las finalidades de humanización, eficacia, solución del conflicto social, procura de una reparación integral y garantía del derecho de participación en las decisiones que las afectan. Por lo tanto, se declararon exequibles los apartes demandados de los artículos 248, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también podrá intervenir en la celebración de un preacuerdo para ser oída previamente por el fiscal y el juez” (Sentencia C-516 de 2007).

Con la inclusión vía jurisprudencial de las víctimas como determinadores del éxito de un preacuerdo, aflora el principio dispositivo dentro del proceso penal aun por fuera de delitos que no son querellables. Esto es así porque el ente acusador, regentado por el fiscal, tendrá que poner a disposición de las víctimas los términos de los acuerdos para su consideración y en la medida en que los acepte, prosperará dicho acuerdo. De esta manera, la víctima podrá participar, en materia de justicia consensual, acerca de los siguientes puntos: reducción concreta de la pena, formas de modificación del delito, amplificadores del tipo penal, circunstancias específicas y genéricas de agravación, variación de la calificación jurídica, grado de participación, imputación subjetiva, dolo, culpa, preterintención, penas accesorias, duda probatoria, preclusión (de otros delitos), princi-

pio de oportunidad, suspensión de la pena, prisión domiciliaria y reparación de perjuicios.

Los preacuerdos dentro de los fines constitucionales del proceso

Dentro de los fines constitucionales del proceso se encuentran unos superiores que se pueden circunscribir así: Aproximación razonable a la verdad, respeto por los intervinientes, realización de la justicia y la flexibilización razonable de las normas penales sustantivas. Con base en estas premisas se debe hacer una reflexión en cuanto a si la terminación abreviada del proceso por consenso se ajusta a este propósito o si, por el contrario, hace nugatorio el derecho de las víctimas. “La aproximación a la verdad es un fin constitucional del proceso dado que la aplicación del derecho exige como presupuesto el conocimiento de los hechos sometidos primero a investigación y luego a juzgamiento. De allí que ninguna decisión definitiva pueda tomarse en el proceso si no se tiene un conocimiento al menos aproximado de la secuencia fáctica acaecida y sometida a valoración y decisión judicial”. (Urbano J., 2005:6).

Con respecto al primero de los enunciados, la aproximación razonable a la verdad, debemos hacer la distinción entre lo que conocemos como verdad formal o consensual y verdad material o histórica y es necesario hacerla porque al aceptar el consenso entre las partes, estamos involucrando la posibilidad de construir una verdad, verdad que en muchas ocasiones no corresponderá plenamente a la situación fáctica sino que se aproximará a ella y en ese orden de ideas, hay

que aceptar que de mano de la víctima y del victimario se crea y acepta una verdad ya no material sino formal sobre la cual se construirá la sentencia. Sin embargo, esta construcción no se hace de espaldas a las víctimas, por cuanto es necesaria su participación y aquiescencia en cualquier determinación a tomar según lo preceptuado en la Sentencia 516 de 2007, tal como quedó reseñado en precedencia. Así mismo, el juez deberá, al momento de dictar sentencia, confirmar la existencia de prueba suficiente para lograr la certeza del juzgador en torno a la responsabilidad penal, pues es importante tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004: “(...) La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”. En este punto es importante preguntarse por qué textualmente no se incluyó también el allanamiento a cargos, a menos que dicha aceptación se entienda como preacuerdo en la medida en que ambos terminan de manera anticipada el proceso; sin embargo, hubiera sido mejor optar por la literal taxatividad. Será entonces la aceptación de responsabilidad, “una prueba más del conjunto que lleva al juez al convencimiento necesario para ejercer su función de juzgamiento” (Bazzani D., 2004:59).

Ahora bien, se puede preguntar hasta qué punto la negativa de la víctima en aceptar un preacuerdo puede ser un factor determinante para la prosperidad del mismo. Pues bien, tendríamos que concluir que esa negativa no debe obedecer a una actitud caprichosa carente de fundamento

porque, si bien es cierto, la víctima tiene participación activa dentro de un preacuerdo, también es cierto que el procesado tiene derecho a acceder a dicho beneficio, pues no se puede olvidar que como negociación que es, debe aportar beneficios bilaterales, no solo para el ente acusador y la víctima sino también para el imputado o acusado. Luego entonces, mientras no se vulneren derechos de las víctimas, no es viable de manera vindicante negarse al acuerdo. De hecho, en la práctica sucede que para acceder al preacuerdo “en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente” (art. 349 Ley 906 de 2004).

En estos eventos, muchas víctimas no tienen interés en aceptar devolución de dinero por parte del victimario, empero, el fiscal no puede tampoco cerrar de plano esta posibilidad, luego entonces tendría que discutirse esta situación ante el juez de conocimiento quien estimará si los argumentos de la víctima son suficientes para negar el acuerdo o si, por el contrario, lo acepta aun por encima del criterio del ofendido, luego entonces esa capacidad dispositiva de la víctima frente al preacuerdo tendrá un límite impuesto por el juez de conocimiento quien decidirá de fondo sobre la viabilidad o no de dicha negociación.

Desde esa óptica, podríamos entender por qué en la construcción de esa verdad, se acepta la aproximación a la misma sin vulnerar los derechos de las víctimas.

En lo que tiene que ver con el respeto por los intervinientes, se hace más exigible comoquiera que las víctimas son protagonistas del proceso o intervinientes especiales, como dijo la Corte Constitucional en Sentencia 209 de 2007, así:

“Estas (las víctimas) pueden actuar sin sustituir ni desplazar al fiscal. Según el propio artículo 250, numeral 7, de la Carta, la víctima actúa como interviniente especial”, sin dejar de lado que los victimarios tienen también derechos y garantías procesales y unos derechos sustanciales que por disposición superior expresa deben reconocerse. Vale la pena recalcar que al proceso penal no le debe concernir solo rodear de garantías al imputado sino que debe efectivizar las legítimas demandas de las víctimas, al tenor de lo estipulado por la Corte Constitucional: Una concepción de los derechos de la víctima en el proceso penal, que sea consecuente con los cambios del moderno constitucionalismo, no puede más que reconsiderar las limitaciones que afectaban su comparecencia al proceso y afirmar, sin ambivalencias, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación; reformular los espacios generados para su intervención y revalidar el compromiso estatal de no defraudar la legítima expectativa de realización de esos derechos, pues ella traduce, para un espacio particular, la realización de la democracia constitucional como Estado de justicia”. (Sentencia C-014 de 2004).

Según el artículo 250 de la Norma Superior, numeral 4°, el fiscal debe “presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.” Todas las garantías para con las partes e intervinientes, no exclusivamente las de las víctimas, así se obtiene el acceso a las situaciones más favorables como el preacuerdo, en el entendido de que este nunca podrá comprometer la presunción de inocencia, al tenor del artículo 327 de la norma adjetiva, luego entonces por el respeto a esos intervinientes se hace necesario garantizar la posibilidad de negociar en la medida que no se afecten garantías y que no exista norma legal en contrario. (La Ley 1098 de 2006 y la Ley 1121 de 2006, no permiten negociar a cambio de beneficios en ciertos delitos).

En cuanto a la realización de la justicia se asume desde el advenimiento de una democracia constitucional como estado de justicia, ya que el proceso se agota para atender la necesidad social de equidad como negación de la impunidad y como reafirmación de aquellos ante los cuales no es posible desvirtuar la presunción de inocencia. Ciertamente es que para llegar a un preacuerdo, el Estado tiene que renunciar un poco a aplicar la pena en toda su dimensión, situación que se ve más afectada en la justicia transicional, pues en los preacuerdos lo que se vislumbra es una reducción proporcional que debe atender, entre otras cosas, a la relación costo-beneficio, por cuanto se sacrifica un poco la pena en su extensión pero gana el ente acusador cuando evita el despliegue pleno de la actividad investigativa y de las ritualidades propias del juicio con la eventual posibilidad de no lograr el cometido de lo que entiende la sociedad como justicia.

En lo que tiene que ver con la flexibilización de la norma sustantiva, se considera que, en virtud de los preacuerdos, este tópico es el más novedoso en el nuevo ordenamiento procesal, pues permite disponer en todo o en parte de los delitos a acusar y de muchos otros factores, como los amplificadores del tipo penal y hasta de la pena en sí misma. La flexibilización de la norma sustancial encuentra sustento en el principio de proporcionalidad que pretende nivelar la eficacia del sistema penal frente a los costos de manobra de la política criminal actual. Los casos donde mejor se puede apreciar este fin constitucional es en la aplicación de las formas de terminación anticipada, bien sea por preacuerdos o mediante la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de legalidad frente a los mecanismos de terminación anticipada del proceso

Según el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, “El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen

a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código”.

A su vez la Constitución en su artículo 250 refiere que “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”. Con respecto al ejercicio obligatorio de la acción penal, ha manifestado la doctrina: “Consecuencia obvia del monopolio estatal de la persecución penal es el llamado principio de oficialidad, según el cual los delitos son perseguibles de oficio colocando la pretensión de realización del derecho penal material en manos del Estado a título de obligación y deber” (Guerrero O., 2007:111).

Con base en lo anterior y haciendo una interpretación exegética, no podría el ente acusador e investigador por excelencia, como es la Fiscalía, renunciar al ejercicio de las mismas, salvo en la excepción también constitucional de la aplicación del principio de oportunidad. A su vez y para superar la disquisición exegética, tendríamos que entender que una vez adelantado el ejercicio de la acción penal, este podría buscar una terminación anormal del proceso bajo la figura del preacuerdo sin que esto signifique en lo absoluto una vulneración de garantías para las víctimas ni para la sociedad.

El derecho penal vanguardista tiene que partir de una teoría de la pena que respete el principio de legalidad y a su vez busque la realización de la justicia como fin constitucional. Para este propósito, se debe admitir la capacidad de prescindir de la acción penal, como es el caso del principio de oportunidad y de disponer en parte de dicha acción, como en el caso de los preacuerdos. Bajo esta premisa son totalmente admisibles las concesiones en la medida que estas permitan el desarrollo sociojurídico acorde con la complejidad que ofrecen las distintas modalidades criminales cada día y que hacen más compleja también la ac-

tividad demostrativa en cabeza del ente acusador, que asume, *ipso facto*, la carga de la prueba.

El principio de legalidad es la consecuencia obvia de la arrogación del Estado del poder punitivo, en virtud del cual le es obligatoria la persecución de todas las conductas, sin excepción, toda vez que los ciudadanos renuncian a la defensa privada de sus intereses y esperan una cobertura plena en materia penal. “En cuanto al principio de investigación oficial, se destaca que la persecución del delito le está atribuida exclusivamente a una autoridad estatal como titular del *ius puniendi*” (Bernal J. & Montealegre E., 2008:181).

¿Cómo explicar entonces un principio de legalidad como contrapartida sistemática del “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” conciliado con la figura del principio de oportunidad? Solo se podrá hacer si se entiende el ejercicio de proporcionalidad que busca ponderar los derechos enfrentados o los principios en colisión.

Se considera entonces que el principio de legalidad frente al principio de oportunidad se debe entender, no como excepción sino como complemento; entre esas dos instituciones se encuentra un punto intermedio denominado preacuerdo, pues bajo su potestad no es necesario interrumpir, suspender ni renunciar a la acción penal sino tan solo morigerar sus efectos.

Como punto de encuentro entre oportunidad y preacuerdos tendríamos el hecho de que son formas de terminaciones anticipadas o anormales del proceso.

Al respecto ha manifestado la Fiscalía lo siguiente:

“Los preacuerdos, como también lo es el principio de oportunidad, constituyen soporte fundamental de la eficacia del sistema acusatorio. A través de su aplicación se evita que muchas investigaciones lleguen a juicio, con lo cual se permite que los fiscales y los jueces definan más ágilmente un número importante de los casos sometidos a su conocimiento, en el marco de criterios de garantías y eficiencia” (Manual de Procedimientos de la Fiscalía. 2005: 256).

Así opina la Defensoría del Pueblo: “Impone cambio de cultura entender que el principio de legalidad se torna flexible para procurar los objetivos inherentes a dicha figura. Si interponemos el principio de legalidad a cualquier negociación, significaría en la práctica la negación de la figura, puesto que ello supone suprimir agravantes o reconocer atenuantes o modificar la adecuación del comportamiento, todo ello a favor del imputado y acusado, quien a su vez se despoja del derecho de no autoincriminación y de la garantía de ser vencido en juicio”. (Manual del Defensor Público, 2005:128).

Estos preacuerdos encuentran su justificación teleológica mediante el ejercicio de proporcionalidad, en el entendido de que el peso de los derechos y de los principios no son absolutos sino relativos. Así mismo, es importante entender que el preacuerdo nace de una negociación que como tal debe ofrecer ventajas para cada una de las partes negociadoras y es, en ese momento, que se hace la ponderación en cuanto a si lo que gana compensa lo que pierdo. Verbigracia: Pierdo la posibilidad de una pena plena en su extensión pero aseguro la realización de la justicia.

Lo anterior necesariamente hace replantear teorías rígidas como la absoluta de la pena, de la cual su máximo exponente decía: “La ley penal es un imperativo categórico, ¡ay de aquel que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica ‘es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo’. Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra” (Kant E., 1797:165).

No se puede concebir bajo esta óptica, ni principio de oportunidad ni preacuerdos ni negociaciones, tan solo un estricto principio de legalidad aplicado a ultranza; sin embargo, ¿es capaz un estado de dar aplicación cierta a tan extenuante misión? Este tipo de teorías, denominadas como absolutas, con tradición kantiana y hegeliana, propugnaban por el castigo como compensación por el hecho dañino. Dice la teoría que el Estado tiene la obligación de perseguir todos los delitos sin conside-

raciones, es decir, sin excepciones con respecto al principio de legalidad. No obstante, es el mismo Emmanuel Kant quien manifiesta lo siguiente:

“(…) todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, fundamentadas a priori. Pero si el número de cómplices de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más (...) entonces el soberano tiene que tener también poder en este caso extremo para hacer el mismo de juez (...) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo” (Kant E., 1797:170).

Así mismo, observamos en Hegel la misma tendencia flexibilizadora, tal como se puede apreciar en una de sus obras. “Esta cualidad o magnitud es variable según la situación de la sociedad civil y en esa situación radica la justificación para castigar con la muerte tanto un hurto de algunos centavos o una zanahoria como con una pena benigna por un robo que ascienda a mucho más de cien veces su valor. El punto de vista de la peligrosidad para la sociedad civil, en la medida en que parece agravar los delitos, es por el contrario, el que ha aminorado su castigo. Un código penal pertenece, pues, particularmente a su época y a la situación de la sociedad civil en ella.” (Hegel F., 1821:651).

Encontramos entonces en Kant y en Hegel, padres de la teoría absoluta, vestigios de aquella flexibilización que hoy en día se hace más que necesaria porque, siendo realistas y aceptando el “mal estado del principio de legalidad” (Perdomo J. 2005: 41), debemos concluir que es más benéfico, no solo para el acusado sino inclusive para la sociedad, buscar mediante los preacuerdos, soluciones viables a problemas actuales que permitan dar cumplimiento, bajo cierta flexibilización, a la justicia y a los fines constitucionales de la pena. La doctrina ha manifestado lo siguiente: “(…) con el advenimiento de las nuevas corrientes de política criminal se ha puesto de presente que en

ninguna estructura burocrática establecida para la investigación penal, por eficaz que sea, es capaz de darle salida efectiva a todas las noticias criminales que tocan a su puerta” (Gómez J., 2003:168-171).

Ventajas y detrimentos de los preacuerdos

Se realizará una compilación de los pro y los contra que pueden ofrecer los preacuerdos. Como argumentos a favor encontramos que los preacuerdos son un mecanismo indispensable para efectivizar la administración de justicia. Teniendo en cuenta el número de procesos que se llevan por despacho (existen fiscalías que tienen más de 4.000 investigaciones por fiscal sobre todo en las estructuras de apoyo, según estadística tomada del sistema informativo de la Fiscalía para el mes de octubre de 2010) podríamos decir que es físicamente imposible adelantar un mínimo de investigación a todas y cada una de las noticias incoadas. En virtud de los preacuerdos se garantiza la posibilidad de éxito, sobre todo en aquellos casos que debido a su complejidad ofrecen mayor dificultad a nivel probatorio. Precisamente en este tópico es que se reclama la posibilidad de preacordar en delitos sexuales cometidos en contra de menores, ya que la Ley 1098 excluye esta posibilidad, empero, este tipo de delitos se realizan especialmente en la clandestinidad, bajo el amparo domiciliario, por lo tanto encontrar testigos o elementos materiales que permitan demostrar en juicio una responsabilidad hacen que muchos casos terminen a favor del reo por duda probatoria.

Esta terminación del proceso, con base en el acuerdo, recupera también la credibilidad que los coasociados depositan en el sistema cuando ven reducida la impunidad. No obstante, es aquí donde se debe implementar al máximo la labor del juez como garante de la legitimidad del preacuerdo para evitar una falsa eficacia de la administración de justicia si finalmente no responden los verdaderos autores del hecho delictual. De allí que el control del juez de conocimiento deberá ser no solo formal sino material. Al respecto ha manifestado la doctrina que:

“(…) el juez debe tener presente que su intervención en la audiencia es activa; que los controles que ejerce, si bien están constitucionalmente delimitados, no lo privan de su función de garante de los derechos fundamentales de los intervinientes y, en ese sentido, no es un simple ‘invitado de piedra’. En resumen, debe enfocar el ejercicio de su función en el desarrollo de la diligencia, a preservar la legalidad formal y material de la actuación” (Bazzani D., 2005:54).

En términos de los fines de la pena, en cuanto a prevención general es mucho más eficiente una pena a tiempo, es decir, en la época más cercana a la producción del hecho mismo que una condena anacrónica que no tendrá el efecto para el cual fue creada en términos, como ya dijimos, de prevención general. Por contera, de esta forma garantizamos el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas.

De otra parte, los preacuerdos hacen posible involucrar la reparación de las víctimas, como requisito exigible para el desarrollo del mismo, situación esta que redundará en beneficios para la víctima.

Se han mencionado las principales ventajas que se considera rodean los preacuerdos como mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, empero, es imperioso abordar el tema desde la óptica contraria, es decir, en lo que tiene que ver con aquellas situaciones que se consideran desfavorables, tanto para los intervinientes como para la sociedad en general. En síntesis podríamos decir que se ve afectado el principio de legalidad por las razones que a continuación se exponen:

Existe un incremento de riesgo de condena a inocentes, quienes en muchas oportunidades escogen una rápida aceptación para evitar un dilatado y lento proceso judicial frente al poder del fiscal, sobre todo en la etapa de investigación, cuando aún no se hace exigible el descubrimiento probatorio y cuando en Colombia no se ha profundizado el tema que en los Estados Unidos se conoce como *bluffing* y que traduce “*inflar*” (literalmente fanfarronear), lo que quiere decir que el fiscal en un momento dado puede “*inflar*” las pruebas, es decir, simular que posee más de lo que realmente tiene para causar temor al acusado y de esta

manera abocarlo a un preacuerdo. Otra práctica usual y reconocida en los Estados Unidos es la de incluir cargos adicionales para preacordar estos y dejar los que realmente se tipifican. Esta práctica se conoce como “*over weight*” (sobrepeso).

Sin embargo, es menester decir que con la implementación en Colombia del sistema de defensoría pública se ha reducido este riesgo, pues el procesado goza de defensa formal y material desde el primer instante que operó su captura y el interrogante sería, si tiene las mismas garantías defensivas cuando la investigación está en ciernes en la etapa de indagación.

Otra crítica recurrente es la sensación de desprotección a las víctimas, quienes ante la brevedad del proceso, reducen también su derecho a la participación y el derecho a la reparación que en muchos de los casos trasciende más allá de lo puramente económico y buscan el complemento de verdad y justicia. Verbigracia, una situación hipotética en la cual el autor material de un homicidio, mediante preacuerdo, acepta todos los cargos a cambio de algún beneficio. ¿Qué sucedería con la búsqueda del determinador si la persona que lo puede delatar ya se condenó y se ha cerrado la investigación. ¿Qué sucedería con la verdad?

Por otra parte, si una de las características propias e inexorables del esquema acusatorio es asegurar el contradictorio, la exclusión de dicha etapa crucial para la búsqueda de la verdad, podría desvirtuar la existencia de un verdadero proceso.

Así mismo, si abordamos el tema de la separación de funciones de acusación y juzgamiento por parte de diferentes titulares, tendríamos que concluir que en virtud del preacuerdo, el fiscal actúa como juez al tasar la pena y más aún, hace que esa decisión preacordada sea impositiva para el juez, luego entonces, si el juez tan solo está sometido al imperio de la ley, ¿por qué lo vinculan los preacuerdos?

Conclusiones

Debemos tener en cuenta que los procedimientos de terminación anticipada son expresiones

propias del principio dispositivo en el proceso penal, que tiene entre sus propósitos la economía procesal en la medida que sea concurrente con el proceso, si y solo si no afectan la existencia del proceso y su fin mismo como lo es la realización de la justicia, mediante una aproximación razonable a la verdad, sobre todo donde resulte prevalente el interés público.

Por lo anterior, es importante la verificación del preacuerdo, tal como lo estipula el artículo 351 del Código adjetivo, ya que sobre este tópico no se podrá volver en la audiencia de individualización de pena y sentencia, a menos que se entienda al tenor del artículo 293 *ejusdem*, que dicho acuerdo merece una audiencia aparte que podríamos llamar “verificación del preacuerdo” (y del allanamiento) ya que literalmente así se entiende. Art. 293: “Si el imputado por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia”. No obstante lo anterior, cuando la aceptación de cargos se realiza en la formulación de la audiencia de imputación, nace dicha decisión de un acto unilateral y voluntario ante el juez de garantías, quien deberá velar por que exista un mínimo de prueba de autoría o participación para no vulnerar la presunción de inocencia, sobre todo por la rigidez que acompaña dicha aceptación en cuanto a la no retractación de la misma, empero, ha manifestado la Corte Constitucional que aun tratándose de aceptación de cargos en la audiencia de imputación, se deberá revisar la actuación frente al juez de conocimiento.

“Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas le-

gales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley. Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último, no resulta quebrantada por la expresión que se examina, ya que este solo contiene la orden de que el juez de conocimiento apruebe el acuerdo de aceptación de la imputación, si es voluntario, libre, informado y espontáneo y no contiene la orden de proferir condena. Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe”. (Sentencia C-1195 de 2005).

Se subraya lo anterior para denotar que lo que la Corte Constitucional llama “acuerdo de aceptación de la imputación” debe entenderse también como el acto unilateral sin previo acuerdo de aceptación de cargos, es decir, el allanamiento a cargos, sobre todo si hacemos una lectura integral con el artículo 293 de la Ley 906 de 2004. Lo anterior quiere decir que aun tratándose de aceptación de cargos en la audiencia de formulación de la imputación, se deberá adelantar por parte del juez de conocimiento la verificación de dicha aceptación para evitar que personas inocentes, por una u otra razón hayan aceptado los cargos, sin ser realmente los autores de la conducta penal. Es importante aclarar que dicha verificación debe recaer sobre elementos objetivos que permitan confrontar su veracidad, porque, de lo contrario, se permitiría la retractación en detrimento del artículo 293 del Código Procedimental.

En ese orden de ideas se garantiza la existencia de un verdadero proceso forjado legal y constitucionalmente con límites reales que el legislador y la jurisprudencia estipulan en gracia del modelo procesal escogido y evitando así su incompatibilidad con el mismo.

Bibliografía

- Bazzani, D. (2004). *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal Acusatorio. Los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano*. Ed. Bogotá. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2008). *El proceso penal*. Bogotá. Editorial Universidad Externado. 5a ed.
- Petit, E. (1971). *Tratado elemental de derecho romano*. Editora Nacional de México.
- Hegel, F. (1821). *Fundamentos de la Filosofía del derecho*.
- Guerrero, O. (s. f.). *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.
- Kant, E. (1797). *Metafísica de las costumbres*. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (trads.).
- Leal, C. (1966). *El principio dispositivo en el proceso penal*. Editorial Jurídica de Chile.
- Defensoría del Pueblo (s. f.). *Manual del Defensor Público*.
- Fiscalía General de la Nación (s. f.). *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*.
- Perdomo, J. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Urbano, J. *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad*. Bogotá: Ed. Universidad Externado.
- Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. C-014 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Notas

1. Abogado Universidad Libre, seccional Cali; especialista en derecho procesal penal, Universidad Externado de Colombia; especialista en derecho penal Universidad Santiago de Cali; profesor de derecho probatorio y derecho penal de la Escuela de Capacitación de la Fiscalía General de la Nación, seccional Cali; Ingeniero agrónomo, Universidad Nacional de Palmira.

El judo, expresión de una expresión

56 :

LUIS GUTIÉRREZ S.¹COMENTARIOS: MIGUEL ÁLVAREZ-CORREA G.²

Toda actividad humana es expresión de un carácter o forma de ser como respuesta condicionada y condicionante ante la vida, el medio, las circunstancias, etc. De ahí las diferentes costumbres, arquitecturas, músicas, idiomas y demás. Son muy diferentes las manifestaciones del movimiento y más aún cuando están ligados a la interioridad del individuo, dígase Hatha Yoga, Taichi, Karate, Qi Gong, Judo. Cada estructura de movimientos representa una respuesta característica de un conglomerado humano específico a una visión también propia de algún aspecto de la vida.

Si el Qi Gong es la máxima expresión de la relación del cuerpo con la energía, se debe reconocer (en el enfoque oriental) en cada una de ellas esta misma relación. No obstante, sucede diferente cuando miramos el movimiento en el lado occidental del mundo; cosa curiosa, sucede lo mismo con la visión filosófica. En el Oriente, es interiorizada no racionalizada, intuitiva y profunda. En Occidente, es totalmente racionalizada, práctica, referida a un objeto definido por la razón y la lógica esquemática.

Por ello, detrás del movimiento en Occidente no hay nada, está solo como tal, no agrega ni quita espiritualmente ni al arte ni al individuo. Su esencia es el movimiento mismo, contenido, forma y esencia son una sola cosa. El movimiento en Oriente tiene una clara intención interior, mental, espiritual. Caso del Qi Gong, en el lado más interno y del judo en una posición más externa. Cada movimiento es una expresión interna y externa, por ello se constituye en una conducción hacia el conocimiento del ser. Un conocimiento que conforma una visión totalizadora no analítica y que se refiere al cambio (Tao).

Con esta pequeña digresión pretendo decir que todas las artes del movimiento orientales nos conducen a descubrir, en la

Claves:

JUDO, ESPIRITUALIDAD, RACIOCINIO, SENTIRES.

Resumen:

El judo, al igual que otras artes marciales, es percibido por el mundo occidental desde la razón, mientras que en Oriente se aborda desde otras dimensiones. ¿Cuál es el acercamiento correcto? ¿Cuál es su aporte a lo social?

Mots clés:

JUDO, SPIRITUALITÉ, RAISON, SENTIMENTS.

Résumé:

Le Judo, de même que d'autres arts martiaux, est perçu par le monde occidental à travers de la raison; l'Orient les analyse depuis d'autres dimensions. ¿Qu'elle est la correcte? ¿Qu'elle est sa contribution selon un point de vue social?

medida de una buena y correcta conducción, a una interioridad que coincide con el tipo de acción que acometemos. En el **Qi Gong**³ aprendemos que somos parte de la energía que subyace en lo que existe, que todo es energía y por tanto podemos influir en los procesos que conforman nuestro ser. Existe un camino mucho más profundo y largo al respecto que no pertenece al objeto del presente artículo.

El judo, entrando en materia, posee un mundo interior que es descubierto con la verdadera práctica del arte, la cual no solo depende del maestro sino que está fuertemente condicionada por el medio en que se desarrolla la enseñanza y en especial por el familiar. Es por ello que en muchas ocasiones, en algunos países, el ambiente del desarrollo del arte no es el esperado; se han olvidado los fundamentos internos, reemplazándolos por el resultado deportivo en el caso de la competencia.

El **judo**, el **sumo**, el **karate do**, el **kendo**, etc., son formas que contienen el espíritu japonés⁴, de esfuerzo y voluntad supremas, como de búsqueda de lo que soy realmente. Pues todas ellas, como las artes orientales de otros países, llevan implícito el máximo uso de la energía con la óptima eficiencia⁵. Desde esta perspectiva, prima la esencia del movimiento que consiste en la fluidez del cuerpo y de la mente, aspectos que implican la más alta coordinación corporal y mental. Existen en Occidente muchos deportes de alta coordinación, como el trampolín y la gimnasia, pero en estos movimientos las acciones se dirigen sin la perturbación del medio y de los elementos; al gimnasta no se le desplaza la barra, ella cede calculadamente por el deportista y no de otra manera, al igual que le sucede al trampolín con la distancia al agua fija.

En las artes de combate todo se mueve contra la voluntad, de manera muchas veces inesperada; la dificultad para aplicar una coordinación perfecta es realmente muy difícil, un judoka no gana maestría antes de los 30 años de práctica continua. En Qi gong se puede durar toda una vida perfeccionando y entendiendo un movimiento y de eso se trata, de entender el movimiento, de aprenderlo,

no como expresión técnica sino como manifestación de lo que somos; como reflejo de un estado mental y espiritual.

Es en esta última parte donde se aplica la interioridad del movimiento, la aprehensión de este se convierte en un **koan**⁶; no lo podemos racionalizar, de ahí que tenemos que recurrir a la intuición, ya que ella conforma la profundidad del no pensamiento. Cuando una técnica se realiza con mucha perfección nunca se sabe cómo se hizo, solo nos acordamos de un antes y de un después de ella, pero no de la técnica cómo tal. Jamás tenemos el recuerdo del curso de su realización, haciendo evidente la presencia de un vacío por el que solo cruza furtivamente la intuición.

Es esta forma de ser del judo la que nos lleva a esa búsqueda sin fondo de la acción aparentemente técnica. Capturar la esencia de un fenómeno que tiene una realidad y una expresión compleja no es nada fácil, puesto que parecen ser varios los conceptos que pretenden explicarlo, desbrozarlo, como resultado de nuestra costumbre racionalizadora. Ahí está la diferencia: intuición versus razón. El practicante escoge el camino⁷.

El judo, así como todas las artes de combate en movimiento, es la síntesis de múltiples elementos que jamás están preestablecidos con la precisión del arte competitivo de otros deportes o artes. Nunca se repite una acción parecida a otra, aunque los patrones se pueden repetir, por cuanto se trata de lo mismo dinámicamente, así, cada operación es distinta de cuantas se han hecho anteriormente, pues todas las situaciones son diferentes, contrariamente a lo que sucede en los deportes de arte y precisión, donde el esfuerzo que se desarrolla es siempre lo mismo dentro de un patrón fijo. Por dicha razón, debe profundizarse la intuición, visibilizar la situación, leyéndose a sí mismo, al contrario y a las circunstancias⁸.

Esta preocupación no existe en los deportes que no son de combate. Es por ello que los anteriores desarrollan de una forma natural el sentido de la intuición, del pre-venir. Esto es más notorio en los deportes de contacto permanente y aún más donde la fuerza no es la que define la posibilidad

de efectuar una acción efectiva. El judo cumple con esas dos condiciones, por ello es altamente formativo. Se decide pero sin racionalizar, porque es la intuición la que permite llevar a cabo estos automatismos de manera efectiva (*insight*⁹).

Para poder ver no se debe proyectar la mente, es decir, no debe mancharse la realidad con los deseos, las ideas, los miedos o alegrías porque eso no conforma la realidad, es la realidad propia. Debe verse sin juzgar, ya que los juicios ponen una máscara a la realidad; ver la realidad es estar atento en el vacío, pues si no, se estaría mirando sin ver; si se elucubra, se perderían los detalles por capturar la esencia y se perdería la esencia por capturar los detalles, estas son las posibilidades que da el pensamiento.

No se puede entrar en un combate con preconcepciones fijas, ni mucho menos, se puede sobrevalorar o subvalorar la situación o dejar de ver sus fallos o aciertos porque se tiene la mente fija en una idea, pero no la que surge del conflicto dinámico de la relación con el contendiente. Si se está atento, en el vacío se puede capturar lo que no pueden capturar los ojos. Esto podría interpretarse como el fracaso de la preparación psicológica, pero no es el caso, pues la buena preparación psicológica prepara para el vacío¹⁰.

Parece una perogrullada, pero cuando se modela al contrario, se está cargando una realidad que dejará la mente sin las preocupaciones de lo desconocido; entonces se podrá estar atento por cuanto ya se conoce el camino. ¿Cuántos combates perdemos por prejuzgar al contrario como “fácil”? ¿Cuántas veces nos encontramos sin solución porque creemos de antemano que el contrario es muy fuerte y eso enturbia nuestra verdadera visión de la situación?

Se ha visto mucho de eso. Es por ello fundamentalmente que el judo nos lleva por el camino de la atención, de la valoración justa, del respeto por el contrario, de la aceptación. Siempre es recordado con respeto y con amistad aquel contrario que fue más aguerrido, más sincero, así hallamos ganado o perdido; disfrutamos del inmenso vacío que produce el máximo esfuerzo, no del cuerpo

sino de todo nuestro ser, cuando logramos proyectar o nos proyectan limpiamente sin atenuantes ni agravantes, simplemente con limpieza¹¹.

Tenemos el judo no como un deporte de competencia sino como expresión del ser. En el fondo se compite solo contra sí mismo, contra los propios miedos, las prepotencias, la ansiedad, el deseo de ser notado, etc. Si se abandona todo, se olvida todo, no importa sino “hacerlo”, entonces probablemente el competidor será verdaderamente efectivo; entonces no se juzgará nada, no se valorará nada, no habrá temores, ni expectativas, ni miedos, ni responsabilidades, solo estará el vacío. Desde esta perspectiva, el sentir que se une al movimiento de una manera natural y totalmente agradable, ya que el esfuerzo del contrario está en las mismas expectativas, es decir que forma parte aceptada, cómoda, natural y real del accionar y no como un desafío que se tiene que combatir con furia y locura, el “competidor” será sutil, eficiente, tranquilo y seguro.

Esa sería la línea a desarrollar en un judo verdadero, ganando o perdiendo, pues esta valoración no tiene sentido en el real desarrollo del ser; ganar es igual a perder. Mientras esto no sea claro, siempre perderemos, pues cuando se gana se pierde la perspectiva y cuando se pierde no se hace una autocrítica juiciosa. Estaremos ansiosos de “ganar”, incluso por todos los medios y ello seguirá llevando el arte a la dislocación de su sentido fundamental. La posición es muy difícil, puesto que la sociedad va en contravía de ella, pero es la única que nos llevará al desarrollo del judo¹².

Esto último nos enfoca en la posición del judo frente a la sociedad. En el fondo, no es la aprobación de ella, es más bien su negación, puesto que la sociedad suele ver la vida como una lucha a muerte de unos contra otros: Yo gano en función de que tú pierdas, el mismo principio natural de la supervivencia. Nuestro comportamiento no tiene en el fondo nada diferente al del insecto cuya totalidad está enfocada en sobrevivir. Sí, tenemos una inteligencia superior, pero ella está inmersa en el mismo problema, sobrevivir. Aquella frase de que hay que “salir adelante” es solo un pálido y encubridor reflejo de las verdades que subyace.

El aparente orden de la normatividad y legalidad del Estado esconde el hecho histórico y ancestral de quien hace la norma y a quien favorece. Quien llega a legislar es quien detenta el poder que desea preservar. Del otro lado están quienes sufren la aplicación de la ley. A esta lucha por el poder y la supervivencia Marx la llamó la lucha de clases, añadiendo que es la historia de la humanidad.

¿Qué tendría que ver esto con el judo o este tipo de posición? Se lucha, pero el contrario no es un enemigo, es alguien que como variación propia ayuda a comprender la situación en la que se está inmerso. Ambos avanzan, y tanto la derrota como la victoria, son hechos positivos en el devenir. Se aprende de ambos si se tiene la conciencia que todo fluye en dos direcciones opuestas pero complementarias. La victoria certifica acciones y desarrollos correctos, la derrota lo hace con acciones o desarrollos equivocados.

Acá lo importante es entender si la acción o el desarrollo han sido defectuosos o correctos, porque es esta comprensión la que llevará finalmente al progreso, que implicará entender un fenómeno aparentemente contradictorio. Ganar por ganar es tan equivocado como no darle importancia a la derrota. Es lo que sucede con un animal; lucha no por un razonamiento sino como una reacción de todo su ser construido hacia ese fin.

En ello hay igualdad y desigualdad pero cada acción particular es entendida como parte de una igualdad en general que está por encima de desigualdades puntuales e incontrovertibles. La igualdad es como la inteligencia, múltiple, así como no existe un solo tipo de inteligencia tampoco puede existir un solo tipo de igualdad. Se es igual en un aspecto respecto al otro, pero frente a un tercero eres superior o inferior, mientras que frente a una misma persona existen diferentes tipos de igualdades. Un ejemplo fácil y que desemboca en aspectos tácticos que pueden definir una competencia, sería: A es superior en fuerza a B mientras que este es superior en resistencia muscular. Acá estamos simplificando al máximo un aspecto múltiple y complejo. Sin embargo, en la realidad estas superioridades e inferioridades causan diferentes resultados, dependiendo de si se es capaz

o no de hacer valer estas diferencias, en nuestra actual sociedad no es así. No se pueden validar esas diferencias porque algunos aspectos están valorados con el sesgo del poder político y económico. Estas valoraciones están plasmadas en diferentes códigos y acuerdos para los cuales no ha habido un consenso social. No existe un contrato social.

Resulta que el señor **X** es dueño de una empresa que administra. Como tal, su trabajo está valorado de tal manera que recibe un buen salario. Sin embargo, el ingeniero **Z** que ha estudiado el doble de **X** que sabe mucho más en los aspectos técnicos y sin el cual la fábrica no andaría, gana un salario demasiado inferior. ¿Por qué? Porque existen normas que no valoran el trabajo de **Z**.

Además, hay un nivel de salarios que permite a **X** imponer lo que sabe sobre el conocimiento de **Z**, que no es reconocido. La mentalidad, por supuesto, de los dos no está sobre una perspectiva honorable de reconocimiento mutuo sino de ventajas preconcebidas. Acá no existe la ayuda y prosperidad mutua sino la ayuda y prosperidad mía. Por esto, creo, el judo va en esta contravía.

Los niños formados en una filosofía de reconocimiento del contrario, en el respeto de su superioridad en algunos aspectos, con la capacidad y la libertad para poder realizar en la práctica esa ventaja, podrían asimilar tal vez mejor un mundo donde las desigualdades “creadas por ley” fueran cediendo a la verdadera colaboración entre contrarios, reconociendo al opuesto como una variación de sí mismo y por tanto valorando la diferencia sin la prepotencia de un ego que le da la sociedad a unos sobre otros.

Hay quienes desde la cuna arrancan con el árbitro en el bolsillo, con la “consideración social” derivada de la norma que luego hace cama y costumbre cultural, mientras otros pierden de entrada, antes de comenzar. Estos planteamientos están en una zona que sale del tiempo y del espacio, mas no por ello son inaceptables que, al igual que la ley no es justa porque es ley, pues vemos regulaciones aberrantes que se tienen que cumplir porque son imperativos legales y se hacen cumplir por

el poder, la fuerza coercitiva y abrumadora del Estado sobre el ciudadano.

Notas

1. Sexto Dan de Judo; entrenador de la selección de Judo de Bogotá o de Cundinamarca por más de 30 años; seleccionador nacional femenino y masculino en varias oportunidades. Formador de múltiples campeones y medallistas nacionales, panamericanos, suramericanos y bolivarianos en las diferentes categorías de edad, y en mundiales Junior. Acupunturista. Economista de la Universidad Nacional de Colombia.
2. Antropólogo con estudios en derecho de la Universidad de Los Andes; Minor's en economía y derecho de la Universidad de Los Andes, especialización en derecho de menores de la Universidad Externado de Colombia, actualmente doctorando con la AIU, coordinador del Observatorio del Sistema Penal Acusatorio y Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes del Instituto de Estudios del Ministerio Público; director de la revista Rostros & Rastros. Ha publicado veintiocho libros sobre temáticas de infancia, justicia en equidad, sistema penal acusatorio, sistema de responsabilidad para adolescentes, delitos sexuales, tribus urbanas y conflicto armado, sustancias psicoactivas, entre otros, y múltiples artículos. Docente universitario. Cuarto Dan de Judo; medallista nacional en múltiples oportunidades con las ligas de Atlántico, Bogotá y Cundinamarca, y competidor en competencias internacionales como selección Colombia en las categorías juvenil, junior y mayores. Los comentarios aparecerán referidos como CMAC.
3. Refiere a una diversidad de técnicas habitualmente relacionadas con la medicina china tradicional, que comprenden la mente, la respiración y el ejercicio físico. El Qi Gong se practica, generalmente, con objetivos orientados al mantenimiento de la salud, pero también en algunos casos, especialmente en China, se puede prescribir con objetivos terapéuticos específicos. Según las tradiciones budista y taoista, de donde procede en gran parte, es un método para alcanzar la iluminación.
4. CMAC: Los cuatro artes mencionados pertenecen a la tradición japonesa. El judo, traducido como "el camino de la flexibilidad" posee parte de su origen en el Jujitsu, reconocido antaño como el arma del combate cuerpo a cuerpo de los samuráis. En 1880, el maestro Jigoro Kano quien se formó en tres distintas escuelas de Jujitsu, funda el Judo, manteniendo y mejorando las técnicas existentes, pero también buscando transformarlo en un "camino", es decir, en un conjunto de prácticas que permitan el crecimiento del individuo en armonía con su medio. De hecho, la práctica del judo fue en la década del 2000 recomendada por la UNICEF para la formación de niños y adolescentes. Así mismo, el *Sumo* es un tipo de lucha libre donde dos luchadores contrincantes o *rikishi* se enfrentan en un área circular; es de origen japonés y mantiene gran parte de la tradición antigua. Una de las primeras referencias al sumo se encuentra en el libro más antiguo del Japón, el Kojiki o "registro de cosas antiguas" presentado a la Corte Imperial en el año 712. El libro relata una leyenda sobre los orígenes del sumo hace 2500 años. Cuenta la leyenda que los dioses Takemikazuchi y Takeminakata se batieron a duelo en un combate de sumo, cerca a las playas de Izumo. La victoria del primero de los dioses permitió que el pueblo japonés ocupara todo el archipiélago. El *Kendo* es un arte marcial japonés moderno, en el que se utiliza una armadura (bogu) y un sable de bambú (shinai) o un sable de madera (bokken). El nombre proviene de *ken*: sable y *do*: camino, vía. Kendo, o "El sendero del sable" expresa la esencia de las artes de lucha japonesas con el sable. Desde el primer gobierno samurái en Japón, durante el periodo Kamakura (1185-1233), el manejo del sable (Kenjutsu), junto con la

equitación y el tiro con arco (*Kyuba no Michi*), fueron la búsqueda principal de los clanes militares. El *karate-Do*, "el camino de la mano vacía", se originó a partir de los sistemas de combate existentes en la Isla de Okinawa. Se populariza finalmente en el Japón en siglo XX, gracias a la influencia de Gichin Funakoshi a partir de 1922. Es un arte marcial que se coordina la fuerza (ki), la respiración, el equilibrio y la postura.

5. CMAC: Entre las múltiples directrices educativas del Judo, son de resaltar dos de ellas referenciadas con frecuencia: "el mejor uso de la energía" y "amistad y prosperidad mutua".
6. CMAC: La figura del Koan representa un reflejo de la influencia del Budismo en las artes marciales japonesas. Conforman un corto texto compuesto por frases aparentemente incoherentes que sirven de ejercicio al alumno con la pretensión de hacerle entender alguna "verdad".
7. La intuición referida es aquella que se establece sobre la base de un conocimiento previo del asunto.
8. CMAC: Aunque pueden presentarse situaciones parecidas en combate, la naturaleza de su ocurrencia, su contextualización, etc., nunca son las mismas, a lo cual se le suma una alta dosis de sorpresa. Parte de la labor del entrenador o del profesor (Sensei), radica en ayudar al estudiante a adecuar las técnicas a su morfología y condiciones fisiológicas y psicológicas en términos generales, de tal manera que en una misma técnica hay un sinnúmero de expresiones distintas.
9. CMAC: Darse cuenta de.
10. CMAC: Las artes de combate suelen incluir en la preparación de sus practicantes los aspectos psicológico, estratégico, técnico y físico.
11. CMAC: El judo comprende dos bloques grandes de técnicas: los "Ne - Wasa" o técnicas de suelo, y los "Tachi - Wasa" o técnicas de pie, los cuales corresponden a las diferentes facetas que puede adquirir un combate. En el primer bloque se encuentran técnicas de luxaciones (Kansetsu - Wasa), de estrangulaciones (Shime - Wasa) y de inmovilizaciones (Osae - Wasa); en el segundo bloque, se encuentran, entre otras, técnicas de proyecciones (Nage - Wasa).
12. CMAC: Un Koan famoso en esa materia estipula que la mente del combatiente "ha de ser como un lago" en el momento de enfrentar sus contrincantes. Por su misma naturaleza, el practicante de judo mal intencionado o poco sincero suele ser rápidamente apartado.

La inhabilidad sobreviniente, presupuestos normativo, gramatical y jurisprudencial

Claves:

INHABILIDAD SOBREVINIENTE,
REQUISITOS DE LA LEY, CINCO AÑOS

Resumen

Dada la trascendencia en la aplicación de la inhabilidad sobreviniente descrita en el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734/2002 y los efectos jurídicos connaturales, se hace imperativo conocer los requisitos establecidos por la misma ley para que pueda aplicarse. Uno de ellos implica la revisión de los expedientes o por lo menos de los fallos donde se ha impuesto una sanción, con el fin de determinar la forma de culpabilidad de la respectiva falta y en consecuencia solo imponer la medida en aquellos casos en que concurren tres o más sanciones disciplinarias, proferidas en los últimos cinco años, por faltas graves o leves, en ambos casos de manera dolosa.

Mots clés:

INHABILITÉE SURPRISE, REQUIS DE LA LOI,
CINQ ANNÉES.

Résumé:

La transcendance de l'application de la inhabilité surprise décrite dans le numéral 2 de l'article 38 de la Loi 734/2002 et les effets juridiques, fait qu'il est impératif de connaître les requis établis pour la même loi pour pouvoir l'appliquer. Un d'eux implique la révision des procès, ou du moins des sentences avec le propos de déterminer le type de culpabilité de la faute et en conséquence imposer la mesure seulement dans les cas où il y a trois ou plus sanctions disciplinaires émis les dernières cinq années, pour des fautes graves ou légère, ou les deux de façon dolosive.

ESPERANZA RESTREPO C.¹

: 61

El presente trabajo ha sido abordado siguiendo la metodología del ensayo y consta de las siguientes partes:

- Pregunta
- Hipótesis
- Marco normativo
- Premisas gramaticales y jurisprudenciales

Esta presentación surgió de la pregunta ¿cuál es la forma de culpabilidad exigida para que se configure la inhabilidad sobreviniente del numeral 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002? Y planteó como respuesta o hipótesis la siguiente: Para que se configure inhabilidad sobreviniente se requieren tres o más sanciones por faltas graves dolosas y leves dolosas; no están contempladas las graves culposas.

Para demostrar esta hipótesis abordaremos, en su orden, las premisas normativa, gramatical y jurisprudencial.

Marco normativo

La inhabilidad sobreviniente está contemplada en el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, así:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...) 2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas, o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres (3) años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción (...)”.

De la norma se desprenden los siguientes requisitos para que se dé la inhabilidad sobreviniente:

- La existencia de tres o más sanciones disciplinarias.
- Proferidas dentro de los últimos cinco (5) años.
- Originadas en faltas graves o leves dolosas o graves y leves dolosas.

Del artículo 38, numeral 2 de la ley 734 de 2002, se establece que se deben satisfacer todos y cada uno de los siguientes requisitos, con lo que, de faltar uno solo de ellos, no habría lugar a la referida inhabilidad:

- Requisito mínimo numérico: Haber sido sancionado disciplinariamente **tres o más veces**.
- Requisito temporal: **En los últimos cinco (5) años**.
- Naturaleza de la falta: **Por faltas graves o leves dolosas**.
- Naturaleza de la falta: Por faltas graves y leves dolosas.

Del punto I tenemos que el legislador previó un número mínimo a partir del cual se empieza a configurar la inhabilidad, esto con el fin de precisar y no dejar al arbitrio del juez disciplinario una reiteración abstracta de la conducta, sino otorgar una cifra cierta, en este caso, haber sido sancionado mínimo tres veces y de ahí en adelante de manera indeterminada².

Este requisito se complementa y perfecciona con el segundo, con lo cual ese número mínimo determinado y máximo indeterminado de sanciones debe enmarcarse en un lapso temporal de cinco (5) años a partir de la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002 y hasta la última sanción registrada.

De igual manera, los requisitos I y 2 deben adecuarse al 3 y 4, en la

medida en que el número de sanciones proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores, debe cumplir, además, con la condición de que sea por faltas graves o leves dolosas o por ambas, de donde puede obtenerse que constituye inhabilidad sobreviniente para desempeñar cargos públicos: **Haber sido sancionado mínimo tres veces, por faltas graves o leves dolosas, o por ambas, en los últimos cinco años**.

De lo anterior surge el análisis de la naturaleza de la falta como factor determinante para adoptar esta medida, pues es apenas obvio que, en tratándose de faltas gravísimas, por ejemplo, no procede la inhabilidad sobreviniente pues en estos casos la sanción a imponer conlleva de suyo la inhabilidad general de 10 a 20 años. Quedan pues sometidas a la inhabilidad sobreviniente, las faltas graves o leves dolosas, de manera exclusiva y excluyente.

Premisa gramatical

De acuerdo con la estructura gramatical de la frase “faltas graves o leves dolosas”, encontramos la presencia de los adjetivos “grave”, “leve” y “dolosas” acompañando y modificando al sustantivo “faltas”, esto es, atribuyéndole una cualidad así:

¿Cómo son las faltas? Son graves y dolosas, son leves y dolosas.

Aquí juega un papel importante la palabra “o” en su acepción disyuntiva, esto es, en la escogencia de una u otra falta, en esa primera parte de la frase porque luego, al decir “o por ambas”, está planteando realmente

una conjunción, es decir está presentándose como una “y”.

Recordemos que la “o” española puede asumir las siguientes funciones:

- La de separar o excluir una o más acciones o situaciones, esto es, presentar una selección, escogencia o exclusión, con la cual denotar que no es posible hacer todas las acciones o situaciones en el mismo tiempo, lugar o por la misma persona, como cuando decimos “o vienes o vas”. Tal como enseñan Alcina y Blecua³, refiriéndose a la “o” como oposición contradictoria o dilemática: “Los miembros enlazados por la disyuntiva se excluyen de tal manera que, si se realiza uno, no se puede realizar el otro”. Ejemplo de este uso de la “o” está precisamente en el fragmento “Por faltas graves o leves dolosas”, es decir, en una primera parte de la frase “o son graves dolosas o son leves dolosas”, no las dos a la vez.
- La de presentar una o más posibilidades o alternativas, con el fin de evitar que se agote una enumeración o inclusión, como lo señalan los citados profesores en el siguiente ejemplo: “Las figuras del cuadro son también aquí las mismas que en el resto de Galicia: mujeres que van y vienen conduciendo el ganado o los carros, cavando las tierras o llevando en la cabeza las sellas del agua, o los cestos con fruta o pescado (...)”. En el numeral objeto de estudio es ejemplo de esta “o” alternativa, el texto: “Haber sido sancionado disciplinariamente tres (3) o más veces en los últimos cinco (5) años” y también la frase “o por ambas”.

Es claro pues que en la redacción de este numeral 2 del artículo 38 se utiliza la “o” como disyuntiva en la frase “por faltas graves o leves dolosas”, con lo cual se entiende que tales sanciones son por faltas graves dolosas o por leves dolosas, aunque luego señale que también puede ser por ambas, esto con el fin de acoger el criterio de que si a un funcionario lo han sancionado por tres (3) o más faltas, todas ellas graves dolosas, clasifica para la inhabilidad sobreniviente, lo mismo que si se ha proferido en su contra tres (3) o más sanciones por faltas leves dolosas o si se ha proferido, a título ilustrativo, una por falta grave dolosa y dos leves dolosas o a la inversa.

Precisamente debe anotarse que la “o” en medio de los adjetivos “graves o leves dolosas” implica una distribución del adjetivo “dolosas” que es común a las faltas “graves” y “leves” y que tiene su razón de ser para evitar el fenómeno de la redundancia, gracias a un mecanismo del idioma denominado elisión. Veamos:

Si no existiera la “o” en medio de los adjetivos “graves” y “leves”, tendríamos una frase redundante como “Por faltas graves dolosas o por faltas leves dolosas”. Aquí opera pues la elisión que consiste en suprimir elementos comunes, que hacen parte de la misma idea o razonamiento, como el adjetivo “dolosas” y el sustantivo “faltas”.

Las ideas se pueden analizar en dos estructuras, una primera denominada profunda que es el origen o forma “en bruto” de los mensajes y donde se presentan, entre otros fenómenos, las repeticiones y una segunda conocida como superficial en la que se ha elaborado el discurso reemplazando los elementos comunes, generalmente por pronombres o por los recursos del idioma orientados a evitar tales redundancias.

Para el caso objeto de análisis la estructura profunda quedaría así:

- Faltas graves dolosas. Faltas leves dolosas.
- Frase en la estructura superficial, en la que se eliminan los elementos comunes (faltas y dolosas) para evitar la redundancia.
- Faltas graves o leves dolosas.

En el paso de una estructura profunda a una superficial, se presenta la elisión de elementos comunes, entre otras razones para evitar la redundancia. Otro ejemplo para ilustrar el tema sería:

En la oración “El libro que me regalaste es interesante”, decimos que “me regalaste un libro” y que “el libro es interesante”.

Así, la estructura profunda es:

- “El libro me regalaste”.
- “El libro es interesante”.

Las frases “el libro me regalaste”, “el libro es interesante”, se fusionan en la estructura superficial para crear la oración “El libro que me regalaste es interesante”, con lo cual se elimina el segundo elemento común “el libro” y se reemplaza con el pronombre relativo “que”. Pues bien, lo mismo ocurre con la frase “faltas graves o leves dolosas” a la que se ha elidido el elemento común “faltas” y “dolosas”.

Ahora bien, para demostrar que “dolosas” es elemento común a las faltas graves y leves, veamos la siguiente transposición:

- “Faltas graves o leves **dolosas**”, frase patrón en la que el adjetivo “dolosas” está después de “leves” y se vuelve elemento común para las “graves y leves”, pero al transportar “dolosas” después de “graves” quedaría:
- “Faltas graves **dolosas** o leves”, con lo que se entendería que las únicas dolosas son las “graves”.

Pero si lo expuesto no fuera suficiente, deberíamos admitir que si el propósito del legislador hubiera sido el de incluir taxativamente todas las gamas de faltas y de culpas así lo hubiera hecho, agregando una frase simple como “cualquiera que fuera la forma de culpabilidad” o “sin importar la forma de culpabilidad”, en fin, equivalentes en tal sentido, pero no lo hizo.

Esto significa que si el legislador hubiera querido incluir, por ejemplo, toda la gama de faltas graves, debió redactarlo de la siguiente forma:

- Opción 1: “Por faltas graves culposas, dolosas o leves dolosas, o por todas”.
- Opción 2: “Por faltas graves, dolosas o culposas, o leves dolosas, o por todas”.
- Opción 3: “Por faltas graves, cualquiera sea la culpabilidad, o leves dolosas, o por todas”.

En las formas propuestas vemos que si se tratara de tres posibilidades de faltas (grave dolosa, culposa y leve dolosa) no habría concordancia con el texto restante, toda vez que al decir “o por ambas”, admite solo dos posibilidades que, de acuerdo con el contexto, o es grave dolosa o es leve dolosa, no cabe una tercera opción, el texto no concluye con una frase del estilo “o por todas las anteriores”, sino una frase de interpretación exegética: “o por ambas” que significa dos.

Nótese que la frase “o por ambas” alude a las dos faltas que preceden, esto es, las graves o leves dolosas. Si, por alguna razón, alguien pensara que cuando la norma dice faltas graves allí se incluyen tanto las dolosas como las culposas, incurriría en una terrible equivocación, por cuanto se crearían ya no dos sino tres faltas (las graves dolosas y culposas y las leves dolosas) y esto iría en contravía y en contrasentido con la parte final del numeral que dice “o por ambas”, además porque están de por medio razones y gramaticales que demuestran que cuando se usa la “o” en medio de ambas expresiones y se deja una sola vez el adjetivo “dolosas” es porque se trata de un adjetivo común a las dos, de no ser así, el legislador debió incluir taxativamente todas las gamas de faltas y de culpas y cerrar el numeral incluyéndolas, sin decir “o por ambas”.

¿Por qué las dos únicas opciones de falta para que se configure la inhabilidad sobreviniente son las graves dolosas y leves dolosas?

- Porque si el legislador hubiera querido incluir las graves culposas o las leves culposas, así lo hubiera hecho, tal como ha ocurrido cuando se han consagrado las inhabilidades para candidatos a cargos de elección popular y funcionarios en general. Entonces aquí también debió decirlo taxativamente, pues en materia sancionatoria no puede haber lugar a indeter-

minaciones, analogías o a libres interpretaciones por parte de los operadores judiciales⁴.

Tan contundente es lo afirmado que al expedirse el Decreto 960 de 1970, por el cual se expidió el Estatuto del Notariado se dijo en su artículo 133:

“No podrán ser designados como notarios a cualquier título: (...).

6. Quienes como funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público, y por falta disciplinaria, *hayan sido destituidos, o suspendidos por segunda vez por falta grave, o sancionados tres veces, cualesquiera que hayan sido las faltas o las sanciones*”. Con lo cual se nota el carácter amplio que se quiso otorgar a la inhabilidad, pues aquí se dijo “cualquiera que hayan sido las faltas o las sanciones”; aspecto este que no se configura en la norma bajo examen.

- Porque el texto del numeral 2 del artículo 38 CDU es claro, coherente y estructurado gramaticalmente cuando dice: “Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años **por faltas graves o leves dolosas, o por ambas**”, con lo que establece solo dos clases de faltas, esto es, las graves dolosas o leves dolosas, no hay cómo interpretar o deducir que cuando el artículo habla de las faltas graves, allí están contenidas tanto las dolosas como las culposas, pues con ello se crearían dos categorías que, sumadas a las leves dolosas del numeral, arrojarían tres y esto estaría en contravía, además, de la parte complementaria de la frase y el artículo que reza “o por ambas” y, ¿cuál sería la concordancia del legislador al plantear tres opciones de falta y a continuación decir “o por ambas”, cuando es bien sabido y lógico que esta expresión hace referencia a dos?

Hasta aquí nuestra argumentación gramatical con la que estamos demostrando que la norma disciplinaria en cuestión (numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002) contempla la inhabilidad sobreviniente en su numeral segundo, si y solo si se dan todos los requisitos allí establecidos, entre ellos el mínimo de sanciones (tres) y la naturaleza de la falta por la que se produjeron tales decisiones (graves o leves), que para el efecto, deben ser

de tal magnitud a nivel de la culpabilidad (solamente las dolosas) que justifiquen la adopción de esta medida tan estricta y lesiva; así el legislador, a través de la forma como está redactada la disposición, decidió regular aquellas faltas cometidas con intención y conocimiento, esto es, rodeadas de aquellos elementos que conforman una conducta dolosa y excluyó las culposas.

La frase final “o por ambas”, se refiere pues a dos únicas formas de faltas y culpabilidad, esto es a las faltas graves dolosas y leves dolosas y no a las culposas, así, no se puede aludir a más de dos tipos de faltas y culpas y luego referirse a ellas con la frase “o por ambas” cuando comprende solamente dos elementos.

Premisa jurisprudencial

Abordado como está el presupuesto normativo y gramatical, corresponde revisar el desarrollo jurisprudencial en la materia y así cerrar el ciclo argumentativo que nos hemos trazado para demostrar que la única forma de culpabilidad posible para que se configure la inhabilidad sobreviniente es la dolosa y nunca la culposa, aunque los altos tribunales no entren en los análisis y planteamientos gramaticales para arribar a las conclusiones expuestas, coinciden con estas. Iniciaremos pues por lo que al respecto ha dicho el organismo rector de lo contencioso administrativo en Colombia.

El Consejo de Estado⁵ parte de reconocer la naturaleza jurídica de la inhabilidad sobreviniente, cuando dice:

“La inhabilidad no es falta ni sanción disciplinaria sino ‘(...) una circunstancia creada por la Constitución o por la Ley que impide o que imposibilita que una persona sea elegida o designada en un cargo o que, en caso de estar posesionada, pueda continuar en el ejercicio de sus funciones”.

Refiriéndose a esta figura como causal de retiro para los miembros de la Policía Nacional determinó:

“No puede ser tenida como causal de retiro para los miembros de la Policía Nacional, pues la extensión en la aplicación del régimen disciplinario (artículo 21 de la Ley 1015 de 2006) no comprende la inhabilidad sobreviniente, no amplió las causales de retiro del servicio, contempladas en el artículo 55 del Decreto Ley 1791 de 2000 y la Ley 857 de 2002”.

Adicional al planteamiento del Consejo de Estado hemos de agregar que el régimen disciplinario para la policía está previsto en la Ley 1015 de 2006 pero solo en su parte sustantiva, pues la procesal se rige por la Ley 734 de 2002 y la inhabilidad sobreviniente está precisamente contemplada en esta última ley, en su parte sustantiva, esto es, no hace parte del procedimiento, razón de más para afirmar que no le es aplicable a estos servidores públicos.

Sobre la naturaleza de la inhabilidad sobreviniente, el Consejo Superior de la Judicatura⁶, ha dicho:

“3. (...) Lo primero que se debe advertir del estudio de la norma transcrita es que esta inhabilidad especial en particular no constituye una “sanción” por la incursión en falta disciplinaria sino que es una consecuencia no sancionatoria de la reincidencia en la comisión de faltas disciplinarias que culminan con sentencia sancionatoria ejecutoriada (...)”.

“4. De lo expuesto se desprende que, por no constituir una sanción la inhabilidad consagrada en el numeral 2° del artículo 38, no hay lugar al agotamiento de trámite especial alguno en la medida en que ella opera *ipso jure*”.

Respecto del tema central de análisis, esta última corporación estableció:

“(…) Relativo a la calificación de la falta a efectos de determinar si se deben tener en cuenta, para efectos de aplicar la inhabilidad, todas las faltas GRAVES, cualquiera que sea su calificación, o solamente las GRAVES DOLOSAS.

Ante la falta de claridad de la norma en cuestión, deberá la Corporación interpretarla de tal manera que cumpla la finalidad para la cual ha sido consagrada y en garantía de los criterios

restrictivos de interpretación de las normas jurídicas que consagran las causales de inhabilidad para el desempeño de cargos y funciones públicas”.

En efecto, el numeral 2° se limita a establecer una prohibición de acceso a cargos públicos, por la ocurrencia de un hecho: la existencia de tres sanciones disciplinarias impuestas durante los últimos cinco años. Constatado el hecho –esto es comprobado objetivamente–, la inhabilidad opera de pleno derecho y por lo mismo no resulta válido concluir que solo es posible imponerla con previo proceso administrativo con citación y audiencia del inhabilitado”.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Consejo de la Judicatura propuso la aplicación del “*principio pro homine*”, así:

“7. Al respecto la Sala acogerá como principio de interpretación excepcional o restrictiva el principio ‘*pro homine*’ es decir, acogerá aquella interpretación que implique el menor grado de restricción del derecho fundamental invocado, que en el *sub examine* no es otro que el de ‘*participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*’.

En efecto, el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa toda la normatividad de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio

de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio implica, ***estar siempre a favor del hombre***.

Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la “*cláusula de favorabilidad en la interpretación*” según la cual, en caso de conflictos entre distintos sentidos –igualmente razonables–, que se puedan adjudicar a las normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que garantice el cabal ejercicio de los mismos y no la que los modere o limite:

“Se tiene, en consecuencia, que en materia de hermenéutica de las causales de inhabilidad está constitucionalmente prohibida su interpretación extensiva, porque ello afecta el derecho fundamental al debido proceso, al igual que el principio de igualdad y el derecho de acceso a cargos y funciones públicas. Por lo tanto, deviene claro que el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse, en la mayor medida posible, al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir a conceptos interpretativos como la analogía o a la interpretación extensiva a efectos de ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas o su sentido expreso”.

Luego recogió el ejercicio argumentativo y lo resumió así:

“10. (...) En virtud de lo establecido, se debe tener en cuenta, en el caso de la inhabilidad descrita en el numeral 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que ella solamente se podrá aplicar cuando se trate de faltas GRAVES

DOLOSAS O LEVES DOLOSAS, pues entender la norma de tal manera que resulte aplicable cualquiera sea la calificación de las faltas GRAVES, implicaría hacer una interpretación extensiva, prohibida por el constituyente, en menoscabo de los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la inhabilidad”.

“En materia de interpretación de las causales de inhabilidades esta Corporación ha sostenido que para este caso está constitucionalmente prohibida su interpretación extensiva porque afecta el derecho fundamental al debido proceso, al igual que el principio de igualdad y el derecho de acceso a cargos y funciones públicas. Por lo tanto el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir *prima facie* a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”.

Conclusión

Recogido lo precedente, resulta claro señalar que la inhabilidad sobreviniente consagrada en el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, desde la perspectiva normativa, gramatical y jurisprudencial, debe ser interpretada y aplicada de una manera restrictiva, siguiendo los lineamientos de principios como el de “*pro homine*” que nos recuerda el norte y razón de ser del derecho cuyo pilar es el ser humano y a quien se le debe tener en cuenta a la hora de la aplicación de medi-

das que le puedan afectar, como en efecto ocurre con la figura bajo estudio.

Esto siempre y cuando se considere que la redacción del numeral 2 del artículo 38 resulta oscura. No obstante, hemos de anotar que estamos frente a un texto absolutamente claro, que además de estructurar la frase “faltas graves o leves dolosas” utilizando el adjetivo “dolosas” al final como un elemento común a las faltas graves y leves, cierra la idea diciendo “por ambas”, con lo cual hace concordar en todas sus partes el texto, sin dejar opción de incluir nuevas y/o diferentes formas de faltas y/o de culpabilidad y excluyendo por tanto la modalidad “culposa”.

Así que, aunque se interprete la norma de una manera equivocada, desconociendo la técnica y naturaleza gramatical, existen argumentos adicionales traídos desde la jurisprudencia para corroborar y actuar en consecuencia, aplicando este mecanismo única y exclusivamente cuando se den todos y cada uno de los requisitos aquí estudiados, especialmente aquel que indica que la inhabilidad sobreviniente procede únicamente frente a las faltas graves y/o leves **dolosas**, pero nunca respecto de las culposas.

Notas

1. Abogada, Especialista en derecho público, Licenciada en lingüística y literatura.
2. Bajo estos mismos parámetros se ha pronunciado la Corte Constitucional en su Sentencia C. 1076 del 5 de diciembre de 2002.
3. Franch, Juan Alcina y Bleuca, José Manuel. Gramática española. Ed. Ariel: Barcelona: 1988. Págs. 1170 a 1172.
4. El artículo 122 de la Carta Fundamental indica que “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular; ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado. *Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.* Del mismo modo, el artículo 179 de la Constitución señala que no podrá ser congresista quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, *excepto por delitos políticos o culposos*, así como el artículo 232 del Estatuto Superior; para poner solo otro ejemplo, prohíbe que sean nombrados magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, personas que hubieren sido condenadas por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, *excepto por delitos políticos o culposos.*

Con similar criterio, el numeral 1° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994: Artículo 43. INHABILIDADES: No podrá ser concejal: “1. Quien haya sido condenado, a la fecha de la inscripción por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, salvo que estos últimos hayan afectado el patrimonio del Estado”.

5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. 27 de noviembre de 2008.
6. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 16 de diciembre de 2008.

En los ojos del otro

68 :

GLORIA ROBLES C.¹

Pedro lloraba, como casi todas las noches, lloraba en silencio, de cara al árbol al que estaba encadenado, en una mezcla de impotencia, rabia y tristeza. Cinco años de humillación habían desolado su alma. Ya no sentía miedo, un gran dolor iba ocupando sus órganos. Le dolía la vida, le pesaba respirar, dormía rogándole a su corazón detenerse y dejarle en paz.

Hacía tiempo que la muerte había dejado de ser una amenaza, por eso lo tenían amarrado veinticuatro horas, como a todos aquellos que seguían teniendo el espíritu libre. Temer a la muerte es, en muchos casos, renunciar a la vida, aceptar la simple sobrevivencia, entregar la dignidad y obedecer mansamente a la más mínima señal. Aquí no hay valientes ni cobardes, la angustia les lleva del heroísmo a la miseria.

Sabían que no dudaría en escapar a la primera oportunidad. Era el último acto de libertad que le quedaba. Durante los primeros años no pensaba en otra cosa, especialmente después de cada fracaso, pues esos minutos, esas horas que pudo estar fuera del ojo de sus captores, corriendo montaña abajo, buscando el curso de un río, un camino o un ser humano, fueron momentos de angustia pero también de felicidad, de dignidad, de autonomía. El placer de decidir jugarse la vida, recuperarla a precio de arriesgarla, dejar de ser por un momento un animal encadenado y volver a ser un hombre libre, perseguido, pero libre. Corría hasta quedar sin aliento, sentía el aire en su rostro, el sudor lavando su cara, creía escuchar los pasos a su zaga, imaginaba las balas atravesando su pecho y sonreía, porque prefería morir así.

La naturaleza parecía aliada de los hombres del miedo, los caminos desaparecían, los ríos se alejaban, la selva se abría dejándolo al descubierto, sus fuerzas lo abandonaban traicionando sus sueños. El venado veía sus patas quebrarse y caía mientras escuchaba a la tropa venir a recoger su presa.

Claves:

GRUPO ARMADO, IRREGULAR, SECUESTRO.

Mots clés:

GROUPE ARMÉ, SÉQUESTRATION

Luego, venía lo peor, lo único que le dolía, y ellos lo sabían bien. El castigo o incluso el fusilamiento de quienes lo habían dejado escapar, o de quienes eran señalados como sus cómplices —*traidores de la causa*—. A veces casi niños que eran usados como escarmiento o como justificación ante los jefes mayores, esos dioses lejanos que poco conocía y que disponían de la vida de todos.

Los llamó los hombres del miedo porque su fortaleza estaba en sembrarlo y su debilidad en vivirlo. Al menos él es un prisionero, está allí contra su voluntad. Los prisioneros tienen el derecho fundamental a querer escapar, a pensarse libres, a querer salir de allí. Los carceleros no tienen este derecho. Entraron en las filas de manera más o menos voluntaria, pero no se les perdona que llegaran siquiera a pensar en abandonar *la causa*. Su pensamiento, su vida, su libertad, su sexualidad, sus familias, sus sueños, deben consagrarse a *la causa*. Por eso se les vigila con mayor celo que a los cautivos. Los hombres del miedo temen a quienes los persiguen, a los simples parroquianos que pasan por los caminos, a las sombras. También temen a sus compañeros, tanto a los que pueden traicionar *la causa* como a quienes no dudarán en sacrificarlos por ella y, por supuesto, cuando cierran los ojos temen a sus debilidades, a sus recuerdos y a sus pesadillas.

Los jefes no solo tratan de controlar el deseo de libertad, sino también el más mínimo asomo de fraternidad con el enemigo o entre ellos. Ambos sentimientos imposibles de doblegar porque son inherentes al ser humano.

Pedro recordaba a Andrés, Julián, Martha, Elena y Roque, al menos así los llamaban, aunque no eran esos sus ver-

daderos nombres. Sus nombres, como ellos habían desaparecido al entrar en *la causa*. Fue al principio, convivían con él día y noche, cuidaban su enfermedad, lo cargaban cuando no podía caminar, le traían la comida. Por más esfuerzo que hacían los comandantes por evitar el contacto, las miradas, las sonrisas, una mano sobre el hombro, se volvían gestos claros de simpatía y solidaridad. Un pedazo de pan extra, un poco de agua, una palabra o una pila para el radio se deslizaban sorpresivamente hacia él y entonces sabía que habían roto las reglas, que arriesgaban su vida para que estuviera mejor, como lo hubiera hecho un amigo.

Los vio disparar a sus propios compañeros como prueba de incondicionalidad, es decir, a pesar de ellos mismos. Julián y Andrés eran como niños jugando a la guerra, el fusil les quedaba grande, los pantalones y las botas también. Cuando podían reían a escondidas y pateaban piedras por el camino. Martha y Elena eran mujeres maduras por la vida, tal vez tendrían menos de treinta años pero ocultaban su juventud con la dureza que se necesita para destacarse en el campamento y para alejar a los machos. Cocinaban, lavaban y atendían a los enfermos y, por supuesto, a los jefes, cuando *la causa* lo requería. Pedro las observaba, llegó a saber de quiénes estaban enamoradas, con quién gozaban y a quién soportaban, eso le hacía su cómplice, en silencio.

Roque era viejo, pequeño y fuerte como un buey, callado y solitario, de unos cincuenta años, que ya es ser viejo en el monte. Tenía toda la confianza de los jefes, era de la vieja guardia, llanero. Creció en *la causa* y no conocía otro mundo. Bueno, en verdad ninguno de ellos conocía otro mundo; del

campo, como peones, pasaron al campo como hombres del miedo, sin intermedias, sin experiencia de libertad, sin haberse asomado a una ventana. No les importaba el discurso, sobrevivían como lo hubieran hecho en cualquier finca, obedecían como hubieran obedecido a cualquier patrón, incondicionalmente, porque no conocían otro modo, como lo habían hecho sus padres. Vinieron tras la promesa, o bajo la amenaza, de una vida mejor, pero todo se redujo a sobrevivir.

Desde que lo aislaron de los demás cautivos, ellos fueron su único referente humano pues los otros, la tropa, no tenían contacto con él y los cambiaban frecuentemente. En medio de todo, tenía mucho que agradecerles, especialmente haberlo mirado a los ojos y dejarle ver su dolor a través de los suyos.

La fraternidad, pensaba Pedro, ese sentimiento que nos hace reconocernos en el otro, ese lazo invisible que une a la especie humana y que limita, cuando puede, nuestros más bajos instintos. No es el amor, el cual requiere un mayor grado de individualización. No es la compasión, que nos lleva a ponernos en el lugar del otro desde una posición de superioridad. Es la fraternidad, el sentimiento de identidad en igualdad, ese lugar común donde podemos sentir lo universal, donde podemos presentir una esencia común, un destino común que nos hace conscientes de nuestra dignidad y a la vez de nuestra insignificancia y debilidad. Por supuesto, es un sentimiento peligroso en un mundo que se construye sobre el concepto de *amigo-enemigo*, mundo que se pone en peligro cuando se cruzan las miradas, cuando “*el otro*”, el enemigo, sonrío o canta o expresa su dolor.

Cuando te ves en “*el otro*”, es imposible lastimarlo sin herirte a ti mismo. Y cuánto se han herido estos hombres del miedo, ¿cómo curar tanto daño en el corazón del victimario, cómo calmar ese grito ensordecedor de su conciencia, cómo conciliar el odio contra sí mismo?

El victimario dispara “*al otro*”, al espejo, quebrando su propia imagen. El acto repetido se hace más fácil y, por qué no, hasta placentero, la destrucción “*del otro*” puede ser tan satisfactoria como la superación de sí, produce tanta adrenalina como una droga fuerte. Después vendrá la recompensa, la admiración del grupo, el ascenso, el poder; pero a un alto precio, la condena a vivir con el alma necrosada, con una imagen desintegrada, con la voz interior amordazada.

§

Julián y Andrés se cansaron de la disciplina, eran muy jóvenes, querían vivir y un día, estimulados por un castigo injusto, escaparon, porque ellos también tienen que escapar, no hay dimisión posible. Julián fue capturado y fusilado delante de todos, Andrés jamás volvió y se prohibió mencionarlo. Martha ocultó su embarazo mientras pudo y una noche fue a recoger los mensajes y nunca volvió. Se despidió de Pedro, dejándole un pequeño radio junto al plato de comida. A Elena se la llevó uno de los comandantes, no dijo nada, sin protestar se alejaba del hombre que quería, para protegerlo.

El único que quedaba era Roque, que en medio de su silencio le dejaba sentir su compañía, estaba siempre a su lado para ayudarlo y aún para cargarlo cuando no podía caminar. Se quedaba en la noche y de

vez en cuando le pasaba un pedazo de panela.

Hace cinco años que Pedro sólo hablaba con su voz interior, se acostumbró a mirar hacia adentro, a hablar con esa voz que todo lo sabe, ese puente que nos pone en contacto con lo eterno, con nosotros mismos. Esa era una diferencia entre él y sus captores. Mientras él se aferraba a esa voz, ellos la amordazaban y pretendían reemplazarla por un discurso vacío y ajeno que cada vez les decía menos, que cada día era más lejano de sus sueños.

Hace cinco años que paga una condena, sin acusación, sin fórmula de juicio, sin sentencia. Hace cinco años el tiempo se divide entre la penumbra del día y la oscuridad total de la noche. Encarcelado en una verde inmensidad aplastante, mimetizándose como un reptil en la maleza. En el día camina entre la jungla húmeda, exhausto, encadenado. En la noche descansa entre la jungla húmeda, exhausto, encadenado; o viceversa, según la orden del jefe. La quietud de la noche permite a las ideas deambular a su antojo, entretenerse caprichosamente en discursos cada vez más inconexos y repetitivos. A veces Pedro logra conectar una estrella e inventar una historia que alivie su alma, otras veces fija la mirada en un punto cualquiera y deja a la mente jugar libremente, como un loco. Para no atormentarse renunció a sus recuerdos, tampoco trata de escuchar a sus captores, de tener noticias del mundo de los vivos o de imaginar la fuga o el rescate.

§

—*Pedro, Pedro, los hombres se conocen en los momentos difíciles*—, le decía su

madre; esa pobre vieja que murió de dolor, esperándolo y sin despedirse de él. Pero esto ya no es un momento difícil sino una eternidad desesperada. Hace cinco años que Pedro perdió sus adjetivos y empezó a dejar de ser Pedro, porque no puede ser quien no tiene recuerdos, quien no puede soñar, quien no puede acertar ni equivocarse, quien no tiene derecho a la risa ni a la palabra. Se sentía desdoblado entre la imagen que dejó en el mundo de los vivos y la sombra de aquel que caminaba en el mundo del miedo.

Lo único que espera es que alguno de sus captores, tal vez Roque, un día, cediendo a la fraterna atracción, le mire a los ojos y vea reflejado en ellos el ser humano que lleva dentro y así, hastiado del mutuo cautiverio, por la puerta de los vivos o de los muertos le ayude a escapar del mundo del miedo.

Amanece, se reinicia la marcha hacia ningún lugar. No tiene fuerzas, la fiebre ha regresado, se deja caer, nada le importa, la cuerda tira de sus muñecas, las voces son sólo un susurro, siente el vacío y el éxtasis absoluto del espíritu que abandona el cuerpo a través de un cálido túnel de luz. No hay de qué preocuparse —sonríe—, ellos tienen la orden de mantenerlo vivo.

Notas

1. Funcionaria de la Procuraduría General de la Nación para la Conciliación Administrativa. Abogada de la Universidad de Los Andes y Administradora Pública de la ESAP. Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de Los Andes. Máster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y en Ciencias Políticas de la Universidad de París Este - Marne la Vallée (Francia). Doctorando en la Universidad de Barcelona (España). Ha sido docente en derecho constitucional y administrativo. Participante en varios concursos de cuento y poesía.

ROSTROS & RASTROS

Indicaciones para la presentación de artículos y parámetros de evaluación

Los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros* pueden ser de tres tipos: artículo científico, artículo tipo ensayo y cuento. Considerando que la publicación conforma por excelencia un espacio académico, se permite cualquier debate siempre y cuando esté sustentado en cada una de sus ediciones semestrales, las cuales están dirigidas al sector académico institucional, así como a los integrantes de la comunidad en términos generales que tengan interés en los temas aquí tratados.

Requisitos técnicos de los textos de la revista *Rostros & Rastros*

- Tamaño máximo 12 páginas, letra arial 12 puntos, con espacios de tres centímetros sobre los cuatro costados.
- El texto puede ser de cualquier disciplina, en un lenguaje claro, sin excesos técnicos, que permita una fácil comprensión, elaborando siempre el proceso relacional entre los aspectos en desarrollo y su interacción práctica con lo social.
- En el caso del *artículo tipo ensayo* debe plantearse un tema concreto de discusión, alrededor del cual se teje una argumentación estructurada. El desarrollo puede sustentarse en referentes académicos, en la experiencia profesional, en información de prensa o en cualquier otra fuente que se preste a un debate serio, novedoso e instructivo.
- En el caso del *artículo científico* se busca que el o los autores presenten resultados de un proceso investigativo como adelantos de un proyecto en curso o el desarrollo de un aspecto concreto de una investigación concluida, clarificando su alcance y su propósito.
- Puede incluir gráficos, tablas, mapas, diagramas o similares.
- La bibliografía debe ser referenciada al final del texto, y no en pie de página. Para explicitar la fuente en el documento se enunciará a continuación del acápite de interés entre paréntesis el o los autores, el año de publicación y de ser pertinente la página; ejemplo: (Rozo P., 1999:21).
- Todo artículo debe tener un título e incluir un resumen donde se resalten los principales aspectos trabajados en el documento.
- Debe incluir un resumen de la hoja de vida del o de los autores.
- *En el caso de los cuentos*, se incluirán de uno a dos por edición, de acuerdo con el espacio disponible y la pertinencia. Deben tener la misma extensión que las demás modalidades e incluir implícitamente un mensaje o una reflexión desde lo social.

El 50% del espacio de la revista es reservado a la Procuraduría General de la Nación y/o a las demás entidades del sector público, mientras que el otro 50% se dirige al sector privado universitario, a la comunidad o a los independientes, tanto a nivel nacional como internacional. Las personas interesadas en participar deben dirigirse al director de la revista, quien recibirá los artículos, realizará una primera selección para posteriormente por medio de acta de entrega suministrar copia de estos al comité, cuyo papel será determinar la aceptación, rechazo o solicitud de modificaciones de los textos. Dicha instancia está conformada por profesionales de distintas profesiones y amplia experiencia, pretendiendo desde la interdisciplinariedad generar un debate integral.

Criterios de selección de los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros*

- Redacción fluida, comprensible, con concatenación clara y pertinente de ideas que cumpla con los parámetros de la revista.
- Aportar elementos novedosos y/o de actualidad.
- En el caso de los documentos científicos, debe quedar evidente la seriedad y fundamentos de los trabajos realizados.
- En el caso de los ensayos, el aporte debe ser evidente con reflexiones oportunas.