

**“ DE LA NEUTRALIZACION DE LA VICTIMA
A LA VICTIMOLOGIA : ESTRUCTURACION
DE UNA ALTERNATIVA EN EL SISTEMA PENAL ”**

*Por: Carlos Mario Molina Arrubla
Abogado Titulado U. P. B.*

Mucho ha cambiado el Derecho Penal, como Derecho a castigar radicado en cabeza del ente estatal, desde sus muy remotos orígenes hasta el momento actual: En efecto, recorriendo una línea progresiva paralela al configuramiento y estructuración del propio ente estatal, ese “IUS PUNIENDI” ha ido de la mano con ideologías y doctrinas que han servido para legitimarlo y, con su ejercicio, legitimarse en cuanto tales.

Por tal vía se comprende que para las épocas en que hacía su tímida aparición el Estado, en cuanto ente soberano regulador de conductas intersubjetivas, ese “Derecho a Castigar” no fuese más que la respuesta privada e ilimitada que las personas agraviadas con una conducta lesiva de sus intereses personales, al menos a su entender, conferían al autor de la misma: Ello explica, entonces, instituciones tales como la ley del talión, en cuanto forma de venganza privada por el agravio cometido, pues que en puridad no existía un órgano superior encargado de reglamentar las conductas intersubjetivas en el seno social, y mucho menos habilitado para sancionar las eventuales desviaciones comportamentales. De tal quisa, la inexistencia de un aparato estatal, entendido al menos en el sentido formal del vocablo, descartaba la titularidad de “derechos” por parte de los individuos, como que no mediaba la presencia de un ente abstracto que los reconociera, tutelara o defendiera, a partir de lo cual poco menos que lógicamente resultaba ser esa reacción privada, ilimitada y desbordada del agraviado con una conducta hipotéticamente lesiva de sus intereses.

En consecuencia, fué menester esperar el advenimiento de alguna rudimentaria forma estatal, para que en verdad pudiera comenzar a hablarse de “Derechos Subjetivos” radicados en cabeza de cada uno de los individuos conformantes de ese ente estatal, y, de la misma forma, de una facultad de reglamentar y tutelar el desarrollo de la vida comunitaria, con una correlativa prerrogativa de sancionar a quie-

nes desbordasen el marco de lo socialmente permitido, como instituidas en un órgano central de poder. Y fué así como se produjo el advenimiento del Estado Absolutista, como prolongación necesaria e indefectible del feudalismo propio de la Edad Media: La idea de un soberano, como personificación del poder estatal que recién irrumpía en el panorama histórico de la humanidad, significaba el reconocimiento que las innumerables voluntades individuales y particulares hacían a otro individuo —el Rey por virtud de lo cual enjebaban sus ilimitadas actuaciones y le confiaban a este la reglamentación y tutela de los comportamientos sociales, tanto como la represión y castigo de las conductas reñidas con tales parámetros. Con todo, como bien lo apunta BUSTOS RAMIREZ (1), los derechos y libertades del individuo aparecen negados en aras de la conservación y seguridad del Estado, por lo que la dependencia personal de los asociados para con su Soberano debe ser absoluta, todo lo cual provoca la inseguridad de los individuos y motiva una lucha ideológica y práctica en pro de la racionalidad y las libertades.

Es que, en verdad, para el individuo de los siglos XV y XVI, no existía ni la seguridad ni la certeza, en cuanto categorías funcionales necesaria e indefectiblemente ligadas al Derecho, entendido como instrumento regulador de conductas intersubjetivas, supuestamente encaminado a la obtención y materialización de un valor supremo y absoluto, cual es el de la Justicia: Si bien puede ahora predicarse que existe una tímida y rudimentaria forma de Estado, y que consecuentemente puede sostenerse que existe una elemental y simplificada forma de ordenamiento jurídico, es lo cierto que ni uno ni otro cumplen a cabalidad y plenitud las misiones y funciones propias que les fueron confiadas en virtud de ese "Contrato Social".

El Rey, aquel individuo que aparece dominando la escena política y social, no es más que el centro de convergencia de los señores feudales y, de tal manera, un simple "primus inter pares", al menos en sus inicios, lo que conducirá a que sus órdenes y mandatos no sean más que manifestación de las presiones particulares y de los intereses individuales de sus iguales, por lo que en momento alguno puede decirse que sus implementaciones a la existencia social tengan como finalidad la satisfacción de intereses o necesidades comunitarias. Y cuando ese mismo Rey logra fortalecer su imagen y poder, convirtiéndose en un verdadero soberano, desligándose de las presiones e intri-

gas particulares, pasa a ser víctima de sus propios deseos y ambivalentes querencias, todo lo cual inhibe en los asociados el cumplimiento y satisfacción de las indispensables notas funcionales del Derecho, concebido como mecanismo idóneo para la consecución de la Justicia, cuales son la seguridad y la certeza, toda vez que los súbditos no llegan a saber cuales son, en última instancia, las normas de conducta social a las cuales deben ceñir sus comportamientos, y mucho menos conocen de antemano cuales serán las eventuales consecuencias desfavorables o sancionadoras que les serán impuestas con motivo de la observancia de una conducta reñida con los cánones de lo permitido, ya que deben esperar a conocer cuales son los arbitrarios deseos o disposiciones de su soberano, en uno y otro sentido. Y a ese sentimiento de inseguridad jurídica, debe agregarse el de la incertidumbre, como que en ningún momento existe conciencia del cumplimiento de las sanciones, siempre que según lo inconsultamente dispuesto por el Soberano, se conceden graciosa y gratuitamente toda clase de amnistías e indultos.

En síntesis, debe decirse que verdaderamente poco ha ascendido ese "ius puniendi", ese derecho a castigar las conductas socialmente dañosas, radicado en cabeza del aparato estatal, durante esta época y con relación a la anterior, puesto que si bien el castigo a la conducta dañosa ha dejado de ser privado para pasar a ser ejercido por el rudimentario ente estatal, no es menos cierto que los sentimientos de inseguridad e incertidumbre jurídicas son aún palpables y evidentes.

Solamente con la aparición del Estado—Guardian, podrá decirse que comienzan a delinearse unas primitivas formas de seguridad y certeza jurídica, habida cuenta que el advenimiento de formas democráticas y liberales de gobierno así lo exigen, en contraposición a las antiguas formas imperantes: Eventos tales como la revolución Francesa, motivan la aparición de una forma estatal propiamente dicha, que se contrapone abierta y radicalmente a los excesos y arbitrariedades del antiguo régimen, evidenciando una apreciación limitativa de los poderes soberanos, los que habrán de limitarse a la conservación del libre mercado y de algunos derechos propios e inenajenables del ciudadano, siendo esa, pues, la aparición del Estado-gendarme, liberal, democrático y de derecho. En él, el poder estatal es reconocido pero reducido a su más mínima expresión, toda vez que queda encargado del cumplimiento y satisfacción de las necesidades sociales fundamentales, cum-

pliendo un papel eminentemente pasivo dentro de la vida comunitaria.

Sobre sus bases y lineamientos, se levantará el edificio ideológico fundamentado en los pilares conceptuales ofrecidos por CESAR BECCARIA, quien con su obra cumbre "De los Delitos y las Penas", originó toda una revolución intelectual y material, que aún deja sentir sus efectos en nuestros días: La discusión en torno a la legalidad y proporcionalidad de las penas; el clamor por el reconocimiento de garantías procesales y la deprecación por una verdadera prevención delictual, son los aspectos principales que se destacan en la obra de CESAR BONESANA, Márquez de Beccaria. Y superfluo resulta consignar cual fué el valor y significado de tal obra en ese momento histórico: Desde aquel instante, se buscó afanosamente por parte de los pensadores y filósofos, estructurar ideológica y científicamente ese Derecho a Castigar del cual estaba investido el ente estatal, en procura de una sistematización y configuración que permitieran el cumplimiento de las funciones dinámicas y esenciales del Derecho, cuales son las de la seguridad y certeza en favor de los asociados.

Con arraigo en tales parámetros, autores tales como GAETANO FILANGIERI, MARIO PAGANO, PELLEGRINO ROSSI, GIOVANNI CARMIGNANI, FRANCESCO CARRARA, PIETRO ELLERO y ENRICO PESSINA, contribuyeron con sus aportes individuales a lo que ulteriormente se denominó por parte de ENRICO FERRI, con ánimo inmerecidamente despreciativo, la "Escuela Clásica del Derecho Penal", que con sus postulados se preocupó por el restablecimiento de los fueros humanos conculcados por el autoritarismo, ennoblecendo de paso la naturaleza y misión de la pena. Empero, debe reconocerse que la labor ideológica fundamental de la Escuela Clásica del Derecho Penal, estribó en haber sentado las bases de un Derecho Penal verdaderamente científico, en la medida que buscó explicar filosóficamente la razón de ser del Derecho a castigar; intentó fijar los límites del Estado para el ejercicio de esa potestad, y combatió la barbarie de las penas y los abusos en la administración de justicia.

Muy a pesar de la transparencia y equidad que parecía encerrar el nuevo sistema, la realidad existencial se encargó prontamente de encuadrar un rotundo mentís a su presencia. Fruto maduro de esta nueva concepción fué el capitalismo a ultranza preconizado por la

Escuela Económica Liberal de Manchester, que a los cuatro vientos propalaba su tesis del "Laissez Faire, Laissez Passer", y que daría lugar a las enconadas polémicas doctrinarias que servirían de marco referencial a los profundos estudios de ese gran pensador que fuera KARL MARX, y que encontrarán su acabada presentación en su obra cumbre sobre "El Capital". No podía entonces permanecer el Estado asumiendo ese papel pasivo en el seno societario: Era menester que el mismo asumiera una función verdaderamente activa e impulsora de la existencia comunitaria, surgiendo así el Estado Intervencionista, director de la vida económica y promotor de la conveniencia y mejoramiento social, siendo esa la razón por la cual se le estampó el epígrafe de "Estado de Defensa Social", como que ya no sólo se preocupaba de la regulación del mercado y de la satisfacción de las necesidades sociales primarias, sino de su impulsión. Y como bien lo acota BUSTOS RAMIREZ (2), fué el positivismo el que brindó al intervencionismo su legitimación, toda vez que la ciencia positiva fundamentaba el orden, la disciplina, lo organizado; y por el mismo camino la Escuela Positiva del Derecho Penal elaborada con referencia a los aportes doctrinales de los "Evangelistas" ENRICO FERRI, RAFAELE GAROFALO y CESARE LOMBROSO, ofreció a tal filosofía una nueva dimensión del atributo punitivo radicado en cabeza del ente estatal.

Tal como lo plantea el maestro JIMENEZ DE ASUA (3), desde el punto de vista estrictamente filosófico, la Escuela Positiva aparece como una reacción contra el excesivo individualismo: Las nuevas ideologías políticas, que, mientras por un lado inducían al Estado a no limitarse a la función meramente negativa de impedir lo ilícito, para asumir en cambio una función positiva de cumplimiento de objetivos sociales, especialmente de asistencia y beneficencia, al mismo tiempo reconocían que el Estado, en la garantía de los Derechos Individuales, había ido más allá de los límites necesarios, de modo de sacrificar a estos los intereses de la colectividad, los que exigen a su vez una tutela más enérgica y eficaz, en sentir de los positivistas, según lo plantea FONTAN BALESTRA (4), siguiendo en ello a FILIPPO GRISPIGNI.

Ese criterio de acción positiva del aparato estatal, y con ello del Derecho Penal, llevó consecuentemente, si bien sobre la base de algunos errores conceptuales que no es del caso destacar

aquí, a los expositores de esta doctrina jurídica penal a abordar el análisis criminológico del protagonista delictual, con miras a la formulación de una teoría de la profilaxis delincencional, siempre dentro de los moldes de una defensa social. De paso, vale la pena significar que, contrario a lo que comúnmente se piensa, la Escuela Positiva del Derecho Penal no vió el ocaso de su fulgurante existencia a raíz de sus contradicciones conceptuales internas, cuanto a la adhesión de muchos de sus acólitos a la filosofía fascista: Una Escuela que nace bajo el signo de la renovación y la reforma social, acoplada con la génesis misma del socialismo y como sinónimo de la solidaridad social, no puede continuar existiendo como y en cuanto tal, cuando sus máximos exponentes y adalides mutan su militancia política, abjuntando de los puros ideales que los guiaban, como acertadamente lo propone BERGALLI (5), pues que no puede olvidarse el giro ferreriano encaminado hacia el fascismo, en procura de alcanzar los bancos del Senado.

Hasta esta altura de nuestra exposición, fácilmente se colige la orientación que hasta el momento histórico alcanzado observaba el Derecho Penal, encaminado sustancial y predominantemente hacia la Retribución, de lo cual harían gala y uso abusivo los regímenes fascistas y nazistas: Fué tan solo con la aparición del Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho, cuando el poder central comprendió que sus metas se encontraban situadas en un plano infinitamente superior, frente al hasta ese momento aceptado. En palabras de BUSTOS RAMIREZ, (6)

“El Estado de bienestar recobra nuevamente la función garante del derecho, y en un sentido amplio, pues reconoce la existencia de un vasto campo de derechos propios a la vida social de los individuos y que resultan indispensables para una reproducción sin tensiones de la fuerza de trabajo; por eso es Estado social de derecho. Pero de todos modos en el Estado de bienestar estará también presente la idea puramente intervencionista de defensa social, en que el derecho pasa a ser una simple técnica de control y no una garantía, no una concreción práctica del acuerdo entre poseedores y no poseedores de los medios de producción”.

De esta guisa, y partiendo de una reelaboración de las nociones fundamentales sobre la Política Criminal, a partir de la Segunda Guerra Mundial, especialmente, lo que ha llevado a algunos autores como el profesor SANTIAGO MIR PUIG (7) a sostener que "esta vuelve a ser la época de la Política Criminal", se ha entendido que la teleología del Derecho Penal debe y tiene que observar, más que la retribución, la necesidad de la Prevención.

En efecto, entendiendo que la Política Criminal es la rama de la ciencia política que tiene a sugerir cual es, entre las actividades desplegadas por el Estado, la más apropiada a los fines de la prevención y represión de la criminalidad, sobre la experiencia recogida por la Criminología y la Penología; y comprendiendo que como parte integrante de la Política general del Estado que es, y, a su vez, englobadora de la Política Penal plasmada por el poder central en la Ley Penal, entendida en su sentido más amplio, se infiere que es aquella la que marca y debe trazar los derroteros de esta última. Siendo ello así, como en verdad creemos que lo es, se deduce que la función primordial que debe cumplir la Política Penal, es la de la prevención de la criminalidad.

II

Sabido es que el hecho punible comporta la existencia de una unidad dialéctica conformada por el autor de la infracción, y la víctima de la misma. Y si en principio debiera decirse que la Criminología ha dedicado casi que exclusivamente al sujeto activo de tal unidad, todos sus esfuerzos de elaboración y comprensión científica, sin preocuparse apenas por el sujeto pasivo de tal proposición, debe admitirse por fuerza de la demostración existencial que este fenómeno no se debe sólo a que la Criminología tenga poco o nada que decir sobre la víctima, en comparación con los conocimientos de que dispone frente al delincuente, sino que es un fenómeno predicable, en líneas generales, respecto de las Ciencias Penales, como que otro tanto sucede, por ejemplo, con el Derecho Penal, que no obstante encuadrar dentro de los elementos genéricos del delito a los sujetos y los objetos, carece de un interés real por el problema de la víctima, habida cuenta que centra lo mejor de sus esfuerzos e implementaciones en el actor del punible, tomando tangencial y esporádicamente al ofendido directo

en eventos tales como la cualificación o dosificación de la sanción imponible, o la responsabilidad civil derivada del comportamiento dañoso.

Con arreglo a tal premisa, y aceptando que de manera genérica las Ciencias Penales se encuentran unilateral y parcializadamente orientadas hacia el autor del delito, se observa cómo jurídicamente se insiste en la neutralización de la víctima, como más adelante se verá. Empero, debe sí subrayarse que el papel de la víctima del reato sancionable, en cuanto hace con la investigación, juzgamiento y veredicción de la conducta lesiva de sus intereses, se ha visto alterado más que por el avance general del Derecho Penal, por el paso que se ha dado recientemente, tal como quedó analizado atrás, en su configuración como un Derecho Penal Preventivo, según lo postula el profesor WINFRIED HASSEMER (8).

Un sistema penal basado en la retribución del mal cometido, toma en consideración a la víctima meramente por que en ella se ha realizado el hecho injusto que se trata de retribuir: La cuantía del daño, la intensidad del dolor, el perjuicio para el futuro de la víctima o de sus parientes, son todos criterios importantes para un Derecho Penal de Retribución, a los efectos de establecer las conminaciones penales y de determinar la pena a imponer en el proceso penal. Un Derecho Penal de la Retribución mira al pasado y, por tanto, a la lesión del interés de la víctima, y argumenta en el plano moral en la medida en que se propone compensar el mal del delito con el mal de la pena.

Por su parte, un Derecho Penal orientado a la Prevención tiene por fuerza que dejar de lado a la víctima. Mira el futuro y se interroga sobre las posibilidades de mejorar al autor del delito, de disuadir a futuros delincuentes y de reforzar el sentido social de respeto por las normas: No puede argumentar con consideraciones morales sino empíricamente; la lesión de la víctima ya no constituye el fundamento de la consecuencia jurídico-penal, sino un mero indicador en orden a valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos por parte de ese u otros autores. Un Derecho Penal Preventivo toma en cuenta a la víctima desde el punto de vista de la profilaxis y se limita por ello a poner sobre aviso a los grupos de hipotéticas víctimas más expuestas al peligro (ancianos, niños, agencias bancarias, políticos, amas de

casa, etc.), y, en su caso, protegerlos activamente. De esta manera, los principios de retribución y de satisfacción a la víctima son sustituidos por los de aseguramiento y de prestación social: Sintomático, por decir lo menos, resulta el hecho ejemplificante reseñado por HASSEMER (9), según el cual desde el año de 1976 existe en Alemania una "Ley de Indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos" que prevé, independientemente del proceso penal, una reparación parcial de los daños sufridos, a cargo del Estado, con la cual se plantea un interesante paso en pro de la socialización de los daños producidos por la desviación social delictiva.

III

Con arreglo a lo expuesto, se detecta que si se contempla el papel de la víctima en el sistema penal, y se pretende avistar su evolución futura dentro del mismo, lo primero que se advierte es que, frente al autor del delito, la víctima se encuentra perjudicada de un modo específico: No sólo debe admitirse que, por razón de la evolución experimentada a lo largo de la historia por el ente estatal, y según ha sido analizado suficientemente, el control del delito ha dejado de ser una tarea social tolerada a la víctima, para pasar a ser de competencia exclusiva y excluyente del Estado, que se convierte en detentador único del monopolio de la reacción penal, sino que, en ese mismo sentido, se le prohíbe a la víctima, bajo amenaza de pena, el que busque castigar por sí misma la lesión de sus legítimos intereses. Pero por si ello fuera poco, para el evento hipotético en que el sujeto pasivo de la infracción pueda o deba entrar a ejercer una tarea subsidiaria a aquella que le ha sido omnímodamente confiada al Estado, como es el caso que se patentiza en la legítima defensa o en la captura del delincuente por parte de los particulares en casos de flagrancia, la víctima debe observar rigurosamente el marco de actuación que para tales casos ha configurado la propia Ley. Mas aún, ya en la esfera del proceso penal propiamente dicho, una vez iniciado este por razón de la recepción de la "noticia criminis" por parte del funcionario jurisdiccional competente, se observa que nuevamente el aparato estatal entra a neutralizar una vez más la actividad de la víctima, en la medida en que reduce su participación a la labor de mero testigo en el esclarecimiento del hecho.

De dos formas fundamentales, entonces, el actual sistema penal,

como instrumento indiscutible de control social encaminado al mantenimiento del orden social, económico y cultural vigente en un momento histórico, y que reposa en manos de una minoría social que en virtud de determinadas condiciones y circunstancias externas detenta el poder, neutraliza inmisericordemente a la víctima en cuanto hace con su actitud responsiva al evento lesivo observado en su disfavor por parte de otras personas: La primera, de una manera directa, cuando el Estado se abroga la facultad de sancionar, excluyendo el papel potencialmente participativo de la víctima, a la cual puede llegarse a sancionar en el evento de que pretenda evadir tal precepto de orden constitucional; y la segunda, que podríamos denominar indirecta, se desdobra a su vez en dos variantes, atendiendo a la sustantividad o adjetividad del orden jurídico: Por lo primero, se tiene que la víctima debe plegarse a las limitantes establecidas por la ley sustantiva, cuando en determinados y precisos casos el mismo ordenamiento jurídico le permite desempeñar una tarea defensiva supletoria de la del propio Estado; por lo segundo, se dice que, desde el punto de vista eminentemente procesal, la víctima encuentra notoriamente recortadas sus posibilidades de actuación dentro del expediente penal que procura investigar y definir la eventual responsabilidad jurídico penal que pueda predicarse respecto de su ofensor.

El verdadero problema frente a este innegable proceso de "neutralización de la víctima", viene dado por el hecho de que frente al cercenamiento de sus posibilidades responsivas por parte del orden jurídico, y en disfavor del sujeto pasivo de la infracción, se plantea el auge cualitativo y cuantitativo desmesurado de la criminalidad, correlativo a la impotencia, la ineficacia, la desidia o el desinterés por parte del Estado en orden a su control. Por ello, el peligro de la **problemática planteada reside en que frente a la presión de las reales o potenciales víctimas, en la medida en que como unidad grupal se convierte en factor políticamente significativo, pueden inducir o coaccionar al aparato estatal a la adopción de decisiones y medidas político-criminales verdaderamente desconectadas del objetivo que supuestamente persiguen: se crean tipos penales nuevos a pesar de que aquellos que se disponen son suficientes; se elevan las penas al máximo, a pesar de que todos los que están bien informados saben que no comportan efecto especial alguno; se recortan en general los derechos de los detenidos y los procesados a pesar de que sólo se quiere afectar a un reducido número de sospechosos; se introducen**

leyes especiales para los terroristas y medidas penitenciarias especiales que ofrecen serios reparos de constitucionalidad, etc.

Por lo anterior, es por lo que insistimos en nuestra tesis que, basada en la unidad dialéctica de autor y víctima, de trascendencia y relevancia no sólo criminológica sino, también, jurídico penal, y en el hecho de que la víctima seguirá siendo coprotagonista del delito, sea cual fuere la política criminal que impere, comprende la importancia que para la Ciencia Penal, entendida en términos generales, comporta la Víctima. Empero, admitiendo que los signos de los tiempos no parecieran ser propicios a una vuelta a la concepción retributiva del sistema penal, sino más bien a continuar en la línea de la profilaxis y el aseguramiento y compensación, características estas propias de un Derecho Penal Orientado a la Prevención, colegimos que, por tal sendero, el sistema penal se alejará cada día más del estudio debido al sujeto pasivo de la infracción.

Siendo ello así, como en realidad creemos que lo es, y no pudiendo perder de vista los peligros que una tal comprensión de la problemática planteada encierra, como quedó recientemente consignado, se impone la revisión y entendimiento de las formas o maneras que el sistema penal utiliza en aras de la neutralización de la víctima, con miras a la postulación de los mecanismos más adecuados e idóneos para la solución del entuerto en tratamiento: Siendo que el Derecho Penal orientado a la Prevención comporta el descuido, por no decir que la destimación absoluta y radical de la víctima; y recordando que la presión por estas ejercida sobre los órganos de control, en cuanto signifique la estructuración de cuadros políticamente relevantes, puede originar la adopción legal, jurisdiccional y administrativa de medidas no siempre conectadas con la finalidad que ellas persiguen, como que pueden traducir verdaderos atentados contra los principios elementales que ilustran y presiden la Política Criminal, se torna imprescindible e imperativo el estudio y comprensión de los mecanismos por virtud de los cuales el aparato estatal ha dado lugar a la "neutralización" de la víctima, con miras a la proposición de instrumentos de reacción social que permitan la solución del entuerto en comento.

IV

En un primer estadio conceptual, decimos que por razón de la evolución histórica sufrida por el ente estatal, este ha llegado a abrogarse de manera exclusiva y excluyente el poder de sancionar las conductas por él mismo calificadas como reprochables, proscribiendo la actuación responsiva de carácter privado frente a tales comportamientos.

En verdad, desde el instante en que el Estado asumió no sólo la tarea legislativa, esto es, la función de definir las conductas considerables como merecedoras de una sanción; sino también la jurisdiccional, como encargada de la definición de las responsabilidades jurídicopenales deducibles a un sujeto hipotéticamente comprometido en la comisión de un determinado hecho punible, bien a título de autor, bien a título de partícipe; y, más aun, de la administrativa, en cuanto delegatoria de la atribución de hacer cumplir los fallos jurisdiccionales proferidos con arreglo a la normatividad vigente, ejecutando las sanciones allí eventualmente impuestas, la reacción social no formal, esto es, la desplegada por parte de los particulares considerados en cuanto tal, quedó reducida a su más mínima expresión.

Ya autores como ALESSANDRO BARATTA (10) habían comprendido a cabalidad la distinción existente entre la Reacción Social Formal y la Reacción Social no Formal, cuando partiendo del análisis de los "Procesos de Criminalización" llegaba, por diferente camino, al mismo punto al cual nosotros hemos ya arribado: Entendiendo los "Procesos de Criminalización" como aquellos mecanismos por razón de los cuales tenía lugar la creación y definición de las normas sociales de conducta, que conllevaban a que ciertas personas y sus comportamientos fuesen considerados como "delincuentes" o "desviados", al paso que otros sujetos y actos, fenomenológica y ontológicamente idénticos a los anteriores, no llegan a ser objeto de las mismas cualificaciones, BARATTA entendía que esos procesos de criminalización podían adelantarse directamente por instituciones de carácter penal, o por organismos o cuadros de carácter no penal. (Como los medios de comunicación social, el propio sistema educativo, o la religión y familia mismas): En el primero de los eventos, BARATTA habla de una "Reacción Social Formal", que nosotros adjetivaríamos como "Institucionalizada", y en el segundo de los casos trá-

tase de una "Reacción Social no Formal" que nosotros nos permitimos comprender como "no institucionalizada".

Ahora bien, dentro de la Reacción Social Formal, BARATTA distingue tres estadios o momentos del proceso de criminalización : Una criminalización primaria, consistente en el mecanismo de producción de las normas; una Criminalización Secundaria, constituida por el mecanismo de aplicación de las normas, es decir, por el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina en el juicio; y, finalmente, una criminalización Tercera, configurada por el mecanismo de ejecución de las penas o de las medidas de seguridad.

Destácase, entonces, en una u otra visión, el papel subalterno y precario que dentro de la Reacción Social, en cuanto manifestación responsiva y sancionatoria del comportamiento social lesivo, observa la actuación privada o particular: La reacción social frente a la criminalidad, se contrae así a la materializada por los organismos oficiales de control social, que, de contera, proscriben de manera absoluta y radical la reacción social de carácter privado.

Se comprende, de igual forma, el por qué algunos tratadistas, cual es el caso de SANDOVAL HUERTAS (11), proponen la entronización conceptual de los procesos de criminalización, como parte integrante del "Control Social", esto es, que dentro del estado de cosas actualmente vigente, la minoría que detenta el poder emplea el proceso de criminalización como un instrumento eficaz en aras de la preservación del estado social, cultural y económico actualmente imperante y del cual ellos disfrutan :

" los procesos de criminalización, tanto cuando se realizan por reacción social formal como cuando se efectúan por reacción informal, o por ambas, constituyen apenas parte de un fenómeno mucho más amplio, a saber: El "control social", entendido como la totalidad de instituciones y sistemas normativos, con base en los cuales y mediante estrategias de socialización y proceso selectivos, se procura lograr la aceptación (voluntaria, artificial o forzada) y el mantenimiento del orden social vigente y sus valores; de modo que ese control se ejerce di-

ferentemente sobre los distintos sectores sociales.

Si se omite entender los procesos de criminalización como una de las partes integrantes del control social, omisión en la que han incurrido el interaccionismo simbólico y la teoría del etiquetamiento (o labelling approach), se cae, entonces, en un encubrimiento de la estructura económico social en la que se desarrolla la cuestión criminal y, simultáneamente, se falla por desconocer la trascendencia que esta estructura tiene para el fenómeno en estudio".

Y es que en orden al ejercicio de ese control social por parte del sistema penal, este último efectúa un doble proceso de selección: Un primer proceso de selección, que podríamos denominar "Objetivo", en la medida en que el sistema penal selecciona los bienes sociales merecedores de protección jurídico-penal, así como de los comportamientos ofensivos de estos bienes, y definidos en los diversos tipos penales; y un segundo proceso de selección que cabría llamar "subjetivo", por razón del cual el sistema penal selecciona los individuos estigmatizados entre todos los individuos que cometen infracciones a las normas penalmente sancionadas.

Bajo uno y otro lente, se demuestra no sólo la marcada inclinación del sistema penal hacia el sujeto activo de la infracción, como centro de atención de sus intereses y regulaciones, sino la preeminencia absoluta que en tratándose de la Reacción Social frente al fenómeno criminalidad establece el Estado, descartando casi que por completo la formas no institucionales de reacción social, estableciendo un monopolio a la fuerza legitimada: El ente estatal ha erigido un monopolio en su favor, como detentador único de la potencialidad de reacción social frente a la criminalidad, autoasignándose en exclusiva la realización violenta del interés de la víctima, a la que, a su vez, se le prohíbe con la conminación de una pena, el castigar por sí misma la lesión de sus intereses.

En procura de monopolizar el ejercicio de la fuerza institucionalizada, el aparato estatal ha llegado al extremo de instituir una sanción, a nivel del Código Penal, para aquellos comportamientos individuales que comporten la regresión a las fases primarias de la evolu-

ción del Derecho Penal, en la forma de venganzas de carácter privado, tal como puede certificarse en el artículo 183 de nuestro Estatuto Sancionador, que a la letra dispone :

Art. 183. EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES. El que en lugar de recurrir a la autoridad y con el fin de ejercer un derecho, se haga justicia arbitrariamente por sí mismo, incurrirá en multa de un mil a cincuenta mil pesos”.

Tomando como punto de partida los argumentos hasta aquí expuestos, cabe formular la siguiente precisión: En puridad, el bien Jurídico tutelado con el tipo penal del “Ejercicio Arbitrario de las propias razones” no es la diaphanidad del sistema procesal nacional, como pareciera darlo a entender el nomen iuris del Capítulo Sexto del Título IV del Código Penal, “Del Fraude Procesal y otras infracciones”, en el cual aparece encuadrada la figura legal en comento; y ni siquiera la “Administración de Justicia”, como quisiera significarlo el propio nomen iuris de ese Título: No creemos que el bien social y cultural protegido jurídicamente por la norma en examen, sea el sistema procesal nacional, por la muy sencilla razón de que precisamente el sujeto activo de tal infracción ha evadido la concurrencia al sistema de control legal, siendo ese precisamente el motivo por el cual es sancionado, y si precisamente la conducta objetiva observada por el agente consiste en no acudir a la autoridad, mal puede decirse que está incurriendo en “Fraude Procesal”, siempre que el presupuesto elemental para la configuración de tal fenómeno descansa en una doble hipótesis: Primero, haber acudido a la autoridad en procura del reconocimiento de un derecho; y, segundo, ya dentro del trámite procesal pertinente (sea el administrativo o jurisdiccional), observar una conducta fraudulenta.

De otra parte, tampoco participamos íntegramente del criterio según el cual se mantiene que el bien jurídico aquí protegido sea la “Administración de Justicia”, con sujeción a dos criterios incontrastables: El primero, tangencialmente comentado con anterioridad, según el cual no cabe sostener tal tesis, habida cuenta que el actuar externo que amerita la sanción imponible a su autor consiste precisamente en no haber acudido a la autoridad, con lo que mal pudiera decirse que no habiendo intervenido en verdad la Administración de

Justicia, a través de uno de sus representantes unipersonales o colegiados, se esté contra ella atentando. En tal sentido, el Tribunal Supremo de España, en cita del profesor Luis Carlos Pérez (12),

“ ... consideró muy discutible que el bien Jurídico tutelado fuera la administración de justicia, fundándose en que esta no ha intervenido todavía. **De modo que no se la ataca sino que se prescinde de ella, obteniéndola de propia mano.** En términos distintos, la corporación definió que no podía atacarse la forma como se administra justicia cuando este aparato no se encuentra funcionando”.

(Subrayas fuera del texto)

De otra parte, nos atrevemos a censurar tal inteligencia hermenéutica con arreglo al siguiente planteamiento: Repárese en que el contenido normativo no hace referencia a no acudir ante el “funcionario judicial competente” en procura del reconocimiento de un Derecho, sino que lo hace con relación a una “autoridad”, que no comporta necesariamente la alusión a funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público, por dos razones básicas: Una, extraída del propio Título IV del Código Penal, que podríamos llamar una razón “intrapenal”, y otra, que cabría denominar “extrapenal”, extraída del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto a la intrapenal, debe reconocerse que a lo largo de las diferentes figuras conductuales tipificadas en los artículos que conforman los diversos Capítulos del Título del Código Penal en tratamiento, se hace repetida indicación a un concepto amplio de “autoridad”, englobante aún de funcionarios Estatales pertenecientes a ramas del poder público, allende la jurisdiccional. Base al efecto recordar el contenido normativo del artículo 172 del Código Penal, “Falso Testimonio”, que puede materializarse tanto ante una autoridad judicial como administrativa; el artículo 175 ejusdem, “Infidelidad a los deberes profesionales”, en donde la conducta puede patentizarse en asunto judicial o administrativo; o el artículo 182 de la misma obra normativa, “Fraude Procesal”, que sanciona la comisión de actos fraudulentos para obtener “sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley”, a partir del error en que se haga incurrir al funcionario respectivo; o, en fin, todos y cada uno de los

artículos encuadrados dentro del tal Título, y que dicen relación con la patentización de determinadas conductas reprobables ante "autoridades", que ontológica y axiológicamente encierran la visualización de una noción y significado latísimo de tal vocablo: Tal es el caso del artículo 176, "Favorecimiento", o del artículo 185, "Reingreso ilegal al país".

Por cuanto a la extrapenal, se tiene que el artículo 1o. del Código Contencioso Administrativo, a la letra, dispone :

"Las normas de esta parte primera del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría general de la Nación y ministerio público, a la Contraloría General de la República y Contralorías Regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otros cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a, todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades".

(Subrayas fuera del texto)

No obstante que la norma recientemente transcrita pareciera circunscribir tal denominación genérica de "autoridades" y conferido a ciertos funcionarios y entidades oficiales, a los propósitos de la codificación dentro de la cual se enmarca, creemos que con un procedente y valedero criterio hermeneutico, cabe adoptar igualmente tal denominación a los efectos interpretativos en estudio.

Por una y otra vía, esto es, tanto por la razón intrapenal consignada, como por el criterio extrapenal recientemente expuesto, resulta criticable el extremo sostener la tesis de que el bien jurídico tutelado con el tipo penal del "Ejercicio Arbitrario de las propias razones", sea la Administración de Justicia. Por ello, con apoyo en lo propuesto por el autor español MIGUEL BAJO FERNANDEZ, citado por el profesor ANTONIO JOSE CANCINO (13), diremos que

"Frente al argumento esgrimido por la jurisprudencia española es preciso advertir que la presiden-

cia de la administración de justicia puede, en ciertos casos, constituir una lesión de intereses públicos y que el sentido histórico del precepto, corroborado por su colocación sistemática, es el de la **defensa del interés político de la monopolización por parte del Estado** en la actividad de la justicia"

(Subrayas fuera del texto)

De esta quizá, pues, lo que se pretende tutelar con el contenido normativo del artículo 183 del Código Penal, "Ejercicio Arbitrario de las propias razones", no es la diaphanidad o transparencia del sistema procesal, y ni siquiera de la Administración de Justicia, considerada como un bien social digno de tutela jurídica, sino el monopolio de la fuerza legitimada, por parte del aparato estatal, en procura de la neutralización efectiva de la actitud responsiva de la víctima, frente a una conducta ajena lesiva a atentatorias de sus intereses, como se ha venido sosteniendo aquí.

A tenor de esta hipótesis de conducta, el sujeto ofendido con la materialización de una infracción al ordenamiento jurídico por parte de otra persona, que ha lesionado o puesto en peligro sin justa causa los intereses por ella detentados, debe enervar su respuesta directa, personal y privada frente a tal agresión, encomendando la defensa de sus aspiraciones retaliativas o retributivas al aparato estatal, so pena de hacerse merecedor a una sanción por razón de su eventual desatención a tal mandato legal, con lo que se denota a las claras la abrogación absoluta de la atribución de juzgar y sancionar por parte del poder central, y la anulación de la posibilidad de reacciones sociales de carácter privado frente a la criminalidad, con un saldo no siempre favorable a las aspiraciones de justicia del ofendido, en razón de la ineficacia, inoperancia o de la simple desidia o desinterés, exteriorizado por los cuadros estatales de control, en cuanto hace a la prosecución de tales metas.

V

Al lado de esa forma directa de neutralización de la víctima, se sitúan otras variantes soslayadas, pero no por eso menos eficaces, tendientes al mismo propósito: Puede hablarse, en consecuencia, de dos formas indirectas de producir la neutralización de la víctima, en

la esfera del sistema penal, que no son otras que las que atienden a la sustantividad o adjetividad del orden jurídico, según se dejó plasmado líneas atrás.

Por lo primero, se dice que la víctima debe plegarse a las limitantes establecidas por la ley penal sustantiva, cuando en determinados y precisos casos el propio ordenamiento jurídico le permite desempeñar una tarea defensiva supletoria y subsidiaria a la del mismo Estado, en cuanto guardián y custodio de la vida, honra y bienes de los asociados (según lo propuesto en el artículo 16 de la Constitución Nacional), y que se patentiza en instituciones tales como las de la legítima defensa o en la captura del delincuente, por los particulares, en los casos de flagrancia y cuasiflagrancia.

En uno y otro evento, se denota la marcada inclinación del sistema penal en cuanto hace a la neutralización de la víctima, como que esta no puede, ni siquiera en aquellos casos en que la función primordial en comendada al Estado, cual es la defensa y salvaguardia de la vida, honra y bienes, ha resultado ineficaz o inoperante, saltar la barrera de la monopolización de la fuerza legitimada e institucionalizada, y mucho menos lesionar o poner en peligro los intereses existenciales de su agresor.

Tal como lo propone HASSEMER (14),

“La regulación de la legítima defensa es la consagración última de este sistema: la víctima atacada antijurídicamente puede efectivamente defenderse y lesionar, a su vez, al agresor, pero la ley le exige observar los límites de la inevitabilidad y necesidad de la defensa, y sólo mientras pervive la conducta agresora. Si la víctima traspasa dichos límites infringe la ley, pudiendo aspirar tan sólo, excepcionalmente, a que su comportamiento sea exculpado, si actuó impulsado por el miedo o bajo los efectos perturbadores de la situación”.

Dejando de lado la fundamentación psicológica, filosófica o propiamente jurídica que pueda ostentar esta causal de justificación, digamos sencillamente con MESA VELASQUEZ (1), que ella

“Puede definirse como el derecho del individuo a rechazar con la fuerza las agresiones injustas, cuando el Estado es impotente para proteger el derecho”

Con todo, y según se ha venido insistiendo a lo largo de este ensayo, se trata de un derecho bastante limitado en cuanto hace a su posibilidad de ejercicio, como que no solamente media un elemento esencial de proporcionalidad entre la defensa y la agresión, indispensable para la cabal configuración del instituto en tratamiento, sino que, en idéntico sentido, y con un criterio general, se sanciona a quien exceda los límites propios de una cualquiera de las causales excluyentes del juicio de disvalor. En realidad, desde el contenido normativo mismo del numeral 4o. del artículo 29 del Código Penal, comienza a delinearse esta nueva forma de neutralización de la víctima, idea esta que es redondeada en el artículo 30 Eiusdem.

Implementado lo concerniente a la comúnmente conocida institución de la “Legítima Defensa”, el numeral 4o. del artículo 29 del Código Penal dispone que el hecho delictuoso se justifica cuando se comete,

“Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, **siempre que la defensa sea proporcionada a la acción**”.

(Subrayas fuera del texto).

Tiénese, entonces, que uno de los elementos estructurales de la figura justificante en tratamiento es el de la proporcionalidad entre la defensa y el ataque, pues que en su defecto mal podría hablarse de una “legítima” conducta defensiva. Y comentando tal realidad fenomenológica y jurídica, el profesor ENRIQUE BACIGALUPO (16) apunta :

“Como se desprende del fundamento de la defensa necesaria, no es exigible, en principio, que haya proporcionalidad entre el daño que causarí la agresión y el daño causado por la defensa, sino simplemente necesidad de la defensa respecto del fin

de impedir la agresión (racionalidad). Sin embargo, la proporcionalidad del daño que causaría la defensa respecto del daño amenazado por la agresión, determina la exclusión del derecho de defensa si la desproporcionalidad es exagerada (...) Ejemplo: la defensa de una manzana no autoriza a privar de la vida al que se apodera de ella para hurtarla”.

Por tanto, en la Legítima Defensa debe distinguirse la proporcionalidad que debe existir entre la conducta defensiva y la conducta agresora, en cuanto hace a circunstancias modales, temporales y espaciales, y la proporcionalidad que debe existir entre el bien jurídico lesionado o puesto en peligro sin justa causa por parte del agente de la infracción, y el bien jurídico vulnerado o destruído por la conducta responsiva del inicialmente agredido, ya que se trata de dos eventos sustancialmente diferentes: El primero constituye uno de los elementos esenciales y estructurales de la institución en examen, al paso que el segundo encuentra su limitación en el “Exceso” de que trata el artículo 30 del Código Penal.

En presencia de una injusta agresión, sea ella actual o meramente inminente (lo que le dá visos de actualidad), el ofendido real o potencial puede desplegar una tarea contestataria a tal acción, como supletoria y subsidiaria a la del ente estatal, primer habilitado y facultado para hacerlo, siempre que el actuar defensivo sea proporcionado al agresivo, puesto que de lo contrario no podrá hablarse jurídicamente de una “legítima” defensa :

“ ... la proporcionalidad puede relacionarse con las armas empleadas, o con las condiciones personales del agresor y su víctima, o con circunstancias materiales que se dan en el terreno mismo de las operaciones” (17)

Pero cosa diferente a la ya analizada, es la que radica en la desproporcionalidad predicable del bien jurídico lesionado o puesto en peligro con la conducta del agente, frente al bien Jurídico vulnerado o destruído por el actuar defensivo del ofendido, toda vez que en ese evento puede decirse que se ha configurado la justificante de la “Legítima Defensa”, pero que se ha incurrido en un “Exceso”, sanciona-

ble de conformidad con el artículo 30 del Código Penal: Debe, en consecuencia, mediar una equivalencia o proporcionalidad entre los bienes jurídicos puestos en entredicho y contraposición, puesto que de lo contrario ha de colegirse que el supuesto Ofendido ha abusado de su "derecho a defenderse", con lo que tácitamente se reconoce, desde un principio, que ha mediado la presencia de una defensa; que esa defensa ha sido legítima, en cuanto hace a la protección equilibrada de un bien jurídico del cual es titular el supuesto ofendido o, aún, un tercero; y que ha existido proporcionalidad entre el ataque y la conducta responsiva, no obstante lo cual se ha sacrificado un bien jurídico de superior envergadura en favor de otro de menor entidad.

Y nada de novedoso aporta nuestra posición conciliadora entre la proporcionalidad exigida por el numeral 4o. del artículo 29 del Código Penal, entre "defensa" y "agresión", y la proporcionalidad genética que exige el artículo 30 Eiusdem, y que dá paso al "Exceso" en las causales de justificación, habida cuenta que ya WELZEL (18) lo había tangencialmente considerado, cuando afirmaba que :

" ... el derecho de legítima defensa también está sometida al principio jurídico general de que **no es admisible su ejercicio abusivo** (...) Por principio, el agredido no necesita emprender la fuga en lugar de defenderse; pero si ello no vá en desmedro de su honor, debe evitar el enfrentamiento (como por ejemplo con un enfermo mental) o aceptar la ayuda ofrecida por un tercero (...) **Tampoco es admisible la legítima defensa cuando la gravedad de la lesión no está en relación con la insignificancia criminal de la agresión (no simplemente del bien jurídico amenazado, así, si se quisiera dispararles a unos niños que están hurtando cerezas, para obligarlos a bajar del árbol (aun cuando fuere el único medio para ello), o si se quisiera matar a un mendigo por sustraer un pedazo de pan"**.

(Subrayas fuera del texto)

Fué eso lo que no comprendió a plenitud el insigne profesor LUIS CARLOS PEREZ, esto es, la diferencia existente entre la pro-

proporcionalidad que debe mediar entre defensa y agresión, y la que debe mediar entre los bienes Jurídicos situados en yuxtaposición fenomenica: En ausencia del primer juicio de proporcionalidad, se destructurará conceptualmente la institución sub-examen, por la carencia de uno de sus elementos esenciales; en defecto del segundo, nos situaremos frente a una defensa que podríamos calificar de legítima, pero respecto de la cual se conjuga al unísono un juicio de exageración, conducente al Exceso punible de que se ocupa el artículo 30 del Código Penal. Es que para el ilustre maestro,

“ La falta de equivalencia entre esas armas, esas condiciones personales y esas circunstancias, sitúa la conducta aparente defensiva en el exceso incriminado en el artículo 30”. (19)

De ser ello así, preguntaríamos al maestro: Cuál es, entonces, el significado de la proporcionalidad que exige la ley (artículo 29, numeral 4o. del Código Penal), entre defensa y agresión? Si la proporcionalidad en los medios, en las condiciones y en las circunstancias, conllevan al exceso punible de que trata el artículo 30 del Código Penal, según lo propone PEREZ, creemos que quedaría sin sentido y vacío de finalidad la “proporcionalidad” que exige el numeral 4o. del artículo 29 del Código de las Penas. Por ello, entonces, insistimos en nuestra posición, y situamos dos nuevas formas de neutralización de la víctima, quien en la defensa de sus derechos, y situado frente a una conducta lesionadora o desconocedora de los mismos, debe plegarse no sólo a los medios, circunstancias y condiciones en que actúa su ofensor, a efectos de ser consecuente y equilibrado con los mismos, pues que de lo contrario no recibiría el juicio de adecuación a derecho para su conducta responsiva, sino que debe o puede vulnerar solamente bienes de igual o similar alcurnia jurídica que aquellos que con su actuar lesiona o pone en peligro el sujeto activo de la infracción, toda vez que de lo contrario se hará merecedor a un castigo institucionalizado por razón del Exceso en la causal de justificación por él propuesta y subjetivamente configurada.

Pero por si ello fuera poco, el mismo sistema penal continúa neutralizando implacablemente a la víctima, cuando implementando el canón constitucional contenido en el artículo 24 de la Carta Fundamental, establece los límites propios con sujeción a los cuales debe obrar el particular que aprehende “in flagranti delicti” al infractor de

la norma penal.

En efecto, partiendo de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 23 de la Constitución Nacional, según el cual,

"Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, **sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente**, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

(Subrayas fuera del texto)

El propio Constituyente introdujo una excepción a tal regla general, y es aquella establecida en el inciso primero del artículo 24 Eiusdem, a virtud de la cual,

"El delincuente cogido in fragranti podrá ser aprehendido y llevado ante el juez **por cualquier persona**".

(Subrayas fuera del texto)

De esta manera, a la idea general de que solamente los cuadros de control social, mediante el cumplimiento de las formalidades y presupuestos propios de los efectos perseguidos, son los habilitados y legitimados para detener a una persona, el propio ordenamiento jurídico introduce una excepción, en razón de la cual, cualquiera persona puede capturar (que no detener, habida cuenta que son conceptos eminentemente diversos, toda vez que aquel traduce una situación de orden meramente fáctico, al paso que esta ya comporta una decisión de autoridad competente, bajo la forma de un acto jurisdiccional o administrativo), al delincuente cogido en flagrante delito..., esto es, en el momento mismo de la comisión del delito.

Entendiendo que media distinción entre los conceptos de "flagrancia" y "cuasiflagrancia", el ordenamiento jurídico señala para la primera de tales hipótesis la factibilidad de que el delincuente sea aprehendido por cualquier persona. Y es el artículo 66 del Decreto—Ley 1355 de 1970, Código Nacional de Policía, el que en su inciso

tercero se encarga de introducir esta diferenciación en el panorama jurídico nacional, cuando establece que :

“Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer la infracción. Se considera en situación de cuasi flagrancia la persona sorprendida con objetos instrumentos o huellas de las cuales aparezca fundamento que momentos antes ha cometido una infracción o participado en ella, cuando es perseguida por la autoridad, o cuando con voces de auxilio se pide su captura”.

Significando que el artículo 1o. del malogrado Decreto 1853 de 1985 establecía una idéntica normación, cabe igualmente apuntar que los artículos 2o. del mismo Decreto y 1o. del Decreto 56 de 1986, establecerían el procedimiento a seguir en los casos de Flagrancia o Cuasiflagrancia. Con todo, a partir del juicio de inconstitucionalidad practicables tanto respecto del uno como del otro, resulta más apropiado remitir nuestro análisis a la normatividad jurídica actualmente vigente, como para el caso concreto resulta serlo el Código Nacional de Policía anteriormente citado, tanto como el propio Código de Procedimiento Penal, el que en su artículo 301 reproduce sustancialmente tal norma.

En fin, de lo expuesto se colige que los artículos 66 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) y 301 del Decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal), no son más que la muestra palpable del acogimiento que del principio constitucional consagrado en el artículo 24 de la Carta Fundamental, efectúa la legislación. Por tanto, en aras de la cabal comprensión hermeneutica del instituto de tratamiento, cabe contraer tal estudio a lo normado en el prementado artículo 24 de la Constitución Nacional, el cual, tal y como lo plantea el profesor BETANCUR CUARTAS (20), contempla cuatro situaciones :

“A) Cualquier persona podrá aprehender y llevar ante el juez al delincuente cogido in fragranti. **Todo particular se puede constituir en autoridad para el hecho físico de la aprehensión ... Se busca impedir la impunidad.** Creemos que la conducción y entrega del sindicado debe hacerse no sólo

ante el juez sino ante cualquier autoridad como un inspector de policía;

- B) Si el delincuente huye sólo los agentes de la autoridad lo pueden perseguir. **Esa misión y deber no es para los particulares**, y debe constatar, antes de entrarse a un domicilio, si es propio o ajeno del perseguido;
- C) Si el delincuente que huye, se refugiare en su propio domicilio, los agentes de la autoridad podrán penetrar en él para el acto de la aprehensión. Se toma domicilio como casa, morada, habitación, apartamento, oficina o lugar de trabajo.

Su notoria violación de la ley permite que su domicilio no sea respetado por el acto de la aprehensión, no para asunto distinto, y sin necesidad de especiales y dilatorios trámites que podrían dar lugar a burla de la ley;

- D) Si el delincuente que huye, se acogiere a domicilio ajeno, el agente de la autoridad sólo podrá penetrar previo requerimiento al dueño o morador. Se toma domicilio en el sentido que acabamos de decir. Se respeta el domicilio ajeno el cual es derecho del dueño, que es considerado como inocente. Si previamente requerido ese dueño no consiente, no podrá procederse sino mediante el trámite del allanamiento.....”.

(Subrayas fuera del texto).

De esta suerte, la neutralización de la víctima parte del momento mismo en que el Estado se abroga la facultad de perseguir y aprehender a los delincuentes; continúa cuando conferido al particular el derecho de aprehender él mismo al delincuente, en defecto de la presencia y actuación de la autoridad pertinente, se le concede solamente para el caso de flagrancia, que no de cuasiflagrancia; y, en este orden de ideas, se potencializa hasta extremos elevados, cuando por algún azar del destino, ese delincuente logra refugiarse en domicilio propio ajeno, evento ese en el cual las propias autoridades, a quienes que-

da restringida y limitada la posibilidad de actuación, comienzan a ver entrabadas y dilatadas sus funciones, en razón de la imperiosa y plausible obligación de dar cumplida observancia a todos los requisitos y formalidades establecidas por la ley.

Mas aún, en la tímida hipótesis en la que el particular practique la aprehensión *inflagranti* del delincuente, debe ceñirse al cumplimiento de un cúmulo ingente de obligaciones legales, establecidas en orden a la salvaguardia de los legítimos derechos del aprehendido: De conformidad con el artículo 40 de la rescatada ley 2o. de 1984, modificatorio del artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, el capturado tiene derecho, desde el momento mismo de la aprehensión, a ser informada de las razones en que se fundamenta la misma, y a ser inmediatamente notificado de la acusación en su contra formulada, tanto como a que se le comunique a la persona a quien él designe, el que ha sido aprehendido. A fuerza de lo anterior, el así aprehendido tiene inmediato derecho a nombrar apoderado (artículo 431 del Código de Procedimiento Penal), tal como quiso establecerlo el artículo 315 del frustrado Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1981 (21), y como ahora pretende instituirlo formalmente el artículo 396 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1986 (22).

Por fuerza de la demostración, entonces, se concluye en que la víctima está siendo nuevamente neutralizada por el sistema penal de control, que reduce al máximo sus posibilidades de actuación de respuesta a las conductas lesionadoras o atentatorias de sus intereses, condicionándolas en ocasiones de tal manera, que pareciera querer obnubilirla y contenerla por completo.

VI

Finalmente, decimos que el sistema penal neutraliza a la víctima desde un punto de vista adjetivo, en la medida en que encuentra notorialmente, recortadas sus posibilidades de actuación dentro del investigativo penal que pretende deducir la eventual responsabilidad jurídico penal que pueda predicarse respecto de quien se ha erigido fenoméricamente como su ofensor: Queda tan neutralizada la actuación de la víctima por parte del sistema penal, desde un ángulo visual puramente adjetivo, que en verdad, esta queda reducida a la participa-

ción como mero testigo en el esclarecimiento del hecho, quedando relegada a un plano secundario su presencia procesal, en los eventos en que ella es legalmente admitida, pues que se contrae al ámbito del Derecho Civil, tanto sustantivo como procesal, en donde de modo activo puede intentar la materialización de su derecho a la restitución, a la reparación material y a la indemnización de daños y perjuicios.

Poco o nada inclinado hacia la aceptación de la víctima dentro del proceso penal, resulta ser el ordenamiento jurídico, pues que no le permite al ofendido otra actuación procesal diferente a la de instaurar la respectiva denuncia o querrela, y a servir activamente como testigo, salvo la que hace relación a su constitución y reconocimiento como parte civil, de conformidad con lo estatuido en los artículos 125 y ss. del Código de Procedimiento Penal. Pero aún en estos eventos, se ha distinguido por parte de la doctrina y la jurisprudencia entre "ofendidos" y "perjudicados", como que solamente a estos últimos, esto es, a los pecuniariamente afectados con la perpetración del hecho delictuoso, se autoriza la constitución de parte civil dentro del respectivo proceso penal.

Ya ENRICO FERRI (23) había distinguido entre un "Sujeto Pasivo jurídicamente formal" y un "Sujeto Pasivo jurídicamente sustancial", al tiempo que enseñaba que no resultaban necesariamente identificables el "Sujeto Pasivo" con el "Perjudicado". Por lo primero, aseveraba que :

"Existe, por tanto, un sujeto pasivo jurídicamente formal en todo delito, por el sólo hecho de que éste ha sido cometido y con independencia de sus efectos : este sujeto pasivo es el Estado, cuyo precepto legal y correspondiente sanción ha despreciado y violado el delincuente, dando así "un mal ejemplo" y produciendo una alarma en la sociedad (temor en las personas honradas, aumento de audacia en las personas de mala vida).

Pero existe también un sujeto pasivo jurídicamente sustancial que es el que sufre la lesión del propio derecho o bien jurídico (vida, integridad personal, honor, propiedad, etc.)".

Por cuanto a lo segundo, el sociólogo de la Escuela Positiva del Derecho Penal arguía que :

“ Sujeto pasivo y perjudicado —o parte lesionada— no son necesariamente la misma persona aunque así ocurra en la mayoría de los casos. Cuando el sujeto pasivo es la colectividad o el Estado (como en los delitos contra la incolumidad pública, en la falsificación de moneda, en la falsa acusación, etc.), puede existir también un particular que sufra un daño o un peligro a causa de la inundación, del incendio, de la falsificación, etc. Así, en el homicidio, el sujeto pasivo es la persona muerta, cuyo derecho a la vida se ha lesionado; pero el perjudicado será el pariente próximo del que falleció. En el robo de una suma transportada por un cobrador de un Banco aquel será el sujeto pasivo del hurto violento (que lesiona su libertad personal y su posesión) pero el perjudicado será el Banco propietario de la suma”.

En este orden de ideas, la doctrina admite que con el delito pueden resultar perjudicadas personas distintas al sujeto pasivo, y que cuentan con derecho al resarcimiento de los daños materiales y morales sufridos por la infracción. Tal como lo plantea el profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO (24),

“... hay lugar a la indemnización aunque el BIEN LESIONADO no pertenezca a la persona que sufrió el perjuicio. Lógicamente, se requiere el lleno de otros requisitos, tales como la certeza del daño y la protección Jurídica que el derecho daba al beneficio que se vió menoscabado”.

(Mayúsculas en el texto).

En seguimiento de tal ideas, se tendría que frente a todo delito existen tanto “Sujetos Pasivos” como “Perjudicados”; siendo estas dos nociones esencialmente diferentes: Entre los primeros, cabría distinguir un Sujeto Pasivo Jurídicamente formal (El Estado) y un Sujeto Pasivo jurídicamente material (el afectado con el bien jurídico atacado o vulnerado); entre los segundos, aquellos perjudicados directos

(los que sufrieron inmediatamente el lesionamiento o menoscabo del bien jurídico puesto en entredicho) de los perjudicados indirectos (quienes pecuniariamente se ven igualmente afectados con la comisión del ilícito, en la medida que dependían económicamente del directamente lesionado, quien por razón de tal infracción no podrá seguir atendiendo a cabalidad su obligación alimentaria o material con estos, cual es el caso de los parientes o herederos o, aún, verdaderos terceros que no presentan ningún nexo jurídico —sustancial con el sujeto pasivo del delito, cual es el caso de la concubina).

A quiénes admitir entonces al proceso penal en calidad de parte civil ? A aquellos a quienes la ley ha reconocido tal atribución, que no son otros que los reseñados en los artículos 104 del Código Penal y 125 del Código de Procedimiento Penal, esto es, a las personas naturales o jurídicas, o aún a sus herederos o sucesores, en cuanto unas y otras hayan resultado "perjudicados" con la comisión del hecho punible respectivo. Ahora bien, qué debemos entender por "Perjudicados" con la infracción a la ley penal ? Debemos aquí admitir que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional se han inclinado reiteradamente por un criterio hermeneutico restrictivo de la norma, toda vez que repetidamente se ha insistido que sólo debe admitirse al proceso penal a los perjudicados "directos" de la infracción, con prescindencia de los demás damnificados, según lo expuesto en su oportunidad el profesor GUSTAVO RENDON GAVIRIA (25) :

"Debe entenderse por persona perjudicada, en nuestro concepto, aquella que de una manera inmediata sufre el daño por causa de la infracción, pues si se toma en un sentido muy amplio el concepto de perjuicio, podría resultar que personas extrañas al hecho y a las consecuencias propias del delito alegaran derecho a la acción civil por ese motivo. Pero esta clase de perjuicios indirectamente resultantes del delito no son los propios a la acción de que tratamos porque no dependen de las mismas condiciones del ilícito, lo que es indispensable en la acción civil que se adelanta dentro del proceso".

En idéntico sentido, el H. H. Tribunal Superior del Distrito Judi-

cial de Medellín, con ponencia del Dr. LEONEL CALDERON CADAVID, por auto de Mayo 5 de 1986, conceptúo que :

“Pueden accionar civilmente dentro del proceso penal con el propósito de lograr que se les indemnicen los daños ocasionados con la infracción, **sólo aquellas personas que de manera directa o indirecta fueron perjudicados con la ocurrencia delictual.** Si el daño es indirecto o mediato, quienes lo sufren deben considerarse, frente al Derecho Punitivo, como terceros cuyos pedimentos indemnizatorios han de dirigirse a los Jueces Civiles”.

(26).

Más aún, el criterio mayoritario imperante en la H. H. Corte Suprema de Justicia, se inclina hacia ese parecer hermeneutico limitativo del acceso al proceso penal por parte de eventuales perjudicados indirectos con la comisión de la infracción, por la vía de la constitución de la parte civil pertinente, según autos de Mayo 27 de 1980 y Mayo 14 de 1981 aludidos por LUIS CARLOS PEREZ (27), a pesar de lo cual el mismo tratadista indica otras providencias de la misma Corporación, en las cuales el salvamento de voto consignado por los magistrados disidentes se inclina por una inteligencia latísima de la noción en tratamiento, como lo son las de fecha noviembre 13 de 1980 y la ya expresada de Mayo 14 de 1981 con lo que no puede hablarse de una jurisprudencia propiamente dicha en tal sentido.

Así pues, de todos los afectados con la comisión de una infracción a la ley penal, se tiene que únicamente son admitidos al proceso penal, en calidad de parte civil las personas que han resultado perjudicadas pecuniariamente con tal evento dañoso y, dentro de estas, exclusivamente a aquellas que han sufrido directamente los perjuicios derivados del daño causado con la comisión del reato sancionable, detectándose una nueva forma de neutralización de la víctima, con todas las nocivas implicaciones que de allí se desprenden.

Empero, por si lo anterior no resultare suficiente a los propósitos anuladores de la actuación de la víctima dentro del proceso penal, en la forma de perjudicado directo con la comisión del hecho punible, como respuesta retributiva elemental a tal comportamiento lesivo o desconocedor de sus intereses, el sistema penal propone un nuevo mo-

delo de neutralización a sus posibilidades procesales: Asumiendo que la víctima llegue a ser admitida al proceso penal en calidad de parte civil, luego de superadas todas las barreras legales, doctrinales y jurisprudenciales situadas en su penoso camino en pro de la satisfacción de sus deseos de retribución y respuesta, habrá de asistir impotente a la aparición de otros expedientes jurídicos e interpretativos que, de nuevo, cercenarán despiadadamente, sus posibilidades de acción, habida cuenta que el artículo 134 del Código de Procedimiento Penal es enfático y expreso en señalar cuales son sus facultades en tanto parte civil :

“La persona que se haya constituido en parte civil, admitida su demanda, tendrá el derecho de solicitar pruebas para el esclarecimiento de la verdad sobre el delito, los autores o partícipes, la responsabilidad penal de ellos y la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado y desarrollar las demás actividades que la ley le concede”.

Y lo que en un principio pareciera ser un amplísimo conferimiento de atribuciones a la parte civil, se vé palmariamente desvirtuado cuando la doctrina de los Tribunales y de la propia Corte Suprema insisten en contraer al máximo la legitimidad sustantiva que para recurrir pueda tener tal parte procesal, no sólo de los autos interlocutorios que emanados del juez de instancia dicen relación con la libertad del procesado, sino también de las sentencias eventualmente recurrible en casación, pues que en providencia de febrero 13 de 1975 y con referencia a la actuación de la parte civil en el proceso penal, la Corte Suprema anticipaba que :

“ la naturaleza de la intervención de esta, en el proceso penal, esta claramente señalada por el art. 24 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la acción civil en el proceso penal tiene como objeto el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal.

Este objetivo señala, al mismo tiempo, los límites dentro de los cuales puede moverse dicha parte en sus diversas actuaciones dentro del proceso, entre

otras, en el ejercicio de la facultad de impugnación de las decisiones que en el se tomen”.

Y avanzando más en tal idea, esa misma alta Corporación conceptuó, en providencia de septiembre 30 de 1978, que :

“ ... como quiera que a la parte civil le está atribuída la facultad de interponer recursos, podría pensarse que bastaría que mostrara su inconformidad con las decisiones judiciales manifestándolo conforme al rito señalado en la ley, para que por ese simple hecho, el superior ya se viera compelido a desatar el recurso. Pero no. **Es preciso, además, que se tenga un verdadero interés jurídico, esto es, que la decisión impugnada pueda perjudicar las pretensiones que correspondan a su calidad de parte. Esto es, que sea susceptible de producir menoscabo en su derecho**”.

(Subrayas fuera del texto).

En orden al perfeccionamiento de la labor neutralizante de la víctima, y recogiendo las providencias de la Corte Suprema anteriormente citadas, el H. H. Tribunal Superior de Bogotá, en auto de Agosto 29 de 1970, y con ponencia del Dr. DIDIMO PAEZ V (28), completó el cuadro de impotencia procesal que rodea a la víctima cuando explicó que :

“Permitir que la parte civil pueda impugnar, en forma general, los autos de excarcelación a los que conceden detención parcial del sindicado, es volver a épocas ya superadas del derecho penal como la de la venganza privada. Si existe providencia que garantice la pretensión de la parte civil, cualquiera otra pretensión que supere ese racional límite, no es colaboración a la Justicia sino ejercicio de una vindicta personal, la cual no puede cohenestar el Derecho ciertamente”.

De la vislumbraación de la limitación al ejercicio del derecho de impugnación radicado en cabeza de la persona reconocida como parte civil, se pasó a una restricción doctrinal según la cual la parte civil só-

lo podía impugnar las decisiones que afectan sus pretensiones en cuanto tal, para llegarse, de conformidad con esta última providencia, al extremo de establecer que a la parte civil no debía interesarle la libertad o la privación de la misma del procesado, si de ello no dependían sus intereses de parte, que tan solo debían y podían ser de carácter pecuniario. Por tal vía, no resulta extraño que la propia Corte Suprema de Justicia, indicando la aptitud que para recurrir en casación puede tener la parte civil, haya dicho en la Sentencia de Febrero 13 de 1975, ya transcrita en sus apartes fundamentales, por relación a la actividad desplegable por la parte civil, que :

“Es así como si bien tiene derecho de interponer el recurso de casación, sólo puede hacerlo cuando persiga finalidades que se relacionen con la indemnización de perjuicios, siendo ajena a sus facultades la persecución de otros objetos como los relacionados con la especie del delito, la naturaleza y calidad de la pena, la personalidad del procesado, etc.” (29).

(Subrayas fuera del texto).

En resumen, pues, ya no se trata de una forma directa de neutralización de la víctima, sino que se trata de una forma indirecta de lograr idénticos propósitos, no sobre la base de una cuestión sustancial, sino con arreglo a una aplicación eminentemente formal e interpretativa, pero no por eso menos efectiva a los fines propuestos: La víctima ha quedado pues, indefensa e impotente frente a su ofensor, pues que, recordando las voces del profesor PEDRO MONTERO, más que de un Derecho Penal, trátase de un “Derecho Protector de los Criminales”, según tuvo oportunidad de recordarlo alguna vez el maestro JIMENEZ DE ASUA (30)

VII

No ha sido nuestro propósito el de levantarnos en detractores del ente estatal, ni en su fondo ni en su forma, pues que ni abandonamos ideas anárquicas ni revisionistas. Simplemente, y tal como desde un comienzo lo augurábamos, hemos pretendido analizar a plenitud las formas o vías empleadas por el sistema penal, encaminadas a la neutralización de la víctima, parte fundamental dentro de la uni-

dad dialéctica que conforma uno de los elementos estructurales dentro del hecho delictual, cual es el de los sujetos, en aras de postular los mecanismos más adecuados e idóneos para la solución de la problemática social existente, que contrapone los intereses del Estado y el delincuente, a los de la víctima, con un saldo usualmente desfavorable a esta última, lo que a la postre origina ciertas formas de reacción social no institucional frente al delito, o genera una poderosa presión sobre los cuadros penales de control, obligando a la adopción inconsulta de medidas político-criminales no siempre conectadas con el fin que ellas persiguen, con toda la incertidumbre y seguridad que tales eventos pueden generar.

Siendo ello así, vale también apuntar que no ha sido nuestro propósito el erigirnos en custodios de la víctima delictual, como que líneas atrás anticipábamos que, en nuestro sentir, los signos de los tiempos no parecían favorables al retorno a una orientación retributiva del Derecho Penal sino que todo lo contrario, lo que se anunciaba y palpaba era un ahondamiento e intensificación en la orientación preventiva del ordenamiento jurídico penal, altamente plausible y encomiable, que lastimosa pero sabiamente iría dejando de lado a la víctima.

Siendo ello así, se destaca la necesidad imperiosa de rescatar una disciplina que ha ocupado lo mejor de sus esfuerzos e investigaciones, en procura de la construcción e implementación de una teoría preventiva estructurada alrededor del sujeto pasivo de la infracción penal, cual es la VICTIMOLOGÍA, a la que, siguiendo en algo al profesor REYES ECHANDIA (31) concibiríamos como el estudio de la víctima de la conducta humana divergente, atendiendo al papel que en la realización del hecho criminal ha jugado en tanto sujeto pasivo, orientado a la deducción de una adecuada profilaxis criminal respecto suyo, y preocupado en grado sumo del resarcimiento del daño a ella causado como consecuencia de la comisión de la infracción.

Por lo primero, creemos que no todo sujeto pasivo de una infracción a la ley penal deba ser abordado por el esfuerzo cognoscitivo desplegado por la Victimología, sino únicamente ciertas víctimas, calificadas en razón de sus relaciones con el delincuente y del papel por ella asumido en la génesis del delito, tal como lo propone GUGLIE-MO GULOTTA, citado por RAMIREZ GONZALEZ (32). Cuanto a

lo segundo, estimamos que si la Victimología quiere lograr una razón de ser que la Justifique frente a la existencia de la Criminología y del propio Derecho Penal, en cuanto disciplina orientada a la formación de un sistema efectivo para la prevención y el control de la criminalidad, a partir del análisis de la víctima, deberá ocuparse de la aptitud y la propensión de los sujetos para convertirse en víctimas del delito; de las relaciones eventualmente existentes entre el delincuente y la víctima; las influencias en el proceso de victimización, y los supuestos específicos de víctima, como por ejemplo, en los abusos sobre menores, hurtos calificados, acceso carnal violento, delitos violentos motivados políticamente, genocidios, etc. : Más aún, la valoración de la futura evolución del papel de la víctima, debe tener en cuenta que el cambio social lleva claramente a la política criminal hacía la criminalización de conductas dañosas sin víctima, o, en su caso, con una víctima diluída en el seno de la sociedad, conocida como la "víctima difusa".

Sobre lo primero, esto es, sobre las "Infracciones sin víctima", cabe anotar que para HANS VON HENTING, citado por RAMIREZ GONZALEZ (33), existen eventos sociales dañosos en donde no hay más que dos culpables que conjuntamente participan en la comisión de la infracción, cual es el caso del incesto entre dos personas mayores, el homosexualismo y otras prácticas sexuales anormales entre adultos. Del otro lado, se tiene que ejemplos concretos de delitos con "víctimas difusa" son los delitos fiscales, los delitos contra el orden económico social y contra el medio ambiente, así como todo el ámbito de la delincuencia "de cuello blanco", que son infracciones en las que la víctima no resulta visible, y en donde el interés de la víctima aparece generalizado a partir de la propia modalidad de la figura delictiva.

Finalmente, pensamos que tarea principalísima que habrá avocar la Victimología, será la de preocuparse de la compensación a la víctima, esto es, del resarcimiento del daño a ella causado como consecuencia de la comisión de la infracción. Y si bien en nuestro medio sería bastante difícil, por no decir que impracticable o imposible, la adopción de una Ley de Indemnización Pública a las víctimas de delitos violentos, a la manera de la vigente en Alemania según lo expuesto por Hassemer, creemos que el Estado sí debe asumir un papel activo y acucioso en procura de tal restablecimiento, así sea de ma-

nos del ofensor, pues que inquietante, por decir lo menos, y desde este punto de vista, resulta el que el Proyecto de Código de Procedimiento Penal elaborado por la comisión redactora de 1986, elimine en su Título III, y de un tajo, la institución de la Parte Civil, por cuanto, según lo proponía RAMIREZ GONZALEZ (35) respecto del Proyecto de 1971.

“Señala un retroceso en la política de compensación a las víctimas y les sustrae a estas o a sus representantes la oportunidad de coadyuvar con el juez en la investigación, ya sea suministrando informes o aportando pruebas que ayudarían a este en el momento de decidir”.

Qué hacer entonces ? Qué solución brindar a tal estuero ? Sintomáticamente, en nuestra opinión, fué el maestro FERRI quien hace ya buen tiempo anticipó la que se convierte en nuestra posición remediadora :

“En espera de que el Estado provea —ope legis— al resarcimiento del daño, del mismo modo que provee a la aplicación de la pena, no cabe otra cosa sino reorganizar el instituto de la “parte civil” en el proceso penal ——. —, procurando impedir los abusos y excesos por espíritu de venganza, de lucro o incluso de chantaje (sic), como sucede por ejemplo en los delitos contra el pudor, subordinados a la querrela de la parte ofendida”. (36)

No nos oponemos entonces a la orientación preventiva modernamente imprimida al Derecho Penal y ni siquiera nos mostramos reacios al proceso de neutralización de la víctima, como que estimamos que en ello reside una filosofía sana y provechosa para la existencia social misma. Con lo que no podemos comulgar es con el olvido absoluto en que quiere abandonarse a la víctima, no sólo por parte del sistema penal entendido en sentido genérico, sino por parte de todos y cada uno de sus segmentos, cual sería el caso de la Criminología, la Política Criminal y el propio Derecho Penal, pues que, a nuestro entender, la víctima es tan protagonista de la criminalidad como el mismo delincuente.

Por ello, si por un lado el Sistema Penal le recorta sus posibili-

dades de actuación responsiva, creemos que por el otro debía brindarle, al menos, la factibilidad de obtener una compensación o resarcimiento por el daño sufrido a raíz de la comisión del hecho delictual, en disfavor de sus intereses. De esta quizá, creemos que el Estado debe proveer a la indemnización de los perjuicios generados a partir del daño causado por la infracción, si pretende excluir la reacción social no institucional; pero, al tiempo, pensamos que si el Estado no se encuentra en situación o condición de atender a la por nosotros defendida "socialización de las compensaciones", cual acontece concretamente respecto del Estado Colombiano, debe al menos dejar la puerta abierta a la víctima para que pueda buscar dentro del proceso penal, tal resarcimiento.

Con FERRI, aseveremos que si el Estado no quiere o no puede proveer a la compensación material de los perjuicios derivados de los daños causados con la comisión del hecho punible, lo que debe hacer es reorganizar y reestructurar la institución de la parte civil, pero no eliminarla, como desacertadamente en nuestro sentir, ha querido hacerlo la comisión redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1976.

NOTAS

1. Bustos Ramírez, Juan. "Estado y Control: La ideología del control y el control de la ideología" en PENSAMIENTO CRIMINOLOGICO II de Autores Varios. Editorial Temis, Bogotá, 1983, págs. 12 y ss.
2. Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit., pág. 16.
3. Jiménez de Asúa, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1979, po. ed. pp. 45 y 46.
4. Fontan Balesta, Carlos. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970. 2a. ed. pág. 138.
5. Bergalli, Roberto. CRITICA A LA CRIMINOLOGIA. Editorial Temis, Bogotá, 1982. pág. 22.

6. Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit., pág. 19
7. Mir Puíg, Santiago. POLITICA CRIMINAL Y REFORMA DEL DERECHO PENAL. Editorial Temis, Bogotá, 1982. pág. VII (presentación).
8. Hassemer, Winfried. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL. Editorial Bosch, Barcelona, 1984. págs. 89 y ss.
9. Hassemer, Winfried. Op. Cit., pág. 92.
10. Baratta, Alessandro. CRIMINOLOGIA CRITICA Y CRITICA DEL DERECHO PENAL. Siglo Veintiuno, Editores, México D. F., 1986. págs. 165 y ss.
11. Sandoval Huertas, Emiro. SISTEMA PENAL Y CRIMINOLOGIA CRITICA. Editorial Temis, Bogotá, 1985. pág. 3.
12. Pérez, Luis Carlos. DERECHO PENAL. Tomo III. Editorial Temis, Bogotá, 1984. págs. 429 y 430.
13. Cancino, Antonio José. EL DELITO DE AUTOJUSTICIA. Editorial Temis, Bogotá, 1982. págs. 42 y ss.
14. Hassemer, Winfried. Op. Cit. pág. 93.
15. Mesa Velásquez, Luis Eduardo. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979. pág. 256.
16. Bacigalupo, Enrique. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte general. Editorial Temis-Ilanud, Bogotá, 1984. pág. 127.
17. Pérez, Luis Carlos. DERECHO PENAL. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1984. págs. 209.
18. Welzel, Hans, DERECHO PENAL ALEMAN. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976. págs. 126.
19. Pérez, Luis Carlos. DERECHO PENAL. Tomo I, Editorial

Temis, Bogotá, 1984, pág. 09.

20. Betancur Cuartas, Jaime. DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO. Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1978 ed. pág. 105.
21. Universidad Externado de Colombia. NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Bogotá, 1981, pág. 137.
22. Imprenta Nacional de Colombia. PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Bogotá, 1986, pág. 135.
23. Ferri, Enrico. PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, págs. 374 y 376.
24. Tamayo Jaramillo, Francisco Javier. "El Daño Civil y su reparación" en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana No. 62. Medellín, Julio – Septiembre de 1983, pág. 51 y ss.
25. Rendón Gaviria, Gustavo. PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. Universidad de Antioquia, Medellín, 1948. pág. 40.
26. Nos abstenemos de materializar las indicaciones bibliográficas de esta providencia, toda vez que ella forma parte de un expediente dentro del cual persiste la reserva sumarial, la misma que estamos moral y jurídicamente obligados a preservar.
27. Pérez, Luis Carlos. DERECHO PENAL. Tomo II. Editorial Temis, Bogotá, 1982.. págs. 414 y ss.
28. Páez, Dídimo. "Denegación de Recursos interpuestos por la parte civil cuando esta no tiene interés jurídico en recurrir". en Revista NUEVO FORO PENAL. No. 44. Editorial Temis, Bogotá. Abril – Junio de 1984. págs. 269 y ss.
30. Calderón Botero, Fabio. CASACION Y REVISION EN MATERIA

PENAL. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985.
2a. ed. pág. 141.

31. Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., pág. 74.
32. Reyes Echandía, Alfonso. CRIMINOLOGIA. Universidad Ex-
ternado de Colombia, Bogotá, 1984. pág. 197.
33. Ramírez González, Rodrigo. LA VICTIMOLOGIA. Editorial
Temis Bogotá, 1983. pág. 6.
34. Ibídem, pág. 8.
35. Ibídem, pág. 62
36. Ferri, Enrico, Op. Cit., pág. 384.