

NUEVO FORO PENAL

GRUPOS DE ESTUDIO DE DERECHO PENAL

NODIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

DOCTRINA

Nuevo Esquema del Delito en el Proyecto de Código Penal.
Por: Juan Fernández Carrasquilla

Sugerencias para la Reforma de la Parte General del Código Penal.
Por: Juan Fernández Carrasquilla - Nódier Agudelo Betancur

Aborto y Estado de Necesidad.
Por: Jorge Enrique Gutiérrez Anzola

Alienación y delito en Roma.
Por: Luis Alberto Kvitko

Proyecto de Código Penal. Ponencia para primer debate.
Por: Federico Estrada Vélez

LEGISLACION

Decreto N° 1923, Spbre. 6 de 1978 (Estatuto de Seguridad). Comentario.
Por: Ricardo Hoyos Duque

JURISPRUDENCIA

Falsedad en instrumentos negociables y estafa: no concurso. Salvamento de voto. Falsedad en documentos privados y uso del mismo por quien lo falsificó: inaplicabilidad del Art. 242 del C.P. Apoderamiento o desviación de aeronaves. Colisión de competencias entre jueces de igual categoría. Carencia de competencia del Tribunal para conocer de la apelación del auto que decide no plantear una colisión.

2

FORO HISTORICO

Legítima Defensa. El miedo como fundamento de la legítima defensa.
Por: Nódier Agudelo Betancur.

ENERO



FEBRERO



MARZO

1979

NUEVO FORO PENAL

Grupo de Estudio de Derecho Penal

Nódiar Agudelo Betancur
Director

Fernando Velásquez

AÑO I — Nº 2 — Enero - Febrero - Marzo de 1979

— Licencia en Trámite —

Auxiliares

Guillermo Villa Alzate
Ricardo Hoyos Duque
Luis Miguel Marín Gaviria

Fernando Velásquez
Angela Arango Ruiz
Gustavo Ruiz Correa

DIRECCION DE LA REVISTA:
Calle 49 Nº 50-21 - Edificio del Café - Oficina 2502
TELEFONO: 45 - 23 - 50
Medellín - Colombia
Sur América

La Carátula de esta Revista fue diseñada por:
IVAN SERNA ESCOBAR

* La responsabilidad de las opiniones emitidas
corresponde a sus autores exclusivamente.

* Se autoriza la reproducción de artículos siempre
que se indique que han sido tomados de esta
Revista.

Solicitamos canje

Nous demandons l'échange
We request exchange

Pede se permuta
Wir bitten um Austausch von
Publikationen

Medellín - Colombia

1.979

TABLA DE CONTENIDO:

DOCTRINA

Nuevo Esquema del Delito en el Proyecto de Código Penal	Pág.	7
Por: Juan Fernández Carrasquilla		

Sugerencias para la Reforma de la Parte General del Código Penal	Pág.	23
Por: Juan Fernando Carrasquilla, Nódier Agudelo Betancur		

Aborto y Estado de Necesidad	Pág.	27
Por: Jorge Enrique Gutiérrez Anzola		

Alienación y Delito en Roma	Pág.	36
Por: Luis Alberto Kvitko.		

Proyecto de Código Penal. Ponencia para Primer debate	Pág.	40
Por: Federico Estrada Vélez		

LEGISLACION	Pág.	66
-------------	------	----

Decreto N° 1923, Septiembre 6 de 1978 (Estatuto de Seguridad)		
Comentario Por: Ricardo Hoyos Duque	Pág.	72

JURISPRUDENCIA	Pág.	79
----------------	------	----

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

Falsedad en Instrumentos Negociables y Estafa.
No concurso. Salvamento de Voto. Falsedad en Documento Privado y Uso por quien lo falsificó: inaplicabilidad del Artículo 242 del C. P.
Apoderamiento o desviación de Aeronaves.
Colisión de competencias entre jueces de igual categoría. Carencia de Competencia del Tribunal para conocer del auto que decide no plantear una colisión.

FORO HISTORICO	Pág.	124
----------------	------	-----

Legítima Defensa. El miedo, como fundamento de la Legítima Defensa.

Por: Nódier Agudelo Betancur

PRESENTACION

La gran acogida a la Revista NUEVO FORO PENAL nos demuestra la necesidad que existe en nuestro medio de publicaciones especializadas en el campo del Derecho Penal y la Criminología y nos anima, de veras, en la prosecución de esta difícil tarea académica.

Como lo habíamos anunciado en el Primer Número, presentamos ahora la Conferencia del Dr. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA sobre El Esquema del Delito en el Proyecto de Código Penal así como las sugerencias que para la Reforma de la Parte General del Código ambos hicimos al Dr. FEDERICO ESTRADA VELEZ; publicamos también la Ponencia que este último presentara al Senado de la República del Proyecto de Código Penal. Consideramos que este documento es de suma importancia ahora y lo será después para la interpretación de la obra si llegare a aprobarse.

*Destacamos así mismo las contribuciones de los Profesores JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA y LUIS ALBERTO KVIK*O sobre el aborto y el tratamiento de los anormales ejecutores de conductos delictivos en Roma.*

La seriedad académica de los autores garantiza, en verdad, el calibre intelectual de las contribuciones.

También presentamos, en la Sección de Legislación el controvertido "Estatuto de Seguridad" y algunos comentarios. Con esto pretendemos agitar la discusión seria sobre temas que deben ocupar el primer plano de nuestros intereses.

Creemos que con la publicación de la selección de Jurisprudencia, mantenemos informados a nuestros lectores sobre algunas de las más importantes decisiones de nuestro Tribunal. "El Foro Histórico", contiene un estudio sobre las bases psicológicas de la legítima defensa. Esperamos que preste alguna utilidad sobre todo a los estudiantes, pues a ellos va dirigida la publicación de tal alegato.

NODIER AGUDELO BETANCUR.
Director

NUEVO ESQUEMA DEL DELITO EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL

SEGUNDA PARTE

DR. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y Profesor de
Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

La amplia y completa exposición teórica del Dr. NODIER AGUDELO, me redime a mí de la obligación de hacer algunos preámbulos de carácter general, sin los cuales mi particular interpretación del proyecto de 1976, podría no resultar suficientemente comprensible. Desgraciadamente el programa de trabajo trazado y el tiempo disponible, no nos permiten responder a nivel puramente abstracto y teórico las objeciones que implica la exposición del Dr. NODIER AGUDELO contra nuestra personal concepción del delito y me limitaré a anticipar, contra el finalismo ortodoxo en el cual él es un experto porque acaba de regresar de Alemania, precisamente de estudiarlo en sus fuentes, las siguientes objeciones, antes de entrar en materia: yo diría que el finalismo no es la culminación de un proceso, sino que es un punto de avance en un proceso; pero el finalismo no terminó con el Derecho Penal, no ha dicho la última palabra, hasta allí no llega la ciencia. Yo no diría que la

Versión estenográfica de la Conferencia dictada en el Colegio Antioqueño de Abogados (COLEGAS), el 26 de Mayo de 1977, junto con el Dr. Nódier Agudelo Betancur. La versión estuvo a cargo de Guillermo Villa Alzate.

evolución dogmática, como dicen los finalistas se acabó con ellos, como decía CARRARA en su tiempo que ya no había nada más que decir sobre la teoría del Delito, porque ya todo estaba dicho, ni como decía FERRI también en su tiempo, que ya no había nada más que rastrear porque él había dicho la última palabra, incluso por encima de la última palabra de CARRARA. Yo creo que por encima de la última palabra de CARRARA y la última de FERRI, y la última de WELZEL, todavía la doctrina va a seguir evolucionando, y que el finalismo tiene puntos flojos. **Primero**, la concepción finalista de la acción, que se estructura sobre el dogma ontológico de la finalidad descubierto por HARTMANN, pero, desde luego, con antecedentes importantísimos en la filosofía, desde ARISTOTELES, olvida la estructura causal de la acción. HARTMANN es supremamente claro en que la categoría de la finalidad que define la acción humana y la distingue de la conducta o del comportamiento animal, no excluye, sino que por el contrario, presupone y la domina, la encausa hacia determinados objetivos. El finalismo, un poco entusiasmado con la idea de la finalidad, con el descubrimiento de la finalidad en la acción jurídico-penal y con las implicaciones teóricas revolucionarias para la teoría del delito, olvidó mucho este aspecto.

Segundo, si como bien lo exponía el Dr. NODIER AGUDELO, el error de tipo excluye la parte subjetiva del tipo, es decir, la tipicidad, y si por otra parte el tipo es, como tiene que ser, un tipo de acción una descripción de acción, entonces el error de tipo que coincide poco más o menos, pero no exactamente con lo que nosotros llamamos error de hecho, debería excluir no la parte subjetiva del tipo sino la acción misma, porque tendría que haber coincidencia entre la voluntad de acción y la voluntad propia del tipo, ya que el tipo no hace sino describir la acción en sus elementos objetivos y subjetivos.

Pero si comprobado el error de tipo como en el caso del cazador, que el Dr. AGUDELO puso, subsiste una acción de intentar matar un conejo es porque la voluntad, el contenido de la voluntad de acción jurídico-penal no coincide con el contenido de la voluntad de tipo.

Tercero, el finalismo es el punto de avance en un proceso que consiste en la subjetivación del tipo de injusto, es decir, en traspasar al tipo de injusto los elementos subjetivos del delito y en dejar la culpabilidad como un elemento o componente normativo, axiológico o valorativo. Pero el finalismo no ha culminado ese proceso porque la culpabilidad en el finalismo está integrada por la imputabilidad y por el potencial conocimiento del injusto, más la exigibilidad, tácitamente incrustada por ellos, y es evidente que la imputabilidad definida como una capacidad psíquica es un elemento psicológico; si es un elemento psicológico, no tiene absolutamente nada que hacer en una concepción puramente axiológica de la culpabilidad. Es un fundamento para el juicio de reproche, pero no es un juicio de reproche. La imputabilidad no es un juicio de reproche; es una capacidad psicológica del individuo. Eso lo reconocen los finalistas. Pero el potencial conocimiento del injusto no deja tampoco de ser un elemento psicológico porque le agregamos la palabra "potencial"; el conocimiento es un elemento psicológico, sea como conocimiento de lo real o como conocimiento de lo posible. Lo que ellos llaman el potencial conocimiento del

injusto no es una posibilidad, ese es un subterfugio metafísico que los finalistas emplean. El potencial conocimiento del injusto es el conocimiento de la posible antijuridicidad del hecho, el conocimiento de la posible injusticia del hecho. Es, por lo tanto, un conocimiento y no un juicio de valor. Eso desde el punto de vista teórico.

Veamos que se puede hacer en este Anteproyecto. La primera impresión que a mí me ha dado, que comparto desde luego el Dr. AGUDELO y los conferencistas que en este mismo recinto nos han precedido, es que se trata de un estatuto bastante moderno. Un estatuto bastante moderno por su terminología y un estatuto bastante moderno por su conceptuación. Ya no estamos en las fuerzas y las cantidades de CARRARA, ni en los elementos estructurales de FERRI, sino que estamos de lleno, por definición de ley, si esto llegara a ser ley, en el plano de la definición dogmática o técnico-jurídica del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Gústenos o no esa manera de conceptuar el fenómeno delictuoso, esa es la realidad del Anteproyecto. Tenemos que determinar si el Anteproyecto ha sido coherente dentro de su propia concepción del contenido de cada uno de sus elementos. Yo creo que sí y también ese sistema de conceptuación es mejor que el vigente actualmente.

Yo creo que desde el punto de vista de la política criminal este Anteproyecto representa un medio de lucha muchísimo más eficaz contra la delincuencia, porque muchísimos casos que han sido conflictivos en la jurisprudencia, que han trabajado sobre el código de 1936, quedan aquí resueltos con una claridad meridiana, y se van a obviar absolutamente muchas causas de imputación institucionalizadas a través de la interpretación jurisprudencial. Pero por sobre todo, yo creo que la importancia definitiva del Anteproyecto es el haber erradicado el concepto de peligrosidad, como cimiento de la responsabilidad criminal. Yo creo que hoy no queda ningún penalista de prestigio que sostenga el peligroso concepto de la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad. Incluso, esta es la hora en que estamos dudando ya de que ese puede ser el verdadero fundamento en el código de 1936, pero sin embargo, su terminología difícilmente permite otro tipo de interpretación.

El Anteproyecto no está tallado según los parámetros de la escuela clásica ni según los parámetros de la escuela positiva; más aún, ni siquiera está tallado sobre los parámetros de la escuela clásica alemana, del esquema clásico del delito, que muy bien definía el Dr. AGUDELO. Está tallado en una concepción de la actividad punitiva, que se inspira en la conciliación de escuelas que se produjo muy avanzada ya la dogmática alemana, pero comenzando el tecnicismo jurídico italiano. Está tallado en el sistema binario de la responsabilidad. Mientras la escuela clásica concebía que el derecho penal debía tener como recurso solamente las penas, y la escuela positiva postulaba como único recurso las medidas de seguridad o medidas correctivas, el Anteproyecto, a tono con los modernos códigos y proyectos, establece el sistema binario. Que un código sea binario quiere decir que se prevén dos tipos de reacciones punitivas: de un lado las penas y del otro lado las medidas de seguridad. Ambas tienen como común fundamento, y oigan bien la diferencia con el positivismo que nos ha venido rigiendo, tienen como común fundamento no el modo de

ser del individuo, no la supuesta peligrosidad social o criminal del mismo, sino la comisión de una infracción, la comisión de un hecho punible, la comisión de un tipo de injusto. El Art. 1º del Anteproyecto dice que "nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción". La acción, el hecho humano, es el fundamento de la responsabilidad penal, y no el modo de ser del individuo, la peligrosidad social, sino la comisión de un hecho que, dice el Art. 2º, que es una secuencia lógica del 1º, para ser punible, debe ser típico, antijurídico y culpable. Reparen en esto por favor: ha dicho el Art. 1º: la responsabilidad por penas y medidas de seguridad, se fundamenta en la comisión de un hecho infraccional; y ha dicho el Art. 2º: para que el hecho sea punible, es decir, para que sea una infracción, debe reunir tres calidades: típico, antijurídico y culpable. El Art. 2º dice textualmente: "Para que un hecho sea punible, debe ser típico, antijurídico y culpable". ¿Qué es la punibilidad? Mucho de lo que se haga en la interpretación sistemática de este proyecto, depende de la interpretación de este término. Por punibilidad se entiende, la reacción del estado contra la comisión de un tipo de injusto, de una acción típica, antijurídica y culpable. La punibilidad abarca penas para los sujetos imputables y medidas de seguridad para los sujetos inimputables.

Y reparen también en que a pesar de que el dolo y la culpa están ubicados en este proyecto en el capítulo de la culpabilidad, capítulo VII, cuyo artículo 39 dice: "Para que la acción u omisión sea punible, tiene que realizarse con dolo, culpa o preterintención", no habla de delito, sino de conducta; la conducta es dolosa, la conducta es preterintencional. Por ahí se va desbaratando un poco la pretensión, que para mí también sería atractiva, de construir un esquema finalista ortodoxo. Digo que atractiva, porque a nadie escapa que desde hace varios años yo vengo enseñando ese esquema en mi cátedra de la Universidad de Medellín.

Con el término "punibilidad" que emplean los Arts. 2º y 3º de este proyecto, se presenta una dificultad idiomática que consiste en que punibilidad parece estar etimológicamente familiarizada con la palabra pena. Parece ser que los verbos penar y punir tienen el mismo significado etimológico en el idioma castellano; incluso, el verbo punir no parece muy castizo. Pero como el Anteproyecto ha optado por el sistema dual, el sistema de la responsabilidad de doble vía, penas y medidas de seguridad, es absolutamente evidente que punibilidad en él, significa los dos recursos, y no solamente las penas. Desgraciadamente en el capítulo así denominado "punibilidad", este Anteproyecto trató únicamente de las penas y separó las medidas de seguridad de un título aparte; desgraciadamente digo, porque es una incoordinación de nomenclatura que no se había cometido en el anteproyecto de 1974, ya que en general tiene la misma concepción, la misma sistemática, la misma terminología y la misma orientación, incluye dentro de la punibilidad un título primero de las penas y un título segundo de las medidas de seguridad, lo que es, desde luego, muchísimo más técnico, muchísimo más compatible con la estructura misma del articulado.

Desde el punto de vista formal, pues, para este Anteproyecto, cuyas diferencias con el de 1974 resan con las instituciones particulares pero no con la sustancia de la orientación sistemática e ideológica, el delito es un hecho humano conminado con pena. A pesar de que en la parte especial, la tipificación se construye con la conminación de penas, en la parte general se prevén, dispositivos de sustitución de las penas por las medidas de seguridad en los casos en que éstas sean excepcionalmente aplicables. Esto porque lo corriente es ser normal, ser imputable es normal. Ustedes comprenden que es desde luego muy distinto el tratamiento que se otorga a los hechos punibles, infracciones o tipos de injusto que merecen penas, y a los tipos de injustos que merecen medidas de seguridad. Si el tipo de injusto, esta es la sistemática del Anteproyecto, lo comete una persona imputable, acarrea pena, y si lo comete una persona inimputable, acarrea medida de seguridad. Pero no olvidemos que penas y medidas de seguridad tienen como común fundamento el tipo de injusto o hecho punible, y que este está expresamente definido en el Anteproyecto como acción típica, antijurídica y culpable. De manera que la responsabilidad penal de imputables e inimputables se basa en la comisión de un hecho simultáneamente típico, antijurídico y culpable, y nosotros no podemos escamotear un argumento positivo

con doctrina general; nos vamos a tener que enfrentar al problema de construir un concepto de "culpabilidad" de espaldas a la dogmática alemana. Pero, ¿qué es lo que tiene entonces de importante y de trascendental la teoría de la imputabilidad o la posesión de esa cualidad psíquica que se llama imputabilidad, para que determine un tratamiento punitivo **cualitativamente** diverso? (Porque quien dice castigo, quien dice medida de seguridad, dice corrección). Pero si el hecho que han cometido es el mismo, ambos han matado voluntariamente a un hombre, ¿por qué la diferenciación de tratamiento? Si nosotros reparáramos en la muy técnica noción inimputable que nos otorga el Art. 33, que dice: "No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria", vemos a primera vista, groso modo, que la inimputabilidad puede nacer de una de las causas, que son causas psicosomáticas, y no causas valorativas. El sujeto es inimputable, en primer lugar, cuando no posee la capacidad de comprender la injusticia, la ilicitud o la prohibición de su comportamiento, y en segundo lugar, cuando comprendiéndola, es incapaz de dirigir sus acciones, de motivarlas conforme a esa comprensión. Lógicamente que la ley espera que si yo comprendo que voy a cometer un hecho injusto, me abstenga de realizarlo en virtud de que lo comprendo, y en virtud de que la voluntad humana precisamente es un instrumento que mueve la conducta en miras al valor. La imputabilidad que tradicionalmente viene definida, y tradicionalmente quiere decir, también en el sistema finalista, capacidad de culpabilidad, en este Anteproyecto no puede entenderse así.

Es incluso muy importante que el Anteproyecto haya situado la normación de la inimputabilidad antes de la normación de la culpabilidad, es decir, dentro de la estructura indiferenciada del delito, dentro del conjunto de nor-

mas de la parte general que se refiere por igual a los hechos punibles de los imputables y a los hechos punibles de los inimputables. Eso es importante y se puede demostrar contextualmente, pero también, textualmente por el Art. 2º que define el hecho punible como fundamento de la responsabilidad, en ambos casos, penas y medidas de seguridad, como hecho típico, antijurídico y culpable.

El imputable es entonces una persona que tiene la facultad psíquica de comprender los valores, puede distinguir con claridad, con suficiencia, entre lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito, lo prohibido y lo permitido. El inimputable, en cambio, o no posee esa capacidad de comprensión, o la posee en grado ontológicamente insuficiente y en grado irrelevante jurídicamente. Pero, además, se requiere no solamente que el sujeto posea la capacidad de comprender la injusticia de su acción y que la ejerce para la realización de un tipo de injusto, sino que también tenga la capacidad psíquica de gobernar sus acciones, de autodirigir su comportamiento, que posea libertad de la voluntad, lo que CARRARA llamaba voluntad de obrar y libertad de elegir. Es evidente, de toda evidencia, que el Anteproyecto está dentro de una línea evolutiva clásica o neoclásica, como también, desde luego, lo está el finalismo. El finalismo no está, ni mucho menos, orientado por filosofías no clásicas, sino en lo que nosotros llamamos filosofías clásicas, inspiradas sobre el postulado de la libertad de la voluntad, mientras que las escuelas no clásicas se inspiran en el postulado de la no libertad de la voluntad, y elaboran la responsabilidad sobre el peligroso concepto de peligrosidad que, como ustedes bien lo saben, sirve para todo y para nada.

Si el sujeto imputable puede captar los valores en que su conducta se inscribe, se puede comprender suficientemente la ilicitud de su comportamiento y si además puede ajustar éste a la comprensión de los valores, entonces, si habiendo comprendido en un caso determinado, o habiendo podido hacerlo, la injusticia de su acción, realiza una acción prohibida por la ley, la ley, en la sistemática del Anteproyecto, concretamente le reprocha su conducta, pronuncia sobre el autor que ha formado así, que ha motivado de esa manera viciosa su voluntad, que ha procedido contra derecho habiendo podido obrar conforme a él, un juicio de reproche que no consiste en la formulación de palabras de rechazo o indignación; es un juicio de reproche mensurable que cuantifica nada más ni nada menos que la medida de la pena. Ese juicio de reproche que cuantifica en el Anteproyecto la medida de la pena, está influido por la denominación, en mi concepto infortunada, tomada del código italiano, de circunstancias de agravación y atenuación punitiva. Aquí desde luego el Anteproyecto, si mantiene esta nomenclatura, nos va a trocar los conceptos doctrinal y jurisprudencialmente elaborados de circunstancias agravantes y atenuantes. Nosotros entendíamos, a tono con la dogmática universal, excepto la italiana por razones de derecho positivo, que una circunstancia agravante es una circunstancia que permite al juez en casos especialmente previstos, elevar la pena por encima del máximo, y que una circunstancia atenuante es una circunstancia que le permite al juez también en casos especiales previstos, aplicar una pena inferior al mínimo del respectivo tipo legal.

Pero ahora sucede que además de esas circunstancias específicas de agravación y atenuación, el Anteproyecto trae una serie de circunstancias que llama de agravación y atenuación punitivas, y que no sirven para rebasar el máximo ni el mínimo, sino para que se mueva el juez dosimétricamente dentro del máximo y el mínimo. Si nosotros observamos con algún detenimiento esas circunstancias de graduación de la penalidad, podemos apreciar fácilmente que casi todas se inspiran en el criterio de la mayor o menor exigibilidad de la conducta. Si era fácil en el caso concreto el cumplimiento del deber jurídico, se tratará de una circunstancia de agravación punitiva que obliga al juez a permanecer cerca del máximo de la penalidad; y si era difícil el cumplimiento del deber jurídico, en el caso concreto, entonces el juez se atenderá al mínimo.

Hay otras circunstancias dentro de esa enumeración que está en el capítulo de la punibilidad, que no dicen relación a la mayor o menor exigibilidad del deber jurídico, es decir, el deber de abstenerse de realizar el tipo de injusto, del deber de comportarse, jurídicamente, lícitamente, sino que dicen relación a criterios criminológicos de valoración de la personalidad del autor, o a criterios ético-sociales de valoración de la conducta misma. Desde luego, en los criterios de valoración criminológica de la personalidad del reo, hay una fuerte influencia del positivismo italiano o de la que fue también la escuela sociológica alemana.

El juicio de reproche se estructura en el Anteproyecto como fundamento y al mismo tiempo como medida de la pena. La pena se mide según que la conducta sea más o menos reprochable al sujeto, según que el deber jurídico le haya sido más o menos exigible, según que su personalidad criminológica sea más o menos disvaliosa, más o menos negativa desde el punto de vista social. En los inimputables sucede algo muy diverso, algo completamente diverso: ellos también han cometido el hecho típicamente, antijurídico y culpablemente, pero en virtud de que no tenían la suficiente capacidad de comprensión de la injusticia, de que no disfrutaban del autogobierno de su conducta, esta conducta injusta, esta realización de un tipo de injusto no les es reprochable. Pero es obvio que el derecho penal sería ineficaz, se quedaría corto si no sometiera a control las conductas punibles de estos sujetos; entonces con relación a ellos ha estructurado las medidas de seguridad que tienden, ya no a castigar la comisión reprochable de un hecho, sino a corregir la peligrosidad que por la comisión del hecho ha demostrado el sujeto, peligrosidad que aquí se circunscribe al campo de las medidas de seguridad, como medida de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad en su naturaleza y en su duración van a depender de la causa psico-somática de la peligrosidad, de la inimputabilidad, en el momento en que desaparezca esa causa psico-somática de la inimputabilidad y de la peligrosidad, que es lo que el Anteproyecto denomina enfermedad mental transitoria o permanente, en ese momento debe cesar la medida de seguridad, aunque se mantiene el sistema de fijar una duración mínima.

Es ciertamente muy difícil lograr una explicación en breves términos, suficientemente suasoria, de por qué la acción de los sujetos inimputables debe ser también culpable para que pueda ser sometida a una medida de seguridad.

Hay argumentos generales y hay argumentos particulares. El argumento general es el de que todos los hombres en, cuanto que son hombres quieren estructuralmente, psicológicamente, ontológicamente, de la misma manera.

El hombre, como ser humano, no tiene sino una sola manera de ejercer su voluntad que es anticipar el resultado, forjarse el fin y conforme al valor que el conocimiento le asigne a ese fin, determinar o no su voluntad para alcanzarlo. No hay otra manera de querer. La voluntad no se mueve sino en función de valores; la voluntad no se mueve por otra causa y ni siquiera los revólveres la pueden mover, porque ustedes saben que el coaccionado puede perfectamente abstenerse de realizar aquello que se le exige y soportar las consecuencias. El lo hará solamente en el caso de que considere que es preferible (valor) cometer el hecho que sufrir los daños de la coacción.

Toda la voluntad humana, eso ya está dicho desde ARISTOTELES, es finalista, es teleológica; la voluntad siempre es voluntad de un fin, así como la conciencia es conciencia de un objeto; no hay conciencia vacía, no hay voluntad de nada, la voluntad es siempre voluntad de algo, el conocimiento es siempre conocimiento de algo. De manera que, desde el punto de vista ontológico, los imputables y los inimputables quieren, ejercen su voluntad de la misma manera, ambos realizan acciones, es decir, conductas finales, manifiestan su voluntad final. La diferencia está en la comprensión de la valoración o en la capacidad de autogobierno, como decía. ¿Cómo, dirán ustedes, el normal, el hombre sano y el demente, quieren de la misma manera? Querer de la misma manera significa que ambos quieren con miras a un fin y que ambos quieren en virtud de un móvil y en virtud de un valor. Y es sostener que no hay ninguna fuerza, absolutamente ninguna, que sea capaz de mover la voluntad, que no sea la motivación, y por motivación se entiende el acicate de los valores y de los fines, del sentido de la acción. Nosotros tal vez estamos acostumbrados a pensar en los inimputables como sujetos reclusos en un manicomio ejecutando conductas absurdas, o no ejecutando ninguna. Esa es una pésima representación de los sujetos inimputables y yo les aseguro que muy pocas veces en su vida profesional ustedes se habrán encontrado o se encontrarán con un inimputable de esa naturaleza. Lo general en los inimputables, en los anormales psíquicos, en los enfermos mentales, es que conserven dentro de la mayoría de las órbitas de su vida un comportamiento aparentemente normal, solamente cuando se trata de hechos especiales calificados, de hechos especialmente relacionados con los complejos psico-afectivos de su personalidad enferma, aparece la incapacidad de comprender suficientemente el sentido de la acción, o de gobernar la acción misma para impedir o encauzar el impulso sensorial o psico-sensorial de la misma. De manera que cuando se define la inimputabilidad a nivel ontológico, hay que partir de la base de que no se trata propiamente de una inexistencia de la capacidad de comprensión del valor, sino de una insuficiencia estadística de la misma, comparativamente con los hombres normales. Y para efectos del derecho, la insuficiencia equivale a la irrelevancia. No es lo mismo que una cosa sea jurídicamente irrelevante a que sea jurídicamente inexistente, por lo menos en este contexto.

Veamos si esos argumentos generales se dejan aplicar a la concepción del Anteproyecto tal y como quedó redactado en 1976. Decíamos que no se puede responder sino por una infracción y que esa infracción consiste sustancialmente en un hecho con tres características o calificaciones: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Y el Anteproyecto mismo dice, en el Art. 19, que las infracciones solamente se pueden realizar por acción u omisión. Reparen ustedes en que no pueden realizar una acción siendo inimputable, perfectamente. Esa capacidad de realizar la acción como mínimo contenido psíquico de la misma, se puede denominar, siguiendo a ZAFFARONI, voluntabilidad. La voluntabilidad es la posesión de una voluntad capaz de manifestarse, la capacidad de manifestar una voluntad. Esa es la voluntabilidad, o lo que podríamos llamar más llanamente capacidad de acción. Es capaz de acción el que tiene una voluntad y puede manifestarla; los otros no son capaces de acción. Los involuntables, es decir, aquellos sujetos que por cualquier causa se encuentran en estado de plena inconciencia, o que no posean voluntad o cuya voluntad no sea capaz de manifestarse, como el caso de las idiocias extremas, esos sujetos no son capaces de acción y por lo tanto jamás podrán entrar en el ámbito del derecho penal, en la sistemática de este Anteproyecto, ni para las penas ni para las medidas de seguridad.

Lo que el Anteproyecto entiende por acción es el hecho humano y ese hecho humano puede ser una pura conducta o una pura omisión, o puede ser una conducta más un resultado o una omisión más un resultado.

El Art. 20, que es una norma también tomada del código italiano, que va a suscitar por su forma de redacción tantísimos problemas como allá ha suscitado el Art. 40, del cual es una reproducción, dice, interpretado ya, que cuando el delito o hecho punible depende de su existencia de un resultado, este debe ser consecuencia de la acción o de la omisión.

Tiene pues que haber nexo de causalidad entre el resultado y la acción, pero hay diferencia conceptual entre acción y resultado. A mí me parece que esta forma de conceptualizar la conducta punible respeta perfectamente la estructura ontológica de la acción. Hay acción cuando una voluntad se manifiesta hacia un objetivo, provenga de quien provenga, de un imputable o de un inimputable.

Y no hay acción en el caso contrario. Y lo mismo, prodúzcase o no se produzca un resultado externo que sea su consecuencia, o, en el supuesto de que todas las acciones deban producir un resultado, por lo menos el derecho no los toma en cuenta todos, sino algunos. Es importante descartar de antemano los supuestos que mencionamos de involuntariedad. Los sujetos que no poseen voluntad están absolutamente por fuera, por definición, de la posibilidad de realizar una infracción y ser sometidos a los recursos punitivos, porque no hacen nada en realidad, sino que a lo sumo son capaces de un comportamiento a nivel biológico o instintivo, pero de ninguna manera de un comportamiento final que es lo que se llama conducta.

El Art. 29 nos ha exigido, además, que el hecho que fundamenta la responsabilidad criminal, es decir, el hecho punible o merecedor de penas o medida de seguridad, sea típico. El concepto de tipicidad yo creo que no

tiene dificultades. Consiste simplemente en la adecuación con la conducta de la descripción legal. Pero debe también ser antijurídico y aquí se presenta algún problema de coordinación. El comportamiento típico es antijurídico cuando se contrapone a la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, cuando ninguna en particular lo permite. Habrá comportamiento típico permitidos desde luego, como los hechos realizados en una causal de justificación. Pero la teoría tradicional, la teoría clásica, ha exigido además que para que el comportamiento sea antijurídico, se manifieste como lesivo o dañoso para un bien jurídico.

En términos generales, este Anteproyecto respeta esos conceptos, salvo en la inclusión que hace en el Art. 21 del delito imposible, y en esto se separó del Anteproyecto de 1974 que había desterrado, en mi opinión, con razones valederas, esta figura. El delito imposible se llama así porque la conducta realizada no podía causar ningún daño a un bien jurídico, porque de ella no se podía desprender ninguna vulneración de los intereses jurídicamente protegidos, pues el sujeto quiso vulnerar un bien jurídico protegido pero no pudo porque las circunstancias no se lo permitían, porque su conducta no era suficiente para producir la mutación del mundo que quería producir. A mí me ha parecido siempre muy curioso que en la defensa de la institución del delito imposible, se den la mano, como por encanto, el positivismo ferriano y el finalismo de WELZEL. El positivismo ferriano conceptúa que el delito imposible debe reprimirse porque constituye una manifestación peligrosa de la voluntad, o mejor, la manifestación de una voluntad social peligrosa. Pura manifestación de voluntad. Ahí no hay ni daño ni peligro para el bien jurídico. Y el finalismo, que no por pura coincidencia partió en sus orígenes de escuelas muy vinculadas al nacionalsocialismo alemán, y por eso hay que tener reservas políticas frente a él, también defiende la tesis del delito imposible, no ya como manifestación de una voluntad peligrosa, sino como la realización de lo que él denomina un puro desvalor de acción, un comportamiento desvalioso, aunque no cause ningún daño, que aparece como rebeldía al orden jurídico-social.

El finalismo diferencia entre el desvalor de acto, que es el carácter prohibido de la conducta, y el desvalor de resultado que es la lesividad o dañosidad de esa conducta. Y a propósito de que en este punto ambas corrientes en sí tan opuestas se den la mano, y que las dos al mismo tiempo se las estrechen con el nacionalsocialismo, me exige una aclaración con respecto a lo que en días anteriores se dijo aquí de que este Anteproyecto sostenía una teoría del delito que se dejaba definir como antijuridicidad tipificada. La tesis de la antijuridicidad tipificada es la concepción del delito, no como violación de un derecho o de un bien jurídico, sino como violación del deber de obediencia al Estado. Es la concepción propia a la escuela de KIEL, de la escuela nacionalsocialista alemana y después de ella solamente ha sido defendida por MEZGER y por SAUER, quienes militaron precisamente en esa filosofía. Yo no creo de ninguna manera que esa sea la manera correcta de conceptualizar este Anteproyecto.

Hay un problema sumamente importante y es la forma como el dolo se define dentro del capítulo de la culpabilidad. Resulta claro aquí que la culpabilidad toma las formas de dolo, de culpa y de preterintención, porque en el capítulo respectivo esos son los fenómenos que se han regulado.

Y además, el dolo se define como la conciencia y voluntad del hecho legalmente descrito, es decir, del hecho típico. En eso, desde luego, el Dr. AGUDELO tenía razón, no hay una correspondencia con la definición finalista. Sin embargo, esto tiene dificultades, porque si el hecho legalmente descrito, si el hecho típico es el hecho prohibido, no es posible tener conciencia y voluntad de un hecho típico sin tener conciencia de la ilicitud del hecho. Nadie puede tener conciencia y voluntad de matar sin tener conciencia y voluntad de que realiza un hecho ilícito, salvo que medie una causa de justificación, que ya es una causa legal de permisión del hecho y entonces ya el hecho estaría acompañado de su licitud. Pero no es posible desprender, si el tipo es, como dice WELZEL, la materia de la prohibición, el dolo de la conciencia de la antijuridicidad. Precisamente ahí está la diferencia crucial con el tratamiento entre imputables e inimputables. Mientras que en los imputables se da una culpabilidad que podríamos llamar plena porque el dolo, la culpa o la preterintención van acompañados de la conciencia, clara y nítida de la ilicitud o prohibición del hecho, en los sujetos inimputables, por el contrario, esa conciencia del valor es irrelevante, es insuficiente o bien no existe, pero puede perfectamente existir. Piensen en un inimputable que no tiene la incapacidad de comprensión del valor, sino la incapacidad de gobernar su comportamiento. Es evidente que él puede comprender la injusticia de su acción y que sin embargo, a pesar de comprenderla, no va a poder dirigirla, precisamente por los defectos de los controles inhibitorios de la voluntad.

Cualquier teoría del delito que parta del articulado de este Anteproyecto, y que pretenda ser seria, tiene que arrancar de la interpretación del Art. 44, que define las causas de exclusión de la culpabilidad. Y este problema es de suma trascendencia. En términos generales, las causas de exclusión de la culpabilidad en este Anteproyecto coinciden con nuestro Art. 23 del C. P., si bien hay mejoras de técnica legislativa en la redacción.

Si nosotros sostenemos que los inimputables son incapaces de culpabilidad, que su responsabilidad no es ni dolosa ni culposa, entonces desde luego nosotros no podemos absolver a un inimputable con ninguna de las causales del Art. 44 que son de exclusión de la culpabilidad. Nosotros no podemos excluir la culpabilidad sino donde la culpabilidad existe; donde no existe ya está excluida. ¿Qué hacer entonces con un menor de edad, qué hacer entonces con un paranoico que realiza el hecho punible por caso fortuito o fuerza mayor, perfectamente posible? ¿Qué hacer entonces con uno de ellos que realiza el hecho por insuperable coacción ajena, perfectamente viable? ¿Cómo vamos nosotros a someter a una medida de seguridad al inimputable que mata a una persona en caso fortuito, o en defensa putativa (por error no proveniente de la insania), insuperable coacción ajena?

Evidentemente, a cualquier juez de esta República y de cualquiera otra le temblaría la mano para hacer semejante cosa. Pero, ¿cómo podemos técni-

camente absolver? ¿Cómo podemos nosotros decir que las causas de exclusión de la culpabilidad son aplicables por igual a los imputables y a los inimputables, si lo que se ha dicho por la unanimidad de la doctrina es que ellas no prosperan sino con los sujetos normales, con los sujetos capaces?

Si sostenemos la tesis de que el Art. 44 (causa de inculpabilidad) no es aplicable a los inimputables, entonces la responsabilidad de los inimputables es completamente objetiva. Mató, luego medida de seguridad. No importa cómo mató, salvo las causas de justificación. A mí me parece, personalmente, una manifiesta injusticia que se trate de la misma manera al inimputable que coge el revólver y en un delirio sistematizado de persecución mata a su padre creyéndolo perseguidor, y a otro inimputable que presa del mismo delirio coge su automóvil y, simplemente para desahogar su ansiedad, transita a altísima velocidad, atropellando de esta manera a un peatón. Yo no creo que los dos deban ser sometidos al mismo tratamiento o a las mismas medidas.

Pero, por otra parte, los Arts. 112 y 113 del Anteproyecto determinan que cuando se trate de infracciones reprimidas con pena inferior a un año, podrán aplicarse medidas de seguridad especialmente benignas. ¿Cómo hacemos nosotros para saber cuál infracción cometió el inimputable si prescindimos del elemento subjetivo, del dolo y de la culpa? ¿Cómo hacemos para determinar que la infracción que cometió está conminada con pena de un año de prisión o más, si no podemos saber cuál es la conducta que realizó, si no sabemos si es una tentativa de homicidio, o simplemente se trata de unas lesiones personales dolosas o culposas cuya pena precisamente es muy diversa y en cuya escala podría entrar el privilegio de que tratan estos artículos para los casos concretos de un inimputable?

Entonces la responsabilidad de los inimputables en este Anteproyecto, y eso es además lo lógico y lo justo, no es objetiva. Depende de su dolo o de su culpa. Se determina por el dolo y por la culpa, es decir, por la culpabilidad. Pero a diferencia de los imputables, esta culpabilidad se presenta deficiente, deficitaria, disminuida porque le falta la total o la suficiente comprensión del desvalor de la conducta, es decir, de su ilicitud o de su prohibición, o porque teniéndola, le falta la gobernabilidad.

Creo que este es precisamente uno de los logros más avanzados del Anteproyecto del 76, que es común con el del 74, porque ya les había advertido que en mi concepto no hay diferencias sustanciales desde el punto de vista de la estructura general del delito entre ambos, y que es una ventaja técnica y de política criminal absolutamente notoria sobre la redacción en este sentido defectuosa y peligrosa del código de 1936, cuya redacción de los Arts. 11 y 29, 10 y 23, ustedes saben que es bastante problemática.

Según estos esbozos, yo diría que en este Anteproyecto y en esto me voy a apartar un poco, o me tengo que apartar, ya ustedes habrán visto, del esquema que esbozó el Dr. AGUDELO como el correspondiente a mi artículo de la revista "Estudios de Derecho", yo diría que delito en este Anteproyecto, estudiado más exhaustivamente, es una acción u omisión típicamente antijurídica y culpable (hasta aquí el tipo de injusto, común para imputables e inimputables) debida un autor reproachable o peligrosa.

Si el tipo de injusto, si la conducta típicamente antijurídica y culpable se comete por un imputable, entonces se presume la responsabilidad del comportamiento en virtud de que posea la capacidad de comprender y la libertad de obrar. Esa presunción de reprochabilidad, cuya mensura, repito, son las circunstancias de agravación o atenuación punitiva, solo podría destruirse con una causa de exclusión de la punibilidad, y el Anteproyecto contempla en la parte especial varias de ellas. 1º) Art. 152, por ejemplo, los reclutas que en una rebelión se limitan a servir como soldados sin cometer ningún otro hecho ilícito, están exentos de responsabilidad. ¿Por qué? Porque no les era exigible una conducta diversa, porque su conducta no les es reproachable, ya que se supone que en un alzamiento armado como es la rebelión no es fácil para un individuo oponerse al reclutamiento, pero sí puede ser fácil el evadir la participación en actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, que son los que por aparte de la rebelión se imputan. 2º) Art. 153, infracciones cometidas en combate por rebeldes y sediciosos, por motivos similares, pues lógicamente, ni más ni menos, hay que decir que guerra es guerra, y esa es la razón de ser de la exención de responsabilidad o de pena en este artículo, en este proyecto de artículo, que por lo demás, como ustedes lo recuerdan, existe también en el código vigente. 3º) Art. 208; falso testimonio por personas que no estén legalmente obligadas a declarar. Si a uno no le pueden obligar judi-

1. Comprendo perfectamente que esa definición, muy parecida a la que había acuñado en mi artículo sobre "El nuevo esquema del delito, más allá del finalismo" (en el que había sostenido que el delito podía definirse, siendo cometido por un imputable, como "acción típicamente antijurídica y culpable y personalmente reproachable a su autor"), suscita dificultades. Estas son, empero, más aparentes que reales. Proviene de su confrontación con la nomenclatura tradicional, en la que culpabilidad ha venido a significar reprochabilidad. Yo no propongo que la reprochabilidad se elimine de la noción del delito, sino que se retorne la "culpabilidad" a la acepción clásica de dolo, culpa o preterintención, fenómeno psíquico que abarca la comprensión del valor de injusticia de la acción. Lo que yo llamo aquí "culpabilidad" no es sino lo que el finalismo denomina tipo subjetivo, pero agregándole la conciencia de la antijuridicidad ("teoría del dolo"). Dice el Dr. NODIER AGUDELO que no se puede ser finalista ni ir más allá del finalismo incluyendo el dolo en la culpabilidad y no en el tipo. Eso puede ser cierto, pero no toca con mi teoría. Lo que pasa es que él llama culpabilidad al elemento reprochabilidad y yo le doy ese nombre al tipo subjetivo. Empero, para evitar un malentendido tan grave, al que sin duda se presta mi terminología, podría simplificar así mi definición analítica: delito es una acción (u omisión) típica y antijurídica, realizada por una voluntad reproachable o peligrosa. Una noción así se presta para el Anteproyecto o Proyecto de Código Penal Colombiano, pero también puede adecuarse (aunque con mayor dificultad) al Código vigente en Colombia, a la vez que sirve como estructura fundamental para cualquier derecho penal de inspiración binaria o dualista. También dijo el Dr. AGUDELO en su conferencia que los resultados de mi teoría podrían igualmente obtenerse colocando la imputabilidad como presupuesto y no como elemento de la culpabilidad. Eso es verdad en parte, pero corresponde a lo que yo hago: situar la imputabilidad como capacidad psíquica de reprochabilidad, en el tipo subjetivo (como presupuesto de la forma que llamo "culpabilidad plena"), que es en conjunto un presupuesto del juicio de reproche, que es lo que él denomina culpabilidad. Lo que no puede es situarse en el reproche, a menos que se quiera seguir con ese mixtum compositum que es el reproche en el finalismo, todavía no lejos de la "teoría normativa" de la culpabilidad de Frank. Si ello presenta muchas dificultades técnicas (siempre sucede ello al romper con la tradición), puede ubicarse la imputabilidad como presupuesto de la pena, al estilo del profesor ESTRADA VELEZ.

Se examina el orden - 19 -
sintético el tiempo y la imputabilidad solo
se examina al aplicar la pena.

to Fenwick

cialmente, por canon constitucional y legal, a declarar contra sus próximos parientes ni contra sí mismo, es obvio que no le pueden exigir que respete el juramento. Como el falso testimonio consiste sustancialmente en la violación de esa promesa, entonces no sería en ese caso reprochable la conducta. 4º) Lo mismo, el encubrimiento de parientes, 5º) Lo mismo, la excepción de verdad en los delitos de calumnia; no es reprochable, a menos que esté prohibido imputar hechos verdaderos, que a veces lo está, que a una persona se le impute un hecho verdadero que él pretende que es falso por guardar su honor. 6º) Y así, otros casos dentro de los cuales el más importante podría ser el aborto terapéutico. Es un verdadero estado de necesidad especialmente codificado.

Estas causas de exención de la punibilidad que basan en la no exigibilidad del deber jurídico, o en conveniencias político-criminales, son, aplicables también a los delincuentes inimputables. No podría ser de otra manera.

Ahora, si el sujeto que ha realizado el tipo de injusto es un inimputable, la realización de ese tipo de injusto, es decir, de ese hecho típico, antijurídico y culpable, hace presumir la peligrosidad del agente, salvo que se demuestre lo contrario, como puede hacerse en el proceso penal a través de los diagnósticos médico-legales o psiquiátrico-forense. Si el individuo no es peligroso para la sociedad, o en un momento deja de serlo porque ha desaparecido la enfermedad mental, se suspende la medida de seguridad y el sujeto retorna al seno social.

Desgraciadamente el tiempo no nos permite explayarnos en lo que podríamos llamar nuestros deseos de coordinación conceptual y terminología de este Anteproyecto.

Repasando, yo mencionaría, entre las cosas más importantes que deben corregirse: la incoordinación de las medidas de seguridad como título separado del título de la punibilidad. La sistematización de los conceptos de circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad, en contraposición a las circunstancias dosimétricas de la pena. Esto es definitivo, si el Anteproyecto se inspira, en la pretensión de erradicar la responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad por la simple causación material del resultado, entonces, uno no entiende como reprodujeron la fórmula del actual Art. 14 sobre el delito aberrante, que debe suprimirse.

Es evidente que en muchos casos el delito aberrante no tiene problemas de culpabilidad, en la generalidad de los casos. Yo iba a matar a José y maté a Pedro. Vale tanto la vida de Pedro como la de José, se dice, por lo tanto no hay problema de responsabilidad objetiva. Pero puede suceder que sí. Qué pasa si allá al fondo en vez de una pared hay una cortina, detrás de la cual yo no sé qué existe porque es primera vez que vengo acá. Mi enemigo está allá y me provoca. Le disparo con intención de matarlo. No acierto el disparo sino que éste perfora la cortina y va a dar a un peatón que cruza esa calle, porque allá lo que hay tapado con la cortina es un cristal. Cómo decir que yo no he cometido una tentativa de homicidio sino un homicidio consumado y que ahí no me están juzgando objetivamente? Yo creo que sería preferible dejar esta figura del delito aberrante, librada al juego de las

reglas generales de la culpabilidad y del concurso, y entonces en el ejemplo prepuesto se trataría de una tentativa de homicidio en eventual concurso con el delito culposo de homicidio, o con nada si el otro hecho era imprevisible. Pero no me van a acomodar el otro hecho porque si, por su sola comisión objetiva. De manera que yo creo que vale la pena que se revise ese artículo.

Y hay otro artículo, que es el 38, sobre la embriaguez, que puede dar lugar también a formas de reprochabilidad objetiva. La idea del Art. 38 es que la embriaguez fortuita que produzca enfermedad mental, excluye la imputabilidad, pero no da lugar, por falta de peligrosidad, a la aplicación de medidas de seguridad. Y dice: la embriaguez que no dependa de esta causa, es decir, la embriaguez voluntaria, que es la normal, (fortuitamente les aseguro que casi nadie se emborracha), no excluye la imputabilidad ni se tendrá como circunstancia de atenuación de la pena! Hay peligro de responsabilidad objetiva evidentemente, porque: ¿qué sucede si se trata de una embriaguez patológica motivada por la ingestión voluntaria de unas pocas copas? ¿Es decir, de una embriaguez de origen voluntario, no fortuito, que causa una enfermedad mental? Como estamos aquí ante una norma especial y no podemos por esto invocar una norma general de la inimputabilidad contenida en el Art. 33, entonces vamos a tener que aplicar pena, objetivamente, en la embriaguez patológica. Yo creo que esa es otra de las cosas que vale la pena revisar.

También habría que concordar los artículos, que tratan de delito agravados por el resultado, que yo no pude encontrar de primera hojeada sino dos, el de la violación y el del abandono. Hay que aclarar que el resultado de lesiones o de muerte, para que agrave la responsabilidad de esos dos delitos, tiene que ser preterintencional, es decir, por lo menos culposo para atenerse a la definición de preterintención del Art. 42, porque de otra manera podría suceder que ese resultado se impute objetivamente, es decir, sin ninguna culpabilidad.

Ahora en el Art. 44 (circunstancias de inculpabilidad), a mí me parece que se ha escapado una sumamente importante, de una trascendencia extraordinaria, cual es lo que nosotros llamamos error de derecho, y que la doctrina moderna denomina abstracto de prohibición. ¿Qué va a suceder, si esto queda así, con los errores de hermenéutica cometidos por los jueces y los funcionarios públicos al aplicar la ley? Si el error de derecho no excusa la responsabilidad, no excluye la culpabilidad porque no está previsto en las causales de inculpabilidad parece que tienen que estar expresamente previstas, entonces a este funcionario público lo van a llevar al banquillo de los acusados cuando le revoquen su providencia, aunque el equivocado sea el superior. El equivocado puede ser el superior, pero la revocatoria prueba un error de derecho en la interpretación de la ley por parte del inferior (sobre todo si lo juzga otro inferior o el mismo superior) y si es un error de derecho no excluye la responsabilidad en este Anteproyecto. Ese funcionario habrá cometido objetivamente un prevaricato porque ha administrado justicia ilegalmente.

Entonces, paréceme una grave falta que no se haya incluido el error abstracto de prohibición o el error de derecho en este articulado. Claro está

que el asunto es tan manifiestamente injusto que, con seguridad, la doctrina y la jurisprudencia se encontrarán de alguna manera la fórmula para solucionarlo, quizás como un error en el cumplimiento del deber. Pero es mejor que la solución de una vez, para no tener que inventar interpretaciones rebuscadas.

SUGERENCIAS PARA LA REFORMA DE LA PARTE GENERAL DEL CODIGO PENAL

Juan Fernández Carrasquilla - Nódier Agudelo B. *

TITULO PRELIMINAR

1) Retornar al nombre de "medidas de seguridad", en lugar del de "medidas de asistencia y protección". Sin alguna razón técnica o doctrinal, resulta inconveniente cambiar los nombres.

2) Restablecer el principio de antijuridicidad del Art. 5º del Proyecto de 1974, ya que él exigía el atentado al bien jurídico como núcleo del injusto, descartando las tendencias "animistas" e institucionalizando la **inocuidad** como causa general de exclusión de la antijuridicidad. En consecuencia con esto, no puede declararse punible la **tentativa inidónea** ("delito imposible") que en el fondo es un delito putativo. Las razones de política criminal aducidas en contrario son dudosas y en todo caso serían más las sanciones inconvenientes que las realmente merecidas.

3) Restablecer el principio de culpabilidad del Art. 6º del Proyecto de 1974, porque erradica la responsabilidad objetiva. De consiguiente, no ha de consagrarse el "**delito aberrante**", algunas de cuyas formas conducen a la responsabilidad sin culpabilidad. Esos casos quedan bien y justamente regulados por las reglas generales de la culpabilidad y del concurso.

4) **Art. 2º:** hablar de **hecho**, en lugar de "conducta", por ser expresión más amplia y para homogenizar la terminología con el artículo 1º. Sin em-

* Hemos hecho las siguientes sugerencias al Dr. Federico Estrada Vélez, a quien correspondió la ponencia ante el Congreso del Proyecto de Código Penal.

bargo deja en pie la presunta responsabilidad objetiva de los inimputables. Para que sea completo, debería incluir un 2º inciso, así: "El hecho del inimputable debe ser producto de su estado de inimputabilidad".

5) **Art. 6º:** Debe consagrarse aquí mismo, como una secuela del principio *non bis in idem*, este otro inciso, para legalizar la excepción de "proceso penal pendiente": "por un mismo hecho no podrá adelantarse más de un proceso penal".

6) Para evitar confusiones doctrinales, el **Art. 9º** debe redactarse poniendo en primer lugar la función retributiva de la pena, a fin de que el destierro del peligrosismo sea más radical.

7) **Art. 11:** Ver notas Nos. 18 y 10.

8) **Art. 14, numeral 1º:** Al final, el "auncuando" induce a confusiones. Si lo que se busca es penar en Colombia a quien recibió en el extranjero una pena mayor, debe cambiarse por el condicional "si".

CAPITULO I

9) **Art. 19:** Si el código no va a tratar de las contravenciones, este artículo es tan discutible como inútil. Las contravenciones se convierten cada vez más claramente en infracciones de policía y así puede inferirse en Colombia de los Decretos 1355/70 y 522/71, así como el estatuto de infracciones de tránsito. Mejor es suprimir este artículo y agregar: **las leyes contravencionales y policivas al Art. 11.**

10) **Art. 20, inciso 1º:** Redacción tan confusa y problemática como la del Art. 40 del C.P., Italiano, de donde fue tomada. Mejor estaría: "En los delitos de resultado, debe mediar nexo causal entre la conducta y el resultado".

CAPITULO II

Art. 22: A nadie escapa lo que la doctrina ha disentido sobre los "actos inequívocamente dirigidos a la consumación". Más claro podría ser:

"..., mediante actos idóneos e intención de consumarlo...".

Debe también hablarse de delito y no de "hecho punible" para no sancionar la tentativa en las contravenciones.

La redacción del Art. 16 del C.P. vigente es casi inmejorable.

12) **Art. 24:** Ver nota Nº 2.

CAPITULO IV

13) Es muy discutible, desde el punto de vista de la política criminal, la supresión del "delito continuado". Esta parece ser una necesidad de la justicia práctica y por ello, en países en los que la legislación no la consagra, la jurisprudencia ha tenido que imponerla. Variando un poco los parámetros del actual C.P., se podrían establecer los siguientes, que tornan la figura menos veleidosa:

a) Unidad de designio.

b) Aprovechamiento de una misma o similar oportunidad.

c) Que los actos posteriores agraven el mismo daño anterior.

Podría redactarse más o menos así:

"Si varios hechos homogéneos se realizan bajo el mismo designio criminal, de tal modo que los posteriores solo agravan el daño ya causado, se aplicará la pena correspondiente al más grave de ellos, aumentada hasta en una tercera parte".

Art. 25: Como la autoría está en los tipos, esta norma debe referirse específicamente a la coautoría.

"El que realice con otro el hecho punible, o lo determine a realizarlo...".

Art. 27: La coparticipación en la culpa es, como se sabe, de lo más discutible, pero en la práctica se resuelve por las reglas de la autoría, sin las dificultades sistemáticas que crearía una norma como esta, que bien puede suprimirse.

13 bis) **Art. 28:** Sobre el "exclusivamente" (p.e., "motivos mixtos").

14) **Art. 32, numeral 2º:** Si el que da la orden debe generalmente responder, según la C.N., esta causal quedaría más técnicamente ubicada entre las causas de exclusión de la culpabilidad (Art. 44). No deja de ser extraño que el mismo hecho sea lícito para una persona y antijurídico para otra. Además, se trata de una coacción moral calificada o especial y la coacción se regula en el **Art. 44.**

14 bis) Necesario es agregar este artículo:

Art. 32 bis: "Las causales del artículo anterior se aplicarán también a los inimputables, en cuanto el hecho no sea producto de su estado de inimputabilidad".

CAPITULO VI

15) **Art. 36:** Debe precisarse que también las medidas de seguridad se aplican privativamente con fundamento en la comisión de un hecho punible. Debería, pues, agregarse:

"..., cuando realice un hecho punible".

Art. 37: preordenado en lugar de "provocado".

16) **Art. 38.** Es un artículo muy confuso que seguramente dará lugar a largas polémicas. ¿Qué pasaría, en efecto, con la embriaguez voluntaria que produzca enfermedad mental, es decir, con la embriaguez patológica no preordenada?

Mejor estaría decir:

"La embriaguez patológica se asimila a enfermedad mental transitoria. Si la embriaguez proviene de fuerza mayor o caso fortuito, no se impondrá sanción".

La preordenación no tiene por qué agravar.

CAPITULO VII

17) **Art. 44:** Ver nota Nº 13 sobre la obediencia jerárquica.

18) **Art. 46:** Ver nota Nº 2.

Para erradicar toda forma de responsabilidad objetiva, esta figura debe suprimirse. Con ello no se provoca ninguna injusticia y en cambio sí se evitan muchas.

19) **Art. 67.** El nombre de este Capítulo II debería ser: Tasación de la pena.

20) **Art. 71:** La conveniencia de esta agravante es dudosa, lo mismo que su justicia. De conservarse, debería ser limitada a los delitos dolosos ejecutados sin ira o temor.

21) **Art. 70:** No tiene sentido que al cómplice se le fije una pena inferior a la del autor y que aquí de nuevo se la agrave. De subsistir esta norma, habría de reducirse a los coautores concertados (complot).

22) **Art. 74:** La denominación es infortunada, pues confunde atenuante (que hace rebajar el mínimo del tipo respectivo) con *circunstancia dosimétrica* (que influye en la tasación entre el mínimo y el máximo de ese tipo). El nombre adecuado sería: "*circunstancias de menor penalidad*" (mejor aún que de mayor "punibilidad", pues ésta abarca penas y medidas de seguridad).

23) **Art. 76:** Mutatis mutandi, lo mismo de la nota precedente.

24) **Art. 80:** También hay que excluir los delitos culposos.

25) **Art. 112.** Este título IV (Medidas de seguridad) debe ser tan sólo un capítulo más del título anterior, ya que forma parte del concepto de "Punibilidad" (Consecuencias penales del delito).

ABORTO Y ESTADO DE NECESIDAD

JORGE E. GUTIERREZ ANZOLA

No solamente por razones éticas, religiosas o simplemente demográficas, la mayor parte de las leyes penales del mundo han instituido el aborto como delito gravísimo. La causa de punibilidad de este hecho es el atentado contra la vida humana que realizan quienes participan en el hecho.

La ley penal colombiana en el capítulo IV de los delitos contra la vida y la integridad personal confiere calidad delictiva al consentido por la madre, al aborto sin su consentimiento y, establece condiciones de agravación cuando se haya realizado por médico, cirujano, farmacéuta o partera. Por último, instituye el llamado aborto "honoris causa" tratándolo con mayor benignidad e inclusive, concediendo para esta situación el llamado perdón judicial.

Grande e intensa ha sido la preocupación de los últimos años en torno al problema múltiple que suscita la destrucción de la vida durante su proceso intrauterino. Estas inquietudes han estado avivadas por problemas demográficos analizados a la luz de aspectos como la miseria, el "habitat", el desempleo y las demás calamidades de carácter económico y social que les subsiguen. Para ello se han concertado muy diversas opiniones sobre la legitimidad o ilegitimidad de procedimientos contraceptivos, preventivos como la planeación de la familia y finalmente, el aborto.

En algunos países han prosperado las leyes abolicionistas del delito de aborto sin consideración alguna a motivaciones éticas ni religiosas.

Aparte del problema jurídico propiamente dicho, la grave preocupación sobre tan complejo temario alcanza sobre todo con perspectivas trascendentes a la misión del médico, especialmente al ginecólogo. Esto ocurre precisamente en los mismos momentos históricos en que la medicina, especialmente en la disciplina biológica ha alcanzado muy notables progresos. Con respecto a ellos se dirige principalmente la angustiosa pregunta de contornos metafísicos sobre cuándo comienza la vida humana en el embrión y luego

respecto a las soluciones que puedan darse a las diversas alternativas de orden religioso, moral, filosófico, social y demográfico. A la vera de estas respuestas aparecen nuevos e imperiosos interrogantes sobre el tratamiento que se de al control de la población, la divergencia entre personas de solvencia económica y los desafortunados frente al aborto y, las demás formas de discriminación como el aborto "honoris causa", la paternidad responsable, etc.

Esta suma de interrogantes que recaen sobre los ginecólogos, especialmente cuando se enfrentan al más agudo aspecto de tan complejo temario: el aborto provocado, así se expresa el profesor Elio Poli, organizador del famoso simposio con el nombre de ABORTO, DERECHO O CRIMEN, llevado a término en el año de 1971 por la Asociación de Médicos Católicos Italianos:

"Este problema del aborto provocado hace surgir una suma de apasionantes preguntas que, puestas en discusión, exigen la consabida participación en los debates, de todas las personas de buena voluntad a fin de que las decisiones que puedan ser tomadas y las leyes consiguientes puedan verdaderamente constituir una decisión responsable. Decisión responsable para entenderse significa no basarse sobre las inverosímiles estadísticas del aborto ilegal, como son las que provienen de algunos grupos para dominar sobre la opinión pública.

"Decisión responsable significa que si la biología tiene datos inexpugnables aptos para demostrar que la vida comienza en el acto de la concepción, el aborto no puede ser usado como medio para controlar la población, antes de haber decidido, por ejemplo, si había mayor derecho a la vida del embrión o de la persona que haya cumplido más de cincuenta años o, respecto de quienes tienen un cociente de inteligencia inferior a un cierto valor".

Como parte de toda esta temática tan compleja y a la vez tan simple si se la mira afirmando que el derecho a la vida es un derecho absoluto y no disponible ni por la madre ni por nadie, aparecen exóticas tesis como la biológica que considera al producto de la concepción como "pars viscerum matris" o a la jurídica que instaura el derecho al aborto sobre la idea de que el feto es un agresor de la madre y que ésta ejercita el auto derecho de defensa contra ese agresor eliminándolo con la muerte o las que lo justifican, afirmando que una vez aceptado el aborto será posible una sociedad que elimine los asilos para ancianos, enfermos de la mente, alcoholizados, los enfermos incurables y los niños retardados o deformes. Al contrario de todo esto, también surgen en la sociedad moderna las grandes luchas contra la guerra, el genocidio, la pena de muerte, o, el cuidado con el cual la técnica puede asumir el trasplante de órganos vitales o la defensa de la vida en cualesquiera condiciones en que se encuentre el ser nacido, así se considere como un estorbo para la sociedad de consumo.

Estos antecedentes tan ligeros y superficialmente expuestos están referidos a la cuestión jurídica del aborto en todas sus modalidades y al tratamiento que de él se ha dado en nuestra ley. Así, aparece, con respecto al aborto inducido o provocado que es el tema más escabroso que se presenta a la consideración de los juristas.

Son diversos los motivos que pueden inducir a la mujer embarazada a interrumpir el proceso por medio del aborto y por ello se ha producido una equivocación entre sus diversas formas confundiendo con el aborto indirecto o llamado médicamente aborto "terapéutico". Dichas motivaciones son en general:

a) - La que lo explica por el pretendido deseo de proteger la salud de la madre afectada por el embarazo, no solamente en determinadas enfermedades sino en términos muy generales;

b) - La que pretende justificar el aborto por no desear simplemente el nacimiento del hijo;

c) - La que realiza el aborto para evitar el nacimiento de un ser monstruoso (caso producido por el empleo de determinadas sustancias) (talidomida). Otras son de tipo puramente sentimental, como el embarazo producido por violación carnal violenta o por inseminación artificial no consentida.

Es sabido que en las modalidades anteriores se contempla siempre la penalización por el aborto aunque en algunas de sus modalidades se acepten circunstancias atenuantes de la acción. Pero en cuanto se refiere al aborto terapéutico, la medicina forense establece límites al concepto para evitar confusiones que pueden extenderse también al plano jurídico. Por esa razón el Profesor Adriano Bompiani, Director de la Clínica de Obstetricia de la Universidad Católica de Roma, aclara así:

"El término de aborto terapéutico debería ser claramente reservado a aquellas condiciones en las cuales la supresión del estado gravídico, realizada mediante la evacuación directa del contenido del útero, constituido por un producto de la concepción vivo en el momento en que se cumple el acto, aun cuando éste sea incapaz de sobrevivir fuera del seno materno por su inmadurez, constituyendo un procedimiento intencionalmente dirigido a salvaguardar la vida y/o la salud materna".

En esta materia en la que se plantea la grave discusión, más de tipo moral que jurídico, sobre la legitimidad de la acción que, algunos discuten con profundo acento de defensa de la vida de la criatura, con detrimento de la vida de la madre. En realidad, como puede observarse, el planteamiento es jurídicamente posible, dándole condición de juridicidad cuando la tremenda alternativa se plantea a la conciencia del médico: La vida de la madre o la vida del hijo.

Es verdad, como ya lo sostienen con buenos fundamentos, los médicos obstetras que tan difícil alternativa se está superando, gracias a las nuevas técnicas operativas y quirúrgicas y que, por tanto el difícil dilema solo puede presentarse por vía excepcional. Con todo, quedan muchas reservas en torno a la actitud del médico cuando éste no solamente tiene vacilaciones de conciencia sino cuando su moral muy débil lo convierte en un verdadero instrumento de una ocasión a quien domina la tolerancia o el oportunismo.

Para el jurista, el problema, siendo desde luego basado sobre un profundo sentimiento de defensa de la ética, la cuestión está íntimamente imbricada al tema mismo de la antijuridicidad o juridicidad de los actos que se justifican o no, conforme a principios aceptados por la ciencia, relacionados

con el tema mismo de las causas de justificación entre las cuales obviamente aparece en forma primordial la cuestión del llamado estado de necesidad.

Sobre el tema del ESTADO DE NECESIDAD la literatura es inmensa y fecunda, no existe ningún autor que haya dejado de examinar la cuestión, coincidiendo todos en la nota característica de la antijuridicidad, aun cuando algunos la proponen como causa objetiva, otros como subjetiva y los más como una unidad ambivalente, con lo cual también se desplazaría la cuestión hacia el campo subjetivo de la inculpabilidad.

En términos explicativos, utilizamos la clarísima y enjundiosa explicación que en brevedad encomiable hace el distinguido tratadista español Fernando Díaz Palos (ESTADO DE NECESIDAD) (Bosh-Casa Editorial BARCELONA, Págs. 11 y ss).

"Los autores acostumbran a insertar como eminentemente comprensiva la definición de Franz Von Liszt: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos". Destaquemos en este concepto, (continúa Díaz Palos), aquellas palabras que creemos constituyen la nota esencial, a saber, la **inexcusabilidad** del remedio, la **inevitabilidad** del mal, la cual constriñe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos. En efecto, el estado de necesidad viene a ser equivalente de **urgencia**, **apuro**, **peligro inminente**, y en algún modo el acto necesario está emparentado con la fatalidad —*fatum*— y la fortuidad —*cásus*—. La diferencia está en la diversa intensidad **cogente**. En la necesidad la voluntad aún puede escoger, pero la premura psicológica es tan angustiosa que queda reducida a una simple alternativa (Chironi).

"No es extraño, pues, que los griegos juzgaran obra de fatalidad y no de la voluntad humana los actos producidos por una necesidad cruel y que el célebre aforismo "la necesidad no tiene ley" (*necitas non habet legem*) goce de una venerable antigüedad y se haya expresado en todos los idiomas. Fueron los autores franceses quienes, para significar la situación **coacta** del necesitado, manejaron el concepto **contraintemoral** pero acabó por imponerse la expresión germánica **nothstand**. Es la que prevalece en Italia (*Stato di necessità*) y en España estado de necesidad al importarse el tecnicismo alemán. En estas precisiones terminológicas se ve ya palpar el proceso evolutivo que ha sufrido esta causa de exención de la responsabilidad...".

Sin entrar al tema del doble aspecto objetivo y subjetivo del estado de necesidad con su consecuencial ubicación del hecho como causal de justificación o como causa de inculpabilidad, es bueno reconocer que, evidentemente ese doble aspecto se presenta en todos los casos del estado necesario. Pero nos basta por ahora destacar la contigüidad conceptual que existe entre los fenómenos de la legítima defensa y del estado de necesidad cuya diferencia específica se hace radicar en la circunstancia de que la legítima defensa constituye una reacción contra una acción ilegítima, cuando en el estado de necesidad aparece una agresión contra un bien, frente a la alternativa de defender o salvar otro, durante el instante psicológico de la alternativa o dilema de acción que concluye con el sacrificio de uno de los dos bienes.

Son diversas las posiciones referentes a la jerarquización de valores cuando se consuma el ataque y el sujeto se ha colocado en la alternativa psicológica de la urgencia, peligro inminente e inevitable de otro modo diferente al sacrificio de un bien. Pero en tratándose del delito de aborto, la cuestión debatida se concreta en la alternativa de sacrificar una vida para salvar otra y, concretamente, sacrificar la de la creatura para salvar a la madre o viceversa. Es este el gran problema del llamado aborto indirecto o inducido o necesario como se le menciona en el derecho.

El aborto indirecto ha sido tratado siempre con cuidadosa y discreta preocupación especialmente desde el territorio de la teología moral. En alocución pronunciada el 6 de noviembre de 1957 dirigida a los médicos sobre este problema, Su Santidad Pío XII manifestó la siguiente opinión:

"Nos, habíamos usado siempre de propósito la expresión **atentado directo a la vida del inocente** como "muerte directa". Porque si, por ejemplo, la salvación de la vida de la futura madre, independientemente de su estado de gravidez, requiriese de modo urgente un acto quirúrgico, u otra aplicación terapéutica, que tuviese como consecuencia accesoria, de **ningún modo querida ni a ella dirigida, pero inevitable, la muerte del feto** tal acto no podría considerarse más como atentado directo a la vida del inocente. En estas condiciones, la operación puede ser lícita, como otras similares intervenciones médicas, siempre que se trate de un alto valor como es la vida, y no sea posible repararla después del nacimiento del niño, ni recurrir a otro eficaz remedio".

En las anteriores palabras de tan ilustre Pontífice se encuentra todo el contenido de la noción jurídica sobre el estado de necesidad como forma excepcional y extraordinaria de conducta subjetiva ante el tremendo dilema de acción de que anteriormente hablamos.

Es conocido el proceso de integración de la teoría jurídica del Estado de Necesidad que arranca del pragmatismo del Derecho Canónico que lo modeló sobre los elementos de la inevitabilidad y la actualidad verdadera y no supuesta. La doctrina se formula principal o exclusivamente sobre el llamado hurto famélico sin que se hubiera avanzado mucho en relación con el sacrificio de otros bienes como la vida. Posteriormente en el desarrollo del concepto se formularon las conocidas teorías neutralistas, las subjetivas y las objetivas. Dentro de las primeras se vuelve al estado de naturaleza. El estado de necesidad queda fuera del derecho penal y se considera la inutilidad de la sanción penal. Entre las teorías subjetivas se habla del instintivo impulso de conservación, de la violencia moral y de la debilidad humana. Entre estas teorías, el positivismo le da fundamento al fenómeno circunstancial de la carencia de temibilidad del autor y de la calidad social y moral de los móviles impulsores de la acción. Con respecto a las teorías objetivas se habla de conflicto de leyes, de la colisión de intereses y de la colisión de derechos y deberes.

Finalmente, la dogmática jurídico-penal en los modernos desarrollos del derecho penal abre el campo para fundamentar la noción del estado de necesidad sobre dos consideraciones: la objetiva y la subjetiva para afirmar que

el estado de necesidad es causa de justificación o de inculpabilidad según la situación desde donde se mire el problema.

Independientemente de las diversas teorías que dan fundamento al estado de necesidad y de las que lo ubican dentro del concepto de antijuridicidad o de inculpabilidad, debe destacarse, por último, el hecho de que esta noción está universalmente acogida por la totalidad de las legislaciones sobre la noción más generalizada como forma jurídica que pertenece al campo de la justificación, basado a su vez sobre el concepto del instinto de conservación y dentro de los límites de la acción que debe ser realizada ante la inevitabilidad del mismo, su actualidad en el instante de la agresión por parte del sujeto, siempre que se trate de un peligro grave no causado por voluntad del agente y por la necesidad de salvarse o salvar a otro, y, además que exista proporción entre el hecho y el peligro.

Dentro de tales conceptos se modeló el Proyecto de Código Penal para Colombia, el cual se halla en proceso de estudio parlamentario para su adopción. El texto definitivo que es igual al del anteproyecto redactado por la Comisión con ligeras enmiendas, es del siguiente tenor:

"Artículo 32.

.....

"5º. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente, o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

"El derecho protegido debe ser de igual o superior categoría al sacrificado".

Como se observa, el proyecto nacional consagra el estado de necesidad como causal de justificación sobre las bases doctrinarias conocidas de la inevitabilidad del peligro actual e inminente, no intencionalmente causado ni por imprudencia y dentro de la proporción entre el hecho y el peligro.

Al confrontar el texto correspondiente a esta situación que consagra una causal de antijuridicidad y que por consiguiente legitima la acción, con las normas correspondientes del delito de aborto de que nos ocupamos atrás, aparece posible establecer alguna controversia con respecto a la consagración específica del estado de necesidad en el articulado correspondiente al delito aborto. El artículo pertinente es el 491 (Anales del Congreso Nº Art. 17 del 22 de agosto de 1978) que dice:

"Art. 491. Aborto Necesario. No habrá lugar a responsabilidad si el aborto ha sido causado por médico, con la exclusiva finalidad de salvar la vida o la salud de la mujer, de un grave, actual o inminente peligro, que no haya podido evitarse por otro medio y siempre que ésta no se nubiere opuesto".

Esta disposición reproduce textualmente la del proyecto original y como puede apreciarse, hace consideración expresa de la situación de estado de necesidad en la cual se encuentra el médico frente a la alternativa o dilema cuya decisión corresponde exclusivamente a él, a cuyo criterio queda la selección de la vida que va a sacrificarse. En este caso, la del feto. El problema contiene en el fondo toda la dimensión de carácter moral que ha sido objeto

de análisis y controversia a través de muchos años y aún contemporáneamente pese a la consoladora posibilidad de que los progresos de la medicina aún en los casos más difíciles y excepcionales estén logrando salvar las dos vidas. Podría afirmarse y en cierta medida, con razón, que el texto agregado al capítulo sobre el delito de aborto es innecesario debido a la circunstancia de que dentro de la doctrina general del estado de necesidad y su consagración como causa de justificación, el texto específico establecido para el aborto está sobrando.

Conviene recordar un poco los antecedentes de la conclusión de este texto en el proyecto principal que fuera luego revisado y aceptado finalmente.

Fue ponente del contexto total del capítulo sobre el delito de aborto el señor profesor y distinguido jurista antioqueño doctor Hernando Londoño Jiménez quien en el articulado de la ponencia incorporó el referido item sobre el llamado "aborto necesario". En la correspondiente exposición de motivos el proponente doctor Londoño Jiménez hizo la exposición que se transcribe a continuación para mejor esclarecimiento del asunto: (Actas de la Comisión, pág. 729):

"Aborto terapéutico - Es el llamado también aborto por indicación médica. Al contrario de los anteriores no ha tenido mayor resistencia en la doctrina y ha sido incorporado a un buen número de legislaciones de todo el mundo. Consiste en la interrupción artificial del embarazo con el fin de salvar y proteger la vida y la salud de la madre que no pudiere evitarse por otros medios.

"Quienes defienden la impunidad del aborto por esta clase de indicación, lo hacen con varias clases de argumentos, como el de la no exigibilidad de otra conducta, la legítima defensa por considerar que el feto puede llegar a ser un agresor injusto contra la vida e integridad de la madre, tesis por lo demás estrafalaria y absurda. Pero la mayoría de la doctrina ubica dicho comportamiento dentro del clásico estado de necesidad en lo cual no dejan de existir razones muy poderosas. Desde Carrara se dijo que si para la vida de la madre fuere inevitable el sacrificio del feto, el jurista no podría hallar en esta decisión elementos de dolo ni de culpa, pues la prohibición de dar muerte está subordinada a la excepción de la necesidad. Pensamiento este que traducido al lenguaje jurídico penal contemporáneo, constituiría una causa de exclusión de la culpabilidad.

"Sin embargo, creo que dentro de los principios que tipifican el estado de necesidad y cuya elaboración se ha hecho ya en la Parte General, no podría adecuarse correctamente esta conducta. En efecto, para el estado de necesidad se requiere la presencia de un peligro actual e inminente, cuando en el aborto terapéutico dicho peligro puede ser también futuro. Fuera de que que no se ve cómo podría soslayarse la existencia de que ese peligro "no se haya causado intencionalmente o por imprudencia del agente".

"Estas circunstancias aconsejan entonces considerar dicha situación en la Parte Especial, tal como lo ha hecho el C.P.T.L., cuyo artículo pertinente he acogido en la ponencia, por considerar que reúne a entera satisfacción todos los requisitos que se deban exigir para declarar impune dicha conducta,

así ésta pueda con mucha frecuencia verse amparada por el principio de exclusión de la culpabilidad, como se insinuó atrás, ya que para el derecho penal moderno, cuando el médico sin dolo ni culpa interrumpe un embarazo porque en su concepto, de continuar la gestación peligraría gravemente la salud y la vida de la madre, no cometería delito alguno, sino que sería el fiel cumplimiento de sus deberes profesionales o el ejercicio de una actividad lícita. Así se entendió para el Código Penal de 1890, cuando en su artículo 640 declaró impune no solo el aborto necesario, sino también el terapéutico. El artículo decía: "No se incurrirá en pena alguna cuando se produce o efectúe el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, ni cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial."

"Este aborto ha sido seriamente controvertido tanto en el campo de la moral como en el de la medicina y del derecho. La Iglesia sobre esta materia solo ha admitido el principio del doble efecto o voluntario indirecto, como sería el caso de que un médico respetuoso de los principios deontológicos de su ciencia considerase que se debe intervenir a la madre para salvarle la vida, pero sin que directa o intencionalmente se busque la interrupción del embarazo. Así se ha entendido por las autoridades exégetas del pensamiento de la Iglesia lo relacionado con la embriotomía terapéutica."

"Por lo anterior creo que cuando el Código de Moral Médica de nuestro país (Decreto 2831 de 1954) dice que "el médico no podrá prescribir o ejecutar acto alguno que tienda de manera directa o deliberada, cualquiera que sea el fin perseguido, a destruir la vida humana como el aborto, la eutanasia y el empleo de medios anticonceptivos" no está prohibiendo el aborto como consecuencia indirecta y no intencional por la intervención de la madre para salvarle su vida o proteger su salud en grave peligro si se dejare avanzar el proceso de gestación. Como sería el caso de una histerectomía en una mujer encinta que padeciere cáncer en el útero, lo que implicaría consecencialmente la destrucción del feto".

La anterior ponencia del jurisconsulto Hernando Londoño Jiménez fue revisada luego por un comité dentro de la misma Comisión que manifestó lo siguiente:

"En lo que concierne al llamado aborto terapéutico puede hoy afirmarse que, desde el punto de vista médico, nunca se da en términos de certeza la disyuntiva entre sacrificio del ser concebido o la muerte de su madre. Y, en lo que respecta al mero peligro, para esta última, la indeclinable custodia del bien "vida" impedirá conjurarlo mediante la agresión directa contra el nuevo ser".

"El Comité está de acuerdo en que solamente en casos absolutamente extremos, en los cuales no haya solución posible diferente, sean objeto de la norma que se proyecta. En otros términos, que se trate de un verdadero estado de necesidad, mas como, dentro de los estrictos límites que quedaron trazados a esta causal genérica de justificación, puede ser difícil enmarcar la conducta que se analiza, optó por redactar un texto expreso que regule lo atinente al aborto necesario. Para su descripción tomó del estado de necesidad las expresiones compatibles, y empleó términos que fijan límites a la figura y que evidencian que de tratarse de un insuperable peligro para la vida de la mujer, no meramente para su salud, y que se hicieron todos los esfuerzos posibles para evitarlo de otra manera...". (Palabras del Jurista Dr. Darío Velásquez Gaviria - Actas de la Comisión, Págs. 738 y 739).

Puede apreciarse con los antecedentes mencionados como la presentación del artículo 491 del Proyecto se refiere a todos los elementos propios del estado de necesidad referibles en este caso al delito de aborto cuya excepcional presencia en el capítulo correspondiente se ha hecho en razón de un esclarecimiento específico para evitar la posible dilusión del tema relativo al estado de necesidad con respecto a un hecho en el cual precisamente la posibilidad de ocurrencia requiere una manifestación normativa, también expresa, para disipar equívocos o malas interpretaciones sobre el particular.

Es conocida la preocupación que en algunas personas ha suscitado la presencia de este texto cuyos antecedentes y explicación se hicieron indispensables frente a respetables opiniones que consideran que la denominación o título del articulado respectivo "aborto necesario", pudiera dar la idea de que se trata de una modalidad del hecho que "necesariamente" y sin obstáculos morales o legales de ninguna clase permitiera a los médicos realizar el aborto con el pretexto de "necesidad" sin que se cumplieran los requisitos propios del verdadero estado jurídico de necesidad, figura ésta que, como se explicó ampliamente está censurada con aprobación en todos los textos legales modernos de los códigos penales para los casos y dentro de las condiciones propias del fenómeno concebida conforme a toda la doctrina dominante sobre la materia. Queda así, por fuera, cualquiera consideración o escrúpulo que en forma confusa estimare que el proyecto aprueba indiscriminadamente el aborto inducido o indirecto sin el cumplimiento de las alternativas de orden subjetivo que explican en la práctica la configuración explícita de esta controvertida figura excepcional que por sus características está favorecida por la eximente de responsabilidad en su carácter de "circunstancia de justificación".

Octubre 25/78.

ALIENACION Y DELITO EN ROMA

DR. LUIS ALBERTO KUITKO (*)

El autor realiza el análisis del Digesto (parte del Corpus Juris Civilis de Justiniano) en lo que hace al tratamiento de los alienados dentro del campo del derecho penal romano.

INTRODUCCION

Si bien hay absoluto consenso entre los juristas respecto del elevado nivel alcanzado por el derecho civil en Roma, es dispar el criterio al considerar el derecho penal romano. Francisco Carrara dijo que los romanos fueron "gigantes en el derecho civil; pigmeos en el derecho penal". Enrique Ferri en cambio elogió los libri terribilis del Digesto. Horacio C. Rivarola dice "sin que con ello quiera admitir o suponer un progreso extraordinario en el derecho penal de Roma, justo sería decir que no tuvo el grado de atraso que muchas veces se le imputa... Como en todo, evolucionó y las rudas disposiciones de las XII Tablas eran sólo un recuerdo histórico en la época de Justiniano. Juzguemos ese derecho en su punto culminante, como juzgamos una obra de arquitectura por las líneas armónicas que presenta y no por los toscos cimientos que vimos en su comienzo".

Justiniano I el Grande fue emperador romano entre los años 527 y 565 de nuestra era. Su mayor obra fue codificar el derecho romano. Al conjunto de obras de codificación de Justiniano se le llama Corpus Juris Civilis. Está formado por las Instituciones, El Digesto o Pandectas, el Código y las Novelas.

El Digesto o Pandectas fue realizado por Triboniano, jurista renombrado quien junto con varios colaboradores, entre ellos profesores en leyes y aboga-

El Dr. Luis Alberto Kuitko es Secretario de la Sociedad Latinoamericana de Medicina Legal y profesor de Medicina Legal y Odontología Médica en la Univ. de Buenos Aires

dos fue encomendado para realizar tal trabajo en el año 530 por Justiniano. Corría enero del año 533 cuando fue publicado el Digesto, compilación de todo lo rescatable de las obras de jurisconsultos anteriores a la época Justiniana. Consta de cincuenta libros. Los llamados libri terribiles son los libros XLVII y XLVIII, que contienen leyes de derecho penal y procesal penal,

DIGESTO o PANDECTAS

Libro I, Título XVIII - Macer, Libro 2 de los Juicios Públicos.

LEY XIV: Los emperadores Marco y Comodo rescribieron a Scapula Tertyllo en estos términos: si has averiguado claramente que Aelio Prisco está tan furioso que carezca de toda capacidad por la continua falta del juicio, y no te queda sospecha alguna de que su madre no ha sido muerta por él con simulación de locura, puedes disimular en el modo de su pena, porque bastante castigo es su mismo furor; con todo eso, debería ser guardado con más diligencia, aún atándolo si te parece; porque será importante, tanto para su castigo, como para su custodia y seguridad de los parientes; mas si, como a veces sucede, tuviese intervalos, averiguaras con toda diligencia si acaso cometió el delito en aquel momento, y no se ha de atender a su enfermedad; y si averiguaras alguna cosa de esto nos consultarás para que formemos juicio si se le ha de quitar la vida por la crueldad del delito si lo cometió en tiempo que podía parecer que estaba en su juicio; y conociendo también por tu carta que estaba en tal lugar y disposición que se custodiaba por los suyos, y también en su propia casa nos parece que será acertado que llames a los que en aquel tiempo lo cuidaban y averigues la causa de tanto descuido, procediendo contra cada uno de ellos según te parezca que resulta culpado; por que a los furiosos se les ponen guardas, no solamente para que no se hagan daño a si propios, sino también para que no perjudiquen a otros; y siguiéndose algún detrimento con razón debe atribuirse a culpa de aquellos que fueron negligentes en su oficio.

LEY XIII: Si los furiosos no pueden ser contenidos por sus parientes, deberá el presidente ocurrir a su remedio, mandando que se pongan en encierro, y así lo mandó por su rescripto el emperador Pío. Por cierto los dos hermanos emperadores juzgaron que debía examinarse en la persona de aquel que había cometido el parricidio, si acaso lo había ejecutado con disimulada locura, o bien en realidad estaba fuera de juicio, para que fuese castigado si había fingido, o se le pusiese en un encierro si estaba furioso.

Libro XLVIII, Título VIII, Ley XII - Modestino, libro VII de las Reglas.

Ley XII: Si el infante o el furioso diesen muerte a alguno no se obligan por la Ley Cornelia; porque al uno le excusa, su inocencia, y al otro la infelicidad de su calamidad.

Libro XLVIII, Título IX, Ley IX - Modestino, Libro XII de las Pandectas.

Pero si alguno diese muerte a su padre por estar furioso no será castigado como respondieron los dos hermanos emperadores del que dio muerte a su madre estando furioso; porque de bastante pena le sirve el furor; y ha de ser custodiado cuidadosamente o puesto preso.

Libro XXIX, Título V - Ulpiano, Libro 50 en el Edicto.

Ley III - Penas al siervo cuando muere su señor: Si alguno estando con una grave enfermedad no pudiese ayudar a su señor, ha de ser perdonado.

... XI - Es cierto que se exceptúan los furiosos.

CONSIDERACIONES:

Analizando las diferentes leyes del Digesto precedentemente transcritas y, comenzando por el rescripto —contestación— de los emperadores Marco y Comodo a un Presidente de Provincia, Scapula Tertyllo, con referencia al proceder a seguir con Aelio Prisco que había matado a su madre, surgen tres primeras situaciones. La primera que quien mató a su madre haya estado “tan furioso que carezca de toda capacidad por la continua falta del juicio”. La segunda “y no te queda sospecha alguna de que su madre no ha sido muerta por él con simulación de locura”. Y la última “mas si, como a veces sucede, tuviese intervalos, averiguaras con toda diligencia si acaso cometió el delito en aquel momento, y no se ha de atender a su enfermedad”.

Es evidente que se contemplan tres variables de gran valor: el furor —alienación hoy día—, la simulación de locura y por último los intervalos de lucidez dentro de la evolución de la alienación.

La Ley XIII determina “que debía examinarse en la persona de aquel que había cometido el parricidio, si acaso lo había ejecutado con disimulada locura, o bien en realidad estaba fuera de juicio”. Nuevamente se contempla la simulación de locura y, aparece aunque veladamente la indudable existencia de peritos médicos en aquella época; pues quien sino los peritos médicos podían haber examinado al presunto furioso y determinar en consecuencia su estado psíquico real.

La inimputabilidad de los alienados y su consecuente falta de responsabilidad está perfectamente determinada como vemos en: “le excusa ... la infelicidad de su calamidad” o “porque de bastante pena le sirve el furor” o bien con referencia a la muerte del señor y sus siervos “es cierto que se exceptúan los furiosos”.

Ya se contempla el estado de peligrosidad “porque a los furiosos se les ponen guardas, no solamente para que no se hagan daño a sí propios, sino también para que no perjudiquen a otros”.

Se establecen una suerte de medidas de seguridad; “porque bastante castigo es su mismo furor; con todo eso, deberá ser guardado con más diligencia, aun atándolo si te parece; porque será importante, tanto para su castigo, como para su custodia y seguridad de los parientes”. La Ley XIII dice “o se le pusiese en un encierro si estaba furioso”. Modestino comenta “y ha de ser custodiado cuidadosamente o puesto preso”.

Por último se penaba a los responsables —según su grado de culpabilidad— por indebida custodia del furioso, familiar de ellos: “nos parece que será acertado que llames a los que en aquel tiempo lo cuidaban y averigues la causa de tanto descuido, procediendo contra cada uno de ellos según te parezca que resulta culpado”.

CONCLUSIONES:

Después de las consideraciones precedentes nos debemos constituir en seguidores del elogio de Enrique Ferri, no hay alternativa. Tal postura está avalada por el hecho de que en las leyes transcritas y en muy suscita consideración se contempla ya lo que aún hoy son situaciones fundamentales del derecho penal: LA ALIENACION Y DELITO, LA SIMULACION DE ALIENACION, EL DELITO COMETIDO EN UN MOMENTO DE LUCIDEZ, LA INIMPUTABILIDAD DE LOS ALIENADOS, EL ESTADO DE PELIGROSIDAD, LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LA EXISTENCIA DE PERITOS MEDICOS.

PROYECTO DE CODIGO PENAL

DR. FEDERICO ESTRADA VELEZ

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE

Señor Presidente, señores Senadores
Comisión Primera del Senado.

Atentamente presento la ponencia sobre el proyecto de ley N° 12, "por la cual se expide el Código Penal", no sin advertir que las deficiencias que seguramente se notarán en este trabajo se explican ampliamente no solo por la tremenda magnitud que adquiere el estudio de un nuevo Código, con las implicaciones de todo orden en la vida nacional que su adopción supone, sino también por las propias limitaciones del ponente para tan vasta empresa, máxime si para ello dispone solo de un tiempo limitadísimo.

EL CODIGO PENAL DE 1936. Por medio de la Ley 95 del 24 de abril de 1936 el Congreso Nacional aprobó el Código Penal vigente, que fue adoptado por el artículo único del Decreto 2300 de septiembre 14 de 1936, y que empezó a regir el 1° de julio de 1938, según lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 124 de 1937.

Este estatuto es la culminación de un largo proceso en el cual se sucedieron varios proyectos y diversos conatos de reforma a las instituciones penales, fracasados todos ellos. La Ley 20 de 1933 designó una comisión redactora del proyecto de Código Penal, integrada por los doctores Rafael Escallón, Carlos Lozano y Lozano, Parmenio Cárdenas y Carlos V. Rey, quienes realizaron una ingente labor para redactar el estatuto penal que rige hoy en Colombia.

Desde fines del siglo pasado la disputa científica entre las escuelas Clásica y Positivista del Derecho Penal se había encendido en Italia, con particulares proyecciones sobre nuestro medio doctrinario, dada la circunstancia

de que varios de nuestros más encumbrados profesores se habían especializado en la universidad romana. Francisco Carrara y la constelación de luminarias que encabezaba Enrique Ferri eran, para ese entonces, las fuentes únicas de las doctrinas penales en Colombia, con pretermisión absoluta de lo que se hacía en otros países, particularmente en Alemania, país en el cual se venía trabajando hacía mucho tiempo en la construcción dogmática del Derecho Penal, con evidente éxito.

Fue así como los estudios penales se orientaron en nuestro país hacia el positivismo excluyente, pues en la Universidad y en la Magistratura, lo mismo que en la doctrina de los autores, no se hablaba sino de esta doctrina. Esa circunstancia, que perduró hasta hace poco más de veinte años, hizo imposible el surgimiento de un pensamiento penal importante, acorde con el desenvolvimiento científico en el mundo, e implicó un retraso de muchos años en la doctrina colombiana.

La batalla entre las escuelas italianas culminó prácticamente con el Proyecto Ferri de 1921, que era la más pura expresión del positivismo penal. El proyecto fue derrotado, y en 1930 se expidió en Italia el Código de Rocco, de orientación neoclásica y dogmática, aunque en la parte especial se advertían instituciones de clara estirpe fascista. A pesar del fugaz brillo de las ideas positivistas, es lo cierto que ni éstas, ni el Proyecto Ferri, tuvieron repercusiones importantes en otros países europeos.

No obstante lo anterior, y a pesar de que dos de los comisionados, Escallón y Lozano, habían estudiado recientemente en Roma, adoptaron en el nuevo Código la filosofía del Positivismo Penal, desechada ya, aún en su país de origen.

Así, muchas de las normas de la parte general de nuestro Código son copia, unas veces textual otras deformada, del Proyecto Ferri de 1921, y en las demás, se sigue en términos generales la estructura y la filosofía de ese documento: tal ocurre, por ejemplo, con las normas sobre el delito, la responsabilidad, la imputabilidad y las sanciones. Igualmente, con los criterios para individualizar la pena y las circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Curiosamente los comisionados no mencionaron siquiera el Código de Rocco que recientemente había entrado en vigencia. Quiere decir lo anterior que cuando se adoptó el Código Penal Colombiano era ya obsoleto y anticuado en sus proyecciones filosóficas y doctrinales, y que por ello, nos habíamos quedado al margen de las grandes corrientes del pensamiento universal, que se orientaba desde mucho antes en otras direcciones.

La Colombia de 1936 era pastoril y agraria. Sin vías de comunicación, el mundo de nuestras gentes era bien reducido, y se empequeñecía más aún gracias a la falta de medios de transmisión del pensamiento. La televisión era una utopía, y la radio hacía apenas quince años que emitía su primera señal en América Latina, desde Buenos Aires. Las influencias europeas sólo llegaban morosamente a un reducidísimo grupo de personas en poquísimas ciudades colombianas.

Ni establecimientos de educación, ni libros o revistas, ni salones de cine tenía el grueso de los colombianos. Aislados en su medio geográfico, carecían

aún de una concepción del mundo, y vivían aferrados a sus mitos y leyendas, en un ámbito socio-cultural cimentado sobre dos grandes valores: la Religión Católica y la tradición de los mayores, transmitida oralmente de generación en generación. Ninguna influencia externa se proyectaba sobre aquella sociedad cerrada, primitiva, ignorante y elemental. La delincuencia, que es correlativa al desarrollo social y cultural, era también elemental, sin que se presentaran fenómenos de criminalidad asociada con los grados de refinamiento que se observan actualmente. Con una población de apenas 8.701.816 habitantes, según el censo de 1938, aprobado por la Ley 24 de 1939, Colombia tenía en ese entonces 36.155 sumariados. Finalmente, conviene advertir que en ese entonces los bienes susceptibles de protección penal eran bastante más reducidos que en la sociedad contemporánea. Ni protección del medio ambiente, ni delincuencia económica, ni en fin, otros fenómenos de patología social que son subproducto del desarrollo tecnológico, cultural y económico de las comunidades, particularmente de las sociedades de consumo.

Simultáneamente con el nuevo Código Penal, se puso en vigencia el Código de Procedimiento expedido mediante la Ley 94 de 1938, se trata de un ordenamiento de carácter prevalentemente inquisitivo, pleno de trámites engorrosos y dilatorios. Su estructura esencial, a pesar de las sucesivas y desarticuladas reformas que se le han introducido, se conserva actualmente. El procedimiento es fundamentalmente escrito a pesar de que la audiencia pública pretende ser oral. El proceso se divide en dos partes sustanciales: El sumario, trámite destinado a la aducción de pruebas en orden a la demostración del cuerpo del delito, la identificación del sindicado, a la recolección de los elementos probatorios necesarios para el llamamiento a juicio o para el sobreseimiento definitivo, para el conocimiento de la personalidad del procesado y de los perjuicios ocasionados con la infracción. La segunda parte es la denominada juicio o causa, que constituye el verdadero proceso de cognición. Indudablemente el Código de Procedimiento Penal ha sido un poderoso factor de impunidad.

Cuando los funcionarios de instrucción envían los procesos a los jueces del conocimiento, éstos pierden días y días estudiando gigantescos mamotretos que antes no conocían, y se represa así todo el trabajo de los despachos judiciales, mientras persiste incesante e inexorablemente el flujo de procesos. De otra parte, las normas procesales institucionalizaron el prejuzgamiento judicial, pues cuando los tribunales superiores confirman un auto de detención, éste en la práctica equivale a una sentencia condenatoria. A la inversa, si el tribunal revoca el auto precautelatorio personal, el proceso termina en ese momento porque ya, en ambos casos, hay un criterio sobre la imputación y la responsabilidad, de la autoridad judicial que finalmente emitirá la resolución definitiva.

La ausencia de una verdadera policía judicial, técnicamente apta y dotada de los elementos suficientes, produce una instrucción inocua, enreversada, plena de lagunas, vacíos y contradicciones. Cuando el moderno Derecho Procesal Penal propugna por un proceso de partes, en el rito colombiano no existen partes; si acaso, dos absurdamente concebidas, puesto que ellas son el Juez, que por esencia debe ser imparcial, pero que entre nosotros es quien

formula la acusación; y la defensa que institucionalmente tiene que combatir contra el juez. En cambio, el Ministerio Público juega un pálido papel, intrascendente e inocuo en el trámite procesal.

INSTITUCIONES PENALES Y CRIMINALIDAD

La criminalidad es un subproducto de la sociedad. A su producción contribuyen eficazmente —lo han confirmado reiteradamente los criminólogos—, factores endógenos o antropológicos, y exógenos o sociales, telúricos, económicos, culturales, en fin, todos los que surgen de la vida en comunidad. La criminalidad es fundamentalmente un fenómeno de las sociedades. Por eso ha dicho EXNER con toda propiedad que "el delito es un fenómeno social existente, ligado inexorablemente a la vida comunitaria humana, lo mismo que la enfermedad y la muerte en la vida del individuo". Esta es la realidad que tienen que tener en cuenta la sociedad y el Estado colombiano. Los códigos penales no son instrumentos de prevención sino de represión. Es verdad que la llamada prevención general, por medio de la amenaza de la pena, trata de intimidar a los individuos para que se abstengan de cometer delitos. Pero la fabulosa evolución de la sociedad, que ha transformado las costumbres y subvertido los valores morales que sustentaron las instituciones de otras épocas, ha carcomido los pesados fundamentos de ese dogma. Desde luego, el castigo para el delincuente es justo y útil. Pero la gran batalla contra la delincuencia debe partir de la prevención, (no de la represión) eliminando los factores criminogénicos. Con razón ha dicho Dietrich Ochler, Profesor de la Universidad de Colonia, que "las disposiciones del derecho penal no se han dado por sí mismas ni sólo para proteger ciertos bienes jurídicos, como por ejemplo, el cuerpo, la vida, el Estado, etc., sino que tienen por fin hacer evidentes los valores sociales y morales fundamentales. Principalmente, el hombre no se abstiene de cometer actos punibles por temor al castigo, sino por exigencias de su conciencia".

La responsabilidad por la situación que vivimos no puede asignarse a la justicia, porque ella es apenas uno de los numerosos instrumentos para el control de la delincuencia. OCHLER lo dice paladinamente: "En resumen, —sostiene el Profesor de Colonia— se puede decir que tanto como antes la comunidad exige demasiado de la justicia penal cuando debe cuidar que en las penas dictadas contra los infractores del derecho, quede garantizada la seguridad de los bienes jurídicos del individuo. El derecho penal, sin embargo, depende siempre de las situaciones sociales creadas por la comunidad. Este estado social, sin embargo, no puede ser modificado por el derecho penal. Así, por ejemplo, los infanticidios sólo disminuyeron cuando en la época del padre de Federico El Grande se hizo por parte del Estado, algo en favor de la asistencia social del niño ilegítimo de padres pobres. La actual pérdida de la unidad de la familia, la falta de calor de hogar para el niño, la disolución del adolescente que lo conduce a la criminalidad sin motivo, la conducta de los estudiantes, anárquica en la mayoría de los casos, y el bienestar muchas veces no unido con la responsabilidad, que origina la llamada criminalidad del bienestar, son hechos dados para el juez penal. El no puede cambiarlos; sólo le queda la tarea de enfrentarse con sus graves consecuencias. El precio

por esta democracia liberal y de estado de derecho, sin duda alguna ha de pagarse también con un aumento de criminalidad, con una cuota menor de casos descubiertos y con un aumento de las cifras grises de la criminalidad. Tampoco aquí el juez puede cambiar la situación".

En una nación como la nuestra, caracterizada por los profundos desequilibrios sociales, la insatisfacción popular tiene que desembocar en la transgresión del ordenamiento normativo. La gran mayoría del pueblo colombiano devenga un salario totalmente insuficiente para colmar sus necesidades primarias y las de su familia. Los medios de comunicación audiovisuales —radio y televisión—, al alcance de grandes masas urbanas y rurales, muestran diariamente los oropeles del mundo encantado de las ciudades, y ofrecen multitud de productos de consumo para hacer maravillosa y grata la existencia. Así se producen las masivas corrientes migratorias hacia las grandes metrópolis, donde los miserables se asientan en tugurios en condiciones infrahumanas. Mientras tanto, crece incesantemente la concentración monopolística del capital. El tráfico de narcóticos y estupefacientes moviliza fabulosas cantidades de dinero, y crea una nueva clase social poderosa económicamente, que, para la obtención de sus fines, arrolla todas las normas, todos los principios, todos los valores morales. En un escenario así, por contagio, por imitación o por rebelión contra un orden social injusto, la criminalidad será siempre planta silvestre.

Desventuradamente Colombia no ha tenido nunca una política criminal, absolutamente indispensable para combatir eficazmente la delincuencia. Para proponer y adoptar los remedios contra el delito es preciso conocer los factores que lo producen. Mientras no se proceda en esta forma, como se hace con cualquier programa de gobierno, la actividad preventiva, basada exclusivamente en la conminación punitiva, será inocua o dañina. Valdría la pena preguntarse, por ejemplo, y la comparación es acertada, qué pasaría si se ordenara la construcción de una carretera sin trazarla previamente y sin realizar estudios de suelos ni cálculos de costos. O la de un edificio sin cálculo de resistencia. O si podría ejecutarse una política económica, sin previo conocimiento del medio circulante, del ahorro nacional, de los índices de precios de la producción en todos los sectores, etc. La experiencia colombiana en estas materias se ha limitado, con increíble torpeza, a incrementar las penas, a recortar medios de defensa para los sindicatos, y a transferir el juzgamiento de civiles por delitos comunes a la justicia penal militar, despojando así a la jurisdicción ordinaria de su función natural. A partir de los años cincuenta, y aún antes, cuando la nación parecía disolverse en el vórtice de la violencia que azotó al país, hemos vivido en crónico y permanente estado de sitio, tornando así la normalidad institucional en régimen de excepción que rige solo esporádicamente. Mientras tanto los tribunales militares realizan el juzgamiento de los delitos de más frecuente ocurrencia, con las catastróficas consecuencias conocidas. En efecto, la justicia militar para el procesamiento de los ciudadanos por delitos comunes no sólo no ha sido eficaz para combatir la delincuencia, sino que ha contribuido poderosamente a desprestigiar las instituciones castrenses (caso Rincón Quiñones), y a congestionar los despachos judiciales, pues cuando esporádicamente se levanta el estado de sitio,

retornan de los tribunales militares torrentes de procesos represados, creando una situación irreversible, que no tiene solución.

Increíblemente, en la nación se ha creado y consolidado la conciencia equivocada y malsana de la necesidad del estado de sitio y de los tribunales especiales. Así, cuando se aprobó la reforma constitucional de 1968, al institucionalizarse el "estado de emergencia" creado por el artículo 122 de la Carta, se dijo que ya no habría necesidad de recurrir al estado de sitio. Sin embargo, se utilizaron las dos medidas de excepción. Y recientemente, en su mensaje al Congreso, (Testimonio Final) el ex-Presidente López Michelsen, tras reconocer que no pudo cumplir la promesa de gobernar sin estado de sitio, ensaya una explicación sociológica del fenómeno de la criminalidad moderna en todo el mundo, para justificar el régimen de excepción. Dice al respecto: 'Al examinar la historia política colombiana especialmente durante el siglo XX, salta a la vista del observador cómo la estabilidad y supervivencia de nuestro régimen democrático ha estado ligada en buena parte al uso y abuso del artículo 121 de la Constitución Nacional. De los setenta y ocho años transcurridos durante esta centuria, prácticamente la mitad la hemos vivido bajo el régimen del estado de sitio. Pero sorprende aún más verificar que durante el Frente Nacional, etapa de nuestra historia especialmente propicia por el arreglo institucional que la caracterizó, para un pleno funcionamiento de los mecanismos ordinarios de nuestro régimen constitucional, trece años los hemos vivido bajo el régimen del estado de sitio y ninguno de los mandatarios, incluido el período que di en llamar "gobierno puente", pudo darse el lujo de prescindir de semejante recurso extraordinario para la regulación y control de los fenómenos sociales que conmovían el orden interno del país. Tal vez con la sola excepción de Guillermo León Valencia, que solamente mantuvo el estado de sitio durante cerca de diez meses, los demás gobernantes nos hemos visto obligados a mantenerlo por períodos que no son inferiores a 35 meses en administraciones cuya duración no pasa de los 48".

Y más adelante sostiene: "la utilización de decretos, como el 070, nada tienen que ver con estos temas sino con la defensa de la sociedad contra secuestradores y narcotraficantes, después de que la experiencia nos demostró hasta la saciedad que, cuando quiera que la fuerza pública intentaba rescatar las víctimas de los secuestros o sorprender a los dueños de laboratorios, era recibida con metrallas, sin que pudiera considerarse como un caso de legítima defensa la operación planeada y ejecutada a sabiendas de tal circunstancia. Cuántos agentes de la autoridad y cuántos secuestrados no han muerto a manos de los antisociales en operaciones en las que se pretendió proceder como en circunstancias ordinarias, en espera de una agresión para ponerse en condiciones de repelerla? Tras una serie de usos y desafueros en la práctica del artículo 121, creo que ahora tenemos a nuestro alcance una institución que envidiarían democracias más avanzadas, que, precisamente, se debaten en la perplejidad que les produce el verse sometidas a una situación que juzgaron superada o incompatible con la sociedad de la abundancia. En Colombia, hemos venido refinando este estatuto jurídico hasta crear una institución que a mi parecer nos permite responder apropiadamente a los desafíos

que estamos viviendo. Por eso, y lo digo con franqueza, no creo que el país pueda darse el lujo de prescindir del estado de sitio en los próximos años".

La nación tiene que reaccionar contra semejante modo de pensar. El terrorismo penal del estado de sitio ha sido y es antidemocrático, y resulta más monstruoso porque es inútil. Esa es la dolorosa experiencia del país. El Decreto 070, tan elogiado por el señor expresidente López constituye un impresionante regreso a épocas superadas en la evolución del Derecho Penal. Tal parece como si estuviéramos viviendo en la edad media. El famoso decreto es antijurídico, contrario a los derechos humanos y altamente nocivo para la sociedad, para los derechos individuales y para las instituciones. El Estado colombiano ha venido operando, pues, en estas materias, a contrapelo de la historia y de los avances científicos del derecho, y en cuanto a la vocación de estado de sitio permanentemente expuesta en el documento citado, no podemos creer que este país sea único en el mundo y que mientras en todos los demás estados civilizados se hace verdadera política criminal, se utilizan mecanismos científicos para prevenir la delincuencia preservando la libertad, nosotros, como una verdadera insula en el mundo, somos una nación irredimible, destinada a vivir bajo las normas jurídicas de excepción, desvertebrando una de las ramas del poder público y destruyendo las instituciones republicanas que en los demás países cobran cada día renovada vigencia. El ritmo de la vida y de las actividades de una nación no puede regularse al capricho del gobernante de turno que, mediante el sencillo expediente de declarar el estado de sitio, puede suspender normas de la constitución y todas las leyes que considere convenientes, y aún desbordarse hacia la dictadura, como ya sucedió en el pasado.

Somos hombres libres y ciertamente tenemos derecho a que el Estado nos otorgue seguridad en nuestras vidas y en nuestros bienes, pero dentro de la seguridad jurídica que establece la Carta Política. Quitémosle, pues, a Colombia el dudoso privilegio de ser el único país del mundo de los que se llaman democráticos, cuya organización institucional está regida permanentemente por normas de estado de sitio.

El eminente Profesor Antonio Vicente Arenas, al renunciar al cargo de miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, como protesta contra esta concepción de la lucha contra la criminalidad, expresó amargamente: "El delito no se previene con la reforma de los códigos o el rigor de las penas. La sociedad, con criterio simplista, demanda represión implacable. Cree en las sanciones ejemplaristas y piensa ingenuamente que los criminales dejarán de serlo por miedo al castigo. Para complacerla (el Estado) monta el aparato de los consejos de guerra con menosprecio de los jueces creados por la Constitución para investigar y sancionar los delitos".

Vuestro ponente en salvamento de voto en la Corte Suprema de Justicia, dijo sobre este el mismo asunto: "Se ha pretendido, en efecto, con las mejores intenciones, pero con criterio profundamente equivocado, institucionalizar una especie de "orden público criminológico", conforme al cual el auge de la delincuencia común se combate despojando de su competencia

constitucional a la Rama Jurisdiccional para entregarla al Ejecutivo, a través de los consejos verbales de guerra. Pero el crecimiento de la delincuencia es un fenómeno de patología social que obedece a múltiples y complejas causas y cuyo remedio no se logrará con la simple expedición de decretos de contenido más o menos drástico. Este fenómeno mundial, más dramáticamente grave en países como Argentina, Estados Unidos, Italia, Francia, etc., que en el nuestro, requiere la adopción de una política criminal, a través de la cual, con base en la Sociología Criminal, la Antropología, la Biología, la Criminología, la Estadística, etc., sea posible conocer en toda su magnitud y su estructura el problema criminal, para que puedan tomarse las medidas que ese conocimiento aconseje. Esa política criminal no ha existido ni existe en nuestro país, y por ello jamás se ha hecho un intento serio para combatir científicamente la delincuencia, pues se ha pensado que la amenaza de los consejos de guerra produce intimidación suficiente para estimular a las gentes hacia un comportamiento ajustado a las leyes, como si la experiencia en ese sentido sufrida por el país intermitentemente durante los últimos treinta años no demostrara claramente la inutilidad de esa terapia".

Así se expresa la generalidad de la doctrina mundial. Maurach, (Catedrático de la Universidad de Munich), al referirse a la reforma penal alemana, afirma: "...La denominada lucha de escuelas (clásica y positivista explicamos) está sepultada; no existe ya en el presente. Los frentes de las dos alas enemigas se han unido ante la terrible impresión de la "justicia" Nacional-Socialista, conformada exclusivamente sobre la base de una brutal intimidación, de una desnuda prevención general".

La represión draconiana, como se ha demostrado, no es criterio democrático ni adecuado y eficaz como instrumento contra el delito.

LA REFORMA PENAL: UNA VIEJA ASPIRACION

La delincuencia, como todos los productos de la sociedad aumenta año por año, no sólo por el crecimiento demográfico del país, sino por los procesos tecnológicos y culturales que transforman profundamente la sociedad. Así por ejemplo, para remontarnos a épocas en que no habían aparecido los modernos fenómenos criminológicos, tenemos que mientras en 1937 se iniciaron en el país 27.069 sumarios, en 1938 se produjo un alarmante incremento, pues los sumarios iniciados fueron 36.155, cifra esta que aumentó a 40.417 en 1939. Quizá debido a esta circunstancia el Presidente López Pumarejo en su mensaje al Congreso de 1942, se quejaba (como se hace ahora), de la impunidad reinante en el país y reclamaba reformas para combatir la criminalidad en ascenso. Esto ocurría cuando apenas habían transcurrido cuatro años de vigencia de las instituciones penales que la República se dio en 1938. Igual alarma expresó el Presidente Lleras Camargo al tomar posesión de la Primera Magistratura de la Nación en 1945.

A partir de 1950 se hicieron numerosos conatos para reformar las instituciones penales sustantivas y procedimentales. Varias comisiones fueron designadas para redactar códigos o para introducir sustanciales reformas a los mismos, pero a la postre nada logró hacerse. Mientras tanto el clamor por el

crecimiento de la criminalidad y por el fenómeno de la impunidad se acentuaba cada día. Este estado lo describió el doctor Lleras Camargo en su mensaje al congreso de 1961: "El clamor general sobre la justicia, al cual se suman no pocos de los jueces que encuentran inadecuada la organización presente, y que a pesar de sus conocimientos y voluntad no logran dominar el complejo y arcaico mecanismos destinado a consagrar la rutina, la lentitud y la impunidad, obligará seguramente al Congreso a dedicarle la más seria atención al examen de la reforma. Es cosa grave que aún por ligereza y muchas veces sin plena información, todo un país acepte como axiomática la quiebra de su organización judicial, y que no haya nadie que pueda levantarse con autoridad suficiente, nacida de los hechos mismos, a refutar esa convicción pública. Nadie debería tener un mayor interés en el estudio de estos proyectos de ley que los propios jueces, cuyas sentencias caen en una atmósfera de escepticismo y suspicacia, son motivo de agitada controversia y, aún ajustados rigurosamente a la ley, no pueden librarse de la irrespetuosa reacción que suscita la acción judicial. Un país que no cree en sus jueces ni confía en su justicia, está siempre al borde de las más grandes calamidades y a ese estado nos ha conducido, sin duda, el descuido en organizar la administración de justicia en una forma más adecuada para las condiciones presentes, o siquiera acomodada a las exigencias de la población actual colombiana".

Los proyectos a que se refería el señor Lleras Camargo, como otros que antes se habían presentado, naufragaron en las Cámaras Legislativas.

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso al Ejecutivo por medio de la Ley 27 de 1963, se promulgaron numerosos decretos, cuyo conjunto se conoció en la época con el pomposo nombre de "Reforma Judicial". Entre los más importantes de estos estatutos, podemos mencionar los siguientes decretos: 2525 de 1963, que dobló las penas para los concursos de delitos; 528 de 1964, que modificó las reglas sobre competencia y reformó algunas instituciones procesales; 1356 de 1964, que establece una nueva división territorial judicial; 1358, "Por el cual se dictan unas disposiciones sobre Procedimiento Penal"; 1698, en virtud del cual se organiza la carrera judicial; 1699, sobre conductas antisociales; 1726, sobre policía judicial; 1817, sobre régimen carcelario y 1918, que creó el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor.

La vigencia de estas normas estaba prevista para mediados del año de 1965. Sin embargo, por sentencia del 28 de junio de aquel año, la Corte declaró inexecutable las disposiciones del Decreto 528 de 1964 "en cuanto suprimen la categoría Constitucional de juez de Circuito". Esta resolución prácticamente derrumbó la reforma, pues la eliminación de los juzgados de Circuito era su *punto saliens*, para otorgar la llamada plena competencia a los jueces municipales. Sobre los movimientos reformadores posteriores, nuestro ponente expresó la siguiente: (El nuevo Código y sus instituciones, pág. 1): "Desde el momento mismo en que se puso en vigencia la llamada "Reforma Judicial", expedida por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confirió el Congreso por medio de la Ley 27 de 1963, empezó a agitarse en el país un franco y generalizado ambiente de contrarreforma, estimulado por

los coloquios y mesas redondas que sobre el tema se llevaron a cabo en numerosas universidades, y por la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia que declaró la inexecutable de varias de las normas vertebrales de la Reforma, sobre la base de que los juzgados de circuito eran categorías constitucionales que no podían, por tanto, ser suprimidos por la ley".

"Así, mientras los decretos dictados en 1964 empezaban su vigencia el 1º de agosto de 1965, varios proyectos presentados en la Cámara de Representantes auguraban una fugaz y efímera existencia de la Reforma. En efecto, uno de esos proyectos de ley fue rápidamente aprobado por la Comisión Primera, y luego prácticamente adoptado por el gobierno.

"Después de múltiples consultas con facultades de derecho, el Consejo de Estado, catedráticos y doctrinantes, el Congreso le impartió su aprobación. De ahí salió la Ley 16 de 1968, sancionada el 28 de marzo".

Esta ley restableció los juzgados de Circuito y otorgó facultades al Presidente para reorganizar el procedimiento penal. Por medio de la Ley 16 de 1969 se concretaron esas autorizaciones, y en virtud de ellas se expidió el Decreto 409 de 1971, "por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas". Es éste el estatuto procesal vigente, que en sustancia no cambió nada, sino que ordenó sistemáticamente las dispersas normas del anterior Código, despedazadas por la vasta e inorgánica legislación de emergencia.

En materia penal sustantiva, varias comisiones habían sido designadas con el encargo de elaborar proyectos de Código Penal, sin que nunca se hubiera obtenido resultado alguno.

Finalmente, mediante Decreto 416 de 22 de marzo de 1972, el gobierno creó la Comisión de Reforma del Código Penal, integrada por los doctores Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Federico Estrada Vélez, Luis Carlos Pérez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Hernando Londoño Jiménez, Bernardo Gaitán Mahecha, Hernando Baquero Borda, Darío Velásquez Gaviria, Rafael Poveda Alfonso y Alfonso Reyes Echandía. Como secretarios actuaron Servio Tulio Ruiz, Antonio Cancino Moreno y Jaime Bernal Cuéllar. Después de un intenso trabajo de más de veinte meses, la Comisión elaboró un proyecto de Código Penal armónico y congruente, publicado, con actas y exposición de motivos, en un grueso volumen de 881 páginas, que en su oportunidad (1974) circuló profusamente. El proyecto se hizo conocer con amplitud. Los comisionados asistieron a numerosos foros en diversas ciudades del país. Se publicaron muchos comentarios en la prensa nacional, y se pidieron críticas y sugerencias a los colegios de abogados, a las facultades de derecho y a los magistrados de todos los tribunales. Debemos admitir que esta intensa labor de promoción no obtuvo éxito, gracias a la decidida y negligencia de nuestras gentes.

En 1974 el gobierno solicitó facultades extraordinarias al Congreso para expedir como Código Penal el proyecto a que nos hemos referido. Según la exposición de motivos que acompañó al documento sometido a vuestra consideración, "la discusión que acerca del tema se adelantó en la Comisión Primera de la Honorable Cámara de Representantes, concluyó con una proposi-

ción por medio de la cual se recomendó al gobierno la integración de una nueva comisión que revisara el anteproyecto frente al Código vigente.

"En acatamiento a esa sugerencia, el gobierno constituyó la comisión, la cual contó en sus comienzos con la valiosa colaboración de los Honorables Senadores Miguel Escobar Méndez, Libardo Lozano Guerrero, Ernesto Vela Angulo, Hugo Escobar Sierra, Luis Antonio Alvarado Pantoja, y los Honorables Representantes Carlos H. Morales, Gilberto Salazar Ramírez y Alvaro Bernal Segura, designados por las correspondientes comisiones primeras. Inicialmente estuvo presidida por el Honorable Senador Federico Estrada Vélez, miembro también de la anterior comisión, y tuvo entre sus componentes al ilustre jurista, hoy desaparecido, doctor Parmenio Cárdenas, quien era, por lo demás, único sobreviviente de la Comisión Redactora del Código Penal vigente.

"Bajo la presidencia del doctor Luis Carlos Giraldo Marín, Magistrado del Tribunal Disciplinario, y con el concurso de los miembros que más asiduamente pudieron concurrir a las reuniones, doctores Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Luis Enrique Aldana Roza y Guillermo Duque Ruiz, magistrados de los Tribunales Superiores de Bogotá y Medellín, Darío Velásquez Gaviria, Director Nacional de Instrucción Criminal y Tarcisio Roldán Palacio, abogado en ejercicio, la Comisión adelantó con especial cuidado y dedicación, sus deliberaciones y estudios, fruto de los cuales es el moderno proyecto de Código Penal que el gobierno presenta ahora a vuestra ilustrada consideración, el cual tuvo como antecedente el anteproyecto elaborado en 1976, del cual se hizo amplia divulgación con el objeto de escuchar sugerencias y opiniones, que fueron luego tenidas en cuenta por la Comisión en su trabajo definitivo".

En efecto, cuando la segunda Comisión terminó su trabajo publicó el proyecto en 1976. Poco después se emprendió una nueva y definitiva revisión que culminó hace pocos meses, y que rindió como fruto final el proyecto que está a vuestra consideración.

HACIA UNA REFORMA INTEGRAL. La renovación de las instituciones penales ha sido un viejo anhelo nacional. Las condiciones para una empresa de esta magnitud están dadas, y si el Congreso la emprende con decidido empeño habrá cumplido una labor de repercusiones históricas. El panorama de la reforma comprende, en nuestro concepto, lo siguiente:

- 1) Reforma Constitucional, en trámite en la Comisión, para racionalizar las competencias del Ministerio Público, crear las posibilidades legales de institucionalizar el proceso acusatorio y buscar un método para el reclutamiento de los funcionarios judiciales, que permita hasta donde sea posible, la organización de la carrera judicial.
- 2) Adopción de un nuevo Código Penal.
- 3) Adopción de un nuevo Código de Procedimiento Penal, pues no bastan reformas incidentales o parciales. Aquí sí debe cambiarse radicalmente el sistema, que a lo largo de cuarenta años de aplicación ha demostrado clamorosamente su ineptitud para administrar justicia. Desde luego, somos partidarios del proceso acusatorio, en cuya vieja raigambre histórica se descubren los primeros ritos democráticos. Un proceso que

descanse sobre el binomio acusación - defensa, regulado en su actividad procesal por el Juez, será sin duda alguna, de mayor eficacia que el que tenemos. Es preciso trasladar la acusación, que en la actualidad virtualmente le corresponde al juez, al Ministerio Público, con lo que se elimina el sistema de prejuzgamiento que tantos males ha causado en el país.

- 4) El estatuto de la policía judicial es necesario complemento de la reforma penal. Mientras el país no cuente con una organización de policía altamente calificada por su honestidad y su aptitud, independiente en su funcionamiento y en su selección de los mandos de esa fuerza, es inútil hablar siquiera de administrar justicia penal.
- 5) Es indispensable revisar el Código Nacional de Contravenciones, pues las autoridades de policía deben disponer de suficientes instrumentos legales para cumplir su misión de garantizar los bienes de los asociados.
- 6) Consecuencia de las reformas anteriores será la adopción de un nuevo Código Penitenciario que se adecúe al estatuto penal y a las modernas orientaciones de la ciencia penitenciaria.
- 7) Reforma de las escuelas de derecho, con el fin de que puedan formar jueces debidamente calificados.

EL PROYECTO DE CODIGO PENAL. El Código está dividido, como el actual, en dos libros. En el primero se regulan los principios que informan toda la legislación penal colombiana. Igualmente, lo relacionado con la aplicación de la ley, la estructura del delito, con todos los elementos que lo tipifican, los concursos y las causas que excluyen o modifican la responsabilidad. Finalmente, en este libro se reglamentan las penas en sus diversas modalidades, y las medidas de asistencia y protección, que sustituyen a las que el actual código denomina "medidas de seguridad". También lo relacionado con la responsabilidad civil derivada del delito. La estructura formal del proyecto en este primer libro es idéntica a la del Código vigente. Como en éste, no se tratan las contravenciones.

El cambio doctrinario fundamental que se introduce en el proyecto es el tránsito definitivo del viejo y obsoleto peligrosísimo positivista, abandonado ya en todo el mundo, hacia un derecho penal de culpabilidad. Es esta la columna vertebral del moderno derecho penal. Conviene advertir que no se trata de un imposible retorno al pensamiento clásico carrariano. Tampoco el nuevo sistema tiene inspiración en el pensamiento de Kant, conforme al cual la pena se concibe como un imperativo categórico. Ni menos con la teoría de la doble negación de Hegel (el delito es negación del derecho, y la pena es negación del delito). Las normas penales no tienen ya el sentido absoluto y excluyente. Pero resulta claro que deben tener el carácter de castigo, aunque no sea esa su única finalidad. Expiación o retribución, prevención general y prevención especial son criterios que deben conjugarse, en la noción contemporánea de la pena. Es la inspiración pluralista o "sincrética" de la punición. Las ardorosas disputas doctrinarias sobre el particular tienden a superarse. La vieja antítesis *punitur quia peccatum est-punitur ne peccetur* se convierte en síntesis: *punitur quia peccatum est, ne peccetur*. No significa esta

concepción volver a la discutida del libre albedrío, imposible de comprobar. Desde luego, empíricamente puede observarse que los seres humanos en determinadas condiciones de normalidad gozan de un cierto grado de libertad, o sea que los hombres tienen sin duda alguna una cierta capacidad de autodeterminación. De todas maneras, no es este un problema de la doctrina contemporánea, porque puede soslayarse sin dificultades, o directamente olvidarse. JURGEN BAUMANN, afirma, por ejemplo, con razón, que podría definirse la culpabilidad como una no correspondencia del comportamiento individual según las exigencias de la sociedad, y el juicio de culpabilidad contendría el reproche social y jurídico al sujeto de derechos por no haber observado las exigencias sociales cumplibles en general y por él también. Un tal concepto de culpabilidad debe construirse según las necesidades históricas concretas de la vida social en común y ser llenado en su contenido. El varía con la situación económica, de los fundamentos económico-sociales y de las exigencias sociales mínimas de la correspondiente época. Modificándose éstas se modifica también el concepto de culpabilidad y la medida de la culpabilidad".

Y CLAUS ROXIN, sobre el mismo asunto, sostiene: "Si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del Derecho Penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual. Se trata, si se me permite darle un nombre a esta concepción, de una teoría unificadora dialéctica, que hay que distinguir estrictamente tanto método-lógicamente por su contenido, de las tradicionales teorías monistas, así como de la teoría dominante de la unificación por adición".

El Código vigente construye todo el sistema penal sobre los conceptos de peligrosidad y de defensa social. El proyecto lo hace sobre la ecuación culpabilidad igual pena. No se sanciona al individuo porque sea peligroso, sino en cuanto es culpable. Es decir, en cuanto ha realizado un comportamiento socialmente reprochable, producto de una voluntad que no ha debido ser. La culpabilidad adquiere entonces categoría de fundamento y medida de la pena. La cuantía del castigo se establece con base en el grado de culpa. De ahí el sentido expiatorio de la pena, como uno de sus fines fundamentales, aunque no el único. Por eso el artículo 9º del proyecto dice que la pena "tiene función protectora, preventiva, retributiva y resocializadora", y las medidas de asistencia y protección, aplicables únicamente a los inimputables, persiguen "fines de curación, tutela y rehabilitación".

El derecho penal de culpa es el que inspira fundamentalmente el proyecto, y es esa la diferencia sustancial con el estatuto actual. A nadie se oculta que una concepción así contribuye a la más alta cifra de la dignidad humana, y expresión de pensamiento democrático. Esta doctrina tiene importantes consecuencias en todas las instituciones, pero especialmente en la imputabilidad. En efecto, al imputable se le aplican penas mientras que el inimputable sólo es posible de medidas de protección y asistencia, puesto que no puede ser capaz de culpabilidad.

El proyecto tiene, como innovación importante un título preliminar, que bajo el epígrafe "De las normas rectoras de la ley penal colombiana", contiene una serie de principios que sirven como criterios orientadores en la interpretación y aplicación de la ley penal. Este sistema ha sido puesto en práctica por algunos proyectos modernos, y su utilidad no es discutible porque esas normas rectoras se proyectan sobre todo el código, y se aplican a "todas las leyes penales y disciplinarias, así sean excepcionales o temporales". (Artículo 11). Estos principios son: Legalidad (artículo 1º); de la conducta punible (artículo 2º); favorabilidad de la ley (artículo 3º); principio de exclusión de la analogía (artículo 4º); principio de igualdad (artículo 5º), según el cual no se puede tener en cuenta en la aplicación de la ley, "consideraciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, estirpe, posición económica, nacimiento o cualquier consideración social". Principio de conocimiento (artículo 7º); juez natural (artículo 8º), de extraordinaria importancia en la vida nacional, pues instituye el juez natural en el sentido del que consagra la constitución. El artículo 9º, señala los fines de la pena y las medidas de protección y asistencia. El artículo 10 tiene simplemente un valor indicativo, pues una norma de esta índole debería ubicarse en la Constitución Nacional para que tenga eficacia. Dice así: **Jurisdicción Penal Militar**. Salvo en caso de guerra exterior no podrá extenderse la competencia de la jurisdicción militar a personas que no pertenezcan al Ejército Nacional". El precepto debe corregirse para decir que la competencia de la justicia penal se extiende únicamente a los miembros de las fuerzas militares, para no limitarla únicamente al ejército. Se trata de corregir la crónica costumbre de juzgar a los civiles por jueces militares, violando así el principio del juez natural, de validez mundial. Cabe observar que el artículo es un tanto inocuo, pues los poderes de que queda investido el gobierno por la declaración del estado de sitio lo autorizan para suspender también esta ley. Sin embargo, su valor indicativo es claro y sirve, aún como testimonio del pensamiento del legislador frente al espinoso y nocivo problema de la justicia penal aplicada permanentemente a los civiles, con deterioro de la jurisdicción penal ordinaria. Finalmente, el artículo 11, señala el ámbito de aplicación de esos principios rectores.

El proyecto no ofrece soluciones para el debatido asunto de las penas de corta duración, que aparece ahora como una de las cuestiones insolubles en el derecho penal contemporáneo. En efecto, la experiencia ha demostrado que las penas cortas en vez de constituir una buena política criminal, son factores criminogénicos, pues la función rehabilitadora o resocializadora no puede cumplirse en poco tiempo, y en cambio, el contagio criminal que se presenta en todos los establecimientos de reclusión, y particularmente en los colombianos, produce un efecto nocivo sobre el sujeto de la pena. Se ha tratado de hallar sustitutos penales para estas formas de punición, pero sin resultado alguno. La más obvia, que sería la aplicación de multas en lugar de medidas de privación de la libertad personal, ofrece dificultades insuperables en la práctica. De ahí el nuevo código no adopte medidas de insoslayable complejidad, cuya aplicación práctica podría desembocar en situaciones peli-

grosas de ineficacia o de odiosa discriminación. Se conserva, sin embargo, como una excelente medida de política criminal, el instituto de la condena condicional (artículo 81), que debe aplicarse con amplitud y sin restricciones. Esta institución se complementa con la prescrita en el artículo 69, según la cual, la pena imponible se rebaja hasta en una tercera parte cuando el sindicado confiesa el hecho antes de que se pronuncie el auto de enjuiciamiento o la providencia equivalente. Este dispositivo tendrá, sin duda alguna, benéficas y abundantes proyecciones en la futura administración de la justicia penal.

*Pero si
adoptamos
el
Clausulum*

Tampoco tomó partido el proyecto en torno a la controversia creada por WELZEL con su teoría de la acción finalista, no sólo porque todavía, y quizá hoy más que nunca, su evolución doctrinaria no ha culminado, tal como lo indica el nutrido y apasionante proceso crítico que encabezan BAUMANN, ROXIN y KAUFMANN, entre otros autores alemanes. Sin embargo, la estructura técnico-legislativa de la obra, permite que la doctrina y la jurisprudencia cumplan una amplia y fecunda labor científica en la interpretación de sus normas. Siguiendo la orientación filosófica que lo inspira, el proyecto reglamenta en títulos separados las penas, y las medidas de seguridad que denomina "Medidas de asistencia y protección", lo que es apenas lógico, pues si los inimputables no pueden obrar con culpabilidad, tampoco pueden ser sujetos de sanciones. Se adoptó el criterio de la doble vía (penas - medidas de asistencia y protección), que responde a un sano principio de justicia, y obedece a una buena política criminal.

La parte general ha sido reestructurada en casi todas sus instituciones, siguiendo en líneas generales la sistemática del código actual. Obviamente, como es apenas natural, este libro primero debe ser retocado para eliminar aspectos que consideramos inadecuados o para complementar normas que necesitan revisión. Así por ejemplo se suprimió el delito de asociación para delinquir, según explica el Presidente de la Comisión, "porque, fuera de las dificultades para su concreta tipificación, la norma consagrada en el Código Penal vigente (artículo 208), se había convertido en una fuente de impunidad, por las continuas nulidades y las frecuentes colisiones de competencias a que daba lugar. Por tales razones se decidió suprimirlo, para crear, en cambio, un agravante en la parte general, que tendría aplicación en todos los casos en que el delito se cometa "por dos o más personas que se hubieren reunido o asociado con el fin de cometer delitos" (artículo 70). Es verdad que uno de los tipos penales de más difícil estructuración es el de asociación para delinquir, y que su aplicación ha dado lugar a numerosos tropiezos y dificultades. Sin embargo, creemos que deben agotarse esfuerzos para la definición de esta infracción, pues su desaparición del código produciría funestos resultados. Además la asociación para delinquir es un delito formal que se tipifica por la sola formación de la sociedad con el fin de cometer infracciones, con independencia y autonomía de los hechos punibles que la banda realice. Y esta forma de criminalidad, que es la más frecuente y peligrosa en la vida contemporánea quedaría impune de aceptarse la propuesta contenida en el proyecto, pues el dispositivo del artículo 70 es una circunstancia genérica de agravación, y no un tipo autónomo. El artículo 73 define, para todos los efec-

tos penales a los empleados oficiales, para comprender en esa denominación a los "funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitivo, o estuviere encarada de un servicio público". Esta definición es de extraordinaria trascendencia, no sólo porque facilita y simplifica la construcción de los tipos penales, sino también porque amplía extraordinariamente el ámbito de aplicación de la ley penal en numerosos tipos en cuya economía es elemento característico el sujeto calificado. Conviene advertir aquí, que la circunstancia genérica de agravación contenida en el artículo 71 debe eliminarse o reestructurarse fundamentalmente. Dice en efecto, la norma: "Cuando el hecho fuere cometido por un empleado oficial, la pena se aumentará hasta una tercera parte, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del hecho punible". No es fácil ciertamente encontrar razones de política criminal que justifiquen la agravación en las circunstancias anotadas.

Las penas privativas de la libertad se redujeron a prisión y arresto, eliminando así el presidio, que realmente no tiene razón de ser, menos entre nosotros, pues la aplicación de esas penas no presenta en la práctica diferencias de ninguna índole, a pesar de las prescripciones legales que regulan cada una de ellas. Las demás modificaciones que introduce el proyecto en la parte general del Código, ciertamente muy importantes, se explicarán en los debates, pues resulta harto dispendioso hacerlo en una ponencia, máxime si se tiene en cuenta el exiguo término de que disponemos para el cumplimiento de nuestra labor.

LIBRO SEGUNDO. PARTE ESPECIAL. DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

El libro segundo, que es el verdadero catálogo de los tipos penales, o sea de las conductas reprochables y punibles, sigue, en términos generales, los lineamientos del Código actual. También por el aspecto sistemático, los dos estatutos son idénticos. Los tipos, en efecto, se agrupan en títulos y capítulos, según la especificidad del bien jurídico tutelado, sistema este que adopta la gran mayoría de los códigos penales. De otra parte, la casi totalidad de los delitos tipificados en el código vigente se conserva en el proyecto, así muchos de ellos hayan sufrido modificaciones en su redacción, en búsqueda de mayor claridad, o de fórmulas más concretas y específicas. Se conservan, pues, las conductas punibles que actualmente sanciona nuestro estatuto penal.

La novedad fundamental del proyecto consiste en un incremento notorio del campo de la ilicitud penal, para hacer objeto de tutela numerosos comportamientos altamente ofensivos para la sociedad, que en la época en que se expidió el Código no se presentaban, puesto que, en su gran mayoría, corresponden a manifestaciones reprochables de una sociedad que se transforma en sus hábitos y costumbres en virtud del desarrollo económico y de su crecimiento demográfico, lo mismo que debido al fenómeno de interacción mundial, gracias al prodigioso avance de las comunicaciones. Así, por ejemplo, la delincuencia por imitación y por contagio se presenta ahora como un fenó-

menor normal, porque nuestra sociedad adopta prácticas y costumbres de otras, v.g., la norteamericana, con rapidez vertiginosa, que son factores de altísimo poder criminogenético. Desde luego, si es verdad que el ponente encuentra conveniente y adecuada la protección penal de otros bienes, vale decir, la ampliación del ámbito de aplicación del derecho penal, también lo es que algunos de los nuevos tipos ofrecen serias reservas, por no decir que definitiva oposición. La amplia y concisa explicación que vierte el señor Presidente de la Comisión doctor Luis Carlos Giraldo Marín, constituye un poderoso auxiliar para comprender el alcance y las proyecciones del proyecto. Esta pieza jurídica y la exposición de motivos del proyecto de 1974, deben ser tenidas muy en cuenta por la Comisión en el análisis del proyecto de ley. Esta circunstancia, y el hecho de que el estudio minucioso de cada uno de los delitos definidos en la parte especial implicaría la elaboración de un verdadero tratado de derecho penal que vuestro ponente no está en capacidad de realizar, ni dispone de tiempo para ello, hacen que me limite a enunciar las principales conductas que se incorporan como nuevas al proyecto de Código, con la advertencia de que en los debates que deben adelantarse en la Comisión haré un análisis más amplio de las modificaciones contenidas en el nuevo estatuto.

NUEVAS CONDUCTAS PUNIBLES. No mencionaré los tipos que constituyen modalidades o extensiones de conductas ya sancionadas, en un mismo título o capítulo, sino que me referiré exclusivamente a títulos o capítulos que introducen asuntos absolutamente nuevos así:

1) El capítulo cuarto del Título III, es nuevo y bajo el epígrafe "**De la celebración indebida de contratos**", regula penalmente las ilicitudes concernientes a la contratación con el Estado y con los demás entidades de derecho público. Contiene 5 artículos, del 175 al 180, que se refieren a la "**Violación del Régimen Legal de inhabilidades e incompatibilidades**", el "**Concierto para defraudar el Estado**", el "**Interés indebido en la celebración de contrato**", la "**Celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales**", la "**Defraudación por enajenación o arrendamiento de bienes**", y el "**Despilfarro administrativo**".

El Profesor Giraldo Marín explica lo anterior en la siguiente forma: "Este capítulo sustituye el que trae el proyecto de 1974, como 'De las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y del enriquecimiento ilícito'. Siendo de advertir que este último tema, el del enriquecimiento, tiene un capítulo especial, el texto, dada su importancia y trascendencia". "Este capítulo cuarto no sólo se refiere a las negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas, sino a otras modalidades en la celebración indebida de contratos. Resultaba, pues, más armónico disponer un capítulo independiente, que abarcara aquellas conductas ilícitas, que la opinión pública señala como muy frecuentes y dañinas.

"Para el estudio de estas formas delictuosas se tuvo muy en cuenta el decreto 150 de 1976, que constituye el estatuto de contratación que rige para la nación y las entidades descentralizadas.... Como puede apreciarse, este punto

de los contratos está más ampliamente tratado en el proyecto de 1978, que en el de 1974".

El Capítulo recoge, para someterlas a tratamiento penal, numerosas conductas que de unos años a esta parte se han generalizado, y que se van incrementando en la medida en que crece el gigantismo del Estado. Estas formas delictuales, no tipificadas anteriormente, han corrompido vastos sectores de la administración pública, y causado ingentes daños fiscales a la nación. Creemos, pues, que este capítulo contiene una serie de dispositivos necesarios para luchar contra la inmoralidad y la corrupción, puesto que se incorporan en tipos penales los vicios de más frecuente ocurrencia en nuestra vida administrativa. Desde luego como sucede con toda obra humana, la estructuración de algunos de ellos en particular ofrece reparos fácilmente corregibles, variando la redacción para clarificarlos y simplificarlos, pues la ejemplificación, como está en el artículo 175, no es buena técnica legislativa, ni contribuye a la fácil y correcta aplicación de la norma.

2) En dos artículos, 181 y 182, el proyecto reelabora el artículo 198 del Código vigente, y extiende el ámbito material de su aplicación. A la vez desplaza este tipo del capítulo III, "**De la Colusión y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros**", que actualmente hace parte del título IV, relativo a los **delitos contra la administración de justicia**, para incorporarlo como "Capítulo quinto" del título III, "**Delitos contra la administración pública**". Bajo el epígrafe "**Del tráfico de influencias**", se crea un tipo básico denominado "**Tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial, testigo o auxiliar de la justicia**". Artículo 181) y un tipo suplementario específico, para reprimir el "**tráfico de influencias en postulación, elección o nombramiento**". Ambas conductas, ampliamente difundidas en nuestro medio, se hacen acreedoras a una enérgica represión, motivo por el cual el proyecto cambia la pena de multa contenida en el artículo 198 vigente, por la de prisión.

3) En el capítulo sexto, y en sólo un artículo, el 183, se instituye un tipo penal, que como instrumento de policía criminal en la lucha contra la corrupción de nuestras costumbres administrativas, es de trascendental importancia. Se trata del delito de **enriquecimiento indebido**, que nosotros preferiríamos llamar **enriquecimiento ilícito**, y que sanciona con prisión de uno a ocho años y multa de veinte mil a dos millones de pesos, a los funcionarios o empleados públicos, trabajadores oficiales, miembros de las corporaciones públicas, de las fuerzas armadas, o cualquiera otra persona que ejerza función pública o esté encargada de un servicio público, que durante el ejercicio de su cargo o durante los dos años siguientes, "obtenga para sí o para un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebidamente, por razón de su cargo o por la influencia derivada del mismo." Para facilitar su aplicación y su eficacia como medio para combatir la plaga de comisiones, mordidas, coimas, etc., que azota hasta las más altas esferas de la actividad pública y privada, el inciso segundo crea una presunción de responsabilidad, que no es muy deseable en la ciencia penal contemporánea, pero que es absolutamente necesaria. Y, como se trata de una figura que puede dar lugar a que a través de ella

se ejerzan actos de vindicta, de difamación o persecución contra funcionarios honestos, el último inciso del artículo crea una condición de procedibilidad, en virtud de la cual se dispone que la acción penal "Sólo podrá iniciarse a petición de la Procuraduría General de la Nación". La importancia de esta figura penal no es discutible. El suscrito ponente ya había presentado en dos oportunidades el respectivo proyecto de ley ante el Senado. En la última, alcanzó a recibir una estupenda ponencia para primer debate del entonces Senador Ernesto Vela Angulo. De otra parte conviene relieves que la construcción legislativa de este tipo es extremadamente compleja y difícil, por lo cual desde ahora reclamo amplia discusión sobre el particular. La extensa exposición que sobre este asunto elaboró el doctor Giraldo Marín, será sin duda alguna, un documento útil para lograr la mejor fórmula posible. Desde luego, la del proyecto, a pesar de su drasticidad, es aceptable, lo que no es óbice para una eventual reelaboración.

4) En el título IV, "De los delitos contra la administración de justicia", además de los capítulos que se refieren a las "falsas imputaciones ante las autoridades" (capítulo primero), al "falso testimonio" (capítulo segundo), "De la Colusión y de la infidelidad a los deberes profesionales" (capítulo tercero), "Del encubrimiento" (capítulo cuarto), "De la fuga de presos" (capítulo quinto), se creó el capítulo sexto, titulado "Del fraude procesal y otras infracciones", en el cual se instituyen varias nuevas conductas punibles de indudable trascendencia. El artículo 229 crea el llamado fraude procesal, en una elaboración estructural que, de una vez hay que decirlo, es preciso modificar sustancialmente, puesto que comprende apenas algunos aspectos de la inmensa gama de comportamientos fraudulentos ante el juez o el funcionario público, con el fin de inducirlo en error. Llama la atención, además, el hecho de que siendo el fraude procesal una manifestación de la estafa, se haya eliminado del tipo el provecho ilícito, como motivo determinante de la conducta. Precisamente por lo anterior, resulta por lo menos discutible la ubicación de la figura en el título que reglamenta los delitos contra la administración de justicia, ya que bien podría colocarse entre los contra el patrimonio económico, quizá con mayor fortuna sistemática. Sin embargo, es preciso reconocer que se trata de un hecho punible pluriofensivo, que por ello podría ubicarse en cualquiera de los dos títulos, buscando desde luego, el bien jurídico de mayor entidad y jerarquía que se ofende o lesiona con su realización. Conviene advertir que sobre el delito de fraude procesal, que actualmente no está específicamente tipificado, existe ya jurisprudencia entre nosotros, especialmente del Tribunal Superior de Bogotá, que admite la estructuración de la infracción dentro de las normas comunes de la estafa, lo que no obsta para que se cree un tipo especial. Las demás infracciones reguladas en este capítulo son de gran trascendencia, pues son dispositivos esenciales para el cumplimiento de las providencias judiciales. Tales son la **insolvencia fraudulenta** (artículo 231), la **violación de prohibiciones u obligaciones impuestas en sentencia** (artículo 232), **reingreso ilegal al país** (artículo 233), **desconocimiento de providencia que ordena la entrega de persona** (artículo 234), **incumplimiento de decisión de autoridad competente** (artículo 236).

Estas disposiciones contribuirán, sin duda alguna, a la eficacia de las sentencias y decisiones judiciales, que en la actualidad y en muchos casos se quedan sin efecto por virtud de las maniobras fraudulentas de los obligados.

5) El título V del Código actual presenta profundas modificaciones sistemáticas en el Proyecto. En el estatuto vigente está conformado únicamente por seis artículos, 208 (sustituido por el artículo 3º del decreto 2525 de 1963), 209, 210, 211, 212 y 213, relativos a los delitos de asociación e investigación para delinquir y a la apología del delito. Curiosamente, es el único título que no señala expresamente el bien jurídico tutelado, que, como atrás se dijo, es el criterio fundamental para la clasificación de los tipos en la parte especial. El Proyecto define el título como "**Delitos contra la seguridad pública**", y en el capítulo primero trata "**De la instigación y la apología del delito**". Tal como se anotó en su oportunidad, los comisionados del Proyecto de 1976 resolvieron eliminar el delito de asociación para delinquir. Ya expresamos nuestra opinión adversa a esa medida, y la necesidad de restablecer legislativamente esa figura delictiva. En los capítulos segundo y tercero, incorpora, con modificaciones, el título VIII del actual código, que se refiere a los "**Delitos contra la salud y la integridad colectivas**". Bajo el título reiterativo e inadecuado de "**los delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones**", el capítulo segundo incorpora una serie de infracciones que son de peligro concreto y algunas otras de peligro abstracto, tales como el **incendio** (artículo 241), **daños en obras de defensa común** (artículo 242), **Provocación de inundaciones, derrumbe o alud** (artículo 243), y otros que atentan contra la seguridad de los medios de transporte, que están institucionalizados en el actual Código, pero con diferente ubicación sistemática, como ya se anotó. Algunas innovaciones importantes en este capítulo se refieren a los delitos de pánico (creación de situaciones de pánico) tipificadas en los artículos 246 y 247, la **colocación o creación de obstáculos a la conducción de medios de transporte colectivo** (artículo 244). Se restablece el tipo contenido en el artículo 263 del actual código, que había sido derogado por el artículo 30 del decreto 1118 de 1970, y que se refiere a ciertas **conductas relacionadas con elementos destinados a prevenir accidentes de trabajo**. (Artículo 254).

Igualmente, en forma que no aparece muy adecuada, se incorporan los artículos 259 y 260, relativos a la "**tenencia, fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones**", en su doble modalidad de artefactos comunes o de uso privativo de las fuerzas armadas. Brevemente conviene observar que los dos tipos merecen revisión a fondo, pues como elemento básico se incluye la cantidad de armas, hasta el punto de que se erige una causal específica de atenuación si se trata de "reducida cantidad". La distorsión dimana del hecho de que la figura está construida sobre una serie de verbos alternativos de distinto valor, motivo por el cual deberían elaborarse varios subtipos, en cuanto no tiene la misma trascendencia la conducta consistente en portar armas, que en fabricarlas. Conviene, pues, reexaminar estas dos normas, no sólo en lo relativo a su ubicación, sino también a su estructura típica.

En el Capítulo Tercero y final de este título se incorporan los "Delitos contra la salud pública", que en el Código actual, como ya se dijo, forman el Capítulo II (delitos contra la salubridad pública) del Título VIII. Conviene advertir que casi todos los tipos de este capítulo son, como los del anterior, de peligro común, motivo por el cual la titulación es errónea y debe corregirse. Aunque por diversas razones, el tráfico de estupefacientes en sus diversas modalidades debe constituir un estatuto especial, es lo cierto que estos ilícitos deberían figurar en el capítulo que reglamenta los hechos punibles contra la salud pública.

Algunas modalidades nuevas se incorporan aquí, tales como la **violación de medidas sanitarias** (artículo 261), la **tenencia, suministro y transporte de sustancias peligrosas para la salud**, sin la adopción de las necesarias precauciones para evitar el riesgo (artículo 26); y el **daño**, por cualquier medio, a los **servicios públicos de agua, alcantarillado, o aseo** (artículo 269).

6) El Título VI, sobre "delitos contra la fé pública", es uno de los más complejos y difíciles, particularmente en lo que se refiere a la falsedad documental, pero en términos generales, se halla bien concebido y redactado, sin que ello signifique que no puedan mejorarse y perfeccionarse. En el Capítulo Primero, "De la falsificación de moneda", soluciona el gravísimo problema de trascendencia en nuestros días, originado en el artículo 214 del actual Código, cuando sanciona únicamente al que altere, o fabrique moneda extranjera "que tenga curso legal en la República", quedando por fuera del tipo de alteración o falsificación de dólares puesto que de hecho esa es una moneda más vigorosa que el peso, pero carece de curso legal en Colombia. Los artículos 273 y 274 del Proyecto solucionan este problema.

Los capítulos Segundo, "De la falsificación de sellos y efectos oficiales y de sellos privados", Tercero, "De la falsificación de marcas, señales y registros oficiales y técnicos", y Quinto, "De la falsedad en documentos", parecen más técnica y claramente elaborados en el anteproyecto de 1974.

El último de los capítulos ha sido reelaborado sustancialmente en su aspecto técnico con el fin de clarificar algunos tipos que hoy ofrecen dificultades en su interpretación y aplicación. El artículo 301 reconstruye el delito de abuso de firma en blanco, que hoy se halla en las defraudaciones (artículo 415) para convertirlo en infracción contra la fé pública. El 304 sanciona la "elaboración, tenencia y tráfico indebidos de formulario de cheques", el 305, la "tenencia y tráfico de cheque semielaborado", el 306, la "tenencia y uso de tarjetas de crédito o documento similar falsos o alterados". Estos comportamientos entre otros, son nuevas figuras que se han incorporado al Código Penal, y cuya tipificación corresponde indudablemente a una apremiante necesidad de la sociedad contemporánea.

7) El Título VII, se refiere a los "delitos contra el orden económico-social", y es uno de los más vastos del proyecto. Mientras que el actual Código, en su Título IX y en unos poquísimos artículos reglamenta los "delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio", el nuevo contiene, en cinco capítulos y 46 artículos, numerosas previsionones típicas, todas ellas

nuevas. El Capítulo Primero sobre "acaparamiento, especulación y otras infracciones", crea los siguientes tipos: **Acaparamiento** (artículo 318), con una fórmula bastante discutible por la limitación que introduce la prolongada enumeración de materias. Igualmente establece una escala de agravación, según la cuantía de la especulación, lo que en primer lugar, deja impune la inferior a cincuenta mil pesos, y en segundo, ese elemento adquiere un valor y una preponderancia inconveniente en la estructura del tipo. Parece mejor, pues, volver en este punto a la fórmula del ante-proyecto de 1974 (artículo 257). Con el mismo criterio se tipifica la especulación (artículo 319), se crean circunstancias de agravación (320), y unas importantísimas presunciones de especulación o acaparamiento, en el artículo 321. El artículo 322, se refiere a las "Concertaciones ilícitas", el 423 a la **alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida**. Se crean además, en este extenso capítulo, los ilícitos de **Disminución del ritmo de producción y distribución** (artículo 324), **pánico económico**, (artículo 325), **indebida explotación comercial** (artículo 326), **daño en materia prima y producto agropecuario o industrial** (artículo 327), la **usura** (artículo 328) que se reelabora para hacerla más eficaz y comprensiva, **falsificación marcaria** (artículo 329), **usurpación de marcas y patentes** (artículo 330), el **uso ilegítimo de patentes** (artículo 331), la **tenencia y tráfico de productos elaborados con violación del régimen de propiedad industrial** (artículo 232), el **empleo y divulgación de descubrimiento agropecuario o industrial** (artículo 333), el **espionaje industrial** (artículo 334), la **alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado** (artículo 335), la **promoción y explotación ilegal de programas de arborización** (artículo 336), el **cobro y recaudo de dineros por impuesto no debido** (Art. 337), y la **sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes legales** (artículo 338). Valdría la pena pensar en la posibilidad de establecer expresamente el bien jurídico tutelado, como es la tendencia general del Código, y quizá una redistribución de las materias que comprende este capítulo, pues como puede observarse de la simple relación de tipos penales en él tratados, no hay una estrecha vinculación entre las diversas materias.

8) El Capítulo Segundo del Título VII, "De los delitos contra los recursos naturales", tiende a la protección penal de nuestras riquezas naturales que se han ido agotando en virtud de la manera bárbara e irresponsable como se les trata. El Presidente de la Comisión, doctor Giraldo Marín, expresa sobre este particular: "Los delitos contra los recursos naturales o contra la ecología, van en el Capítulo Segundo del Título VII del Proyecto, que alude a los hechos punibles contra el orden económico-social, y comprende once artículos, del 339 al 349 en el que se mencionan las siguientes conductas: El indebido aprovechamiento de los recursos forestales y mineros (artículo 339); la ocupación de parques y zonas de reserva forestal (artículo 340); explotación y exploración indebida de esmeraldas y sustancias radioactivas (artículos 341 y 342); Invasión de concesiones madereras o de minería (artículo 343); Incumplimiento de la obligación de reforestar las cuencas hidrográficas y nacimientos de agua (artículo 344); Indebido aprovechamiento de la fauna y de los recursos ictiológicos (artículos 345 y 346); propagación de enfermeda-

des en los recursos naturales (artículo 347); daño en los recursos naturales (artículo 348); y contaminación ambiental con grave perjuicio para las personas, los animales o los recursos naturales (artículo 349).

"Para la protección de los recursos naturales han sido insuficientes las reglamentaciones administrativas, de ahí que se hace necesario recurrir a las normas penales. Sin embargo, sólo una gran empresa educativa iniciada desde los bancos escolares, puede obtener con pleno éxito que el suelo colombiano sea habitable para las futuras generaciones". Finalmente, conviene advertir que este capítulo del Código Penal es un obligado complemento del Código de Recursos Naturales.

9) El Capítulo Tercero del mismo Título VII crea los delitos contra el régimen fiscal. El artículo 350 se refiere al fraude en la retención de impuestos o aporte; el 351 crea la discutidísima figura de la defraudación tributaria; el 322 la exportación ficticia, y el 353, la obtención fraudulenta y aplicación distorsionada de crédito oficialmente regulado. Creemos que la protección al régimen fiscal es mucho más eficaz a través de las drásticas sanciones administrativas consagradas en la legislación vigente, y por consiguiente, que no es necesario ni conveniente ampliar la ilicitud penal hasta estos terrenos, particularmente si se tiene en cuenta que la configuración del delito depende siempre de la actividad de los funcionarios del ministerio de hacienda, y el país tiene dolorosas experiencias sobre el particular. La cuestión, de todos modos, es extremadamente delicada, y deberá merecer un soverísimo juicio crítico antes de que sobre su inclusión en el Código Penal se tome una decisión.

10) En el Capítulo Cuarto, totalmente nuevo, bajo el epígrafe "de los delitos contra el régimen de las sociedades y de la competencia desleal", se erige una serie de infracciones dirigidas a la protección del régimen legal y estatutario de las sociedades comerciales (artículo 354), que por sus proyecciones y consecuencias deben ser estudiadas con minuciosidad. El artículo 355 sanciona la violación de incompatibilidades comerciales, y el 356, la competencia desleal.

11) El Capítulo Quinto, último de este extenso Título, contiene las disposiciones comunes a todas las materias reguladas anteriormente, entre las cuales cabe destacar el artículo 360, que extiende determinadas penas accesorias a las personas jurídicas, cuando uno de sus representantes, directivos, administradores o dependientes "cometa alguno de los delitos previstos en este Título y en los Capítulos Segundo y Tercero del Título V, con los medios que para tal objeto la misma entidad le proporcione, de modo que se entienda cometido a nombre o en beneficio de ella".

12) En el Título XIII, "Delitos contra la vida y la integridad personal", fuera de algunas modificaciones sistemáticas en los capítulos segundo y tercero del Título V, con los medios que para tal objeto la misma entidad le proporcione, de modo que se entienda cometido a nombre o en beneficio de ella".

12) En el Título XIII, "Delitos contra la vida y la integridad personal", fuera de algunas modificaciones sistemáticas en los capítulos primero (Del homicidio), Segundo (de las lesiones personales), Tercero (del aborto),

debe relevarse el Capítulo Quinto que en los artículos 497 y 498 instituye los delitos de genocidio y terrorismo.

13) En el Título XIV (delitos contra el patrimonio económico), merece destacarse el Capítulo Cuarto, que reglamenta la delincuencia realizada mediante el cheque, y cuyas previsiones son: Giro irregular de cheque (artículo 506); expedición fraudulenta de cheque (artículo 507); transferencia de cheque girado o expedido en forma irregular o fraudulenta (artículo 508); falso endoso (artículo 509); exigencia y aceptación como garantía de cheque expedido fraudulentamente (artículo 510); extinción de punibilidad (artículo 511); exclusión de la acción penal (artículo 512); circunstancia de agravación punitiva (artículo 529;) y modalidad culposa (artículo 530).

Expresamente se dice en las "disposiciones finales" (artículo 535), que las leyes penales actualmente en vigencia, "Tales como las que contienen el Estatuto Penal Aduanero, el Estatuto Penal de Estupefacientes, el Código de Justicia Penal Militar, las normas referentes al régimen penal de la quiebra consagradas en el Código de Comercio y la ley sobre propiedad intelectual, seguirán rigiendo en la medida en que no se opongan a lo dispuesto en este Código".

El artículo 537 dispone que "Los títulos de los artículos no forman parte del respectivo tipo penal. Su finalidad es la de facilitar la consulta del Código". Esta norma es totalmente inútil e inconveniente, puesto que una de las innovaciones importantes del nuevo Código es la titulación de todos sus artículos, no sólo para "facilitar" su consulta, sino para que el título sea la síntesis del contenido fundamental de la norma. Si precisamente en la doctrina se sabe con certeza qué es, en qué consiste el tipo penal, no se ve para qué se incluye en la ley una advertencia como ésta, que parecería más una demostración de arreptimiento por la titulación, que un dispositivo penal.

Mecanismo para la adopción del Código. - Este informe no es en modo alguno un estudio analítico sobre el contenido del Proyecto de Código, pues semejante labor debe quedar como es obvio, para los escritores y tratadistas, y para la jurisprudencia que tendrá material apto y suficiente para elaborar las más avanzadas doctrinas. Aquí nos hemos limitado a verter ligeras consideraciones sobre la parte general del estatuto, que es su esencia doctrinaria y filosófica, y a señalar casi esquemáticamente cuáles son los capítulos nuevos o los nuevos comportamientos humanos que se incorporan como delitos al Código. Hemos señalado también los antecedentes del proyecto, para decir que no podrá tomarse como obra de ningún gobierno ni de ningún partido. En su dispendiosa elaboración tomaron parte juristas de los dos partidos tradicionales, sin que las decisiones que se adoptaron en el seno de las dos comisiones redactoras se vieran nunca influidas por motivos o circunstancias políticas. Se tuvieron en cuenta además, los trabajos que desde hace ya casi quince años viene adelantando la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para América Latina, "pues era importante no desaprovechar el esfuerzo multinacional, ya que Colombia había colaborado y continúa haciéndolo, en tan importante obra. Claro que no se trataba de hacer una copia servil de iniciativas foráneas, sino de acoplar a nuestro medio lo que se estimaba conve-

niente". (Luis Carlos Giraldo). Si se logra la expedición del nuevo Código, será, pues una obra que responde al esfuerzo nacional. El Proyecto es bueno y ha sido procesado y reelaborado por varias comisiones.

En relación con el actual, presenta variaciones, de mayor o menor importancia en casi todo su articulado. No dejará satisfecho a todo el mundo pero podemos asegurar que es uno de los más importantes y técnicos proyectos que se hayan redactado jamás en nuestro país. Desde luego, deberá ser minuciosamente revisado por última vez antes de ser puesto en vigencia, pues, a pesar de todo, deberán corregirse numerosos artículos e instituciones, enmendarse o cuantificarse en mejor forma algunas penas, reelaborarse varios tipos para hacerlos más claros y precisos, y, en fin, será preciso realizar el último esfuerzo para dotar al país de un estatuto moderno y adecuado para cumplir la misión que tiene en cualquier sociedad un Código Penal.

Sería ideal que fuera el propio Congreso, quien expidiera el nuevo estatuto. Esa fue una posibilidad que el suscrito ponente escudriñó repetidamente. Sin embargo, con criterio realista tenemos que admitir las inmensas dificultades que se oponen a esta empresa. En primer lugar, porque la redacción de la ponencia requeriría un término de seis meses, con dedicación exclusiva, pues sólo en esta forma podía realizarse un acabado estudio analítico de todos y cada una de las instituciones del nuevo estatuto. Además, habría que proponer las modificaciones, que son centenares, pues van desde cambio de titulación hasta eliminación de artículos; desde el cambio de una palabra, hasta la reelaboración total en algunos tipos; desde complementación de algunos artículos, hasta su reubicación sistemática; y en fin, una prolongada serie de variaciones que pueden realizarse sólo con tiempo suficiente, o en el seno de una comisión integrada por pocas personas, pero que en el Congreso es casi imposible que puedan lograrse. De otra parte, la sola consideración de que en la Comisión Primera del Senado se está trabajando en el estudio y tramitación de más de quince importantes proyectos de reformas constitucionales, fuera de numerosos proyectos de ley, de gran trascendencia muchos de ellos, nos fuerza a concluir que la mejor vía para el logro de nuestro propósito, sería la de las facultades extraordinarias. Si debiera procederse en esta forma, sería apenas natural que debiera realizarse un extenso y completo debate en la Comisión sobre el contenido del proyecto, puesto que la ponencia no es más que un catálogo de las innovaciones consagradas en él. Igualmente, en materia tan delicada como es la de la creación de las conductas humanas susceptibles de castigo criminal, el Congreso no podría desprenderse totalmente, en forma incondicionada, de sus potestades constitucionales. La iniciativa fué presentada por el gobierno anterior, pocos días antes de la terminación de su período, y hasta el momento de escribir este informe el actual no ha fijado su posición oficial sobre el mismo. Pero como no se han solicitado facultades extraordinarias, la Comisión, en nuestro sentir, no puede ofrecerlas.

Finalmente, debo manifestar que vuestro ponente estará listo para explicar cada una de las instituciones que contiene el Proyecto, lo mismo que

las modificaciones que en su criterio, deben introducirse, y que irá proponiendo en el curso del debate.

Conclusión:

Por lo expuesto, me permito proponer:

"DESE PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY Nº 12/78 "POR LA CUAL SE EXPIDE EL CODIGO PENAL".

Honorables Senadores,

FEDERICO ESTRADA VELEZ

Bogotá, D.E., 21 de septiembre de 1978.

LEGISLACION

ESTATUTO DE SEGURIDAD

(DECRETO Nº 1923 (Septiembre 6-78))

"Por el cual se dicta normas para la protección de la vida, honra y bienes de las personas y se garantiza la seguridad de los asociados".

El presidente de la República de Colombia en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y especialmente de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y considerando:

Que por medio del decreto número 2131 de 1976 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que corresponde al presidente de la República, en relación con la administración de justicia, velar porque en toda la República se administre pronta y cumplidamente, debiendo prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias;

Que igualmente corresponde al presidente de la República conservar en todo el territorio de la Nación el orden público, restablecerlo donde fuere turbado y defender el trabajo que es una obligación social que merece la especial protección del Estado;

Que periódicamente se han venido reiterando y agudizando las causas de perturbación del orden público, que crean un estado de inseguridad general y degeneran en homicidios, secuestros, sedición, motín o asonada, o en prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos encaminados a desvirtuar el régimen republicano vigente o en la apología del delito, actos estos que atentan contra los derechos ciudadanos reconocidos por la Constitución y por las leyes y que son esenciales para el funcionamiento y preservación del orden público.

Que es indispensable adoptar medidas de seguridad para mantener el orden social y la paz en el territorio de la República, y

Que, de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes, decreta:

Artículo 19. — Al que con el propósito de obtener para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos, o con fines puramente políticos o de publicidad, prive a otro de su libertad, planee, organice o coordine tales actos, se le impondrá pena de presidio de ocho a doce años.

Quien o quienes secuestren a las personas y para realizar el delito, o en el curso de su ejecución o consumación, les causen lesiones o las sometan a torturas, o las obliguen a actuar contra su voluntad y exijan dinero u otras condiciones para darle libertad, incurrirán en presidio de diez a veinte años.

Si por causa o con ocasión del secuestro se produce la muerte de la persona secuestrada o de terceros, la pena de presidio será de veinte a treinta años.

A los sindicados o condenados por el delito de secuestro no les será aplicable, en ningún caso, la suspensión de la detención preventiva o de la pena.

Artículo 29. — Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos u órganos de la soberanía, quedarán sujetos a presidio de ocho a catorce años y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Los que simplemente tomen parte en la rebelión como empleados de ellas con mando o jurisdicción militar, política o judicial, quedarán sujetos a las dos terceras partes de las sanciones indicadas en el inciso anterior. Los demás individuos comprometidos en la rebelión incurrirán en las mismas sanciones, disminuidas en dos terceras partes.

Artículo 39. — Los que integren bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas e invadan o asalten poblaciones, predios, haciendas, carreteras o vías públicas causando muertes, incendios o daños en los bienes, o por medio de violencia a las personas o a las cosas cometan otros delitos contra la seguridad e integridad colectivas, o mediante amenazas se apoderen de semovientes, valores o de cualquier cosa mueble ajena u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos o establezcan contribuciones con el pretexto de garantizar, respetar o defender la vida o los derechos de las personas, incurrirán en presidio de diez a quince años.

Artículo 49. — Los que en los centros o lugares urbanos causen o participen en perturbaciones del orden público, o alteren el pacífico desarrollo de las actividades sociales, o provoquen incendios, y en tales circunstancias supriman la vida de las personas, incurrirán en presidio de veinte a veinticuatro años. Si solo ocasionan lesiones a la integridad de las personas, la pena será de uno a diez años.

Cuando los hechos previstos en este artículo no atenten contra la vida o integridad de las personas, la sanción será de uno a cinco años de prisión.

Artículo 5º. — Los que provoquen daños en los bienes mediante la utilización de bombas, detonantes, explosivos, sustancias químicas o inflamables incurrirán en prisión de dos a seis años.

Si como consecuencia de los hechos descritos en el inciso primero del presente artículo se ocasionare la muerte de una o más personas, la pena será de veinte a veinticuatro años de presidio.

Si solo causaren daños a la integridad personal, la pena será de cuatro a diez años.

Las penas de que trata el presente artículo se aumentarán en una tercera parte si los autores ocultaren su identidad mediante el uso de máscaras, antifaces, mallas u otros elementos destinados a ocultar su identidad o en las circunstancias utilizaren armas de fuego.

Artículo 6º. — Quien o quienes por medio de amenazas o violencias, o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, obliguen a otro a entregar, enviar, depositar, o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirán en presidio de cuatro a diez años. En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

Artículo 7º. — Se impondrá arresto inconvertible hasta por (un año), a quien o quienes:

a) Ocupen transitoriamente lugares públicos, o abiertos al público, u oficinas de entidades públicas o privadas, con el fin de presionar una decisión de las autoridades legítimas, o de distribuir en ellas propaganda subversiva o de fijar en tales lugares escritos o dibujos ultrajantes o subversivos o de exhortar a la ciudadanía a la rebelión;

b) Inciten a quebrantar la ley o a desobedecer a las autoridades o desatiendan orden legítima de autoridad competente;

c) Usen injustificadamente máscaras, mallas, antifaces u otros elementos destinados a ocultar la identidad o alteren, destruyan u oculten las placas de identificación de los vehículos;

d) Omitan sin justa causa prestar los servicios públicos a que estén obligados, o el auxilio que se les solicite por la autoridad o por quien, amenazado en su vida o en sus bienes, lo requiera;

e) Porten injustificadamente objetos utilizables para cometer infracciones contra la vida e integridad de las personas, tales como armas de fuego, puñales, cuchillos, machetes, varillas, tacos, piedras, botellas con gasolina, mechas, sustancias químicas o explosivos;

f) Impriman, almacenen, porten, distribuyan o transporten propaganda subversiva;

g) Exijan dinero o especies con destino a actividades ilegales, para permitir el tránsito de las personas, bienes o vehículos e impidan la libre circulación de unos u otros.

Artículo 8º. — Mientras subsista la perturbación del orden público, el alcalde del Distrito Especial de Bogotá, los gobernadores, intendentes y comisarios en las capitales de las respectivas secciones y los alcaldes municipales podrán decretar el toque de queda, prohibir o regular el expendio y consumo de bebidas embriagantes y las manifestaciones, desfiles y reuniones públicas.

Los alcaldes municipales darán inmediato aviso del hecho al gobernador, intendente o comisario.

Artículo 9º. — La justicia penal militar, mediante el procedimiento de los consejos de guerra verbales, además de la competencia que le está atribuida por disposiciones legales vigentes, conocerá de los delitos a que se refieren los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, y 6º, y, además, de los que se cometan contra la vida e integridad personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y contra civiles al servicio de las mismas y contra miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), encuéntrense o no en actos del servicio, y contra los funcionarios públicos por razón de su investidura o por causa del ejercicio de sus funciones.

Artículo 10º. — El que sin permiso de autoridad competente fabrique, almacene, distribuya, venda, transporte, suministre, adquiera o porte armas de fuego, municiones o explosivos, incurrirá en arresto hasta por un año y en el decomiso de dichos elementos.

Si el arma de fuego o la munición fuere del uso privativo de las Fuerzas Militares, el arresto será de uno a tres años, sin perjuicio del correspondiente decomiso.

Artículo 11º. — Las sanciones de que tratan los apartes a y b del artículo 7º y el artículo 10º serán aplicadas por los comandantes de Brigada, Fuerza Naval o Base Aérea, de conformidad con el siguiente procedimiento:

Se oír en descargos al contraventor dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento de los hechos, diligencia para la cual deberá estar asistido por un apoderado.

A partir del día siguiente al de esta diligencia, empezará a correr un término de cuatro días para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el inculcado o su apoderado u ordenadas por el funcionario.

Si dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento de los hechos no hubiere sido posible oír en descargos al contraventor por no haber comparecido, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante dos días en la ayudantía del Comando de Brigada, Fuerza Naval o Base Aérea, según el caso.

Si vencido este plazo no compareciere, se le declarará contraventor ausente y se le nombrará defensor de oficio a un abogado para que actúe hasta la terminación de la investigación.

Transcurridos los anteriores términos se dictará la correspondiente resolución escrita y motivada, en la cual se harán constar la identificación del contraventor, el hecho que se le imputa, la sanción que se le impone y el lugar donde deba cumplirla, si se le declara responsable, y si se le exonera del cargo y estuviere capturado, será puesto inmediatamente en libertad.

Los términos fijados en este artículo se ampliarán hasta el doble, si los contraventores fueren cinco o más personas.

La resolución a que se refieren las disposiciones anteriores de este artículo será notificada personalmente al contraventor o al defensor de oficio, según el caso, y contra ella solamente procederá el recurso de reposición, el cual debe ser interpuesto dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación y resuelto dentro del subsiguiente día.

Artículo 12º. — Las sanciones de que tratan los apartes c, d, e, f, y g del artículo 7º serán impuestas por los comandantes de estación de Policía con grado no inferior al de Capitán, quienes conocerán a prevención, mediante el procedimiento señalado en el artículo anterior. En los lugares donde no existan dichos comandantes conocerán los alcaldes o inspectores de Policía, respectivamente.

Artículo 13º. — Mientras subsista la perturbación del orden público no podrán transmitirse por las estaciones de radiodifusión y por los canales de televisión informaciones, declaraciones, comunicados o comentarios relativos al orden público, al cese de actividades o a paros o huelgas ilegales, o noticias que inciten al delito o hagan su apología.

El Ministerio de Comunicaciones mediante resolución motivada, contra la cual solo procede el recurso de reposición, sancionará las infracciones a que se refiere este artículo, de conformidad con las normas pertinentes de la ley 74 de 1966 y el decreto 2.085 de 1975.

Artículo 14º. — Facúltase al Ministerio de Comunicaciones para que de conformidad con el artículo 5º del decreto 3418 de 1954, recobre transitoriamente, en favor del Estado, el dominio pleno de algunas o de todas las frecuencias o canales de radiodifusión explotadas por particulares, en la medida que sea necesario para conjurar la perturbación del orden público y restablecer la normalidad.

Las licencias para la prestación de los servicios de radiodifusión que recobre el Estado colombiano se entenderán suspendidas temporalmente.

Artículo 15º. — Las penas de que tratan los artículos 209, 210, 211, 212 y 213 del Título V del Libro 2º, del Código Penal sobre asociación e instigación para delinquir, serán de uno a ocho años de prisión.

Artículo 16º. — Este decreto rige desde su expedición y suspende las disposiciones legales que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 6 de septiembre de 1978. El ministro de Gobierno, **Germán Zea Hernández**. El ministro de Relaciones Exteriores, **encargado, Carlos Borda Mendoza**. El ministro de Justicia, **Hugo Escobar Sierra**. El ministro de Hacienda y Crédito Público, **Jaime García Parra**. El ministro de Defensa Nacional, **Luis Carlos Camacho Leyva**. El ministro de Agricultura, **Germán Bula Hoyos**. El ministro de Trabajo y Seguridad Social, **Rodrigo Marín Bernal**. El ministro de Salud, **Alfonso Jaramillo Salazar**. El ministro de Desarrollo Económico, **Gilberto Echeverri Mejía**. El ministro de Minas y Ener-

gía, **Alberto Vásquez Restrepo**. El ministro de Educación Nacional, **Rodrigo Lloreda Caycedo**. El ministro de Comunicaciones, **José Manuel Arias Carrizosa**. El ministro de Obras Públicas y Transporte, **Enrique Vargas Ramírez**. El jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, **Alvaro Pérez Vives**.

En Sentencia de octubre 31/78, la Corte declaró ilegal el artículo 12º, por lo que se declaró la nulidad de la misma; en la Corte fue 1985

COMENTARIO

LOS DELITOS POLITICOS FRENTE AL ESTATUTO DE SEGURIDAD

Por: RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE

"Si la justicia no es democrática es entonces política: he aquí el problema más importante de la criminología. Y en efecto, si los procesos sociales de formación de la ley penal, de elaboración de las sentencias y de acceso a las prisiones se encuentran sobornados por el status, las cárceles no albergan presos comunes, sino prisioneros políticos. Si la justicia tiene dueño, es decir si es antidemocrática se ha alterado la naturaleza de toda detención, y automáticamente la distinción tradicional entre presos políticos y presos comunes ha perdido radicalmente su relevancia".

CARLOS VILLALBA - "La justicia sobornada".

A partir de la Revolución Francesa (1789), influenciada por el iluminismo y el Enciclopedismo, el delito político ha recibido un tratamiento diferente al que se ha deparado a los llamados delitos comunes. Esta ha sido una constante en los estados demo-liberales.

La explicación de este tratamiento diferencial, se halla en los móviles que acompañan al delito político: esto es, fines de mejoramiento que deberán redundar en beneficio de la comunidad en general. Los motivos de su delincuencia no son motivos antisociales, como sí lo son en los delitos comunes. El propio Código Penal Militar lo califica como un delito "con fines nobles y altruistas".

Si se establece esta diferenciación entre dos clases de delitos (políticos y comunes), de perogrullo resulta esperar un tratamiento penológico diferente.

Así vemos, como en el libro Segundo, título II del Código Penal, "Delitos contra el Régimen Constitucional y Contra la Seguridad del Estado", el capítulo primero trata del delito de rebelión y establece como sanción seis meses a cuatro años de prisión. (Art. 139).

Y posteriormente en el artículo 141, afirma: "Los rebeldes no quedarán sujetos a responsabilidad por las muertes o lesiones causadas en el acto de un combate...". Es decir, que declara una exención de responsabilidad, en el caso de llevarse a cabo homicidio o lesiones, siempre y cuando sea en combate.

El tribunal superior de Medellín, sin embargo, ha interpretado ampliamente el artículo en comento, en especial lo que se refiere a la palabra "combate", y al respecto ha dicho:

"Lo que procura la ley con la inclusión condicionante de estar por fuera o por dentro de un combate es el evitar que personas inocentes, alejadas por completo de la rebelión, sin el más mínimo comportamiento de excitación o de enfrentamiento a los rebeldes, se involucren en conducta tal y reciban sus ejecutores un tratamiento de extrema benignidad, al punto de reconocerse una exención de responsabilidad. Pero cuando sucede todo lo contrario, esto es, cuando la agresión (lesiones graves u homicidio) se dirigen en contra de quien ostenta y ejecuta un papel de contradictor permanente de los rebeldes, bien puede señalarse la realidad de un combate, al menos entendido como lo quiere en el fondo del legislador y un poco distante de la común interpretación del corporal, directo y conjunto enfrentamiento, concepto inadecuado para la figura comentada"¹.

Concluimos diciendo que en el Estado de Derecho se sanciona en forma benigna el delito político, dadas sus connotaciones altruistas.

Pero la práctica judicial nos muestra como todo es vaná teoría. Y así vemos que al institucionalizarse el Estado de Sitio, y con él las facultades extraordinarias al ejecutivo se han entronizado los llamados consejos verbales de guerra, para el juzgamiento de civiles. Práctica violatoria del Art. 170 de la Constitución Nacional que restringe dichos tribunales para juzgar "delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

Viola también el Art. 58 de la misma codificación, pues allí se señala taxativamente quienes han de administrar justicia, siendo éstos los jueces naturales hasta tanto no sea modificada la constitución. Dicho procedimiento pugna, también, con el Art. 26 de la C.N. ya que todo ciudadano debe ser juzgado por el tribunal competente².

1, Providencia de Febrero 10 de 1975. Magistrado ponente: Gustavo Gómez Velásquez. Revista Estudios de Derecho; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Segunda época. Septiembre de 1977. Nº 92, p. 465.

2 A este respecto puede verse el análisis hecho por Antonio Vicente Arenas en Veinte Años de Estado d Sitio: El Mito de la Justicia Penal Militar. Versión mimeográfica U. de A.

Este desconocimiento del delito político, como realidad jurídica, ha venido a ser complementado con el llamamiento a juicio en los consejos verbales de guerra, a los comandos guerrilleros de las Farc (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), ELN (Ejército de Liberación Nacional), EPL (Ejército Popular de Liberación), no por los delitos de rebelión y sedición, como ha debido hacerse sino por el delito de asociación para delinquir que trata el libro II título V del Código Penal.

¿Qué se busca al considerar el delito político de rebelión como si fuese el delito común de asociación para delinquir? Se busca la retaliación y el sancionar en forma ejemplarizante, pues la pena para este último delito no es prisión sino presidio y oscila entre 5 y 14 años.

He aquí la justeza del aserto lanzado con anterioridad: La práctica judicial (no la de los jueces naturales) desconoce la diferencia, tanto en su fundamentación como en la sanción que existe entre el delito político y el delito común.

Esta negación del delito político ha sido posible gracias a una serie de leyes que van sustrayendo de la jurisdicción ordinaria cada día más y más delitos, para colocarlos bajo la férula de la justicia penal militar.

Ante la ineptitud para combatir las causas que generan la delincuencia, el gobierno nacional se refugia en los brazos "fuertes" de la justicia castrense, menoscabando la justicia ordinaria so pretexto de su lenidad. Empero, cabría preguntar: ¿acaso los procedimientos sumarísimos, como los que establecen los Decretos 2195 y 2260 de 1976 y el 2004 de 1977, donde las sanciones son impuestas por los comandantes de brigada y contra la cual solo habrá recurso de reposición, no son la instauración de la más desembozada dictadura civil? ¿Dónde quedan, pues, las garantías sociales y los derechos individuales que consagra la Constitución Nacional? Quedan ahí, plasmados en la Constitución; son letra muerta.

Precisamente dentro de esta perspectiva que progresivamente va arrebatando competencia a la jurisdicción ordinaria, el gobierno nacional con inusitado despliegue publicitario, dio a conocer el Decreto 1923 de septiembre 6/78, mal llamado "Estatuto de Seguridad".

La opinión pública ha tenido conceptos encontrados respecto al estatuto en cuestión; sin embargo, el consenso general se inclina por un rechazo radical, dadas sus implicaciones antidemocráticas e inconstitucionales.

Inconstitucional, pues el ejecutivo invade una esfera de competencia propia de la rama legislativa. El Art. 76 de la C.N. señala:

"Corresponde al congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

1. Interpretar...
2. Expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y **reformular sus disposiciones**". (Subrayado extra texto).

Precisamente esto es lo que ha hecho el Estatuto de Seguridad. Ha reformado el Art. 139 del Código Penal. Pero ¿Qué ha reformado? La Penalidad.

Habíamos visto que el delito de rebelión (Art. 139 C.P.) se sanciona con una pena de 6 meses a 4 años de prisión. Ahora, el Estatuto de Seguridad sanciona el mismo delito con una pena que oscila entre 8 y 14 años de **presidio**. (Decreto 1923 de 1978, Art. 29).

Es decir, que ya tanto de hecho (así se venía haciendo) como de derecho, el delito de rebelión no existe. Al menos como delito político. Ya que éste, el delito político por excelencia, desaparece del derecho colombiano como tal y el individuo que obra por motivos sociales será juzgado y penado como cualquier delincuente común.

De un plumazo ligero se ha borrado un principio inquebrantable en el Estado de Derecho y se han truncado siglos de civilización.

Pero sigamos observando qué nuevas reformas se introducen al Código Penal.

Eleva la pena del delito de secuestro a **30 años de presidio**, "...si por causa o por acción del secuestro se produce la muerte de la persona secuestrada o de terceros". (Art. 19).

Es decir, que reforma el Art. 45 del C.P., parte general, que señala como duración máxima de la pena de presidio, 24 años. Rebasa el límite que dicho artículo fija a la pena de presidio.

Modifica la pena para la extorsión, Art. 406 C.P. El Código la establece entre 8 meses y 5 años de prisión; el estatuto la eleva: 4 a 10 años de **presidio**. Dichas modificaciones tienen incidencia, para efectos de solicitar la aplicación de una condena o libertad condicional por parte del sindicado o de su defensor.

En su Art. 99 el Estatuto ensancha más el ámbito de competencia de la "justicia" Penal Militar, afirmando que "...además de la competencia que le está atribuida por disposiciones legales vigentes, conocerá de los delitos a que se refieren los artículos 19, 29, 39, 49, 59, y 69 (del mismo Estatuto) y además de los que se cometan contra la vida e integridad personal de los miembros de las fuerzas armadas y contra civiles al servicio de las mismas y contra miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) **encontrándose o no en servicio activo...**" (subrayado extratexto).

Viene a ser un complemento del Decreto 070 (debería ser más bien: 007 "licencia para matar", o diciéndolo con un eufemismo, concede patente de corso a la fuerza pública) que reforma el Art. 25 del C.P., al considerar como causal de justificación el hecho cometido por la fuerza pública, para prevenir y reprimir los delitos de extorsión, secuestro y tráfico de estupefacientes. Se resucita la pena de muerte, así la Constitución Nacional (Art. 29) prohíba al legislador imponerla en todo caso (A. L. N° 3 de 1910, Art. 39).

Al respecto creemos pertinente transcribir apartes del concepto de la Procuraduría que textualmente anota: "Quiere esto decir que la fuerza pública puede lesionar, sin incurrir en delito, la vida, la integridad personal, la libertad individual, el domicilio, la privacidad de la correspondencia, la privacidad y aún la honra de las personas" y más adelante agrega: "Expone

todos los bienes jurídicos protegidos por el legislador y a todos sus titulares sin excepción a la acción arbitraria de la fuerza pública". 3.

Olvidan que, como dijo Carlos Lozano y Lozano, "En el Estado de Derecho aún el delincuente goza de garantías". Precisamente esas garantías están siendo cercenadas día a día. Porque existen las garantías procesales y para purgar una pena es necesario haber sido oído y **vencido en juicio** y no en **combate** como lo pretende el Decreto 070.

Con los Decretos 070 de 1977 y 1923 de 1978 se viola el Art. 16 de la Constitución Nacional, pues "las autoridades de la república están instituidas para **proteger** a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes".

Como lo expresa el maestro Ferri, la ley debe aplicarse "por medio de la sentencia, no por ejercicio platónico y académico sino por la función social y práctica de hacer servir el derecho a la vida, y en el campo criminal de evitar que sean condenados los inocentes". Posteriormente señalaba "La sociedad debe seguramente ser defendida del morbo de la criminalidad, mas el inocente debe estar a buen recaudo de la desventura no merecida de un error judicial, y en el culpable, aún sometiéndolo a la sanción preestablecida para el delito cometido no puede desconocerse el respeto debido a la personalidad humana" 4.

Tratar de combatir la criminalidad con el fácil expediente de aumentar las penas e instaurando procedimientos sumarisimos, es engañar a la opinión pública. Pues aumentar las penas con una administración de justicia y un sistema carcelario que no las puede hacer cumplir, no equivale a modificación alguna en el campo de la delincuencia y en cambio posibilita la comisión de arbitrariedades.

El gobierno debe atender a las causas generadoras de la delincuencia política, tales como la deficiencia en la organización administrativa y sus vicios inherentes o, como lo señala Conti, debido a la "desarmonía entre las necesidades reales y la manera como a ellas atiende el ordenamiento jurídico".

En el Art. 4º se establece la llamada responsabilidad objetiva. Pues si en el desarrollo de la actividad que allí se tipifica se "ocasionan lesiones a la integridad de las personas la pena será de 1 a 10 años" (de presidio).

El tratamiento en el Código Penal es bien diferente (libro segundo, título XV, capítulo 2º), ya que allí señala diversas penas según sea la gravedad de la lesión producida; de eso depende la mayor o menor penalidad; pero no sanciona en forma genérica como lo hace el Decreto 1923.

En el Estatuto se usan expresiones que no tienen ninguna connotación jurídica tales como "propaganda subversiva", "escritos o dibujos ultrajantes o subversivos" (Art. 7º). ¿A quién compete la calificación de subversivo o

ultrajante? Constituye una grave amenaza el hecho de que cualquier material escrito puede ser calificado como tal por cualquier militar ignorante.

Esto nos coloca frente a un tipo abierto o indeterminado; es decir aquel que contiene una conceptualización demasiado amplia o genérica de la conducta, dando con ello lugar a un excesivo margen discrecional al funcionario que debe aplicar la disposición, hasta el punto de permitir que la arbitrariedad se cometa a diario.

Ya Welzel había señalado que esta clase de tipificaciones constituyen el mayor peligro contra la libertad y la seguridad. (Peligro que bien podría ser el totalitarismo).

Y, Ricardo C. Núñez, hablando del tipo como garante de la libertad individual afirma:

"El sentido jurídico de la regla *nullum crimen sine lege*, que tiende a señalarle a los individuos cuales son las actividades o inactividades suyas que los harán posibles de castigo, exige que la previsión del hecho se haga específicamente por medio de la definición del nombre de la acción u omisión punible. Carece de esta especificación necesaria la figura legal que prescindiendo, en su definición del hecho, de enunciar particularmente o a través de un nombre, la manera de ser de la conducta humana, sólo alude a lo punible mediante una valoración de la calidad de aquella, incluyendo así, en la punibilidad, todas las acciones u omisiones, **indeterminadas** en su individualidad concreta que merezcan semejante calificación. De este vicio padecería la ley que se limitara a castigar al que cometiera una acción ilícita o inmoral, o al que cometiera una acción contraria a un determinado interés, por ejemplo "el sano sentimiento popular u orden" (Subrayado extratexto) 5.

El artículo primero prohíbe la suspensión preventiva cuando se trata del delito de secuestro. El Código de Procedimiento Penal autoriza la suspensión de la detención preventiva, en las mismas circunstancias en que viable el aplazamiento de la ejecución de la pena (Art. 673); a causa del embarazo y por enfermedad grave del sentenciado o una de sus ascendientes o descendientes. Consideramos inhumano y cruel prohibirlo en determinados casos cuando el código lo permite indistintamente.

El procedimiento que se señala para sancionar los delitos que trata el Estatuto de Seguridad, competen unos a la Justicia Penal Militar mediante los consejos verbales de guerra y otros a los comandantes de policía.

En síntesis, es la entrega del poder jurisdiccional a la justicia castrense, que en la práctica por su torpeza, ha demostrado ser muy eficiente para una cosa: no permitir defensa alguna al sindicado por una serie de factores que amalgamados la hacen imposible.

3. Citado por Humberto Criales de la Rosa en "El Marco Jurídico de una política Represiva". Documentos Políticos Nº 131, Mayo-Junio 1978. Bogotá, p. 112.
4. Ferri, Enrico. Defensas Penales. 3ª Ed. Bogotá, Ed. Temis, 1974, pp. 40-64.

5. Núñez, Ricardo C. Derecho Penal Argentino, Parte General, Tomo I. Ed. Bibliográfica, Argentina, 1959, p. 109, Buenos Aires.

En primer lugar, la brevedad en los términos para la instrucción de los procesos "...oirá en descargos al contraventor dentro de las 24 horas siguientes al de esta diligencia (se refiere a la anterior) empezará a correr

El período de tiempo para solicitar pruebas y sustentar las alegaciones es muy corto; lo que hace presumir la ineficacia de éstas "a partir del día siguiente al de esta diligencia (se refiere a la anterior) empezará a correr un término de 4 días para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el inculcado o su apoderado y ordenadas por el funcionario".

Además, sólo habrá lugar al recurso de reposición, "el cual debe ser interpuesto dentro de las 24 horas siguientes a la notificación y resuelto dentro del subsiguiente día".

Es decir, que en menos de ocho días, mediante este procedimiento rápido el más bueno de los ciudadanos puede resultar enviado a prisión hasta por tres años!

No sobra señalar, como otros factores que impiden la justa defensa que debe tener todo implicado en un proceso, el carácter jerárquico que existe en el ejército, no siendo posible el ejercicio de una justicia consciente, pues la verdad nada conoce de rangos y no inclina su cerviz ante el superior; como si necesariamente deberá hacerlo el vocal (jurado) de menor rango, ante el presidente de una corte marcial. Así funcionan en la práctica los Consejos Verbales de Guerra.

No podríamos desconocer la idoneidad de los militares en el manejo de las armas, pero consideramos que no tienen la suficiente preparación jurídica e imparcialidad como para asumir la delicada misión de administrar justicia, en delitos que precisamente son ellos quienes combaten con las armas; a quien el ejecutivo mediante esta concesión de competencia, les entrega con las manos atadas para que los juzguen en sus cortes marciales, en forma retaliativa, desembocando en procedimientos autoritarios y despóticos.

Para cerrar con broche de oro el estatuto de marras establece la censura de prensa (Art. 13), coartando con esto la libertad de prensa e información a que tiene derecho la opinión pública: Derechos consagrados expresamente en la Constitución Nacional.

De lo brevemente expuesto, podemos concluir que así el Ministro de Gobierno en su alocución televisada para presentar el Estatuto haya afirmado que "al expedir este estatuto, el gobierno ha querido mantenerse rigurosamente dentro de los cauces de la legalidad, con respeto pleno al orden jurídico y a las normas que configuran el Estado de Derecho que ha imperado en Colombia" y posteriormente agregaba que el Estatuto "...no lesiona ni los derechos civiles ni las garantías sociales de que trata el título tercero de la Constitución Nacional y sólo es aplicable a quienes delincan"; (habría que recordarle la frase de Carlos Lozano y Lozano citada anteriormente), nosotros lo consideramos el mayor esperimento jurídico que se haya podido conocer.

JURISPRUDENCIA

FALSEDAD EN INSTRUMENTOS NEGOCIABLES Y ESTAFA

Quien falsifica un cheque y lo usa según su propia ley de circulación sin empleo de adicionales maniobras engañosas, sólo responde por el delito de Falsedad y no por concurso de delitos entre ésta y la estafa. El cheque es un instrumento privado cuya falsedad no es punible sino uso, engaño y perjuicio al menos potencial. Estos son elementos de la falsedad documental privada y por consiguiente, el uso no puede tenerse en cuenta doblemente para configurar un nuevo delito contra la propiedad.

DR. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA

"Los hechos que dieron lugar a la formación del sumario fueron fielmente resumidos por el señor juez a quo * de la siguiente manera:

"El señor Dayro Antonio Valencia Betancur, que dijo obrar en representación de la firma "Estampados Glamour Ltda." de esta ciudad, compareció ante la Inspección de Permanencia N° 4 de esta ciudad, con el fin de denunciar la comisión de algunas ilicitudes que se venían presentando en esa factoría desde tiempo atrás, sin que pudiera señalar a persona determinada, pero supuso que los autores deben ser "...empleados de la misma empresa..." (Fls. 19). Añadió que el hecho más reciente tuvo ocurrencia el veintiseis de noviembre del año próximo pasado cuando le fue sustraído al señor Alfonso

* Se refiere el Honorable Tribunal al titular del Juzgado Primero Superior, a la fecha, octubre 21 de 1977, Dr. FERNANDO CORONADO RAMIREZ, hoy Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Torres el cheque N° 408019 por valor de cuatrocientos cuarenta y nueve pesos con cuarenta y nueve centavos, el que obra en el expediente, girado a nombre de Mario Piedrahíta quien había autorizado al primero para reclamarlo en la fábrica. Ante esta situación se asesoraron de agentes secretos del F-2, quienes luego de algunas averiguaciones constataron que el título-valor había sido cambiado en una agencia de Envigado por Horacio de Jesús Colorado Colorado, empleado de esa misma empresa". (Fls. 37 y 38 del cuaderno duplicado.

El señor juez estimó configurado el delito de "falsedad en documentos" por fingimiento de firma en el endoso de un título-valor o instrumento negociable. Pero consideró, con razón, que esta infracción no concurría con el delito de "estafa", porque el agente se había limitado a utilizar el instrumento según su propia ley de circulación y sin el empleo de adicionales maniobras engañosas, medio típico de la estafa y sin la cual ésta no puede configurarse. Dijo el señor juez y lo admite la Sala:

"Se encuentra establecido, igualmente, que Colorado Colorado obtuvo, sin causa alguna, un beneficio pecuniario equivalente al daño sufrido por el denunciante. Estaremos en frente, además, de un delito contra la propiedad, de una estafa? Para la tipificación de este delito se requiere, como elemento esencial, que el agente determine la erogación por medio de engaños, de maquinaciones más o menos ingeniosas, de una mise en scene, en términos de la doctrina.

"No existe en nuestro medio un escrito que despierte más desconfianza, que llame más a cuidados que un cheque. "No se aceptan vales ni cheques", es una frase profusamente fijada en bares y cantinas de nuestras ciudades. Lo cierto es que pese a la gravedad de las penas con que el legislador ha tratado de proteger estos escritos llamados a reemplazar la moneda circulante, ni desde el punto de vista legal, ni en la consideración social ha logrado ese cometido, ni gozan del respeto y la confianza de los billetes oficiales. El instrumento, pues, más que inspirar confianza, llena de sobresaltos y cavilaciones al destinatario.

"Para obtener el cambio del título-valor el sindicado no se valió de aparato alguno, no desplegó conducta alguna con miras a llenar de confianza el cambiante, no hizo alarde de ocurrencia ni más ni menos aparatosa como sería el fingimiento de riqueza y buen crédito, el trocambio de líneas telefónicas para suministrar datos falsos; era conocido del señor Pedro Nel Sánchez pero no puede afirmarse que las relaciones anteriores fueron predestinadas por Colorado C. para engañarlo en el caso de la especie.

"Recientemente el H. Tribunal Superior, con ponencia del H. Magistrado Dr. Juan Fernández Carrasquilla, resolvió un caso similar en los siguientes términos:

"...Nadie falsifica un cheque por falsificarlo sino precisamente para usarlo en el tráfico jurídico de bienes y servicios en procura de un provecho económico. Y aunque la ley asimila la penalidad de la falsedad que recae sobre documentos negociables a la que recae sobre documentos públicos, no cabe duda que el cheque sigue siendo en su estructura un documento típicamente

privado, pues en su elaboración no se advierte la intervención de ningún funcionario público en ejercicio de sus atribuciones. Y como no hay falsedad pura, sino que necesariamente el delito de falsedad requiere el uso y en los documentos privados este uso es representativo de un ilícito provecho económico, se tiene que el último elemento integrante del injusto contra la fe pública, al menos cuando se surte, produce o alcanza con el mero uso del instrumento, sin ninguna maniobra adicional de engaño. Es que la noción de falso documental comporta la idoneidad para engañar, como lo connotaba ya CARRARA, razón por la cual algunos autores piensan con muy buenas razones, que la falsedad en documentos privados no es más que una estafa especialmente reprimida que no concurre por tanto con la estafa genérica. Pero es dable admitir, frente a instrumentos negociables o títulos-valores, el concurso con el delito de estafa, pero sólo cuando además de los elementos fácticos de la primera ilicitud se dan en el caso los de la segunda. Como el cheque de sujetos desconocidos, y más aún el de los mal afamados, no despierta en el comercio sino desconfianza, es absurdo seguir presumiendo que tiene por sí sólo potencialidad estafadora. Pero si el sujeto se vale de especiales artificios, como ser la falsa identificación o las suplantadas referencias, para hacer entrar en circulación el espurio instrumento, entonces sí cabe predicar la configuración de ambas infracciones...". (Fls. 42 y 43, c.d.).

En realidad de verdad falta en este caso el medio típico de la estafa y por tal no puede tenerse el falso cheque porque es documento privado cuya falsedad no es punible sin uso, engaño y perjuicio al menos potencial. Siendo así que sin uso no hay engaño posible y sin engaño no puede haber perjuicio, estos tres elementos son integrantes del injusto de falso documental privado y no pueden tenerse en cuenta doblemente para configurar también un delito contra el patrimonio económico. Las dos figuras están en relación de género a especie y prevalece desde luego el tipo especial sobre el general. No puede haber concurso delictual si uno de los hechos se deja subsumir en el otro, o si uno de ellos es elemento constitutivo del otro. De otra parte, la asimilación legal entre instrumentos negociables y documentos públicos no es ni puede ser en cuanto a su esencia, pues la ley penal no puede transmutar la naturaleza de los hechos jurídicos por ella presupuestos o mentados. Tampoco hay asimilación en cuanto a la pena, porque las sanciones del artículo 233 son muy distintas de las del artículo 231, aunque allí mismo no mencione la falsedad en documentos públicos sin abuso de funciones por parte de un agente que es funcionario público o un particular. Esta parcial equiparación sólo responde a la ágil ley de circulación de los instrumentos negociables, cuyas firmas se presumen auténticas a fin de que cumplan su específica función mercantil. Pero es obvio que el público no tiene la misma fe en un cheque particular que en un documento público. Este es un dato real de cuya evaluación no puede prescindirse, al menos si se pretende que el derecho se acomode a la realidad y no a la inversa. Tan grave es la punición de la falsedad en instrumentos negociables, que bien puede pensarse que la ley ha subsumido en ella tanto la actividad falsaria (aspecto formal como sus eventuales resultados patrimoniales (aspecto material). Si se hubiera querido re-

primir por aparte el uso, así lo habría dispuesto el legislador, que sin embargo calló sobre el particular. Si, en cambio, se agravó por el uso la responsabilidad del falsificador de un documento privado, esto no puede deberse sino a la consideración de que la pena del artículo 240 era insuficiente para reprimir adecuadamente todos los daños posibles.

En la actividad de administrar justicia son las teorías las que deben ser puestas al servicio de la justicia y no ésta al servicio de aquéllas. Si la justicia material ha de prevalecer sobre el tecnicismo, entonces al intérprete no le es dable, con meras construcciones hermenéuticas, agravar la penalidad de un hecho que de suyo está ya bastante gravemente reprimido. La justicia de la pena estriba en su necesidad y ésta depende de que sea proporcional al mal del delito. Una sanción exagerada no es necesaria ni por lo tanto justa. Y el juez, que es encarnación de la justicia material más que del formalismo legal, por más que esté limitado por el marco objetivo de la ley, no puede pretermitir la justicia so pretexto de interpretar técnicamente una disposición en desmedro de la debida proporción entre delito y pena. Otra cosa puede suceder cuando se presente la situación inversa, es decir, cuando la punibilidad resulte benigna y por tanto insuficiente para la represión del hecho y su subsiguiente control social, porque entonces la justicia ha de ser nuevamente un correctivo a través de la actuación judicial. Si así no fuera, entonces la labor del juez sería meramente silogística y mecánica, no valorativa y creadora, como hoy se admite sin discusión que es. Y la verdad es que si se comparan las penas establecidas en el Código Penal para diversos hechos, fácilmente se advierte que la punición de la falsedad en instrumentos negociables es muy drástica —sin duda por la importancia que invisten en el moderno tráfico jurídico— pues consiste en pena de presidio no inferior a dos años. En cambio, la estafa genérica, cuyos ardis pueden ser en la práctica mucho más persuasivos y sutiles que la simple confección de un cheque por fingimiento de letras y firmas, está reprimida con un mínimo de un año de prisión, pena que se puede doblar si la cuantía fuere superior a diez mil pesos, pero que aún así doblada no equivale a dos años de presidio (pues éstos representan tres de prisión). Si, entonces, un sujeto pone en circulación un falso cheque de mil pesos, que él mismo falsificó, su pena será de dos años de presidio, incrementada en la proporción del artículo 33 si se atiende la tesis tradicional del concurso real, quedando así privado, entre otras cosas, del subrogado de la condena condicional. En cambio, el timador refinado, que se vale de aparatosos medios engañosos para lograr el ajeno error y tras éste la desposesión de la víctima, que emplea por tanto en el delito mayor esfuerzo, mayor capacidad y mayor laboriosidad, puede causar un perjuicio de diez mil pesos y su penalidad sería la de dos años de prisión, cuya naturaleza y duración no impide dicho subrogado. Si esto no es injusto, entonces no es fácil acordar en lo que sea tal. Esa injusticia, empero, es ahondada por la tesis tradicional del concurso real en los eventos de que se trata, la cual hace todavía más onerosa la penalidad de la falsificación de instrumentos negociables. Pero téngase en cuenta que esta argumentación es válida solamente en la medida en que la

ley no es clara ni expresa en la formulación del concurso, pues si de ello se tratara el juez no tendría solución distinta a la legal.

Es muy curioso que el uso del documento falsificado por el propio falsificador sea una agravante de la falsedad en documentos privados, delito de falsedad documental por tanto (artículo 242); que ese mismo uso de documento privado falso por quien lo falsificó pero conoce la inautenticidad, sea también un delito específicamente previsto de falsedad documental (artículo 241); que también el uso de falsas escrituras públicas, a sabiendas de su falsedad y por persona extraña a la actividad falsificadora, esté asimismo previsto como delito contra la fe pública (artículo 234); y que, en cambio, solamente el uso de un instrumento negociable por el falsario constituya un delito distinto e independiente, que sería el de estafa y no el de falsedad en documentos. Si algo se colige de esa secuencia de tipos y de ese contexto normativo, es que la ley quiso incluir como delito contra la fe pública, y no contra la propiedad, todo atentado contra los medios documentales de prueba, sea que el mismo consista en simple falsificación (documentos públicos) o en mero uso malicioso (falsedad por uso), o en falsificación más uso del documento falsificado por quien lo falsificó o por un extraño. Si el uso del cheque falso por el autor de la falsedad no está expresamente previsto, este "olvido" del legislador, que sólo allí ocurrió, no significa que el hecho constituya estafa, sino que queda subsumido en el respectivo tipo especial de falsedad. Si es verdad que no se consuma el delito de falsedad documental sin un principio de uso, este principio de uso es requisito indispensable para la tipicidad y por tanto elemento integrante de la figura legal. Y si es verdad que no puede haber principio de uso de un cheque falso sin principio de engaño y sin principio de perjuicio, estos elementos hacen parte igualmente del tipo de falsedad y no pueden incriminarse separadamente sin violar el principio fundamental *nom bis in idem*, ni la regla jurídica indudable de que la ley especial prevalece sobre la general porque precisamente la subsume o consume, integra o absorbe. El principio de especialidad impone una prohibición de regresar la imputación de los tipos especiales a los generales, sea que esto suceda en forma total o parcial. Se puede ciertamente matar con una sola cuchillada, pero si se mata con dos esto no quiere decir que la otra represente un adicional delito de lesiones personales. La tesis tradicional lleva a esta situación, por cuanto al estimar la secuencia uso —engaño— perjuicio como constitutiva de "estafa", ha dejado el delito de falsedad integrado por la falsedad pura, esto es, por la falsedad sin la secuencia uso—engaño—perjuicio, y sin embargo todo el mundo acuerda en que una tal falsedad no existe como entidad punible. Quien adultera un cheque y lo guarda en su bolsillo, no es punible por delito contra la fe pública mientras no dé efectivo y cierto comienzo al uso. Y si este principio de uso integra el tipo de falsedad, no puede al propio tiempo integrar el principio de ejecución de un tipo distinto, tentativa de estafa, por ejemplo. Y si esto sucede en la tentativa, no tiene por qué ser diferente en la consumación. El que usa el cheque falso no está perpetrando un nuevo injusto, sino consumando el injusto contra la fe pública, y es claro que estando el perjuicio en el mismo orden lineal y causal del uso y del engaño, el resultado puede

ser más o menos grave, el peligro más o menos inminente, el daño más o menos alcanzado. Estos factores inciden sobre la magnitud del injusto y trascienden desde luego a la dosificación de la pena, pero no configuran una distinta e independiente ilicitud típica.

Concurso real de delitos no puede haberlo sino en presencia de varios acontecimientos típicos perceptibles, sea que estos acontecimientos se ocasionen con una o con varias acciones. El que falsifica y usa un instrumento negociable, o, en general, un documento privado, ha realizado por cierto dos actos, falsificar y usar, pero ambos están coligados por la unidad del fin en una sola acción y en todo caso constituyen un solo acontecimiento típico porque no hay falsedad sin un cierto uso. A veces un acontecimiento típico puede surtir en el mundo sensible por una sola acción (matar de un disparo) o por varias acciones (matar por medio de un lesionamiento múltiple). A veces también varios acontecimientos típicos pueden ocurrir no obstante la unidad de acción (matar varias personas con el lanzamiento de un mismo explosivo), pero normalmente ocurrirán como el fruto de acciones diversas (matar hoy a uno y mañana a otro). No importan cuántas sean las acciones, pues para los efectos del concurso real es necesario que cada hecho reúna absolutamente todos los requisitos de la tipicidad para que no se viole el principio constitucional *nulla poena sine lege*. Lo que decide sobre la existencia del concurso material es la existencia de varias tipicidades completas, la multiplicidad de acontecimientos legalmente descritos, no la unidad ni la multiplicidad de los actos generadores. Pero si un acontecimiento no agota la figura legal contenida en el tipo, no es un delito en el sentido del artículo 33 del C.P. Y si un acontecimiento, para ser completamente típico, debe integrarse total o parcialmente con otro distinto, entonces solo entre los dos integran un tipo, aunque parcialmente un tipo distinto se entrecruce. La tipicidad parcial no es suficiente, no es tipicidad, no puede fundamentar la punibilidad. Empero, la tesis tradicional se ve abocada a deducir la tipicidad parcial de uno de los dos entes imputados: o es parcial la tipicidad de la falsedad, porque se integraría o daría ésta por consumada con independencia del uso (lo que no es en modo alguno correcto), o es parcial la tipicidad de la estafa, porque el perjuicio ya estaría incluido en la falsedad, que a su vez cubriría también el medio engañoso (lo que es asimismo ilógico).

Los planteos precedentes no conducen a sostener que en ningún caso se da la ocurrencia de las dos ilicitudes referidas, pero sí excluye la interpretación de que en todos los casos concurren. El concurso es posible sólo en el evento de que el agente realice las dos conductas típicas, es decir, de un lado falsifique el instrumento y lo use según su propia ley circulatoria, y, de otro, emplee para la inducción en error maniobras engañosas adicionales al documento mismo, de suerte que pueda afirmarse sin equívocos que el error de la víctima no provino únicamente de los caracteres externos del espurio cheque sino de maniobras complementarias.

La tesis que viene de esbozarse está por otra parte de acuerdo con la regulación jurídico-mercantil de los títulos-valores, pues sabido es que, según la doctrina dominante, estos no se perfeccionan con la simple emisión, sino

que la entrega es también indispensable. Si, pues, sin entrega no hay instrumento negociable auténtico, tampoco lo puede haber falsificado. La entrega, empero, es el uso normal del título-valor, su aplicación al destino que lo requiere y justifica en el tráfico jurídico. Es por ello insostenible que, en virtud de la supuesta equiparación "quod delicta" entre el documento público y el instrumento negociable, la falsedad de éste se perfeccione con la mera "editio falsi" (Romero Soto, *La Falsedad Documental*, 2ª ed., pág. 161), pues resulta que la "editio" perfecciona el documento público, pero la perfección del instrumento negociable, que es su propia existencia jurídica, requiere la entrega, esto es, la circulación o el uso. De allí que, como expresa el citado autor, "si alguien crea en su totalidad un título-valor, el delito de falsedad material solo se perfecciona cuando lo entrega" (Ib., 258). Es claro que la entrega es ya un uso del documento, una puesta en circulación del mismo, sea que cause el perjuicio o que tan sólo lo potencialice.

"Examinando ahora —escribe el mismo Romero Soto— en qué consiste el uso del documento falsificado, hay que decir que se trata de un uso jurídico, esto es, en que se utiliza el valor probatorio del documento, haciendo aparecer el escrito falso como si fuera verdadero, para conseguir engañar a otra persona. Pero ese engaño debe derivarse de aquel uso, sin que sea necesario echar mano de un elemento diverso al documento mismo, porque si esto ocurriera no estaríamos frente al delito de falsedad, ya que éste requiere en el documento la "vis descripiendi", es decir la facultad de engañar. Se tiene entonces que el delito de falsedad se anota con el solo uso del documento y que los fines del culpable se consiguen por este solo medio. Pero si tales fines superan el uso, es decir, si para conseguirlos el culpable tiene que hacer algo más que usar el documento, entonces habrá concurso de delitos". (Ob. cit., 243).

Octubre 21 de 1977.

Magistrados: Dr. Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez Gómez, Héctor Jiménez Rodríguez.

SALVAMENTO DE VOTO

DR. FERNANDO GOMEZ GOMEZ

Agosto 9 de 1978.

Con el acostumbrado respeto para los Honorables Magistrados compañeros de Sala, reitero mis puntos de vista en relación con la firme convicción que me sigue acompañando sobre la presencia de un concurso de delitos en casos como el presente y que ha servido al criterio mayoritario para deducir la existencia de una sola infracción.

En igual comportamiento, puntualicé mis opiniones en octubre veintiséis de mil novecientos setenta y siete, de la siguiente manera:

De los anteriores magistrados, el Dr. Fernando Gómez Gómez, no comparte la tesis del no concurso. Presentamos un salvamento de voto suyo, en proceso de fecha posterior.

"Precisamente por estribar la diferencia de las tesis propuestas en la puntualización estructural de la falsedad en títulos valores, lo que interesa es el examen sobre la atinencia de la real asimilación que se hace con la que recae sobre documentos públicos, bien para los efectos de la entidad delictiva, bien para los únicos de señalar igual pena; ello es, si la equiparación opera 'quoad delicta' o sólo 'quoad poenam'.

"Se ha sostenido que el título valor o el instrumento negociable es un documento privado en razón de las relaciones jurídico-privadas que rigen su función dentro del tráfico jurídico. Exactamente por eso, con la invocación de la conocida EQUIPARACION, no se quiere decir que se inmute o varíe la naturaleza de esos documentos, sino que simplemente 'SE DA POR IGUAL O EQUIVALENTE'. No es un juicio de identidad obviamente, que si lo fuera para nada requeriría tal estimación ni se tendría en cuenta esa elaboración doctrinaria si en la falsedad de ellos interviniera un funcionario público.

"Y son equiparables en cuanto a la estructura del delito, precisamente porque a la manera como el documento oficial se presume auténtico, el título valor también, y de ahí que NATURALMENTE merezca la fe del conglomerado, como la merece aquél y que la ley la tutele en idéntica e igual forma. Por el contrario, el documento privado por no suponerse auténtico requiere de reconocimiento de firma y sólo afecta relaciones enteramente privadas.

"Esa situación legal —enteramente legal— no se afecta con la consideración de que el título valor (especialmente el cheque) merezca hoy alta desconfianza por parte del ciudadano —extraña a su valor legal—, pero precisamente determinada por el abuso que de esa consagración han hecho los antisociales. Un acontecer criminal por reiterado que sea, no puede hacerle perder a la ley su general alcance, ni permitir el engreimiento de que la tutela del derecho ha perdido toda significación.

"Razón de esa equiparación o asimilación que la misma ley nutre en los delitos de falsedad en documentos públicos y títulos valores (Art. 233 del C. Penal), es la de que si el uso encarna un atentado contra la propiedad, el lesionamiento así perfilado a dos derechos tutelados en forma totalmente autónoma e independiente —fe pública (y ello es lo que consagra con la presunción de autenticidad) y propiedad—, genera el concurso real de delitos, en la forma que surge cuando para cumplir la bigamia se hace uso de un documento público o asimilado a público —si es eclesiástico— falso. Por lo mismo, una cosa es la elaboración de un documento falso —en los públicos o equiparados— con la intención de faltar a la verdad y con la conciencia y el conocimiento del peligro concreto que con él se crea y se quiere crear, y muy otra usarlo para lesionar otro derecho.

"La evidencia de que el "PERJUICIO" y la "INTENCION DE CAUSARLO" son elementos extraños a la estructura del delito de falsedad en documentos públicos y en los a ellos equiparados, surge diamantinamente con la simple lectura de los respectivos artículos (Arts. 231, 232 y 233), cuando exactamente son elementos o ingredientes dentro del cuadro típico de la falsedad en documentos privados (Arts. 240, 241 y 242).

"Pero es que para más ahínco en el significado de la falsedad en aquellos documentos —los públicos y los equiparados—, ni siquiera el uso aflora como elemento (Arts. 231 y 233). Por manera que el célebre principio de uso, creación doctrinaria y jurisprudencial —también tesis tradicional y de discutible incidencia en la estructura delictiva por aparecer extraña al contenido de la norma—, obedece a inquietudes enteramente diferentes a la esencia y a la ontología del delito; sólo se ha querido obviar con ese postulado el problema probatorio del dolo.

"Es cierto que éste no puede consistir en el sólo propósito de inmutar la verdad, pues la teoría de que el 'dolus inest in reipsa' ha sido abandonada, como lo fue la responsabilidad objetiva que con ella se defendía. Mas el abandono de ese formalismo sostenido por 'Impallomeni' y dentro del país por el Dr. Angel Martín Vásquez, permitió la construcción de la teoría subjetivista, mediante la cual en el delito de falsedad '...el agente debe darse cuenta que su acción ofende la fe pública, y, al mismo tiempo, que pone en peligro los intereses específicos salvaguardados por los medios probatorios', conforme a las palabras de Sylvio Do Amoral. Entre los múltiples autores que comparten esta enseñanza se encuentra el profesor Pietro Mirto y en el país el Dr. Romero Soto, quien puntualiza: '...sostenemos que el dolo en el delito de falsedad no consiste en la intención de alterar la verdad, sino que exige un propósito de DAÑO'. De no aceptarse esta tesis prohijada por la evolución de la doctrina, ciertamente se supondría el dolo que afrontaría el principio universal de la 'PRESUNCION DE INOCENCIA'.

"Pues bien: ¿Cómo se conoce de manera inequívoca ese propósito de daño o el consciente y querido peligro de los intereses específicos salvaguardados por los medios probatorios? Por un principio de uso en que se revele ese ánimo de DAÑO (no de perjuicio de un tercero). Pero no podrá sostenerse jamás que esa toma de posición por política probatoria, sea la única manera de comprobar el dolo, ni menos que haga parte de la estructura de la falsedad. Es el sólo propósito de poner en peligro esos intereses lo que estructura la infracción tras de la actividad material de la alteración.

"Pero por qué y de dónde concluir que después de la vulneración de la fe pública ya en esa forma perfecta, si es que el propósito ha quedado probado por cualquiera medio, el perjuicio que se cristalice contra otro —etapa y actividad posteriores— siga apenas conformando e integrando la falsedad? No estaba ya tipificado el delito al quedar evidenciado el peligro en que quedan los derechos tutelados por el legislador mediante la consagración pertinente?

"Tan nítido aparece que el legislador en la propia falsedad (contrafacción, imitación, alteración) de los predichos documentos dejó por fuera el uso, que al consagrar las conductas tipificantes de la falsedad por USO, estipuló hasta la del uso por el propio autor en los documentos privados, con todo y haber contemplado el 'PERJUICIO DE TERCERO' dentro del Art. 240 y en el 242. Fue acaso olvido, como se expresa en la ponencia? No podría suponerse ello tan alegremente en un proceso de preparación tan concienzudo como el que tuvieron los integrantes de la Comisión del C. Penal. Por tanto, al dejar

por fuera el uso por parte del propio autor en el documento público falso —así en el equiparado—, está indicando que si con él se atenta contra otro derecho específicamente tutelado, ha de entenderse que hay una lesión autónoma y que, por tanto, concurre con la falsedad.

“No podría olímpicamente sostenerse que son problemas de una legislación que se copió sin un adecuado examen previo, porque si así fuera —bajo el supuesto de que lo copiado fue el respectivo articulado del Código Español—, conforme al dicho de Eugenio Cuello Calón, en esa legislación, según el Tribunal Supremo, ‘...no debe considerarse que la falsedad desaparece y surge la estafa porque el delincuente obre con ánimo de lucro, pues se daría el contrasentido de que los meros falsificadores fueran penados con más severidad que los que a esa falsedad unieron el apoderamiento de los bienes ajenos’. A ello conduciría la presunta absorción y, conforme a las concepciones finalistas, antes que la falsedad sería sancionable la estafa; ahí concluye la representación en el agente de la conducta.

“Y ya que se insinuó la legislación extranjera, conviene de una vez acoger el concepto del gran Irureta Goyena. Al glosar este autor las apreciaciones del maestro Carrara con respecto a la absorción —no la única tesis desechada por la actual doctrina con respecto a las que sostuvo el insigne profesor sobre la falsedad—, expresa: ‘A mí me parece equivocada esta doctrina, de acuerdo con las normas de nuestra legislación —se verá luego que daría más apoyo a la absorción que la propia legislación colombiana—, cuando para cometer un delito se ejecuta otro, que guarda o no, respecto de ese delito, la relación de medio a fin, el sujeto comete dos delitos y le son aplicables salvo disposiciones especiales, las reglas de la concurrencia real, debiendo sufrir la pena correspondiente a la infracción más grave, aumentada en razón del número y calidad de las demás infracciones. En los casos anunciados, por consiguiente, siendo el delito más grave el de la falsificación se impondrá la pena, de ésta agravada en razón de la calidad de los otros delitos cometidos o que se proponía cometer el agente criminal’. Mas lo que refuerza el argumento que se viene sosteniendo es el Art. 420 del C. Penal Uruguayo que guiaba en esos instantes las conferencias del connotado profesor y que reza: ‘...el funcionario público o escribano, que en desempeño de su cargo y oficio hiciere un documento falso, en todo o en parte, o alterase un documento verdadero CON PERJUICIO POSIBLE DE TERCERO...’. Luego el ‘PERJUICIO POSIBLE’ o el ‘PELIGRO CONCRETO’ no puede subsumir el CONCRETO PERJUICIO que a un tercero se cause, además, del lucro percibido por el falsario.

“Pero reiterando cómo quiso el legislador nuestro dejar por fuera en la propia falsedad el perjuicio a un tercero y el correlativo lucro, a renglón seguido del artículo que origina las encontradas tesis dispuso: ‘EL QUE A SABIENDAS HAGA USO CON PROPOSITO DE LUCRARSE O PERJUDICAR A TERCEROS, DE UN DOCUMENTO FALSO, DE LOS ENUMERADOS ANTERIORMENTE (títulos valores o instrumentos negociables entre ellos), INCURRIRA...’. Deliberadamente —no con olvido— omitió el uso para el autor de la falsedad propia, simplemente porque con la sola confección o alteración

dolosa ya había incurrido en el delito. Y al que ‘A SABIENDAS’ lo usa encaminada su acción a la obtención de un ‘LUCRO’ —elemento ausente en el Art. 233— con perjuicio de otro, aunque estrictamente comete una estafa, lo sanciona el legislador por falsedad en razón del calificado artificio, pues que fuera de presentar el documento viciado, está apareciendo como un poseedor de buena fe y enseñándolo como título corriente. Pero en el propio autor de la falsedad no podría pretenderse una nueva falsedad —aunque no falta quien haya sostenido el concurso de falsedad— en un episodio así cumplido. Mas si como se desentraña de las propias normas, el uso es una actividad delictiva independiente de la propia falsedad, al cumplir ese uso el propio autor ya con un dolo determinado de obtener lucro y de perjudicar a otro, no incurre en nueva falsedad —por exclusión legal—, pero la evidente lesión al patrimonio ajeno con el correlativo provcho, mediante ardid calificado abonado por el aparato de una fingida buena fe que avala el curso normal de un cheque corriente y que determina la entrega del efecto por parte del agraviado, exige la valoración de una nueva conducta que no puede ser distinta a la ‘ESTAFA’.

“Si la falsedad es un tipo, si la falsedad por uso es otro tipo, cómo pretender que sólo opera en sus consecuencias legales cuando yo falsifico y mi amigo, a sabiendas de esa falsedad, cambia el título valor falsificado, para ubicarse éste dentro del tipo del Art. 234 y yo dentro del Art. 233? Pero si yo cumplo las dos conductas en virtud de qué respondo en forma igual por la sola conducta del 233? Si la falsedad por uso rudamente entendida, pudiera subsumirse por la falsedad creada antes que incurrir el tercero en un delito típico independiente; pero que cuando es uno solo el sujeto activo de ellas no tiene las mismas consecuencias que cuando es uno solo frente a las mismas conductas pero en documentos privados, en donde aparece enteramente lógico y adecuado porque se confecciona, adultera, etc., con el fin de causar perjuicios a tercero y se usa con ese mismo fin y con el de obtener lucro, elementos éstos que en la falsedad de documentos públicos y equiparados sólo cuentan en la de USO.

“Conviene por todo ello escuchar las voces del gran Soler sobre las consecuencias de la falsedad en unos y otros documentos: ‘La diferencia entre un documento público y uno privado con respecto a este punto, no reside en que toda falsedad de la primera clase entrañe un daño necesariamente, sino en que la existencia de la falsedad DEBE MEDIRSE DESDE EL MOMENTO DE LA PRODUCCION MISMA DEL DOCUMENTO, PRECISAMENTE PORQUE LOS DOCUMENTOS DE ESA CLASE SE CARACTERIZAN POR VALER EN SI MISMO, MIENTRAS LOS OTROS ESTAN DESPOJADOS DE ESE PODER Y SOLAMENTE ADQUIEREN VALOR Y SENTIDO SEGUN EL MODO EN QUE SE PRESENTAN Y EMPLEAN’.

“La ocurrencia de que el instrumento negociable o título valor se entiende sólo perfecto cuando se ha entregado —lo que también exigía la Ley 46 de 1923 en su Art. 19—, no impide en el derecho penal la consideración de su existencia desde que ha sido creado; adviértese con toda claridad que aquella es una exigencia (Arts. 625 del C. de Comercio —menos clara que la otra—)

que está por fuera de la estructura del documento que ya es idóneo de por sí para probar y, en consecuencia tras de afectar la verdad, en tratándose de uno falsificado, idóneo para poner en peligro los intereses salvaguardados. Tal la razón para que la H. Corte Suprema de Justicia haya expresado que "...el carácter documental de un escrito no debe juzgarse en derecho penal con el mismo rigor que se hace en el civil. Ya que el poder probatorio de un documento debe valorarse en derecho penal no con el mismo rigor que se hace en las normas civiles, sino con la amplitud que permiten las normas procesales penales". Por ello, más adelante puntualiza: "...el delito de falsedad existe si se puede aceptar razonadamente que el documento falso tiene aptitud para perturbar una relación jurídica, bien sea contribuyendo a negar un derecho a quien lo tiene o a atribuírselo a quien no lo tiene ya que en el campo de las relaciones entre particulares o bien en el éstos con el Estado".

"Fácil es concluir ante estas consideraciones y en orden a puntualizar que no es el principio de uso lo que puede acreditar el dolo —ni menos que sea la entrega elemento ontológico del delito de falsedad en instrumentos negociables—, que si un antisocial —y aunque no lo sea— es sorprendido con un cheque elaborado en su bolsillo a favor de 'Almacenes Exito', si se conoce su propósito, debe sancionársele; resultaría enteramente un agravio a la justicia que después de escuchársele en indagatoria su paladina confesión y de dar cuenta de su definido propósito de estafar con él, se le diga que nada ha hecho, como si el fundamento de la falsedad no fuera el peligro efectivo y concreto y el daño potencial inferido al derecho tutelado. Llegar a esa conclusión sería tan exagerado como la del otro lado si con sólo aparecer la falsedad —así obedezca a un error— se entrara a sancionar. Mas si en el caso propuesto antes, en obediencia a la ley ha de sancionarse a ese sujeto, cierto es que en el caso de haber logrado el efectivo daño o perjuicio a dicha entidad comercial y se hubiere lucrado, sería un contrasentido sancionarlo en la misma forma. Salta ahí de bulto el lesionamiento a dos derechos diversamente tutelados y, por tanto, la razón de la sanción debe ser el concurso real de delitos; de no proceder así, el objetivo resultado contra el patrimonio que ontológicamente nada tiene que ver con esa falsedad, caprichosamente quedaría por fuera.

"Sería, de otra parte, una rebeldía frente al armónico espíritu del legislador quien en el Art. 349 sanciona el 'RAPTO', delito en el cual es alma el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual con la raptada, pese a que si realmente se cumple el propósito y las realizaciones libidinosas generan de por sí otra infracción se sanciona independientemente, mediante el concurso real. La misma razón opera en los Arts. 145, 149, 208, etc., del C. Penal. Vese claro que en estas figuras el legislador exige un propósito definido y claro, lo que no ocurre en la falsedad de documentos públicos y equiparados, pues que en ellos no enuncia el propósito de un lucro o el causar un perjuicio a otro.

"Así, pues, dentro de la armonía legislativa, dentro de la interpretación lógica, contextual e histórica que esos aspectos inspiran, se respeta y secunda la ley con más seguridad y se acata más la equidad, aceptando el concurso?".

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO Y USO DEL DOCUMENTO POR QUIEN LO FALSIFICÓ. INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 242 DEL C. P.

El código sanciona los diversos tipos de falsedad documental en una escala ascendente, que parte de tres a diez años de presidio, para la falsedad en documentos públicos, pasando por la falsedad en partidas de origen eclesiástico, hasta llegar al artículo 241 que trata del uso del documento privado falso por persona distinta a aquella que lo falsificó. Es una punibilidad descendente, en atención a la menor gravedad del atentado contra la fe pública. Empero, el artículo 242, de manera misteriosa y absurda incrementa la pena y llega a castigar la falsedad privada más gravemente que la falsedad en documento público. La injusticia que ello comporta, lleva a no tener en cuenta esa circunstancia agravante contemplada en el artículo 242.

DR. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA

Hechos: Los narró así el Juzgado Noveno Penal del Circuito, en el auto que declinó la competencia. (Correspondió entonces el negocio, por reparto, al Juzgado Segundo Superior, quien llamó a responder en juicio por "Falsedad en documentos" y "Abuso de Confianza"):

"En la última etapa, pues ya lo había hecho en otras ocasiones, Luis Fernando Yepes Madrid laboró en Casa Agropecuaria (CASAGRO), establecimiento comercial domiciliado en esta ciudad de Medellín, por espacio de cinco años. Su desvinculación por renuncia voluntaria acaeció precisamente el 5 de octubre próximo pasado (f. 50).

"Durante ese lapso y más concretamente en los dieciocho meses finales, Luis Fernando se apropió en beneficio suyo de algunos dineros que debía entregar a su empresa y que al decir del experto contador totalizan \$ 146.805.93 (fs. 306 y 317). Empero, no sucedió ello de una sola vez. No. Aquel desempeñaba las funciones de agente vendedor y de cobrador en diversos municipios de los departamentos de Antioquia y Chocó, por lo cual debía realizar correrías periódicas, generalmente cada semana ("Cada ocho días y descansaba, sábado y domingo", f. 40 vto.). Al salir se le entregaban las facturas que debía cobrar y que alcanzaban a un importe promedio de setenta u ochenta mil pesos (f. 46 vto.), el mismo que debía entregar a su patrono al regreso de cada viaje; de lo contrario, tenía que devolverle las facturas no canceladas. Y ocurría, en efecto, que Luis Fernando al rendir cuentas devolvía algunas facturas con el pretexto de que no habían sido canceladas por cualquier razón (por ejemplo, no encontrarse el cliente deudor) y entregaba el dinero correspondiente a las otras canceladas. Sin embargo la verdad era otra: todas o

muchas de las cuentas regresadas sí habían sido pagadas, pero el cobrador las hacía seguir teniendo como insolutas para apropiarse de los dineros respectivos. Para poder embolsillarse esas platas sin que la empresa lo advirtiera, en un talonario que se había sustraído irregularmente expedía por triplicado los recibos de pago correctos, mientras que en el talonario que se le había entregado elaboraba unos nuevos recibos, también por triplicado, por cuantías menores. Desde luego, al cliente que pagaba le dejaba el original del recibo normal, pero escondía u ocultaba o destruía el duplicado que le tenía que entregar a su casa comercial para confrontar la cuantía total de los pagos; en cambio le entregaba a ésta el duplicado del recibo falaz y ocultaba o escondía o destruía el original (al parecer los triplicados siempre debían quedarle al cobrador). Tal era el expediente ordinario. Excepcionalmente existió o pudo existir otro.

"La anomalía se descubrió porque algunos clientes a quienes telegráficamente la empresa les cobró las facturas morosas, respondieron que ya habían cancelado a Luis Fernando los dineros respectivos" (fls. 484-85).

Las consideraciones jurídicas del Tribunal, son las siguientes:

"La estructura fáctica de los sucesos reseñados corresponde jurídicamente al delito de falsedad en documentos privados, tal como lo tipifica y reprime el artículo 240 del C.P. Este reato que el agente realice, en o sobre un documento privado, alguna de las acciones típicamente falsarias que señala el artículo 231 del C.P. En el caso, el procesado Yepes realizó dos de ellas, la 4ª y la 9ª, por cuanto faltó a la verdad en la narración de los hechos y también ocultó los duplicados de los recibos por él elaborados. El expedía al cliente el recibo original, correspondiente a la verdad lo pagado o recaudado; su deber jurídico-contractual específico era el de que esos recibos originales correspondieran exactamente con los duplicados que debían destinarse a las cuentas de la empresa; en lugar de documentar exactamente la verdad, en original y copias, el procesado mutaba la verdad de los duplicados, empleando un talonario adicional para no ser descubierto a través del control de numeración. El resultado era que los recibos originales expedidos al cliente no correspondían, ni en numeración ni en cantidades, con los duplicados que entregaban a la empresa, sistemáticamente elaborados estos últimos por valores inferiores que en general se hacía coincidir, para eludir sospechas, con otras facturas del mismo cliente. De esta manera el sindicado, adulterando las cartas de pago, verdaderos documentos privados con capacidad de prueba liberatoria de las obligaciones civiles y mercantiles, constituyó en su propio beneficio, arbitraria e injustamente, un verdadero fondo rotatorio de bienes que siempre debieron estar en poder de la empresa, sin ingresar jamás al patrimonio del cobrador. Los duplicados verdaderos eran sustituidos por los de menos valor y aquellos de alguna manera suprimidos o, en todo caso, ocultados. Por la combinación de esas dos operaciones falsarias el agente lograba la apropiación de los bienes, evadiendo la posibilidad de ser descubierto y causando serios trastornos en la contabilidad de la empresa en el estado general de sus cuentas corrientes con la clientela y en los balances. Como bien lo connotó el señor Juez de Circuito, "Es inhesitable que Luis Fernando confec-

cionaba dobles recibos de pago. E incluso también que ocultaba los duplicados de los correctos o ciertos para entregarle a su empresa, en cambio, los duplicados de los mentirosos (ver fs. 40 vto., 45, 46).

"Un recibo de pago es un verdadero documento que prueba precisamente la cancelación de una obligación. Documento privado, desde luego, en el caso sub-judice. Ahora bien, un duplicado tiene la misma validez que su original, pues ostenta el mismo poder liberatorio o demostrativo. Y en el evento presente con mayor razón, ya que el original le servía al deudor-pagador para comprobar su pago (por eso permanecía en su poder) y el duplicado le servía al cobrador para demostrarle a su patrono lo recibido por él (por eso se le entregaba a éste).

"Es claro que tales ocultamientos o destrucción ocurrían con anterioridad a la apropiación de los dineros, pues que ésta debía ocurrir (en todo caso no hay prueba de otra cosa) en el momento en que el cobrador debiendo entregar los dineros recibidos no lo hacía (instante de rendir cuentas); y para entonces ya los duplicados se habían hecho desaparecer, al punto que los otros, los mentirosos, se habían confeccionado y se habían entregado para hacer cabalmente una liquidación de cuentas irregular" (fs. 485-86).

De conformidad con el tipo legal que rige el hecho de que se trata, la conciencia del perjuicio y la misma ocurrencia objetiva del daño económico y moral, hacen parte del delito, pues éste se consuma cuando, en documento privado, se perpetra (o algunas) de las falsedades del artículo 231, "Con perjuicio de tercero o con la intención de causarlo". La nociva intención y el daño que su objetivación cause, hacen parte del tipo legal de la falsedad privada. Resulta por tanto duplicativo de la incriminación, esto es, violatorio del principio regulado *ne bis in idem*, la formación de un cargo adicional con el perjuicio dolosamente ocasionado a través de los falsos documentos privados. En eventos así, la falsedad privada no concurre con los delitos contra la propiedad, pues se trata de un tipo especial que absorbe, subsume o consume el daño económico constitutivo del atentado patrimonial. Se está, pues, en presencia de un concurso aparente de normas incriminadoras y no de un concurso efectivo de tipos penales. Si un elemento fáctico es jurídicamente integrante de un delito, no puede al mismo tiempo desprenderse de esa estructura legal para formar con él por separado, una imputación distinta y más o menos independiente. Siendo así que el fraude hace parte constitutiva del falso documental privado, no puede al mismo tiempo integrar una diferente figura delictiva. Se trata de un delito pluriofensivo, que la ley colombiana ha preferido clasificar entre los atentados contra la fe pública, dando primacía a la vulneración de los medios escritos de prueba, mientras otras legislaciones prefieren clasificarlo entre los atentados patrimoniales, que era para Carrara la solución más conveniente.

Faltar a la verdad en la narración de los hechos es un fenómeno espiritual documentado que afecta, sin embargo, no la materialidad externa del documento mismo, sino su contenido, sentido o valor de verdad intrínseco. Como forma de la falsedad ideológica por antonomasia, tal conducta es más propia de la documentación pública que de la privada, pero eventualmente

puede ocurrir también en esta última. La falsedad ideológica supone, para ser punible, el poder de certificación del agente que conforma el documento inexacto. Ese poder ha de traducirse jurídicamente en un deber jurídico específico, que en los funcionarios públicos es funcional y por ende de derecho público, de documentar exactamente la verdad de lo que acontece y no otra cosa relevante. Los particulares no tienen generalmente ese deber, pues la obligación de no faltar a la verdad es para ellos un principio de origen ético y no jurídico, razón por la cual la simulación por ejemplo, no es delictiva, sino que se reduce, como ya Carrara lo signaba, al documento verdadero de un par de mentirosos. Pero en algunas ocasiones el particular esté enfrentado a lazos de derecho que lo vinculan específicamente al deber de certificar la verdad en los documentos privados que expida. Ese específico deber jurídico de no faltar a la verdad en la actividad documentadora privada puede provenir del contrato, en este caso del contrato de trabajo. Yepes tenía la función de cobrar dineros de la empresa a la que le prestaba sus servicios, expedir a los acreedores recibos liberatorios y presentar luego al patrón duplicados correspondientes para el ajuste de cuentas y demás efectos legales. Si en actividades así el particular no tuviere poder-deber de certificar la verdad y nada más que la verdad, entonces ciertamente sus documentaciones no gozarán del amparo de la fe pública, que es la fe oficial que la ley impone al público en asuntos de prueba literal o documental. Con ello, toda forma ideológica o intelectual quedaría por fuera de punibilidad en los documentos privados, tesis ésta que recortaría caprichosamente el ámbito del tipo contenido en el artículo 240 del C.P., que expresamente remite a todas las modalidades de conducta del artículo 231. Pero esta remisión tampoco significa que se deba efectuar una admisión indiscriminada de tal posibilidad, pues entonces el tenor literal del tipo tendría, absurdamente, más fuerza que el sentido de su finalidad (protección de la fe pública). El asunto se resuelve con ayuda de las cualidades típicas de autor (sujetos activos calificados), exigiendo que el agente privado posea, para poder incurrir en falsedad intelectual, el específico deber jurídico-contractual de no alterar la verdad en el contenido de los documentos que está autorizado para signar o expedir. Quien no posea esta calidad jurídica especial, no cometerá falsedad punible al faltar a la verdad en la narración de los hechos en documentos privados. Dice por ello MALINVERNI que es fundamental, para diferenciar las dos especies de falso documental, atender a la naturaleza de la obligación violada: "La inobservancia del deber de atestar la verdad en un documento implica el delito de "falsa atestación documental" o falso ideológico; la inobservancia del deber de dejar inalterada la situación probatoria documental existente, implica el delito de "falsificación" o falso material" (Teoría del Falso Documental, pág. 356).

Habría que decir algo, finalmente, en torno a la circunstancia de agravación que prevé el artículo 242 del C.P. para el caso de que el falsificador del documento privado sea la misma persona que lo usa. Sabido es que esta disposición es la que más complica y hasta arrevesa la hermenéutica del título de la falsedad documental en Colombia. El análisis jurídico ha puesto de presente que una aplicación literal del precepto conduce a sancionar hasta

con 12 años de presidio al falsificador-usuario de un espurio documento privado, en tanto que el falsificador-usuario de un documento público o instrumento negociable sólo sería alcanzado por un máximo de ocho años de prisión. Sabido es que alguna vez coqueteó la doctrina con la tesis de que en tratándose de documentos públicos o asimilados, el uso configuraba una actividad distinta que daba lugar, si su autor era el propio falsario, al concurso de los delitos de falsificación y falsedad por uso. Esta interpretación, inspirada en un trasnochado finalismo subjetivo (voluntad del legislador en lugar de voluntad de la ley), se adobaba en la escueta y breve constancia que sobre el particular existe en las actas de la comisión redactora: el artículo 242 no estaba contenido en el proyecto discutido por la Comisión, debido a la ponencia de Escallón, sino que fue abruptamente presentado por Cárdenas luego de aprobado el 241, con este breve argumento: "sin esta disposición, la pena de la falsedad se acumularía a la pena por el uso del documento, lo que haría elevar de modo muy severo la sanción (Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal I, 314). La observación de Cárdenas era equivocada: primero, porque no estaba aprobado el sistema de acumulación material de penas, sino el de la acumulación jurídica, muchísimo más benigno e incluso más favorable en la mayoría de los casos que el sistema legislativo de las circunstancias de agravación de la punibilidad en una proporción fija; en segundo lugar, porque no atendía al principio estructural moderno de la no concurrencia de infracciones cuando se trata de varias acciones que penetran progresivamente en la magnitud del daño del mismo bien jurídico, como cuando se pasa de tentativa a frustración o de ésta a la consumación, o de una forma simple a otra calificada con agravación, o de una modalidad ordinaria a otra más grave que sólo da lugar a una intensificación dosimétrica, etc. La interpretación fue, pues, rápidamente abandonada, y por absurda tenía que serlo. "La falsificación del documento y su uso ... no son dos actividades distintas, sino una sola y por eso no puede decirse que quien falsifica y usa el documento para conseguir la relación jurídica que en aquel se contiene naturalmente está cometiendo dos delitos sino uno solo", concluye ROMERO SOTO (La falsedad Documental, 1ª Ed., 260). Pero este autor propugna por una tesis que, pretendiendo una solución más justa, aparece completamente artificiosa y extraña a universales principios: el "uso jurídico" del documento consuma el tipo del artículo 240 y su "Uso documental probatorio o completo", da lugar al del artículo 242. La diferencia entre ambas formas del uso documental es por completo arbitraria, no descansa en la ley ni en la doctrina, ni responde a la naturaleza de las cosas. Deja esta tesis las cosas en peor estado, si se quiere, por cuanto un distingo tan caprichoso y sutil queda prácticamente al antojo del juzgador, sin el mínimo de seguridad ciudadana que ha de buscar toda sana hermenéutica liberal.

Mejor parece que el artículo 242 del C. P. es inaplicable por error técnico del codificador que no pueden suplir los jueces sin derogar el estricto principio de reserva legal de los delitos y de las penas. Debe partirse de la base de que no es lícito administrar justicia, que implica un principio racional de igualdad y conduce por ello a la equidad, en forma absurda, cual sería la que acoge una interpretación que conduce a sancionar más severamente los

hechos menos graves y lesivos, en este caso la falsedad privada que la pública, pese a ser en la última mucho mayor la lesión a la fe pública, que es el bien jurídico primordialmente tutelado en el capítulo 6º del Libro Segundo del C. P. En la sistemática del Código, un mismo bien jurídico se tutela regularmente en diversas formas y en distintas escalas punitivas, en atención a la mayor o menor vulneración del bien jurídico con las varias modalidades previstas de conducta típicamente antijurídica (punible). En el capítulo de la falsedad documental, el Código ha seguido el siguiente esquema lógico en la secuencia de punibilidad de las normas incriminadoras que lo integran:

- a) Presidio de tres a diez años, por falsedad de documentos públicos cometida por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones legales, artículo 231;
- b) La misma pena para la falsedad en documentos eclesiásticos probatorios del estado civil, perpetrado por los ministros correspondientes, artículo 232;
- c) Presidio de dos a ocho años para las falsedades públicas cometidas por particulares, y para la falsedad en los instrumentos negociables, artículo 233;
- d) El uso lucrativo o perjudicial de uno de tales documentos, efectuado por persona distinta del falsificador (pues éste queda comprendido en el respectivo tipo de falsificación), da lugar a disminuir las sanciones anteriores "hasta en una tercera parte", artículo 234;
- e) Prisión de dos a ocho años y multa de ciento a dos mil pesos, para la falsificación en documentos privados, artículo 240;
- f) Prisión de uno a cinco años y multa de cincuenta a mil pesos para el uso lucrativo o perjudicial de un documento privado falso, autorizado por persona distinta del falsificador, artículo 241;
- g) Para el uso de falso documento privado por el propio falsario, "la sanción será la establecida en el artículo 233, aumentada de una tercera parte a la mitad", es decir, presidio de 32 meses a doce años, artículo 242.

Como se ve, la punibilidad del capítulo se organiza en orden sistemáticamente descendente, en atención a la menor gravedad del atentado contra la fe pública, atendiendo de un lado a la naturaleza pública o privada del documento y del otro a la calidad de la persona que protagoniza el hecho. Pero el artículo 242, misteriosa y absurdamente (punto g), re-incrementa la escala punitiva, llevando la represión del falso privado incluso mucho más allá (dos años de presidio es el *plus*) de la falsedad pública cometida por funcionarios públicos. Esto prueba, apodícticamente, ya que no puede estar en el sentido o espíritu de la ley refrendar una monstruosa injusticia, que la remisión del codificador es equivocada. En efecto, la comisión redactora no citó el artículo exacto del reenvío, diciendo simplemente, entre paréntesis, que era "el de la falsedad en documentos" (trabajos preparatorios ... I, 314). El codificador, en uso de las facultades que le otorgó la ley para establecer la numeración de los artículos y concordar su nomenclatura interna, hizo el reenvío al artículo 233, cuando en verdad debió hacerlo al 240 si la norma habría de

referirse a falsedad privada. Porque si la norma se refería a la falsedad pública —lo cual no lo dice la norma ni consta en las actas— la remisión es correcta, pero entonces la ubicación debió hacerse bajo el número 235, a continuación del uso de documento público por persona distinta del falsificador (o bien bajo el número 234, inmediatamente antes de esta última norma). Esto es también lo que sugiere ARENAS:

"A nuestro juicio ha debido hacerse referencia a la sanción establecida en el artículo 240, pues el 242, tal como aparece redactado, ha debido figurar a continuación del 234, o sea como disposición que agrava el uso de documentos públicos y de instrumentos negociables por parte de su propio fabricante. En otras palabras: el actual artículo 242 debiera figurar a continuación del 234 sin perjuicio de que figurara también después del 241, con el solo cambio de la disposición que cita. De esta manera la agravante cobijaría tanto el uso de documentos públicos como de los privados, lo cual, además de ser lógico, se acomoda al pensamiento de los miembros de la comisión redactora" (Comentarios al Código Penal Colombiano, Parte Especial, I, 385).

En esta forma, el Tribunal ratifica y desarrolla la doctrina contenida en la sentencia de abril 4 de 1978, causa por "falsedad en documentos" contra Oliverio García Ramírez, dictada por la Sala que preside la H. Magistrada doctora ALICIA ROLDAN RUIZ. En lo pertinente dice así ese fallo:

"Difícil y problemática aparece, en cambio, el aspecto de la dosificación de la penalidad. García fue enjuiciado por el delito continuado de falsedad en documentos privados, agravado por el uso de parte del mismo falsificador. Doctrinariamente esta unidad tiene sentido, pero en el Código el asunto no es claro. Siendo confuso lo relativo a la pena, el juez debe proceder con suma cautela, pues de otra manera podría violentar el constitucional principio de legalidad. Sucede empero que la pena del artículo 242 del C. Penal, como lo hace notar Pacheco Osorio, sería más drástica que la imponible al particular que realiza las mismas maniobras falsarias sobre un documento público, lo cual resulta absurdo porque la falsedad pública es más grave que la privada y así lo ha sistematizado el Código Penal. Podría ser que, como lo sugiere Arenas, el artículo 242 debiera ser el 234 o 235, con lo que su escala punitiva sería armónica con las demás sanciones del mismo capítulo. Es lo cierto que tratándose de una circunstancia agravante del 240 (falsedad privada), la pena se remite en forma agravada al 233 (falsedad en documentos públicos o asimilados a públicos), con lo que cambia la prisión por el presidio. Por otra parte, como Pérez y todos los tratadistas nacionales lo han aceptado, una interpretación literalista llevaría al absurdo de dar como punible la "Falsedad Pura" en documentos privados, con lo que su régimen consumativo sería igual al de los documentos públicos. En tales condiciones y a fin de no correr riesgos o crear o agravar penas por vía judicial, suplantando la garantía de la ley expresa y clara en materia de penas, postulada ya desde Beccaria, la Sala no tendrá en cuenta la oscura circunstancia agravante del artículo 242, sino que tasaré la pena de acuerdo al artículo 240 y conforme a los principios generales".

La inaplicabilidad de dicho artículo, cuyo erróneo reenvío no puede suplirse por el juez por comportar la agravación de un tipo delictivo, impone

concluir que no se tendrá en cuenta en este proceso la agravante de que trata el artículo 242, de suerte que el cargo contra el procesado se concreta al delito contenido en el artículo 240 del mismo C.P., con la obvia aclaración de que el hecho se perpetró en forma continuada (C.P., artículo 32), lo que de momento priva al reo del beneficio excarcelatorio. Dado, en fin, que el delito contra la propiedad de que en este sumario se ha venido hablando, hace parte integrante del tipo de falso documental privado, no procederá sobreseimiento definitivo por ese cargo, quedando sin embargo subsumido en el otro, que lo absorbe. Se revocará sí el numeral segundo de la parte resolutive del auto recurrido.

Así, entonces, de acuerdo con el criterio del señor Fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el auto de fecha, origen y contenido indicados que se ha revisado por apelación, con la aclaración que se revoca el numeral segundo (2º) de la parte resolutive del auto en comento.

El presente proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la Sala, según consta en el acta N° de la fecha.

14 de julio de 1978.

Magistrados: Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez Gómez, J. Héctor Jiménez Rodríguez.

FALSEDADE EN DOCUMENTO PRIVADO. INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 242. SE REITERA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL.

DR. EDILBERTO SOLIS ESCOBAR

La señora A.A., en espera de un negocio que le implicaría una entrada de cuarenta y cinco mil pesos (\$ 45.000.00), se apresuró a abrir en el Banco de Bogotá —Sucursal Belén—, el diez y siete (17) de agosto de mil novecientos setenta y seis (1976) una cuenta de ahorros con el pequeño depósito de la suma de cuatrocientos pesos (\$ 400.00), que el veinte (20) de agosto siguiente aumentó con la consignación de la transacción o sea con la suma de cuarenta y cinco mil pesos (\$ 45.000.00). La sección de ahorros de la entidad bancaria la atendía T.T. como titular y Z.Z. como cajero pagador, y en superior posición jerárquica S.S., como gerente.

El veinticuatro (24) de agosto del mismo año (1976) la señora A.A. retiró la suma de veinticinco mil pesos (\$ 25.000.00), dejando en su cuenta un saldo de veinte mil cuatrocientos pesos (\$ 20.400.00), el cual trató de mermar el veintiuno (21) de septiembre siguiente con el retiro de la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), fecha en la cual se enteró de que su cuenta había sido afectada por el retiro de once mil pesos (\$ 11.000.00), con autorización de ella,

según la señorita informante, lo cual estaba abiertamente alejado de la realidad por cuanto la cuenta habiente no había autorizado a nadie para ese retiro y menos dado su firma y entregada su cédula y la respectiva libreta, como quiera que el documento de identidad estaba en sus manos desde el último retiro y la libreta en poder de su hermana X.X.

Frente a esa anormal situación, la afectada comentó con el doctor F.F. y puso en averiguaciones a los empleados del Banco, que como el gerente, responsable con su autorización de esa dolosa sustracción, trataba de desplazar el dolo de alguno o algunos empleados del banco en la propia señora reclamante. Formulada la denuncia y luego de aceptable averiguatorio, ha aparecido plenamente la responsabilidad penal de N.N., la cual se aprovechó de su experiencia en las funciones propias de la oficina donde actuaba, de la inexperience de la depositante A.A. y de la rutina de la titular de la sección T.T., del cajero pagador Z.Z. y del señor gerente S.S., todos los cuales empleados del banco debieron intervenir en el doloso retiro de los once mil pesos (\$ 11.000.00).

Por disposiciones de la Superintendencia Bancaria y reglamento de la misma entidad en el retiro de una suma superior a tres mil pesos debe tener la autorización del gerente o el secretario del banco y tramitarse con los siguientes documentos: orden de retiro debidamente firmada por el beneficiario de la cuenta, su cédula de ciudadanía o documento de identificación tanto de éste como de quien va a efectuar el retiro si es un mandatario en cuyo caso debe anexarse la carta de autorización en formato del mismo banco, autorización del gerente o del secretario y orden de pago, requisitos sin los cuales no puede operar un retiro por cuenta de terceros; debe anotarse la suma entrega en la respectiva libreta. Como los once mil pesos (\$ 11.000.00) sustraídos no tuvieron autorización de la dueña de la cuenta y no fueron por consiguiente anotados en la libreta respectiva, que no se presentó, el delito era evidente y la responsabilidad y autoría estaba muy cerca de un empleado o empleados del mismo banco con la decisiva colaboración de terceras personas.

La rutina permitió que los empleados descuidaran su deber y el señor gerente autorizara un retiro a manera de autómatas y el cajero entregara el dinero con la mera orden de pago, pues según su costumbre no observa la libreta, que considera con anotaciones correctas y no está en función confrontar firmas, como sí lo está en las propias funciones del gerente. En el caso de la autorización de retiro a un tercero se elaboran seis documentos, siendo cuatro apenas los necesarios cuando el retiro lo hace el propio dueño de la cuenta. N.N. conoce a cabalidad ese trámite interno y en sus intervenciones lo relata con entendimiento y claridad, al hablar de papeles débito cuando se retira y crédito cuando se consigna, de los vistos buenos de gerente o secretario en sumas superiores a los tres mil pesos y de los contratiempos que la rutina tolera, por razón a veces del acoso en el despacho de beneficiarios, ya que en ocasiones se olvida anotar la consignación o el retiro y se obra con ligereza con respecto a documentos de identificación. El cajero, que tiene también vicios de la rutina, procede después de las revisiones de otros funciona-

rios y considera imposible que en lo denunciado se hubieran equivocado tres personas.

La Sala considera:

El uso de que habla el artículo 242 no es ciertamente el paso que siguió la empleada en el proceso que agotaba el iter criminis, de su preconcebida y compartida intención de causar un daño económico a cuenta de la noble depositante en la sección de ahorro del Banco de Bogotá —Sucursal Belén—. Su proceder se inició dolosamente con los papeles que la procesada tenía a la mano y que manejaba y hacía conocer con propiedad, y con alteración de la verdad avanzó hasta el visto bueno del gerente y con la respectiva orden de pago consiguiente hasta el cajero pagador. Siendo exigencia el visto bueno del gerente para retiros superiores a tres mil pesos, los papeles a que se refiere la delincuencia de la N.N., tenían hasta ese visto bueno la misma inocua condición de una nómina elaborada del que se declara acreedor del tesoro público por una suma determinada y que todavía no se ha presentado a ningún funcionario competente. No eran ni siquiera documentos, tanto así que esos papeles circulan por mesas disponibles al público en las entidades bancarias y se dan con exagerada profusión. No hay hasta el visto bueno del gerente ninguna relación jurídica; de ahí en adelante, con el visto bueno, configuran la consistencia del documento y van en vía de agotamiento del designio criminal que los elaboró falsamente y que para el lucro requiere necesariamente de su uso.

El uso del documento supone un propósito dirigido a un provecho de orden económico, por sobre todo; si es intención de perjudicar a un tercero lo que lo promueve, no es indispensable tratar de lograr el cumplimiento de la falsa obligación: la exhibición sola con designio de dañar, incluso la mera reputación de quien se quiere hacer aparecer como deudor moroso, basta en el delito de falsedad de documento público, pues es delito per se, por lo que su uso lleva el concurso con el delito contra la propiedad generalmente.

N.N. perseguía el lucro económico y al hacer efectivo el pago de lo 'retirado', se consumó el uso; antes no, por adquirir allí en la caja del banco la equivalencia de un recibo de pago. El uso se dio en ese momento de verificarse el pago que consumía el propósito de lucro económico. La falsedad en ambos documentos de autorización y de orden de pago no era separable, como se hizo en un principio con el concurso de los artículos 241 y 242, con gran equívoco, pues ambos papeles jugaban de consuno para la finalidad lucrativa de la conducta. Así el uso es el momento consumativo de la falsedad en documento privado a que se refiere el artículo 240 y no el del artículo 242.

No debe haber temor alguno, cuando al hablar del delito complejo del artículo 242 del Código Penal se hace coincidir el uso del documento con la consumación misma del delito de la falsedad por uso, pues la lógica y equidad contenida en las normas precedentes, reclama que hay uso del documento cuando éste se emplea en el sentido que indican las características probatorias del contexto del mismo, en una acción dirigida a hacerlo valer (PEDRO PACHECO OSORIO). Desconocer esa lógica conduce al desacierto y a la injusticia de castigar severamente un comportamiento que logra plenamente sus propó-

sitos delictivos. Debe ubicarse el compromiso penal en la norma real y viable que lo enmarca, como lo es en este caso el artículo 240, como que el criticado texto 242 es insular en medio de normas evidentes de mayor realidad, sin ningún impacto en la obsolescencia, como toda norma desquiciada de la realidad que busca encerrar, y de la cual el fallador no debe, como lo anota el señor defensor, colgar el alma sobre los deshumanizados incisos y párrafos de los códigos.

El silencio del artículo 240 en cuanto al uso es explicable, toda vez que el verbo está tácito y se sobreentiende lógicamente en las dos circunstancias que contempla, "el que con perjuicio de tercero o con intención de causarlo", porque para ese perjuicio se requiere obviamente el uso, su utilización, pues de otra manera ni el perjuicio de tercero se da en el primer caso, ni en el segundo, aparecería claramente la intención de causarlo. No puede pensarse en infracción en el documento privado que se falsifica para enseñanza de mera destreza o habilidad caligráfica o de imitación, o de juego gracioso con la verdad, porque sin actos exteriores, siquiera un principio de uso, el delito de falsedad en documento privado no puede darse, así lo hallan encontrado antes doctrinal y jurisprudencialmente. Por lo mismo, no es acertado el criterio de que la sola "editio falsi" sea suficiente para el delito cuestionado, o que el 'falsum particular' (del mismo modo que el 'falsum público') se consume independientemente del documento falso, por fuera de su uso (Hungria), lo que el profesor ROMERO SOTO ataca con otro ejemplo que complementa los anteriores de la Sala, cuando expresa que basta encontrar en el domicilio de una persona un documento falso para que se dé la tesis de HUNGRIA, siendo que ese sólo hecho no sería prueba suficiente del ánimo de causar perjuicio (ROMERO SOTO, la Falsedad Documental, pág. 293).

Con relación a la circunstancia de agravación que prevé el artículo 242 que se viene comentando, instalado en el Estatuto Represor por el profesor PARMENIO CARDENAS, con el argumento de que era necesaria la disposición porque sin ella la pena de la falsedad se acumularía a la pena por el uso del documento, lo que haría elevar de modo muy severo la sanción (TRABAJOS PREPARATORIOS DEL NUEVO CODIGO PENAL 1, 314), se ha reiterado por el Tribunal en varias Salas la inaplicabilidad de este texto por los absurdos jurídicos a que da lugar y por la equivocada concepción que lo llevara al código.

Ciertamente, se han observado por los anteriores argumentos, que el artículo 242 no puede tener una aplicación literal porque ello conduciría a sancionar hasta con doce años de presidio al falsificador usuario de un documento privado espurio, en notable desventaja, injusta por lo demás, con respecto a la suerte de un falsificador usuario de un documento público o título valor, que apenas contaría con una sanción máxima de ocho años de prisión. La oscilante tesis del doctor ROMERO SOTO en orden a la justa solución que el criticado texto reclama deja patente el problema al decir que el uso jurídico del documento consume el tipo delictivo del artículo 240 y su uso documental, probatorio o concreto, da lugar al del artículo 242, pues no responde a la realidad escapada del texto último y que contagia de equidad al

intérprete y fallador. (La Falsedad Documental, 1ª Ed., pág. 260).

Más práctico es el doctor ANTONIO VICENTE ARENAS, cuando expresa: "A nuestro juicio ha debido hacerse referencia a la sanción establecida en el artículo 240, pues el 242, tal como aparece redactado, ha debido figurar a continuación del 234, o sea como disposición que agrava el uso de documentos públicos y de instrumentos negociables por parte de su propio fabricante. En otras palabras: el actual artículo 242 debiera figurar a continuación del 234 sin perjuicio de que figurara también después del 241, con el solo cambio de la disposición que cita. De esta manera la agravante cobijaría tanto el uso de documentos públicos como de los privados, lo cual, además de ser lógico, se acomoda al pensamiento de los miembros de la comisión redactora" (COMENTARIOS AL CODIGO PENAL COLOMBIANO, Parte Especial, I, 385).

El Tribunal en otras dos de sus Salas ha desarrollado la tesis cuestionada anteriormente sobre el artículo 242, en providencias en las cuales se patentiza el absurdo del incremento punitivo que contempla la precitada disposición, de fechas abril 4 y julio 8 del año en curso".

Agosto 10 de 1978.

Magistrados: Drs. Edilberto Solís, Jaime Taborda Pereáñez, Edgar Tobón Uribe.

APODERAMIENTO O DESVIACION DE AERONAVES POR UN GRAVE ANOMALO PSIQUICO. DELITO FRUSTRADO. SECUESTRO DE PERSONAS.

Apoderarse de una aeronave es dominar sobre ella o sea tener posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos. A esto no se opone el hecho de que el mismo piloto sea quien la dirija materialmente. Si el desvío o el apoderamiento de la aeronave supone el forzamiento de los pilotos para hacer o no hacer, esto no implica un nuevo delito de secuestro contra ellos, pues ese acontecimiento está, de manera necesaria, vinculado al apoderamiento o desviación.

DR. LUIS ALFONSO MONTOYA CADAVID.

LOS HECHOS.

"El señor Gerente regional de la compañía aérea SAM expresa en su denuncia ante el Juzgado 50 de Instrucción Penal Militar que en lunes 22 de diciembre de 1975 el avión de SAM Nº HK 846 venía cumpliendo el vuelo Nº 804 de Barrancabermeja a Medellín y aproximadamente a las cuatro y 15 de la tarde la torre de control en el aeropuerto de Medellín avisó al control de vuelo SAM que la nave venía secuestrada y pedían \$ 3.000.000 para la

entrega de dicha aeronave. En su ampliación de fls. 31 agrega otros detalles como el que la nave tenía capacidad para 9 pasajeros pero no sabe si ese día venía completa. Que en ningún momento le hicieron caso a la solicitud del señor que la había secuestrado, ni resultó dañado el avión ni herido ningún pasajero, aunque sí el secuestrador.

El encargado de la citada empresa delictiva lo fue ROBERTO DEL CRISTO ROBLES RODELO, quien se encontraba en Barrancabermeja y súbitamente le dio la idea de secuestrar una aeronave con el objeto de solucionar su angustiosa situación económica. Utilizó para el efecto un revólver de su propiedad, sin cartuchos, y un cuchillo mata-ganado. Además usó un disfraz que se había conseguido y con el cual se cubría el rostro. Ya en viaje y cuando la avioneta venía a la altura del Municipio de Yolombó, Robles Rodelo se dirigió a la cabina de mando y esgrimiendo allí su revólver y el cuchillo, mientras permanecía cubierta la cabeza con el disfraz, le anunció a los dos tripulantes (Piloto y Copiloto) que el avión quedaba secuestrado y que se dirigieran a la ciudad de Bogotá. Le objetó el Piloto que el avión era pequeño, hacía mal tiempo y que no disponía del combustible suficiente para la marcha a Bogotá, todo lo cual aceptó de inmediato el presunto secuestrador y la marcha continuó normal hasta el aterrizaje en Medellín donde ya estaban avisados los cuerpos de seguridad que rodearon el avión y al parecer sin mayor dificultad inutilizaron y capturaron a Robles Rodelo quien recibió algunos impactos de arma de fuego".

Las consideraciones jurídicas del Honorable Tribunal fueron las siguientes:

Al procesado se le hicieron los cargos de SECUESTRO contemplado en el Art. 49 de la Ley 21 de 1973 (Art. 293 del C. Penal) para quien secuestre a una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícito, con la agravante contemplada en el ordinal 4º del Art. 69 de la citada ley, o sea, cuando el delito se comete por persona disfrazada, pues como se dejó dicho, el procesado estaba encapuchado. Y el de APODERAMIENTO DE NAVE de que trata el Art. 13 de la citada ley cuyo texto conviene transcribir:

"El que mediante amenazas, violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, se apodere o haga desviar de su ruta a una aeronave, incurrirá por este solo hecho, en pena de presidio de 3 a 6 años".

El Juzgado en el fallo pertinente ABSUELVE al enjuiciado del cargo de SECUESTRO y lo CONDENA a la reclusión en Colonia Agrícola Especial por el delito de APODERAMIENTO DE NAVE, pero según los planteamientos de la parte motiva, la condena por esta infracción se hizo solamente en la modalidad de TENTATIVA, lo que no quedó suficientemente claro en la RESOLUTIVA ni se expresó el mínimo de tiempo (que según la ley es de un año) de la reclusión en la Colonia Agrícola Especial.

CONCLUSIONES:

El procesado no registra antecedentes de ninguna especie ni ingresos a la cárcel. Por lo tanto bien se puede deducir, como lo expresa en su injurada, que la idea del secuestro del avión fue completamente loca y descabellada,

surgida súbitamente y como lo expresa el dictamen siquiátrico su conducta obedeció a una "actuación extraordinaria e inmotivada exteriormente...". Ninguna posibilidad tenía de llevar a feliz término el propósito nacido momentáneamente, porque tamaña faena criminal como la de secuestrar un avión, así sea pequeño, no es fácilmente realizable por una sola persona y menos utilizando un revólver sin proyectiles y un cuchillo. Se expone muy bien en el fallo revisado que no hubo desvío de la nave y ello es evidente pues que el avión cumplió su ruta normal de Barrancabermeja a Medellín. En un momento dado Robles Rodelo le pidió a la tripulación que condujesen la aeronave a Bogotá, pero al instante aceptó las objeciones de éstos cuando le dijeron que hacía muy mal tiempo y que no tenían la gasolina suficiente. Al aterrizar en Medellín expresó Robles que dejaran el avión en determinado sitio pero cuando le explicó el piloto lo peligroso de ese lugar, de inmediato desistió el procesado de su idea. Es decir, que Robles Rodelo no disponía de las condiciones síquicas que se requieren para un secuestro y para un apoderamiento de nave, o sea, para poner bajo su efectivo poder y dominio un avión. Porque a su ignorancia completa sobre sus mecanismos se unía la falta de sanidad mental y de firmeza en sus decisiones, ya que las cambiaba a la menor dificultad que le oponían.

Es importante el concepto del piloto Jorge Alberto Forero cuando manifiesta que el sindicado "hablaba muchas tonterías" y decía que la plata era para el Ganzo. También lo que expresa Laureano Barros acerca de que el procesado dijo que aquí en Colombia no había seguridad y que en la única parte que la había era en Maiquetía, Caracas, agregando este piloto que Robles "prácticamente no se opuso a mis maniobras en tierra...". Y en cuanto a los pasajeros ninguna actividad realizó el procesado para impedirles su salida del avión. Así lo expresa el piloto Forero cuando dice que "unos peladitos que habían adentro del avión abrieron la puerta y entonces salieron unos pasajeros...".

Agrega el citado declarante que uno salió corriendo con los peladitos y detrás de él el esposo (o sea que quien salió primero fue la esposa); ante este hecho el secuestrador se limitó a ordenar que cerraran la puerta, pero le hicieron una nueva burla porque el pasajero que se ofreció a cerrarla aprovechó para huir, sin que Robles hiciese ningún acto ofensivo o de agresión. Además permitió el sindicado que la autoridad desocupase la bodega del avión entrando por la puerta trasera y se dirigiera luego hacia él sin que hubiese intentado ninguna reacción contra los pilotos, aunque sí hubo forcejeo con los agentes de la autoridad según el dicho de éstos, pero Robles fue completamente dominado y puesto fuera de combate al recibir cinco proyectiles. Estudiadas todas las circunstancias bien se puede colegir que aún los mismos tripulantes de mando hubiesen podido abandonar la nave si así se lo hubieran propuesto. Pero lógicamente que como ya habían avisado a la torre de control y los Cuerpos de Seguridad estaban alerta y encargados de tomar el avión, los pilotos debían permanecer en sus puestos hasta que concluyese la operación de la autoridad.

En cuestión de dinero no existió la menor probabilidad de que se le entregase alguna suma de Robles Rodelo, mucho menos la cantidad de tres millones de pesos en la variedad de billetes que exigía. Es el propio gerente regional de SAM, JORGE LUIS BENITEZ CASTRO, quien expresa a fls. 31: "En ningún momento hicimos caso a la solicitud de este señor, no resultó ni dañado el avión ni herido ningún pasajero...". También cuenta dicho declarante que en ningún momento "el tipo" habló hacia la oficina, ya que solo se comunicaron con el piloto. De otra parte, una vez cumplido el itinerario normal del avión que lo fue de Barrancabermeja a Medellín, ninguna posibilidad se le dejó de emprender nuevo rumbo porque inmediatamente aterrizó se montó un dispositivo que hiciese imposible su salida y se le desinflaron las llantas.

De todo lo expuesto se saca como corolario que el delito de SECUESTRO de personas no tuvo existencia legal por la falta de una eficaz aprehensión o privación de la libertad, porque durante el viaje por fuerza del momento tenían que permanecer dentro del avión el cual en ningún momento varió su ruta. Ya en el aeropuerto algunos se abstuvieron de evacuar la nave cuya capacidad era para 9 pasajeros, pero más por natural prudencia que por peligro real y durante los minutos que necesitaron los Cuerpos de Seguridad para imposibilitar al sindicado. No abrigaron en cambio ningún miedo de salir, los menores o "peladitos" de que habla el piloto Forero, quienes sin ningún obstáculo por parte del supuesto secuestrador se dirigieron a la puerta y la abrieron, dando salida a otros pasajeros. En cuanto al sindicado, como lo expresa el señor Fiscal del Tribunal, no ha negado ser el autor del hecho "y tampoco que lo cometió dentro de las visibles circunstancias expuestas por el Capitán Forero" (fls. 151).

Procede la ABSOLUCION POR EL DELITO DE SECUESTRO cual fue el pronunciamiento del Juzgado. El delito de APODERAMIENTO DE NAVE en realidad no puede afirmarse que se llevó a su perfección porque nunca estuvo el avión bajo el real dominio o poder de Robles Rodelo quien tampoco ejerció control alguno sobre el mismo, aunque sí eran éstas al parecer sus intenciones y propósitos y no propiamente los de secuestrar personas. Desde el principio cuenta el sindicado que le surgió la idea de tomar una nave para exigir dinero y solucionar su precariedad económica. No pudo consumir el apoderamiento efectivo de la avioneta, pero sí realizó muchos actos tendientes a este fin, cuales fueron la utilización de revólver que aunque sin cartuchos tenía poder intimidante y de un cuchillo grande, desde luego que todos sus actos fueron producto del desequilibrio mental que afectaba profundamente su personalidad. Como lo anotó la señora Juez de instancia esta infracción de apoderamiento de nave se quedó en el campo de la Tentativa, criterio que es compartido por el señor Fiscal 4º de la Corporación.

Al tenor del Art. 63 del C. Penal el manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. No son las circunstancias en que se encuentra Robles Rodelo quien no fue clasificado como un alienado sino como un anómalo síquico, o sea, que padecía grave

anomalía síquica al momento de cometer el hecho. Al respecto dijo la Corte en sentencia de octubre 18 de 1966:

"La medida del Art. 63 del C. P. no es legalmente aplicable, ni resulta aconsejable, en los casos de delinquentes que cometieron el delito en estado de grave anomalía síquica transitoria".

Que la grave anomalía síquica padecida por Robles Rodelo al momento de padecer los hechos era transitoria, se desprende de los dos conceptos médicos-siquiátricos practicados al enjuiciado. En ambos se deja constancia que "en la actualidad disfruta del uso normal de sus facultades mentales". Y es que con anterioridad y en el transcurso de varios años fue sometido Robles Rodelo a un tratamiento para su neurosis en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (fls. 24 y 25).

Como se dejó dicho Robles estuvo cerca de dos años en detención preventiva y el uso normal de sus facultades expresado en los conceptos médicos no hacen aconsejable enviarlo ahora a la Colonia Agrícola especial por el tiempo no menor de un año. En este aspecto también se halla aceptado el fallo revisado.

En consecuencia de lo anotado, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, Sala Penal de Decisión, en acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia materia de CONSULTA con la reforma al ordinal 2º de la parte **resolutiva**, aclarándola en el sentido de que la condena que allí se hace por el delito previsto en el Art. 13 de la Ley 21 de 1973 (apoderamiento de aeronave) se refiere a esta infracción en su forma de **TENTATIVA**.

Julio 17 de 1978.

Magistrados: Drs. Luis Alfonso Montoya Cadavid, Alfonso Ortiz Rodríguez, Humberto Rendón Arango.

Como puede verse, el Honorable Tribunal remite, en todo, a lo dicho por el inferior para confirmarlo. Consultada la providencia del Juzgado de Circuito, hemos encontrado que la Providencia bien vale la pena publicarla in extenso, tanto por el caso poco común en nuestro medio como por la seriedad académica con la que fue tratada por parte de la Juez de instancia.

JUZGADO DECIMO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO

Dra. Tahí Barrios Hernández

ASPECTOS JURIDICOS:

El tipo previsto por el Art. 13 de la Ley 21 de 1973, consagra dos conductas alternativas ("se apodere o haga desviar"), ambas posibles de ser cometidas "mediante amenazas, violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género". En el caso que nos ocupa no hubo desviación, pues la ruta prevista para la aeronave era Barrancabermeja - Medellín, itinerario que efectivamente se cumplió. Queda entonces la otra alternativa a examinar, a saber, el **apoderamiento**.

La ley nuestra utiliza la expresión "apodere", al igual que la Legislación Italiana y la Española. Otras legislaciones como la Panameña, hablan de la "acción de tomar control de la dirección de una aeronave". Así mismo dice el Anteproyecto Argentino de Código Aeronáutico Americano: "Será reprimido con prisión de dos a seis años el que, por medio de fuerza en las cosas o violencia física en las personas: 1) se apodere de una aeronave en vuelo". El convenio de Tokio dice: "cuando una persona a bordo, mediante violencia o intimidación, cometa cualquier acto ilícito de **apoderamiento**, interferencia, o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o sea inminente la realización de tales actos..." (véase artículo de MARIO FOLCHI, **apoderamiento de Aeronave en vuelo**. Temas de Derecho Penal, Número 9, 1971, Pág. 26-28).

Pues bien: **apoderarse** es "hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder". SEBASTIAN SOLER explicando el concepto de **apoderarse** —lo que consideramos aplicable para nuestra legislación, en lo que a **apoderamiento** se refiere— dice que implica "la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor". (Derecho Penal Argentino, Ed. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, Tomo IV, Pág. 192).

Desde luego, tratándose de la conducta que tipifica el Artículo 13 de la Ley 21 de 1973, no debe entenderse la acción de **apoderarse** como acción de tomar algo para sí y de adentrarlo en su patrimonio, hacerse dueño de ella, sino en el sentido de "ponerla bajo su poder". Quien durante un vuelo, penetra a la cabina de un avión y mediante amenazas lo hace desviar puede decirse que se ha **apoderado** de él en el sentido de que ordena o manda sobre él, aunque no pueda ejercer los controles por propia mano, pues los ejerce a través de quien la máquina conduce, quien pasa a ser un simple instrumento. Por eso, en su libro "Delitos aeronáuticos" MARIO FOLCHI, dice que **apoderarse** "significa la plena posibilidad de que el sujeto activo efectúe actos de disposición respecto de la aeronave, que se encuentra entonces más allá de la esfera de poder de su legítimo tenedor". (Editorial Astrea, Buenos Aires 1970, pág. 109-110). Como conclusión de lo anterior, deducimos que **apoderarse** de una aeronave en el sentido que la toma nuestra ley es **mandar sobre ella**.

De paso, debemos anotar las complicación que pueden surgir en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues el artículo 13 de la citada ley, habla del que "se apodere o haga desviar de su ruta a una aeronave".

Podría pensarse que todo **apoderamiento** de aeronave diera lugar a la aplicación de este artículo. Se aplicaría este artículo, por ejemplo, en el caso de que alguien, a las dos (2) de la mañana fuera al aeropuerto y se **apoderara** de una aeronave y la utilizara para dar un paseo o para alguna otra actividad, por ejemplo, el traslado de contrabando? No lo creemos así, pues que si estos casos hubieran sido los tenidos en mente por el legislador, no se habría necesitado el artículo comentado sino que hubieran bastado los artículos sobre el hurto y el robo. Como dice FOLCHI en el ámbito del Derecho Penal Aero-

náutico solo "...entran aquellos delitos cuya estructura ontológica está dada por el hecho de la aviación, de manera tal que si ésta no existiese no sería posible comprenderlos".

"El fundamento esencial de lo que afirmamos tiene su origen en el elemento teleológico, que en los casos de delitos aeronáuticos conforma bienes jurídicos protegidos de naturaleza específica: en unos casos la seguridad en vuelo, en otros la seguridad de los terceros en la superficie con motivo de la aeronavegación, muchas veces la misma seguridad del Estado también condicionada a la aviación".

"Varios son los bienes jurídicos que pueden ser lesionados por la conducta criminosa que nos ocupa: la seguridad en el vuelo, la seguridad de los terceros en la superficie o la seguridad de la nación, todos desde un punto de vista general; y en forma específica, si se trata de una máquina de línea regular de transporte de pasajeros, la regularidad del servicio, que tanta importancia tiene en esta materia". (Ob. Cit. FOLCHI).

Como vemos fue precisamente para reprimir estos casos para lo que se erigió el artículo 13. Fue para reprimir la vulgarmente denominada "PIRATERIA AEREA" conducta que antes de existir la tipificación hoy existente, fue juzgada por nuestra Honorable Corte Suprema como un robo de Uso. (Ver providencia de septiembre 18 de 1970. Temas de Derecho Penal, Cit, Pág. 155 a 166).

Por el origen, por la razón misma que tuvo la ley, podemos deducir que la infracción se refiere al apoderamiento de aeronave en vuelo. Podría creerse que hubiera bastado el solo verbo de apoderarse pues que al fin y al cabo, quien hace desviar una aeronave es porque ya tiene poder suficiente sobre ella y que en una u otra forma se ha apoderado entonces de ella.

Al respecto, es importante saber que la convención de Tokio dice en sus Artículos 1º (literal B), 2º y 3º.

La presente convención se aplica:

1º "....."

b) A los actos que constituyendo o no infracciones, pueden comprometer la seguridad de la aeronave o de las personas o de los bienes a bordo, o comprometen el buen orden o la disciplina a bordo.

2º Bajo reserva de las disposiciones del Título II, la presente convención se aplica a las infracciones cometidas o actos cumplidos, por una persona a bordo de una aeronave matriculada en un Estado contratante mientras esta aeronave se encuentre, sea en vuelo, sea en alta mar o de una región que no hace parte del territorio de ningún Estado.

3º A los fines de la presente convención, una aeronave es considerada en vuelo luego del momento en que la fuerza motriz es empleada para decolar hasta el momento en que el aterrizaje ha finalizado". (TRAVAUX DIRIGES 4^{ème} Année - DROIT PENAL SPECIAL - Cours de M. le Professeur LEAUTELE DETOURNEMENT D'AERONEFS - Instituto de Criminología - Droit Penal - París, Otoño-invierno - 1974, Pág. 88).

Otro aspecto que merece ser estudiado es el de las "amenazas, violencia física o moral..." sobre todo por lo que respecta al caso concreto. Ame-

nazar a otro es atemorizarlo o infundirle miedo para que haga o deje de hacer una cosa. La amenaza implica el anuncio de un mal precisamente si no se hace o deja de hacer algo. La violencia física implica el desplazamiento de una energía con contacto material para vencer una energía resistente. En la violencia moral no se despliega fuerza física para vencer una voluntad, sino que se doblega la voluntad de otro mediante el ofrecimiento de un mal, o sea lo que constituye la amenaza. Por eso el artículo es en cierta medida redundante.

La amenaza implica, como queda dicho, el anuncio de un mal grave e inminente. Importa que el sujeto pasivo de la amenaza tema para su vida o para los suyos o sus bienes, sin que importe que en la esfera real hubiera habido objetivamente un peligro. Así, si un sujeto mediante una pistola de juguete obliga a otro, a entregar sus bienes, hay amenaza de un mal y hay robo aunque la vida del sujeto pasivo no hubiera corrido en realidad peligro alguno. Lo que importa es que la víctima vivió una violencia, sintió amenazada su vida.

Lo anterior importa en el caso concreto, pues bien sabemos que el revólver que portada el procesado, estaba descargado. Sin embargo, fue esgrimido en forma amenazante contra la tripulación. Al respecto, afirma MAGGIORE: "No tiene valor el hecho de que el arma sea fingida, dañada o inadapta para herir, pues la ley únicamente se preocupa de su eficacia intimidadora sobre el sujeto pasivo". (Derecho Penal, parte Especial, Temis, Bogotá, 1956, Tomo V, Pág. 90. Refiriéndose a la expresión "arma" de que trata el Artículo 585 del Código Penal Italiano).

El sindicado mismo manifiesta en su indagatoria, al ser interrogado sobre las armas que portaba: "... si llevaba armas un revólver, realmente no sé que marca es, ese revólver lo compré en Bogotá para dejárselo a mi esposa en la casa, pero realmente no encontré balas y pensé como voy a Barranca se lo mando con el padrastro de ella, desafortunadamente él tampoco estaba en Barranca, también un cuchillo lo conseguí en Barranca, lo compré, digamos como le dije, había pensado ese día una carrera alocada, dije pues no llevo balas, entonces dije llevemos un cuchillo, no con intención de matar a ninguno, porque como lo comenté en un comienzo jamás he tenido problemas...". (Fls. 12 Fte.); y en la Audiencia (Fls. 106 Fte.): "... yo sí tenía el revólver, pero sin ningún objeto, tan es así que no llevaba balas...".

Auncuando el procesado, según lo transcrito, dice no haber tenido intención de matar, "Poco importa que el sujeto haya tenido o no la intención de realizar las amenazas, que haya sido o no capaz de ponerlas en ejecución", como afirman MARCEL ROUSSELET y MAURICE PATIN (Precis de Droit Penal Special, Becueil Sirey 1950, Pág. 263).

Por este aspecto, importa entonces afirmar que el empleo de la amenaza fue utilizado para apoderarse de la aeronave. Pero, y es la pregunta que como consecuencia de lo anterior es preciso formular, efectivamente el sujeto se apoderó de la nave, es decir, la puso a su disposición, dominó sobre ella, tuvo "la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa

actos dispositivos"? (SOLER); se encontró la nave "más allá de la esfera de poder de su legítimo tenedor"?

Observemos lo siguiente: según declaración de JORGE ALBERTO FORERO (Folios 8 Fte.), el sujeto quiere que el avión vaya a Bogotá. Lo convencen de que viniera a Medellín, aduciendo el hecho de no tener gasolina y el mal tiempo. El sujeto accede y no hay constancia de que ante las explicaciones hubiera creado dificultades y al parecer (véase las declaraciones de los pilotos) no fue preciso hacer esfuerzos para convencerlo de que debían ir a Medellín —cumpliendo el itinerario normal— y no a Bogotá como él lo "exigía".

LAUREANO BARROS a Folios 9 Frente, dice: "... una persona encapuchada con un revólver en la mano derecho y un puñal, me dijo que estaba secuestrado el avión, no tenía ninguna duda, entonces le hice ver el mal tiempo, lo tarde que era, que el avión era pequeño y que necesariamente yo haría lo que él quisiera, pero teníamos que reabastecernos de combustible, tan pronto él accedió a que íbamos a llegar a la ciudad de Medellín, avisé por radio a la torre, él dijo que íbamos para Bogotá, aterrizamos en Medellín, lo demás o menos las autoridades saben como sucedieron las cosas, entre las cosas que dijo él dijo que aquí en Colombia no había seguridad, que por eso, que en la única parte que había seguridad, era en Maiquetía Caracas, talvés esto lo dijo para despistar a las autoridades, en el momento de aterrizar, me dijo que le avisara a las autoridades o a lo que fuera, que era de la cuadrilla o de la cosa esa del Ganzo Ariza y que la plata que pedía era para financiar la salida de él, yo sí sabía que íbamos a aterrizar más o menos en Colombia, desde que me pidió la plata en dinero colombiano, que no quería billetes de quinientos, sino de doscientos, de a cien, de veinte, de cincuenta, pedía tres millones de pesos..." "prácticamente no se opuso a mis maniobras en tierra..." (Subrayas del Despacho).

De modo que, cómo hablar aquí de que hubo un apoderamiento efectivo? Cómo hablar de que hubo un delito de apoderamiento de aeronave en su modalidad perfecta? y aquí debe de advertirse la pésima instrucción del presente proceso. Es que el instructor debió establecer los elementos estructurales del tipo que investigaba. Esos elementos estructurales no sólo son de orden material sino también de índole síquico, o afectiva o volitiva, según los casos. Y en este caso ha debido preguntarse, que amenazas en concreto el sujeto pronunciaba, qué actitudes tomaba el individuo, cuál fue el estado anímico engendrado por las amenazas en los pilotos, etc., etc. Es que, el apoderamiento se obtiene como consecuencia o efecto de las amenazas, mejor, del miedo que producen las amenazas en el sujeto pasivo de ellas. Este pierde el control de la aeronave que pasa a ser dirigida por el sujeto activo (aunque manejada por el piloto), como consecuencia del temor engendrado. Y es que debe haber una relación de causalidad: Violencia o amenazas —estado anímico de temor— pérdida del control o desposesión y apoderamiento por parte del agente activo del ilícito, todo en forma sucesiva.

Pero el Instructor (Fls. 18 Fte.) se contentó con que el testigo dijera, que el sujeto "amenazó así en general". Pero cuáles eran esas amenazas en

general? Qué efectos produjeron esas amenazas? Parece que nada de eso le interesó. Hay pues que concluir aquí de las expresiones de los pilotos y del comportamiento que —según se deduce de las diferentes piezas del proceso— guardaron éstos y el atacante. "... yo iba a poner el avión en una parte estratégica, junto al avión de la FAC, pero después el tipo me había dicho que dejara el avión en la cabecera, yo le dije que no porque ahí nos matábamos todos, y el tipo accedió, prácticamente no se opuso a mis maniobras en tierra..." (Fls. 9 Fte. "... que hablaba muchas tonterías... El casi no hablaba, a nosotros nos tocaba decirle qué quería..." (Fls. 8 Fte.). - (Subrayas del Despacho).

En fin, parece que el sujeto apenas si insinuaba las cosas y los pilotos con poco esfuerzo —es lo que se deduce de sus declaraciones— argumentaban y rápidamente lo convencían.

Con base en los anteriores hechos concluimos que se dio la figura del denominado en la doctrina "apoderamiento de aeronave", pero, considera el Despacho que el hecho no fue un apoderamiento en su modalidad perfecta, toda vez que, como es menester concluir de lo dicho hasta ahora, realmente, los pilotos no perdieron el control de la nave; el sindicato no dominó realmente sobre ella en ningún momento, por más que sí realizó actos idóneos e inequívocamente dirigidos a ello.

Se habla de actos idóneos e inequívocos y con esto queremos significar que nos encontramos ante un delito frustrado por lo siguiente: Se dió una intención de apoderamiento; se realizaron desde el punto de vista subjetivo y objetivo todos los actos tendientes a la realización del tipo y por causas ajenas a su voluntad no se realizó el apoderamiento. A primera vista podría pensarse que se trata de un delito imposible supuesto que los pilotos no se amedrantaron lo suficiente como para obedecer, sin discusión, a lo que ROBLES RODELO ordenaba, sino que por el contrario rápidamente advirtieron su estado y dispusieron tal y como de antemano estaba previsto tanto el orden de vuelo como de aterrizaje. Laureano Barros Duarte (Fls. 9 Fte.) afirmó: "... me dijo que le avisara a las autoridades o lo que fuera, que era de la cuadrilla o de la cosa esa del Ganzo Ariza y que la plata que pedía era para financiar la salida de él, yo sí sabía que íbamos a aterrizar más o menos en Colombia, desde que pidió la plata en dinero colombiano, que no quería billetes de quinientos, sino de doscientos, de a cien, de veinte, de cincuenta, pedía tres millones de pesos..."

Sin embargo, es de considerar lo siguiente: Si se miran las cosas ex-post, es decir, después de ocurridos los hechos, siempre que se ha tenido la intención de cometer un delito y se ha dado comienzo a la ejecución del mismo o se han realizado todos los actos necesarios sin el logro del resultado querido por causas ajenas a la voluntad del sujeto, miradas las cosas ex-post, todo hecho cometido en esas condiciones sería un delito imposible, puesto que si el delito no se dió, era porque, en esas concretas circunstancias era imposible, ontológicamente hablando, de realizarse. Sobraría entonces el artículo de la tentativa. Pero si se miran las cosas ex-ante, la situación cambia, y

entonces hay que tener en cuenta: a) El plan del autor y b) El normal desarrollo de los hechos. Sobre el particular dice Antolisei:

"...la idoneidad o no de la tentativa no puede ser juzgada ex-post, o sea el caso particular; por el contrario, debe ser juzgada ex-ante. En otras palabras, el juez debe retrotraerse al momento en que la acción ha sido realizada y expresar un juicio que tenga en cuenta las circunstancias que en aquel momento podían ser conocidas. Considerará idónea la acción, cuando sobre la base de tales elementos, se presentaba como adecuada respecto a los resultados a que se dirigía; en los demás casos, la considera inidónea."

"Una vez aclarado este punto esencial, debe observarse que si la idoneidad, establecida ex-ante, equivale a la adecuación, la idoneidad misma termina por coincidir completamente con el peligro, de donde se deriva la consecuencia que idoneidad de la acción equivale a peligrosidad de ella. La tentativa, en consecuencia es punible cuando se ha concretado en una acción peligrosa: y, puesto que el peligro no es más que probabilidad (supra, número 93), el requisito establecido por el Código debe considerarse existente todas aquellas veces que el plan del reo, en el momento en que fué aprehendido, presentaba probabilidad de éxito". (Manual de Derecho Penal, Parte General, Uteha Argentina - Buenos Aires, 1.960, Pág. 237).

Y HANS WELZEL recalca sobre la importancia de la consideración del plan del autor: "La tentativa comienza con aquella actitud con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo".

"Siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular (sustraer, robar con fractura, matar, etc.). A esto agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica". (Derecho Penal Alemán, parte General, Ed. Jurídica de Chile, 1.970, Pág. 263).

Así las cosas, tenemos que ROBLES RODELO según su plan, desarrolló toda la actividad que él pensó era suficiente para obtener el apoderamiento. Esto, por el aspecto subjetivo de la cuestión. De otro lado, desde el punto de vista objetivo, su conducta fué la normalmente idónea para crear un estado de temor suficiente a determinar la entrega del Control.

Mesa Velásquez afirma sobre el delito frustrado:

"En estos casos el agresor ha realizado subjetiva y materialmente todo lo necesario, según las leyes naturales y la común experiencia, para llevar hasta el final el designio criminoso, para perfeccionar el delito, malográndose el resultado por una circunstancia para él imprevista". (Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Universidad de Antioquia. 1.962, Pág. 164).

En cuanto al secuestro de personas, cabe decir lo siguiente:

El Código Colombiano tiene previsto en los artículos 293 y 294, modificados por los Artículos 49 y 59 de la Ley 21 de 1.973, llamados por la Doctrina "secuestro de rescate o secuestro de persona". Robles Rodelo fué llamado a responder en juicio por haber sido hallado incurso del delito de secuestro de que habla el primero de los artículos mencionados. Sin embargo, debe observarse que en primer lugar, no hubo tal desviación del avión, y,

se repite, el itinerario cumplido fué el exactamente programado. Así las cosas, antes de que la nave llegara a su destino, no podía darse la violación del derecho de libertad individual, pues el avión no aterrizó en ningún lugar antes de llegar a su destino, Medellín. Esto hacía que los pasajeros necesariamente tuvieran que permanecer dentro del avión. Y dentro de éste, prueba hay suficiente de que los pasajeros no fueron constreñidos a permanecer en ningún lugar específico dentro del avión, es más, no hubo contacto entre ellos y ROBLES RODELO. Si como hemos dicho, en este tipo de delito, no se trata solamente de castigar el simple apoderamiento de aeronave, abstracción hecha de que ella esté o no en vuelo, sino que prácticamente el hecho supone una nave en vuelo, no podría pensarse en un secuestro o de cualquier otro delito contra la autonomía personal en contra de los miembros de la tripulación, pues estos actos contra los tripulantes tienen, de manera necesaria, que estar vinculados al apoderamiento o desviación de la aeronave.

Con respecto a la situación de los pasajeros ya en Medellín, nada en claro hay en el expediente que permita concluir que hubieran sido imposibilitados para abandonar la nave. De otra parte, por lo que puede deducirse de las declaraciones, pésimamente tomadas por el instructor, de los pilotos y del agente García Escobar (Fls. 31 Vto.), procesado y pasajeros nunca estuvieron en contacto, pues al parecer, aquel no abandonó la cabina del avión. La misma manera como salieron algunos de los pasajeros: "...cuando uno o dos pasajeros se logró bajar, nosotros los paramos y les preguntamos cuántos eran los secuestradores y manifestaron que uno (sic)...", indica que ese contacto no lo hubo. Ante esto y la imposibilidad de una mejor ilustración ante la deficiencia que denota la instrucción, considera el Despacho que es preciso descartar el delito de secuestro.

A folios 104 y Vto., aparece visible el dictamen siquiátrico practicado en la persona del encausado. En él se diagnosticó perturbación síquica padecida por Robles Rodelo en el momento de la comisión de los hechos de que da cuenta el plenario. Más adelante, a Folios 116 Fte. y Vto. un nuevo experticio médico legal expresa que: "en los momentos actuales se haya disfrutando del uso correcto de sus facultades mentales; confrontado este conocimiento con los detalles apuntados en el informe siquiátrico que se rindió por esta oficina, sus antecedentes de trastornos nerviosos con un fondo de angustia grande, sus insomnias persistentes y desequilibrios nerviosos frecuentes, que lo llevaron a consultar en varias oportunidades a los médicos siquiatras, la ingerencia permanente de drogas sicótropas formuladas por éstos, su actuación extraordinaria e inmotivada exteriormente que rebasaban los límites de una normalidad síquica, nos permiten ajustar un poco el diagnóstico siquiátrico, en el sentido de que en los momentos de incurrir en el secuestro de aeronave y múltiples personas estaba afectado de una reacción siconeurótica disociativa..."

Teniendo en cuenta la Historia Clínica llevada por el ICSS, seccional de Cundinamarca, las aseveraciones de los pilotos de la nave de autos y la afirmación misma del encausado en su indagatoria y en la diligencia de au-

diencia, consideramos que los dictámenes de que venimos de hablar merecen ser acogidos.

No obstante la grave anomalía síquica que padecía el sujeto al momento de los hechos, el Despacho se ha permitido hacer algunas consideraciones jurídicas sobre el hecho y sobre la imputación material y jurídica de ellos al sujeto, pues considera que no es aceptable la tesis que sostiene que en tratándose de hechos cometidos por personas que están comprendidas en el Artículo 29, basta la simple imputación material. Así, el doctor Mesa Velásquez afirma: "...Tratándose de menores o anormales, el elemento psíquico del delito es también anormal, no pudiéndose por lo tanto calificar de doloso o culposo, y **basta entonces la comisión material del hecho prohibido para que nazca la responsabilidad.** En este caso podríamos decir que se suprime la culpabilidad, a lo menos entendida en su concepto puro (dolo o culpa), pues en el proceso de acusación se pasa de la imputación física a la responsabilidad. Y si se insiste en hablar de culpabilidad, habría que considerarla como integrada por el elemento psíquico atípico, sin contenido de dolo o culpa". (Ob. Cit. Pág. 233-234) (Subrayas fuera de texto).

De aceptarse lo anterior se tendría que, por ejemplo, si un anormal matara a otro con un carro, bastaría con el hecho material para someterlo a una medida de seguridad, pues según el artículo 12 (base de esa, a nuestro parecer errada tesis) el dolo y la culpa sólo habría que investigarlo en relación a los sujetos anormales. Consideramos, por el contrario, que con respecto a los anormales también hay que averiguar, si el sujeto, pudo haber obrado en una situación de error, de legítima defensa, etc., etc. Como lo resalta BERNAL PINZON, en documentado artículo publicado hace algún tiempo en la Revista Cátedra Jurídica número 19, 1956, Pág. 193, es a partir de los mismos artículos de la Ley que debe sostenerse que no basta con el examen material de los hechos: "La responsabilidad OBJETIVA se refiere al hecho, al evento o resultado que viene puesto a cargo de un sujeto independiente del examen sobre el elemento psicológico, en cambio la responsabilidad Legal, se refiere al sujeto. Con la responsabilidad Legal, se mira propiamente a buscar un elemento psíquico en el hecho aunque sí ha sido realizado por un sujeto imputable".

"En otras palabras, con la responsabilidad Objetiva, se pone a cargo del agente un determinado resultado o evento, teniendo en cuenta exclusivamente la relación de causalidad que va entre su acción y ese resultado o evento, independientemente como hemos dicho del examen sobre la culpabilidad".

Frente al caso del muerto por el enajenado con un carro, como deducir a partir del simple hecho material que el sujeto debe ir o no a un manicomio criminal según que el delito tenga pena de presidio, sin entrar a examinar las circunstancias en que ocurrieron los hechos y aún el dolo o la culpa?

FEDERICO ESTRADA VELEZ, en su Libro Manual de Derecho Penal, Primera Edición 1972, Pág. 343 comenta:

"Una interpretación literal del Art. 29 llevaría al absurdo de que basta la comprobación de que en el momento de ejecutar el hecho el agente se ha-

llaba en uno cualquiera de los estados a que se refiere, para ser declarado inimputable y en consecuencia, para que se le apliquen medidas de seguridad en vez de penas, sin ulteriores investigaciones sobre si el sujeto se encontraba en estado de poder comprender la genérica antijuridicidad de su acción, y en capacidad de dirigir sus actos conforme a ese conocimiento. Semejante interpretación es vedada, por cuanto lo que interesa al derecho y al juicio penal no es la prueba de la enajenación mental del imputado, o su estado de intoxicación crónica, o su anomalía síquica. **Lo que es importante es la averiguación de si esa cualificación lo hace, para utilizar el lenguaje del Código Italiano, incapaz de entender y de querer**", pues, tal como se ha dicho, también los inimputables son capaces de dolo y de culpa, por lo que siempre será preciso la investigación psicológica, por lo menos para eliminar situaciones de responsabilidad objetiva, como sería el sancionamiento de un inimputable, a pesar de haber obrado en legítima defensa, o por caso fortuito...."

ROBERTO DEL CRISTO ROBLES RODELO fué llamado a responder en juicio por los delitos de "Del Secuestro" y "Apoderamiento de Aeronave". Respecto del primero de los indicados habremos de ABSOLVER por las consideraciones ya hechas. La deficiente investigación no permite establecer si efectivamente éste se dio, tal como antes lo comentamos. Como mínimo a ese respecto persistirá la duda. De ahí la decisión. En cuanto hace al Apoderamiento de Aeronave, el procesado será condenado.

De acuerdo con el Art. 13 de la Ley 21 de 1973, el Apoderamiento de Aeronave conlleva una pena de tres a seis años de presidio. Habida consideración de las condiciones síquicas vividas por el agente al momento de la comisión de los hechos, es aplicable una medida de seguridad.

A Folios 116, en un último dictamen se afirma que el procesado "...en los momentos actuales se haya disfrutando del uso correcto de sus facultades mentales....".

El Art. 63 del C. Penal, dice: "El manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos". Esto es que pueden concurrir las dos circunstancias: Pena de presidio y peligrosidad del sujeto, o sólo pena de presidio, o sólo peligrosidad.

En el caso de ROBERTO, la pena de presidio que lleva aparejada la infracción, indica que debe ser recluido en un manicomio criminal. De acuerdo con lo que dice la Ley, por un mínimo de dos años.

En lo relativo a este punto el Despacho habrá de seguir, al Honorable Tribunal Superior de Medellín. Esta corporación en providencia del 18 de febrero de 1977, con ponencia del Honorable Magistrado Duque Ruiz, decidió lo siguiente, en la causa de José María Jaramillo Pereira y otros: "Auncuando el Código no dice a quiénes es aplicable la reclusión en una colonia agrícola especial, por exclusión, puede sostenerse que esta medida debe aplicarse a los anómalos psíquicos y a los alienados que cometan delitos para los cuales no se señalen penas de presidio o cuyo estado no los haga especialmente peligrosos (Art. 63). Siendo Jaramillo no un alienado, sino alguien que al momento de cometer el delito padecía de una grave anomalía psíquica (Art. 29),

la sanción a imponérsele no puede ser otra que la de reclusión en una colonia agrícola especial, por un término no menor de un año (Art. 64), tal como lo señaló el a-quo. en la sentencia...."

En consecuencia a ROBLES RODELO le será impuesta la relegación en una Colonia Agrícola Especial. Habida consideración de que el procesado al momento de expedirse este fallo, de acuerdo a los dictámenes acogidos se encuentra en "uso correcto de sus facultades mentales", ordenará su libertad, pese a no haber estado recluso en el lugar adecuado, pero atendiendo al sentido eminentemente curativo de las medidas de seguridad, pues que como dice el Honorable Tribunal en la misma providencia: "...Si de acuerdo con el dictamen médico (F's. 120 y Vto. del tercer cuaderno) tenido en cuenta para suspender la medida, Jaramillo Pereira ya no constituye un peligro ni para sí ni para la sociedad, no se ve la razón para que se le someta a un tratamiento que ya no es necesario. Eso sería desvirtuar la esencia de las medidas de seguridad, dándoles un contenido de carácter represivo, que contradicen su espíritu eminente curativo. Si en cierto aspecto, como lo considera algún autor, estas medidas implican alguna represión, por cuanto su duración nunca puede ser inferior a un mínimo predeterminado en la Ley (un año para la relegación a colonia y dos para el internamiento en un manicomio) no obstante que con anterioridad al vencimiento de este término hayan cumplido sus efectos curativos, es lo cierto que Jaramillo Pereira estuvo privado de su libertad por un lapso mayor de un año".

Si habiendo pues el individuo estado sometido a la compañía de enfermos es inconveniente su permanencia una vez curado, en ese mismo ámbito, con mayor razón afirmamos sería inconveniente ese traslado del lugar de reclusión entre normales, para continuar privado de esa libertad, ahora entre anormales.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Primero Penal del Circuito de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A :

19.- ABSOLVER a ROBERTO DEL CRISTO ROBLES RODELO por el delito de "Del Secuestro" por el cual fué llamado a responder en juicio criminal. Lo anterior por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. El agraciado de las condiciones civiles anotadas al comienzo de la presente.

20.- CONDENASE a ROBERTO DEL CRISTO ROBLES RODELO a la reclusión en una Colonia Agrícola Especial por el delito previsto en el Art. 13 de la Ley 21 de 1.973, hecho por el cual fue llamado a responder en juicio. Los acontecimientos tuvieron lugar en las circunstancias de modo, tiempo y sitio indicados a través de este proveído.

39.- De acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, se ordena la libertad del procesado.

COPIESE, NOTIFIQUESE y si no fuere apelada CONSULTESE CON EL SUPERIOR.

La Juez,

Tahí Barrios

El Secretario,

Alcides Giraldo Montes

COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE DOS JUECES DE IGUAL CATEGORIA.

Aun cuando el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal dice que no puede haber colisión de competencias entre dos Magistrados de un mismo Tribunal, puede presentarse el caso irregular de que dos jueces de igual categoría se nieguen a tomar conocimiento de un asunto. En estas condiciones, el problema debe resolverse aplicando analógicamente las normas sobre los conflictos de competencia.

DR. HECTOR JIMENEZ RODRIGUEZ

Entre los señores Jueces Séptimo y Décimo Superiores de Medellín, se ha suscitado una divergencia de criterios que ellos denominan colisión negativa de competencias, pues cada uno arguye que incumbe al otro el conocimiento de una parte del proceso que se adelanta a Jorge Eliécer Alfaro Bermúdez en virtud de hechos que se estiman constitutivos de ilícitos de falsedad en documentos y estafa.

En orden a la decisión que adoptará de plano el Tribunal, se **CONSIDERA:**

CUESTION PREVIA.

Si bien es cierto que el artículo 68 del C. de P. P., redactado en términos idénticos al artículo 68 del anterior Estatuto, dispone que no puede haber colisión de competencias entre un juez o tribunal y otro que le esté subordinado, ni entre dos magistrados de un mismo tribunal, lo cual significa que libera de las excepciones al incidente que surja entre jueces de igual categoría que actúan en el mismo territorio, algún sector de la doctrina entiende que en tales hipótesis el conflicto no es viable porque "la competencia de cada uno es exactamente igual a la de los demás de su categoría. Entre tales funcionarios simplemente pueden presentarse disputas con ocasión del repartimiento de los negocios, que es una cuestión mecánica para la equitativa distribución del trabajo. En esta hipótesis el llamado a dirimir la controversia es también el inmediato superior, por procedimiento analógico, ya que

al superior están sometidas las consultas" (Derecho Procesal Penal, Ed. 1963, pág. 142).

Ahora bien, no es tal, sin embargo, el pristino alcance y orientación que dominan el instituto en examen, a cuyas normas deben adecuarse, para el estudio y decisión por el superior de los jueces en divergencia, aquellos casos en que a pesar de mirarse en abstracto como hipótesis delictivas cuyo conocimiento incumbe por igual a ambos funcionarios y se hace efectivo según los turnos y demás reglas del reparto, se ofrecen empero disparidades de criterio acerca del ejercicio de la competencia en una situación concreta, por estimar uno de ellos, v.gr., que la conducta encarna un solo ilícito al paso que el otro la encuentra integrada por acciones que generan figuras aisladas y con la autonomía necesaria para someterse al precepto de que "para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes".

Muchas situaciones ocurrirán entonces en la práctica cuando, frente a ilicitudes adscritas a una misma competencia por la naturaleza del hecho y el territorio, entre los jueces llamados a conocerlas unitariamente en gracia de las excepciones contempladas en el artículo 167 del C. de P. P., se adelantan procesos separados bajo el argumento de no existir algún aspecto de conexidad material o formal que las aglutine para la investigación y juzgamiento. Es la hipótesis de la ilicitud continuada, en la que, como recuerda la Corte Suprema de Justicia, "el factor unificador de las diversas infracciones y que caracteriza esta modalidad delictiva, a la cual la ley reconoce determinados efectos jurídicos, está representado por la unidad de designio criminal" (Casación Penal de 14 de diciembre de 1976, publicada en "Derecho Colombiano" N° 182, pág. 144).

Precisamente, estudiando la necesidad de la unificación de los procedimientos conexos y los vacíos que ofrece la legislación italiana en esa materia, escribe GIOVANNI LEONE: "En lo que concierne a la competencia, la conexidad se disciplina como una vis atractiva de un procedimiento sobre los otros procedimientos". Más adelante escribe: "De iure condendo es de desear que la materia sea enteramente reelaborada mediante la creación de un dispositivo orientado a asegurar, en la medida máxima posible, la unión de procedimientos que tengan entre sí un cierto nexo, a fin de impedir indagaciones separadas y, por tanto eventualmente contradictorias, y hasta conflictos de cosas juzgadas" (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, págs. 402 y 404).

Más si se admite que en el sub judice el Tribunal no está llamado a resolver algún conflicto de competencias por razón de la materia, supuesto que intrínsecamente ambos funcionarios tienen le mismo poder-deber de juzgar los ilícitos de falsedad documentaria y estafa, es lo cierto que adelantándose dos procesos por unos mismos hechos —en el sentido o alcance que les da el artículo 32 del C.P.—, existe por lo menos grave divergencia surgida de la violación del artículo 167 del C. de P. P. y se está en presencia de un caso irregular, por negarse ambos jueces a tomar conocimiento del asunto, que

debe resolverse aplicando analógicamente las normas sobre los conflictos de competencia.

Comentando el artículo 51 de la codificación italiana, que extiende las reglas sobre los conflictos de competencia a los casos análogos, apunta de manera elocuente LEONE que "la previsión de los casos análogos ha sido oportunísima, ya que consiente reclamar al ámbito de la disciplina de los conflictos todos aquellos que la práctica puede ofrecer de contrastes sobre la competencia entre órganos judiciales, y que ninguna, ni la más avisada y diligente previsión, hubiese consentido ejemplificar; obedeciendo así a la finalidad del instituto, que es la de desvincular cuidadosamente el curso del proceso de estados o complicaciones concernientes a la investidura del juez" (Ob. cit., pág. 391).

Un ejemplo tomado de la jurisprudencia de ese país y citado por MANZINO, ilustra esta situación de incertidumbre: hay un caso análogo de conflicto "cuando entre dos magistraturas instructoras la primera excluye y la segunda afirma que hay conexión entre delitos respectivamente en curso de instrucción ante cada una de ellas" (Tratado de Derecho Procesal Penal, T. II, Ed. 1951, pág. 81).

En síntesis, lo que se busca en el fondo es que del asunto conozca un solo juez, ya que por obra de investigaciones separadas, que debieron unificarse cuando menos a tiempo del reparto, o después, sin necesidad de intervención de autoridad superior, en torno a un mismo objeto procesal existen dos informativos, mudanza que tiene claras repercusiones en la observancia de las garantías establecidas para el juzgamiento del proceso y en la validez de las actuaciones que era necesario reunir a fin de clarificarlas en una misma providencia.

LA TESIS DEL JUZGADO SEPTIMO SUPERIOR

Sobre la base de que existen dos procesos en contra de Jorge Eliécer Alfaro Bermúdez y en virtud de la misma imputación, pues los hechos de que se le acusa entrañan delitos continuados de falsedad y estafa, el señor Juez requirente aspira a que se unifiquen y se corrija así el anormal fenómeno de duplicación. Y como el asunto que cursa en el Juzgado Décimo Superior se le atribuyó en el reparto del 9 de noviembre de 1976, amén de que su iniciación y el auto encarcelatorio también son anteriores a las actuaciones cumplidas en el negocio que avanza en su despacho, entiende que de los expedientes reunidos debe conocer aquél (folios 197, cuaderno Original).

Así discurre en lo sustancial de su auto, luego de advertir que la conducta investigada se consumó durante los días 15 y 16 de septiembre de 1976, en perjuicio de firmas comerciales distintas: "a).- el tiempo que medió entre una y otra acción, de apenas un día; b).- el común lugar donde se cometieron las acciones delictivas; y c).- por último las mismas expresiones del inculcado, comunicando que buscaba con ellas, la adquisición de un mayor capital para así poder dar una ayuda más efectiva a su necesitada familia..." (fs. 196 y 197).

Olvida el señor Juez que de hecho similar, ocurrido al parecer el 15 o 16 de septiembre de 1976, también se inculmina a Alfaro Bermúdez, pues en

esa oportunidad simuló cancelar alguna factura dando en pago un falso cheque por \$ 16.000.69 e iba a obtener la entrega de mercancía en el Almacén El Ahorro de Medellín, (folios 88 y ss.).

LO QUE SOSTIENE EL JUZGADO DECIMO SUPERIOR

Este funcionario estima que en la hipótesis de ser continuadas las infracciones, la circunstancia de haberse calificado con auto de llamamiento a juicio, el sumario recibido en su oficina impide el ejercicio de la competencia en el negocio que adelanta el Juzgado Séptimo Superior, objetivo que puede alcanzarse cuando ambos procesos se encuentren, según el artículo 90 del C. de P.P., en condiciones de acumularse las causas.

"Aunque al parecer y según las modalidades empleadas por el sindicato para consumir las infracciones contra la fe pública y la propiedad en ambos procesos, escribe a folios 199 y 200, se debería haber considerado las delincuencias como continuadas en los términos del artículo 32 del Código Penal, lo cierto del caso es que tal situación no se resolvió oportunamente ni en el Juzgado 7º Superior de la ciudad, ni en este despacho y en tales circunstancias en ambos procesos que se instruyeron por separado, se decretó el cierre de la investigación, se obtuvo en cada uno de ellos el correspondiente concepto fiscal, y luego de que alegaron las otras partes pasaron los negocios a despacho de los respectivos jueces para la calificación de fondo de los mismos, presentándose el caso de que ya este Juzgado desde antes de las vacaciones de semana santa había calificado el mérito sumarial con llamamiento a juicio al procesado mencionado, por los delitos de falsedad y estafa en el negocio que por reparto le había correspondido, es decir, en el que aparece ofendida la firma comercial "Félix M. Carrillo y Cía. Ltda.".

LA DECISION

Desde el mes de octubre de 1976 el Ministerio Público y el Tribunal habían insinuado la necesidad, previo examen de todos los factores que enmarcaron la comisión de los distintos hechos, de aglutinar en un solo proceso las investigaciones adelantadas de manera autónoma (ver folios 79 y 86, cuaderno duplicado). Sin embargo, ese propósito no se atendió con el esmero que se esperaba, y ello explica la anómala situación que ahora se registra.

Ahora bien, es ostensible, si se repara en las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución de las acciones atribuidas a Alfaro Bermúdez, que toda su actividad la satura un mismo designio criminoso y, además, entraña violación de idénticas normas penales ya que el acusado se propuso, gracias al ardid de fingirse mandatario de otro y de crear falsos documentos (cheques y facturas) e introducirlos al tráfico comercial, la inducción en error a terceros y el logro de indebidas ventajas económicas.

La conducta desplegada por el agente de la ilicitud se realizó al cobijo del mismo modus operandi (suplantación de persona, pago de obligaciones con cheques falsos emitidos sobre idéntica cuenta bancaria, firma apócrifa de facturas de venta a crédito y adquisición fraudulenta de mercancías) y como expresión del programa delictivo, que, asegura Alfaro, iba a realizar en Medel-

lín para obtener algunas sumas de dinero o "plante (sic) más o menos bueno" y emplearlas en determinado trabajo productivo (fls. 1, 10 a 12, 25, 42 v., 56 v., 57, 58, 60, 88, 99, 100, etc.).

El delito continuado exige que los actos particulares, realizados por el autor (singular o plural), sean homogéneos, que se lesione el mismo bien jurídico (en este caso la fe pública y el ajeno patrimonio económico), que guarden cierta relación de tiempo y lugar entre sí, y que sean el fruto de un mismo designio criminoso o unidad intencional. Bien escribe el tratadista Alfonso Reyes para destacar la unidad de designio, que "resulta indiferente que la multiplicidad de conductas se efectúe en un mismo ciclo temporal o en oportunidades distintas, siempre que un prolongado lapso entre ellas no modifique o haga desaparecer la unidad psicológica que integra la figura" (Derecho Penal, pág. 175). Y Soler anota que "cuando efectivamente media unidad de resolución, ella no es destruida por el hecho de que tal resolución única sea ejecutada en tiempo y espacio diversos. Estas circunstancias de unidad de tiempo y lugar solamente son tomadas en cuenta como exponentes de una eventual incompatibilidad con la unidad de resolución" (Derecho Penal Argentino, T. II, pág. 304).

Así, fraccionada la investigación que ha debido adelantarse de manera unitaria para esclarecer y juzgar hechos provenientes de un designio ideológico común, violatorios de idénticas normas y ejecutados en circunstancias temporo-espaciales y de modo que los aglutinan en unas mismas figuras jurídicas, se impone la reunificación de los procesos a fin de que conozca de ellos un solo juez, el Décimo Superior de Medellín, por haberse actuado allí primero (fechas de iniciación del sumario, del auto de detención y del reparto).

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESATA el incidente de que se hizo mérito, en el sentido de que por tratarse de investigaciones que corresponden a los mismos hechos, incumbe al señor Juez Décimo Superior de Medellín el conocimiento del proceso que adelanta el Juzgado Séptimo Superior de esta ciudad en contra de Jorge Eliécer Alfaro Bermúdez por supuestos delitos de falsedad en documentos y estafa.

Dése cuenta de lo resuelto al Juzgado Séptimo Superior de Medellín y envíese el expediente al despacho del señor Juez Décimo Superior de la misma ciudad".

Abril 26 de 1977.

Magistrados: Héctor Jiménez Rodríguez, Alfonso Ortiz Rodríguez, Gustavo Peláez Vargas.

COLISION DE COMPETENCIAS. CARENCIA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DEL AUTO QUE DECIDE PROVOCAR O NO PROVOCAR UNA COLISION.

El superior sólo puede conocer y resolver una colisión después de que ella queda planteada entre los dos funcionarios inferiores. El fenómeno de la colisión comienza cuando el requirente la provoca y el requerido expone las razones de su renuencia. Planteado el conflicto, el superior interviene en la resolución. Lo que no puede hacer el superior es obligar al inferior a que plantee el conflicto.

DR. HECTOR JIMENEZ RODRIGUEZ

En auto de fecha diecinueve (19) de agosto último, luego de referirse a los argumentos de la apoderada de la parte civil y de considerar que los hechos objeto de investigación no se adecúan a la figura del homicidio (tentativa), sino a las normas que sancionan el robo y las lesiones corporales, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello se abstuvo de proponer incidente de colisión negativa de competencias (folios 82 a 85).

En tiempo hábil, la profesional interesada en que el asunto se desplace a la órbita de atribuciones de los señores Jueces Superiores de esta ciudad, interpuso recurso de alzada que, concedido, sustenta en su libelo de folios 89 a 90, insistiendo en la apreciación de que los acusados Jaime Ramiro Zapata Hernández y Fernando Franco, obraron con dolo homicida al lesionar por varias ocasiones a Luis Alberto Devia (en la actualidad, advierte la Sala, los cobija sobreseimiento temporal ejecutoriado), apoderándose después, cuando lo creyeron muerto, de una suma de dinero.

El señor Agente del Ministerio Público invoca el artículo 69 del C. de P. P. y sintetiza su pensamiento así: La mandataria del actor civil "solicitó que se provocara la colisión de competencia. El Juez denegó y expuso sus razones pero omitió "dar cuenta al juez o tribunal inmediatamente superior" como era su obligación y su deber, lo que no es óbice para que la Corporación deba desatar la controversia, de plano sin más dilación. El Ministerio Público no tiene intervención en ese rito salvo cuando sea el proponente de la colisión" (folios 92).

En orden a fundamentar la determinación que adoptará la Sala, se **CONSIDERA:**

Se observa, en primer término, que el Tribunal carece de competencia funcional para revisar en sede de apelación el auto en cuya virtud uno cualquiera de los funcionarios que le están subordinados en la escala jerárquica de la rama judicial, decide provocar o no, de oficio o a solicitud de parte legítima, una colisión de competencias.

Lo anterior se basa en la naturaleza misma del incidente, de un extremo, porque la pugna u oposición de criterios surge entre jueces o tribunales que se creen o no competentes para conocer de un asunto determinado; y del otro, ya que en obediencia al rito especial que el legislador organiza en el Título I, Capítulo V, Libro I, del Código de Procedimiento Penal, el Superior sólo puede intervenir cuando la colisión de que se trata existe, esto es, en la última fase, la de su resolución, una vez agotados los ciclos anteriores que, como bien se sabe, abarcan el de la provocación del conflicto por el juez requirente y el de la exposición de la tesis o argumentos del requerido (artículos 69 y 70).

En el caso sub examen no hay colisión de competencias por la obvia razón de que la Juez Segundo Penal Municipal de Bello se negó a plantearla a los señores jueces superiores de Medellín, rechazando de esa manera las aspiraciones de quien obra a nombre del actor civil, y podía actuar en esa forma en vista de que el artículo 70 la autorizaba para agitar el conflicto en la hipótesis de que encontrara fundada la solicitud.

Dicho auto, así tenga la naturaleza de interlocutorio, no goza de alzada en mérito de que el superior competente (que es el común a los funcionarios en pugna) sólo puede ocuparse del incidente cuando éste ya se ha trabado y con el sólo objeto de resolverlo, en ningún caso para imponer su criterio al inferior remiso y obligarlo así a provocar el conflicto.

La decisión de la Sala, que será inhibitoria, encuentra nítido respaldo en la doctrina procesal, como se infiere de la siguiente transcripción: "...porque es el mismo funcionario quien debe resolver si se cree competente o no, consideramos que la apelación es improcedente, pues de otra manera, el Superior vendría a resolver la colisión antes de producirse, cuando es quien debería conocerla únicamente después de quedar planteada entre los dos funcionarios, y si no es el inmediato superior del funcionario que debe ser requerido, se produciría en realidad una colisión entre éste y el superior del requirente si revoca y ordena plantearla, situaciones ambas contrarias a la naturaleza del incidente". (Tratado de Derecho Procesal Civil, T. II, Ed. 1962, pág. 319).

Argúyase que, a pesar del fracaso del libelista ante uno y otro jueces (aún le queda el camino de acudir al Juez Superior), sus derechos quedan desprotegidos. Este criterio, sin embargo, resulta especioso, ya que en la primera o en la segunda instancias del proceso por robo y lesiones el interesado bien puede, si es que insiste en su tesis, demandar la nulidad por incompetencia, establecida en el artículo 210 del C. de P. P.

Sin necesidad de otras consideraciones, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **SE ABSTIENE** de revisar el auto de que se hizo mérito".

Septiembre 20 de 1978.

Magistrados: Héctor Jiménez Rodríguez, Alvaro Medina Ochoa, Luis Alfonso Montoya Cadavid.

FORO HISTORICO

LEGITIMA DEFENSA

EL MIEDO COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMA DEFENSA *

Por NODIER AGUDELO BETANCUR

Señor

JUEZ SEGUNDO PENAL MUNICIPAL

Envigado

Ref. Lesiones personales
Sind. NN. y otro

"El sueño de la razón engendra monstruos" (GOYA).

"Efectivamente, paciente con gran reacción a Stress con elementos depresivos y ansiosos..." (Dato de la Historia Clínica).

"Se debe atender el criterio psicológico que parte del examen de las condiciones reales del espíritu del estado anímico de la persona que obra". (El señor Juez del conocimiento en auto de diciembre 13 de 1975).

Stress: "Estado de tensión aguda

del organismo, obligado a movilizar sus defensas para hacer frente a una situación amenazante". (JEAN DELAY, Manuel Alphabétique de Psychiatrie, Presses Universitaires de France, París, 1969).

"...pero en la cocina me dio alcance, me tapó la salida, entonces presa del pánico creo que disparé, pues no estoy segura de ello, debido al miedo que tenía". (Sindicada en la indagatoria).

Señor Juez: los anteriores apartes son la base sobre la que edificaré mi alegato en defensa de la señora (NN.).

La publicación de este alegato no tiene sino una finalidad didáctica. Va encaminada a los estudiantes con el ánimo de mostrarles como el Derecho Penal en la realidad rebasa el simple marco de la mera lógica jurídica. No es que afirmemos que esta no sea importante sino que ella, por sí sola, no agota la labor del Derecho

EL HECHO

Los hechos pueden resumirse así: el hogar formado por (S.S.) y (N.N.) venía resquebrajado por circunstancias que realmente no están bien claras dentro del proceso. Sólo sabemos que la armonía había dejado de existir, afirmándose a veces que era debido a relaciones del esposo con otras mujeres, entre ellas la muchacha del servicio, diferentes a la esposa; otras veces se ha afirmado que las desavenencias se originaron en los celos de la esposa; también se afirma que había malos tratos por parte del marido, así como también han afirmado en éste tendencias homosexuales que, obviamente lastimaban los sentimientos de mi defendida. Puede decirse que había ambiente caldeado entre ambos que llegó a determinar la separación y, en efecto, la señora (N.N.) toma a su niña, se va unos días para la casa de sus padres, quienes viven en la ciudad de Medellín.

El día 20 de septiembre de 1975 regresa a la casa la sindicada con el ánimo de permanecer en ella, pues, por un lado tenía la conciencia de que la casa también le pertenecía y, por otro, dice alguna familiar del esposo, éste la había animado a hacerlo. (S.S.) que por los días inmediatamente anteriores a los hechos había salido de la ciudad, por ser agente viajero, llega a la casa y allí es lesionado por la esposa. Pero, cómo fue lesionado? Cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho? Por qué lesionó la señora (N.N.) a su legítimo esposo? Esos mismos interrogantes caben respecto de la lesión que causó a su vez (S.S.), su esposo, a mi defendida.

LA DECLARACION DE MI DEFENDIDA

Afirma (N.N.) que encontrándose en su casa, llegó su esposo a empacar algunas de sus pertenencias con el propósito de dejarla luego. Ella le facilitó alguna o algunas maletas para el efecto. El ánimo de (S.S.), ciertamente no era conciliador, pues a la vez que empacaba lanzaba imprecaciones a su esposa. Además se dedicaba a estrellar contra el suelo lo que creía que no le servía y que, obviamente tampoco estaba dispuesto a dejar a su esposa. Fué así como se dedicó a "poner" (según su primera declaración) un cuadro y un espejo contra el suelo, hecho que prácticamente sirvió como factor preparante inmediato de hecho desencadenante que más adelante examinaré.

Según la procesada, los hechos ocurrieron en dos fases: en la primera, ocurre lo siguiente: la esposa le dice que no quiebre los cuadros, que no falta sino que le pegue a ella. (S.S.) le dice que también lo podía hacer y ella le

en su función práctica: el contenido de los conceptos con los que se trabaja cuando se hace lógica jurídica no puede ser determinado sino en la medida en que el conocimiento del estudioso se oriente en dirección a otras ciencias, y se mire más allá de las simples formas.

También pretende mostrar al estudiante cómo se integran los conocimientos que adquiere de manera separada en los diversos cursos: parte General y parte Especial del Derecho Penal, Procedimiento, Pruebas Penales, Psicología, Psiquiatría, etc.

replica que lo intente (hasta aquí la instructiva de (S.S.). El quiere cogerla y doña (N.N.) lo encañona. Se interponen (A.A.) y (B.B.) quienes lo cogen. Aquí empieza la **segunda etapa**: "Yo saqué el revólver que lo tenía dentro de los slaks; lo encañoné y en ese instante él volvió a tirarse encima; yo salí corriendo hacia el solar, pero en la cocina me dió alcance, me tapó la salida, entonces presa de pánico creo que disparé, pues no estoy segura de ello, debido al miedo que tenía; sentí tanto terror que le entregué a él el revólver, cuando aún faltaban dos de ellos para disparar, con uno de ellos me hirió el brazo izquierdo...."

Trataré de demostrar que las aseveraciones de la sindicada tienen respaldo en la realidad y que, en cuanto al momento culminante de la tragedia es la única prueba idónea que existe en el expediente, con las consecuencias jurídicas que esto comporta. Voy a ir contraponiendo sus afirmaciones a la de los testigos y al testimonio del mismo (S.S.) para ir dando las razones de mi aserto.

Lo primero que se desprende de la injurada de mi defendida es la actitud agresiva del esposo, actitud agresiva que tiene un amplio respaldo en la realidad del proceso. En efecto: los testigos respaldan lo dicho por la sindicada, aunque debe anotarse que las personas que declaran han de ser rigurosamente analizadas en su deponencia, a la luz de la crítica del testimonio. Esto, para saber qué valor real tienen sus afirmaciones. Desde ahora diré que estos declarantes dicen la verdad en parte, pero también han mentido en materia sustancial.

Dice (A.A.) a folios 8: "Cuando sacó él como sus lociones, entró a la pieza del medio y quebró una cosa que sonó horrible, muy duro, entonces la niña gritó duro...." A folios 8 Vto. afirma: "Ella sí le dijo a él después que él quebró eso: "eh, no quebrés tus cosas, llévate las más bien". El respondió: "son más y me da la gana".

Folios 25 Vto.: "Es verdad, que presencié que el esposo de la señora quebraba cosas".

(B.B.), hija de la anterior testigo dice: "...y me puse a barrer junto a la puerta de la calle; de un momento a otro don (S.S.) entró como a la segunda pieza, entonces se sintió un ruido, un estruendo, me dijo mi mamá que nos fuéramos...." (9 Vto.).

Es de advertir que aunque las dos testigos afirman que el señor (S.S.) tiraba cosas contra el suelo, ante una pregunta del suscrito tendiente a establecer el estado de acaloramiento y agresividad de (S.S.) pregunta que aparece en careo que se practicó tanto con (A.A.) como con (B.B.), la respuesta no fué ni siquiera una respuesta vaga, sino francamente evasiva y tendiente a favorecer a (S.S.). Efectivamente, repase el señor Juez las preguntas formuladas por mí y verá que cuando se le preguntó por el estado anímico del esposo en el momento en que quebraba cosas, responden o que no se fijaron o que lo hacía serenamente!!! Qué anormalidad! Jamás en mis pocos, pero

agitados años de vida profesional había visto ingenuidad tal. Que un hombre **estalle** espejos, cuadros y varios objetos contra el suelo y que sin embargo lo haga serenamente!!! Más adelante examinaré el alcance de la negativa tonta de los testigos a reconocer la agresividad de (S.S.). Por ahora paso a hacer notar que es el mismo sindicato quien reconoce haber quebrado objetos:

Folios 3 Vto.: "Me echó una maleta para que empacara las cosas y comencé a empacar; me dijo le dejara un cuadro. Lo cogí y se lo **coloqué** (!!!) en el suelo, era un cuadro de la Virgen del Carmen y un espejo también; me dijo que no faltaba sino que le pegara a ella, le dije que lo podía hacer también y en ese momento...." (las subrayas y las interjecciones son mías).

Obsérvese cómo habla de **colocar** un cuadro en el suelo. Sin embargo, a folios 43, en careo, dice: "...me fui a sacar un cuadro, me dijo que no, que se lo dejara, entonces cogí y lo **estrellé** contra el suelo y así hice con dos espejos más...."

De modo que aquí ya no **coloca** un cuadro, sino que lo **estalla** contra el suelo. Y es que él mismo es lo suficientemente inteligente como para reconocer que son dos cosas diferentes (cuya gran trascendencia jurídica recalcaré más tarde) las que estaba afirmando. Por eso ante una pregunta del suscrito responde:

Folios 46 Vto.: "Cree usted que existe alguna diferencia entre colocar un cuadro en el suelo y tirarlo contra el suelo? CONTESTO: "Yo no he **colocado** cuadro. Es **diferente** colocarlo a tirarlo, al tirarlo se debe romper". (Subrayas mías).

De modo que es el mismo sindicato el que reconoce una actividad agresiva de su parte; quebraba cuadros, espejos, cuando la esposa le dice que los deje. Quiebra espejos y dice que puede pegarle a su esposa. Debe reconocerse empero que de parte de la esposa parece que era otra la situación: Obsérvese cómo el mismo (S.S.) reconoce que su esposa **le presta o le entrega** una maleta para que empaque: "me echó una maleta para que empacara...." Fls. 3 Vto. El hecho de prestar una maleta, de pedirle uno o varios cuadros, realmente como lo anota el señor Juez Undécimo Superior, nos está diciendo que en (N.N.) no había un propósito preconcebido de agredir o de altercar con su esposo y en cambio, anoto, sí un cierto ánimo conciliador.

Aparentemente el análisis que vengo haciendo no tiene mucha trascendencia. Sin embargo, en mi concepto, el establecer las circunstancias inmediatas al hecho, los estados anímicos de los sujetos de la acción va a tener relevancia en el análisis de la **situación desencadenante** y sobre todo nos sirve, en el caso concreto, para irnos dando cuenta de la veracidad o no veracidad de las afirmaciones de los protagonistas de la tragedia, así como también nos sirve para analizar los mismos testimonios. Veamos:

En principio, está uno tentado a rechazar los dos testigos mencionados y ahorrar sobre ellos todo análisis. No obstante, esta que sería la posición

más cómoda, no es una posición correcta desde el punto de vista científico. En mi concepto, estos testimonios deben aceptarse en parte y rechazarse también en parte. Cómo y cuándo hacer lo uno y lo otro? La concordancia o no concordancia de los testimonios con otras pruebas que nos acreditan la materialidad del proceso es el **control** que nos servirá para hacer lo uno o lo otro. Esto es lo que podría denominarse el "control del testimonio por su aspecto objetivo". Me explico: el testimonio para formar certeza debe ser idóneo y esta idoneidad debe ser tanto física como moral. La **idoneidad física** hace alusión a la capacidad y madurez intelectual de la persona, no sólo permanente, sino también transitoria. Capacidad y madurez que debe considerarse además en relación con las circunstancias que rodean la percepción (día o noche, distancia, ambiente, etc.) y el **objeto** materia de la vivencia. La **idoneidad moral** hace alusión al examen del interés que el testigo pueda tener en el proceso. Este examen detenido lo manda a hacer el artículo 236 del C. de PP., código que en materia de pruebas es el compendio de la doctrina de los más grandes tratadistas de pruebas criminales.

En efecto, basta tomar la obra de FRAMARINO DEI MALATESTA para leer allí: Para que el testigo tenga derecho a ser creído, es pues, menester: 1. Que no se engañe; 2. Que no quiera engañar.

El testigo que a causa de condiciones intelectuales o sensoriales, está fatalmente impedido para percibir, o que percibe falsamente, es un testigo inidóneo por falta o deficiencia de percepción de la verdad y el testigo que en virtud de condiciones morales tiende casi fatalmente a engañar, es testigo inidóneo por carecer de voluntad para decir la verdad. Por lo tanto, así los testigos que de modo cierto o casi cierto no pueden percibir la verdad, como los que cierta o casi ciertamente no la quieren decir, son testigos inidóneos. Por el contrario, son testigos idóneos los que, según se supone pueden percibir la verdad y quieren decirla". (Lógica de las pruebas en materia criminal, Bogotá, Temis, 1.973, V. 2, P. 47).

Y concretamente sobre la idoneidad moral dice PIETRO ELLERO que "un testimonio legítimo e inconcuso es aquél que consiste en que el que lo preste no tenga interés en mentir. Ahora bien, presúmese este interés de todo aquél de quien puede suponerse que espera un beneficio o teme un daño, a consecuencia del resultado en el proceso". (De la certidumbre en los juicios criminales, Madrid, Reus, 5ª ed. 1953, P. 151 y 152).

Y es precisamente por el aspecto moral o interés en mentir que los testimonios analizados resultan sospechosos, por razones de la amistad que existe entre (S.S.) y (A.A.) y (B.B.) en muy acentuado grado (recuérdese que él durmió la semana anterior a los hechos en casa de los mencionados testigos, según se lee en la declaración de (C.C.), así como también existe esa misma amistad, aunque en menor grado, entre las dos declarantes y doña (N.N.) Esa amistad en razón de la vecindad hace que las dos testimoniantes sean dubitativas, vacilantes. Y sobre todo cabe un interrogante: porqué las conversaciones de (S.S.) con los testigos, precisamente antes de efectuarse

careos con él? Cómo se explica que en alguna ocasión, concretamente en careo entre (A.A.) y (S.S.), se adelantara éste, ante el silencio de aquella, a responder en su nombre, a insinuar respuestas? Qué tenía qué temer de la respuesta de la testigo, cuando el apoderado le pregunta a Fls. 62 que cuanto hacía que no hablaba (a la fecha del careo) con (S.S.) para que, ante su silencio, él mismo (S.S.), le insinuara: "no fue el domingo", doña (A.A.)? Lea el señor juez la forma como terminó el careo y se convencerá de mis afirmaciones y el alcance que la constancia dejada por el juez instructor al final de la diligencia tiene en el análisis de la prueba testimonial que nos ocupa.

Digo pues que hay bases para pensar que las testigos en mención tienen interés en mentir y en lo que respecta a (S.S.), hay prueba en el proceso de un posible acuerdo. Pero entonces, de manera simplista y anticientífica podría decirse: "rechacemos todo el testimonio, pues si mintió en parte, mintió en todo". No, señor Juez. Grave error sería éste. Y no lo hacemos, no lo rechazamos en virtud de que por el **aspecto objetivo** de análisis del testimonio, hay bases para afirmar que en parte dice la verdad.

Es que, el testimonio debe ser analizado por el aspecto **subjetivo**, el aspecto **objetivo** y el aspecto **formal**. El aspecto **formal** en el Código Procedimental Penal Colombiano, hace alusión a las diversas ritualidades a que se debe ajustar la recepción del testimonio, como el juramento, ser recibido ante el Juez y el secretario, etc. Son tan importantes determinadas formalidades, que su no observancia, hace al acto **inexistente**, conforme lo dispone el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal.

El aspecto **subjetivo** ya lo he esbozado someramente, faltándonos entonces, sólo el aspecto objetivo, aspecto realmente pasado por alto muchas veces en la valoración de la prueba testimonial, con evidente desconocimiento del artículo 236 que manda tener "en cuenta las normas de la crítica del testimonio" entre las cuales ocupan precisamente las normas de valoración del aspecto objetivo lugar tan destacado como los otros dos.

En el análisis **objetivo** del testimonio se toma la declaración en sí o en relación con otra del mismo sujeto o con otra deposición de diferente testigo sobre los mismos hechos materia de la investigación. Se analiza como dice FRAMARINO DEI MALATESTA, el testimonio en cuanto su **contenido**. Se toma la declaración y se examina si lo que se dice haber ocurrido es o no creíble, teniendo en cuenta que "la incredibilidad del contenido del testimonio puede referirse tanto a los hechos que el testigo afirma, como al modo en que dice que los percibió; y en ambos casos se comprende que el testimonio carece en absoluto de valor probatorio, y por consiguiente, debe rechazarse del campo de las pruebas. Si el testigo declara que vió cuando Pedro se estaba robando una montañá, echándosela a cuestras y llevándosela, el testimonio no tendrá ningún valor, a causa de la incredibilidad de los hechos afirmados. Si el testigo nos relata una escena de sangre que ocurrió en

una habitación a puerta cerrada, y afirma que la vió a través de un muro, cuando él se encontraba fuera, su testimonio tampoco tendrá valor alguno, puesto que es increíble el modo en que dice haber percibido". Ob. cit., p. 95 que produce generalmente ilusiones". (Ob. cit. página 98).

Ha de examinarse si el testimonio es también **verosímil**, entendiendo este requisito como la "conformidad del contenido del testimonio con lo que la experiencia nos indica como ordinario modo de ser y de actuar de las cosas y de los hombres". (Ob. cit. página 96).

Seguidamente se debe estudiar los **errores de la percepción** que "no son producidos por condiciones particulares del testigo, sino que pertenecen por el contrario a la apreciación objetiva, ya que acontecen a causa de la especial materia sensible que actúa de tal modo sobre los sentidos de todos, que produce generalmente ilusiones". (Ob. cit. página 98).

En cuarto lugar tenemos la **certeza** como otro de los puntos de apoyo para el análisis del aspecto objetivo o del contenido del testimonio.

Finalmente, el testimonio no debe ser **contradictorio**; tiene que ser **determinado** (debe responder a las preguntas: quién, qué cosa, dónde, con el auxilio de quién, por qué, de qué modo, cuándo, artículos 250 y 251, Código de Procedimiento Penal); debe hacer constar la **causa** de su conocimiento: cómo, cuando y dónde fueron percibidos los hechos, artículo 248 del mismo estatuto; debe estar acorde con los restantes testimonios del proceso y no revestir contradicciones si varias veces se llamó a declarar a la misma persona. En otros términos, el testimonio debe ser permanente.

Aplicando los anteriores criterios doctrinarios a los testigos en mención, tenemos que desde el punto de vista **formal** no tienen tacha; por el aspecto **subjetivo**, deben mirarse como sospechosos en la medida en que la amistad y las relaciones que aún después de los hechos han tenido con el cosindicado (S.S.) los hacen propicios a declarar a su favor. Por el aspecto **objetivo o intrínseco** vemos que si bien deben rechazarse en parte, también es preciso aceptarlos en otras.

Resultaría tonto decir que las testigos mienten en todo pues evidentemente que eso no es así. Por ejemplo, son verídicos en cuanto a la manifestación de que el día 20 de septiembre disgustaron los esposos del caso sub-júdice; que el esposo se aprestaba a dejar la casa y que se dedicaba a empacar algunos objetos; que quebraba cuadros y espejos. También nos sirven estos testigos para demostrar la actitud agresiva del consorte aunque ellos mismos lo nieguen. En efecto: son claras las dos testigos en manifestar que "es verdad, que presencié que el esposo de la señora estaba quebrando cosas". Fls. 25 Vto. En esta parte el testimonio es posible, verosímil, circunstanciado, uniforme, acorde y no contradictorio, motivado, en fin, idóneo por el aspecto objetivo o intrínseco y entonces, por qué no habría de aceptarse en esta parte? Aceptamos el testimonio en lo que está de acuerdo con la rea-

lidad del proceso e inferimos de ahí la actitud agresiva y constatamos que la declaración de la sindicada es cierta en esta parte.

Son veraces las testigos cuando dicen que el esposo quebraba objetos, pero no lo son cuando niegan que ello lo hiciera sin ira, sin actitud hostil, sin agresividad. Por qué? Porque ello si bien es cierto que no es absolutamente imposible, sí es francamente **inverosímil**. Es inverosímil, pues no es así, que un hombre normal puesto en determinadas circunstancias obre y partimos de la base de que (S.S.) es una persona normal mientras que otra cosa no demuestre el proceso. Tanto más extraño resulta que las testigos digan que (S.S.) quebraba cosas contra el suelo sin ninguna alteración de ánimo cuanto que es el mismo cosindicado quien reconoce haber tenido las siguientes expresiones que dadas las circunstancias, no podían ser pronunciadas sino con franco enojo y actitud de herir "me dijo que no faltaba sino que le pegara a ella; le dije que lo podía hacer también". Fls. 3 Vto. Y la extrañeza se acrecienta cuando la misma testigo (A.A.) pone en labios de él, ante el pedido de la esposa de que no quebrara cosas, estas palabras: "son mías y me da la gana". Fls. 8 Vto.

Miradas las cosas desde el lado de la declaración de doña (N.N.) en la primera parte de su declaración ahora analizada al contrario, todo aparece como posible, verosímil, constante, circunstanciado, etc., y **respaldado** por la realidad del proceso.

Y para pasar a la segunda parte de su declaración, es decir, en la que narra cómo se desencadenaron los hechos y se desencadenó su acción, para recordar, transcribamos lo que nos dice FRAMARINO sobre lo que es lo verosímil: "Lo que la experiencia nos indica como ordinario modo de ser y actuar de las cosas y de los hombres", puestas aquellas y éstos en determinadas circunstancias, **agrego**.

Primero que todo es de anotar que a la luz de lo que ocurre normalmente, debemos tener como un hecho el que (S.S.) tiraba cosas al suelo y que esto lo hacía sin otro motivo que no fuera el de agredir a su esposa o el de provocarla o el de trasuntar así grave enojo con ella. Nótese cómo no hubo ninguna actitud desafiante u hostil de parte de la esposa: le presta una maleta ("me echó una maleta para que empacara", Fls. 3 Vto.), le pide un cuadro ("me dijo le dejara un cuadro", Fls. 3 Vto.), etc.

(S.S.) de manera dura y altanera y con envalentonamiento que revelan su mala índole, desata su agresividad latente y ante el reclamo de su esposa de que faltaba sino que le pegara a ella, **SE LE TIRA A AGREDIRLA**. Este es el punto que voy a analizar y al cual quería llegar. Es verosímil en este punto su declaración? Tiene respaldo en la realidad? Está controvertida doña (N.N.) aquí? Si los tres interrogantes hallan respuesta en su contra, yo soy el primero en solicitarle, señor Juez, que dicte auto de proceder en contra de mi poderdante y en la Audiencia lo único que pediré es la aplicación de

la pena mínima. En cambio, caso de ser respondidos los interrogantes a su favor, tendremos que llegar necesariamente, a una situación antípoda.

Si verosímil es lo que la experiencia nos explica como modo de ser ordinario de actuar de los hombres y de las cosas colocados en determinadas circunstancias, tenemos que aceptar obviamente que cuando ella dice ante su afán destructor que no faltaba sino que le pegara y luego él le responde "que lo podía hacer también" (instructiva de (S.S.), Fls. 3 Vto.), obvio es aceptar que cuando él decía esto, tenía que acompañar a sus palabras movimientos bruscos de desplazamiento hacia su esposa y actitudes amenazantes para su vida e integridad personal.

A decir verdad, las declaraciones de (A.A.) y su hija y del mismo (S.S.) coinciden con la versión de (N.N.) hasta el momento en que (S.S.) le dice que a ella también le puede pegar. De ahí en adelante, aparentemente, la indagatoria de la sindicada no coincide con los testimonios, pero digo que (aparentemente), pues precisamente las normas de la crítica del testimonio, las que hacen alusión al aspecto objetivo, sacan adelante las afirmaciones de ella y nos dicen que los testigos y el co-reo (S.S.) mienten.

Mienten (S.S.) y los testigos, porque, insisto, es inverosímil que una persona que hace rato manifestaba su agresividad tirando cosas contra el suelo pronuncie las palabras "a usted también le puedo tirar", sin respaldar y acompañar sus palabras con actitudes materiales como las que, según dice doña N.N.), su esposo adoptó. Las afirmaciones de (A.A.) e hija, comienzan a ser mentirosas cuando comienza la agresividad efectiva de (S.S.) contra su esposa. Por qué? Por el interés que tienen de favorecerlo y por eso en este punto no respaldan las afirmaciones de la procesada. Callan cuando comienza la agresividad de (S.S.), ya en ese momento no saben más, creyendo así que lo mejor es no tomar partido por ninguno de los dos, sin caer en cuenta que lo que están haciendo es precisamente, declarar a favor de (S.S.), cordero inocente, acribillado a tiros por la pérdida de su esposa!!! Es que, me falta por analizar en detalle la declaración de (S.S.) para que veamos qué clase de testigo es y para que examinemos si su dicho lo podemos contraponer al testimonio de mi defendida en orden a destruirlo.

EL TESTIMONIO DE (S.S.) ES UN TESTIMONIO MENTIROSO

Mi afirmación primera es la de que no controvierte la indagatoria de mi defendida. Yo lamento tener que entrar a demostrar íntegramente la verdad del título que he puesto a esta parte de mi alegato. Y lo lamento, pues nunca me ha gustado acusar, ni aún con razón para hacerlo. No estoy acostumbrado a la virulencia y no son la violencia verbal, el vituperio o la diatriba, las armas que esgrima en mis defensas. La justicia debe ser paz, equidad y armonía y no un cabalgar sobre indómitas pasiones. Créo que el proceso penal tiene por misión buscar un adecuado equilibrio entre los intereses de la sociedad y los intereses del individuo en igual medida respetables y

no debe ser el campo de desahogo de espíritus vengativos, porque la venganza es precisamente la negación de todo espíritu. Yo bien hubiera podido constituirme en parte civil para atacar a (S.S.), pero no. Consideré como siempre he considerado, que al decir de SAMUEL S. LEIBOWITZ, el gran defensor norteamericano, "mi oficio es defender". Yo me había prometido dejar en todo la conducta de (S.S.) al recto criterio del señor Juez. Pero ha sido tanta la falsía y la malicia de este personaje del proceso, que no he podido resignarme a aceptar tanto embuste. Aceptarlo sería aceptar los cargos contra mi defendida, lo cual va contra los imperativos rotundos de mi conciencia. Callar en este caso, Señor Juez, las falacias de (S.S.) es cohonestar con ellas y, en mi caso, adoptar una actitud deshonesto dentro del proceso. Por tanto, entro pues, a hacer el mencionado análisis.

DOS VERSIONES SOBRE LOS CUADROS: Es importante el suceso de los cuadros, pues aunque la quiebra de algunos objetos, así escuetamente considerada es un hecho de poca entidad, sin embargo en el caso concreto reviste enorme trascendencia. Las cosas no valen por lo que son, sino por lo que ellas significan. Dice a Fls. 3 Vto.:

PRIMERA VERSION

"Me echó una maleta para que empacara las cosas y comencé a empacar, me dijo que le dejara un cuadro. Yo lo cogí y se lo coloqué en el suelo..." (3 Vto.).

"(A.A.)"... entró a la pieza del medio y quebró una cosa que sonó horrible". (Fl. 8).

(B.B.) "...César entró como a la segunda pieza, entonces se sintió un ruido, un estruendo..." (9 Vto.)

Qué manera de "colocar" cuadros en el suelo!!

SEGUNDA VERSION

"... fui a sacar un cuadro, me dijo que no, que se lo dejara, entonces cogí el cuadro y lo estallé contra el suelo y así hice con dos espejos más..." Fls. 43, (diligencia de careo).

"Cree usted que existe alguna diferencia entre colocar un cuadro en el suelo y tirarlo contra el suelo? CONTESTO: Yo no he colocado cuadro. Es diferente colocarlo a tirarlo, al tirarlo se debe quebrar". (Fls. 46 Vto.).

Qué raro cambio de versión!!

Pero lo mejor de todo es que solamente cuando se llama a indagatoria, viene a dar razones de por qué quebraba cuadros. Oigámosle:

"...yo reventé los cuadros con el fin de que apareciera gente porque en ese momento estábamos solos en la casa y ahí fue cuando apareció la señora (A.A.) y (B.B.). (Indagatoria).

"Cuando sacó él sus lociones, entró a la pieza del medio y quebró..." (A.A.), (fls. 8).

De un momento a otro don (S.S.) entró como a la segunda pieza, entonces..." (B.B.) (9 vto.).

O sea que: si ya estaban (A.A.) y (B.B.) en la casa y (S.S.) dice: "cogí el cuadro y lo estallé contra el suelo y así hice con dos espejos más..." (Fl. 43), cómo pretende hacernos creer que los tiraba precisamente para llamar vecinos? Cómo pretende entonces negar con ello que lo que hacía era trasuntar su fiera agresividad?

Pero lo peor de toda su declaración es lo que hace alusión a la **manera como fue lesionada su esposa**. Veamos:

PRIMERA VERSION

"...entonces me avalancé sobre ella al verme herido, creí que estaba en el otro lado, le quité el revólver, **le hice uno o dos tiros**". (Fl. 3 Vto. instructiva).

"...yo cogí y me le fui, en el forcejeo **se hizo un tiro hice un tiro**, no me di cuenta propiamente..." (Indagatoria).

TERCERA VERSION

"...el otro cuando la iba a coger y el otro cuando estábamos agarrados, bregando yo a quitarle el revólver, entonces cuando le cogí la mano a ella, ay (sic) como que ella trató de hacer otro tiro, pero no disparó, cogí y le puse el cañón y le dije que disparara que estaba disparando muy bueno (mostró cómo ponerlo al pecho), (sic) donde sonó un tiro que **no sé si lo hice yo o si fue con propia mano de ella...**" (Fls. 43 Vto. diligencia de careo).

De modo que primero dice rotundamente que **fué él** quien le disparó; luego que **fué en el forcejeo** y que **no se dió cuenta** y después insinúa que pudo ser ella misma quien se disparó!!! Qué impostura, Señor Juez!

Miente también el cosindicado y cambia sustancialmente su declaración en lo que respecta a la manera como él fue lesionado; efectivamente en la versión de Fls. 3 Vto., da a entender que los hechos ocurrieron estando él de frente, de manera franca, sin actitud alevosa alguna de la señora (N.N.) tendiente a sorprenderlo y a tomar ventaja sobre él. Dice: "...me dijo que no faltaba sino que le pegara a ella, le dije que lo podía hacer también y **en ese momento fue cuando me dijo que lo intentara; llevó la mano detrás del slak y sacó un revólver**, entonces me hizo tres o cuatro tiros..."

Muy diferente es, sin embargo, la afirmación que hace en su indagatoria: "Yo ya iba a salir a la calle a subirme al carro y dentro de la casa y me iba a ir en el carro cuando **volteé a mirar y estaba encañonado y entonces me soltó el primer tiro, luego el segundo...**"!!! O sea, Señor Juez, que de

creerle, tendríamos inclusive unas lesiones personales muy agravadas, obviamente por circunstancias modificadoras diferentes al vínculo conyugal.

Esta afirmación que transcribe no sólo choca con la rendida por él en su instructiva, sino también con la que da en el careo de Fls. 43: "...entonces me dijo que no le hacía falta sino que le pegara; yo le dije, nunca le he pegado pero capaz sí soy; **inmediatamente me dijo que me atreviera a hacerlo y del slak de la parte de atrás sacó el revólver...**"

Pero las cosas no paran ahí. Más grave es que pretenda que quienes trabajamos en este proceso seamos verdaderos idiotas y le aceptemos cuanto desafuero quiera decir. Oigamos cómo explica el por qué de tanta contradicción: "Lo que ocurre es una cosa: que el lecho (sic) de enfermo no había tenido tiempo de pensar cómo habían sucedido los hechos. Me pongo a ver que si no le hubiera quitado a ella el revólver o no hubiera intentado quitárselo, esos cinco tiros habrían sido para mí..." (Fls. 44 Vto.). A primera vista, al escuchar esas explicaciones, podríamos pensar en el gran tratadista MITTERMAIER cuando en su profunda obra "Tratado de la Prueba en Materia Criminal", dice:

"Sin embargo hay alguna contradicción, que tiene muchas veces su explicación: puede no recaer sino sobre las circunstancias accesorias, y fácilmente se concibe que el acusado sólo haya podido recordar poco a poco y discurriendo en diferentes intervalos, algunas de estas circunstancias..." (Madrid, Ed. Reus, 1929, página 185).

Empero, nos desengañamos rápido cuando reparamos en que las contradicciones aquí recaen sobre materia grave, sustancial. No podemos admitir que a Fls. 3 Vto. sí recuerde muy bien que fue él quien hirió a doña (N.N.) y sin embargo en el careo y en la indagatoria cambie rotundamente su versión. Pero hay algo más: repárese como en la instructiva, en "el lecho de enfermo" recuerda unos detalles nimios respaldado en ellos por los testigos y por mi defendida: inclusive recuerda que el cuadro quebrado era una imagen de la Virgen del Carmen!! Entonces, puede preguntarse: si pudo atestiguar "en el lecho de enfermo" detalles tan nimios que resultaron ciertos, por qué no va a ser cierto también el hecho sustancial por él reconocido en el "lecho de enfermo" de que fue quien le hizo el disparo?

La CONCORDANCIA, como lo hemos visto, al analizar los criterios objetivos de análisis, es requisito esencial del testimonio. Concordancia o no contradicción entre las varias disposiciones del mismo testigo en distintas oportunidades, y concordancia del testigo con otras diferentes a él. FRAMARINO DEI MALATESTA nos dice: "Alguien rindió un testimonio. El contenido de este testimonio, considerado en sí mismo, no presenta razón alguna de descrédito, pero, el contrario, considerado con respecto al contenido de otro testimonio, que proviene del mismo o de otro testigo, puede perder, por este aspecto extrínseco, el valor probatorio, o también adquirirlo; perderlo,

a causa de la contradicción del testimonio que se aprecia, con otro del mismo o de otro testigo, y adquirirlo, por la concordancia del testimonio que se examina, con otro del mismo o de otro testigo.

"Comencemos por considerar la contradicción del dicho de un testigo con otra declaración del mismo testigo.

"El testigo que percibió la verdad y que quiere declararla, no cambia su versión en las declaraciones posteriores, ya que la verdad es siempre una misma; en cambio, cuando miente, es natural que varíe su dicho, puesto que la mentira se deja guiar por la imaginación y ésta es variable por naturaleza. Este es el motivo por el cual la contradicción entre el contenido de una declaración y el de la anterior desacredita el valor de la declaración". FRAMARINO, Ob. cit., páginas 107 y 108).

MITTERMAIER al hablar de la confesión (la confesión no es más que un testimonio cualificado por razón del sujeto que lo rinde y por tanto le son aplicables los criterios de análisis mencionados) dice que son requisitos esenciales de la misma: 1) La verosimilitud. 2) La credibilidad. 3) La Precisión. 4) La Persistencia y la Uniformidad. 5) El acuerdo más o menos perfecto de su contenido con las demás pruebas reunidas en los procedimientos. (Ob. cit., páginas 182 a 186). Y hablando concretamente de la Uniformidad y de la Persistencia, dice: "Volviendo a prestar siempre la misma en todos los interrogantes, se infiere que en las situaciones de espíritu más diversas, el acusado ha obedecido siempre a la voz de su conciencia y de la verdad. En efecto, es evidente que si las declaraciones hechas en los diferentes interrogatorios se contradicen entre sí, se hace difícil creer en la sinceridad de la confesión. **TODA VARIACION GRAVE ES UN POSITIVO INDICIO DE FALSEDAD:** el acusado, sin duda, después de haber amañado su confesión ha olvidado ciertos pormenores de ella; y si hubiera sido veraz, jamás variaría sus narraciones, sacadas, como deberían estar, de los hechos adquiridos de la evidencia material". (Ob. cit., páginas 184 y 185).

Y si las contradicciones de (S.S.) saltan a la vista en no menor grado también acontece con su falta de certeza y claridad, de lo cual tenemos en seguida, una buena muestra al hablar de la manera como resultó lesionada su esposa:

"...Entonces en el forcejeo, (sic) no estoy atestiguando que le haya dado el tiro o se lo haya dado ella, puede ser una de las dos cosas o que se lo di yo o que se lo dio ella" (Fls. 44 Vto.).

No puede ser más indeterminada esta parte de su declaración. Ella demuestra sólo su ánimo de evadir la responsabilidad en el hecho de la lesión de su esposa. Es otro vicio de su declaración y como ya lo hemos visto, la incertidumbre debe estar ausente para la plena idoneidad del testimonio por el aspecto objetivo. Por eso dice el tantas veces citado FRAMARINO DEI MALATESTA:

"Si suponemos un testimonio perfecto con relación al sujeto, a la forma y al contenido, tendremos que presenta eficacia decisiva en la formación del convencimiento; y que la tendrá tan pronto como el testigo le comuniqué al ánimo del juez la certeza de los hechos afirmados. De consiguiente, la máxima eficacia probatoria de un testimonio se apoya en la hipótesis de la certeza de los hechos que tenga el testigo, y esa certeza equivale objetivamente a un contenido testimonial afirmativo. Cuanto más alejada de la afirmación del testigo esté la duda, mayor fuerza probatoria ofrece el testimonio; y, por el contrario, cuanto más dubitativas aparezcan las declaraciones del testigo, más fuerza probatoria le quitaría a aquel". (Ob. Cit., página 102).

Basta entonces con estudiar un poco a algunos tratadistas de pruebas penales que son quienes exponen "las normas de la crítica del testimonio" a las que nos remite el artículo 236 del C. de Procedimiento Penal, para darnos cuenta que el testimonio de (S.S.), por sus contradicciones, por su falta de constancia y por lo dubitativo en parte sustancial, no puede ser creído; su confesión se encuentra totalmente desvirtuada en sus cualificaciones y en todo caso no puede ser contrapuesto al testimonio de mi defendida para negarle a ésta credibilidad en su confesión; y si esto es así, tenemos como consecuencia que la confesión cualificada de la señora (N.N.) es indivisible con los efectos jurídicos que de aquí resultan como paso a analizar.

LA CONFESION DE MI DEFENDIDA Y SU INDIVISIBILIDAD

Bien sabemos que nuestra legislación dispone que la confesión del sindicado se presume verídica mientras no haya prueba en contrario (artículo 264 C.P.P.). Frente al reconocimiento de ser el autor material de un delito, el sindicado puede agregar una circunstancia que tienda a excluir o atenuar su responsabilidad. Esta confesión que se denomina "cualificada", trajo consigo el problema de su divisibilidad o indivisibilidad. ¿Cuándo hacer lo uno o lo otro? Hoy después de larga discusión, la doctrina, la jurisprudencia y la misma ley aceptan la divisibilidad de la confesión, para aceptar lo que perjudica y rechazar lo que beneficia, cuando la parte que perjudica al sindicado está comprobada y lo que favorece, aducido por él, se encuentra controvertido.

Aquí debo hacer una anotación: a veces se piensa que la parte de la confesión que aduce el sindicado para favorecerse sólo se puede aceptar si él prueba su versión o si está respaldada por otras pruebas del proceso. Esto es demasiado común en la práctica jurídico-penal. Quienes así piensan siguen al respecto la tesis del ya citado FRAMARINO DEI MALATESTA quien sostiene que "dada una confesión calificada, en nuestro concepto no es posible dividirla legítimamente, rechazando una de sus partes y aceptando la otra, si la parte rechazada no se presenta reprobada, y la que se acepta, comprobada. La sola reprobación de una parte no autoriza para rechazarla y aceptar la otra porque simplemente no está contradicha". (Ob. Cit., página 238).

Sin embargo, esta no es la tesis seguida por nuestra ley ni por la jurisprudencia. Según el artículo 264 del estatuto citado basta que "no se le pruebe en contrario" para que deba ser aceptada la cualificante. No dice la ley "que no le pruebe en contrario y que está respaldada". ¿Por qué esto? A mi manera de ver la norma citada no es más que una consagración expresa de la presunción general de inocencia. Ahora bien: quien alega una causal de justificación, confiesa la comisión de un delito, pero es un reconocimiento **formal**, si se quiere decir, puesto que **sustancialmente** lo que está haciendo es negar el delito mismo. Es decir, cuando el ciudadano afirma haber obrado en legítima defensa por ejemplo, lo que está diciendo es que sigue siendo inocente. Y la inocencia, no corresponde probarla al sindicado. Es al Estado a quien corresponde probar la responsabilidad. Por eso ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"No corresponde al procesado probar las circunstancias que introduzca en su indagatoria como exculpativa de su conducta, o en que desconozca el carácter ilícito de su comportamiento". (Cas. de julio 11 de 1958).

De modo que doña (N.N.), quien cualificó su confesión, no tiene que demostrar la parte que la favorece. Simplemente alega la causal de justificación y sostengo que su cualificante no ha sido controvertida. Eso bastaría entonces para que en su favor pidiera un sobreseimiento definitivo, pues he demostrado que ni el testimonio de (S.S.) ni el de la señora (A.A.) y su hija sirven para desvirtuarlo. El de su esposo, pues ya he hecho notar las múltiples contradicciones que tiene. Y no es con un testimonio con tantas falacias como se puede controvertir una confesión que tiene todos los requisitos para ser creída. Ni el de los testigos, pues he demostrado que hacen aseveraciones que van contra lo verosímil, contra la naturaleza de las cosas, todo ello en su afán de favorecer a (S.S.) con quien tienen más amistad, o en último caso para no comprometerse con ninguno de los dos personajes del proceso. Así pues, es aplicable la siguiente doctrina de la Corte:

"La confesión del procesado no contradicha por prueba válida alguna en los autos, debe tomarse como indivisible". (Sentencia del 1º de abril de 1959).

Insisto en que a favor de mi defendida con lo que llevo expuesto pudiera pedir un sobreseimiento definitivo. Sin embargo, para abundar, quiero demostrar como aún en el caso extremo de que se exigiera una demostración de la cualificante para poderse ésta aceptar, existe en el proceso un amplio respaldo de la misma. Respaldo a la luz de las constancias procesales y de la interpretación que de ello podemos hacer según mínimos conceptos de psicología, doctrina y jurisprudencia. Veámoslo:

Es constante la sindicada en sus diversas intervenciones en la manifestación de que le tiró a su esposo para defenderse del ataque que contra ella estaba a punto de perpetrar: "...yo salí corriendo hacia el solar, pero en la cocina dio alcance (sic), me tapó la salida, **ENTONCES PRESA DEL PANICO CREO QUE DISPARE, PUES NO ESTOY SEGURA DE ELLO DE-**

BIDO AL MIEDO QUE TENIA; SENTIA TANTO TERROR QUE LE ENTRE- GUE EL REVOLVER, cuando aún faltaban dos de ellos por disparar...". (Fl. 16 Vto.).

Y a Fls. 40 Vto. y 41, puede leerse la declaración que rindió ante el Inspector de Permanencia y ante el cual manifestó: "Yo ya había sacado el revólver para amenazarlo y no le valió sino que me persiguió y me fui hasta la cocina y él me siguió y allá me cogió de este brazo derecho... **Y YO NO VI MAS QUE DISPARAR...**".

Más tarde en careo que aparece a Fls. 113 dice que "fue una cosa tan rápida y era tanto el TERROR que sentía, que yo creí que...".

Todas las anteriores manifestaciones se relacionan con el móvil que tuvo mi defendida para obrar. Este móvil no fue otro que el de defenderse. La causa fue la agresión de que fuera objeto de parte de su esposo (S.S.). Ante la agresión no pudo menos que sentir **miedo**, emoción que la llevó a obrar para repeler la agresión. ¿Y cómo se operó la reacción? ¿Cuál fue el mecanismo de su conducta? Esto será el aparte a tratar en seguida en el que me esforzaré por exponer, así sea someramente las bases psicológicas de la legítima defensa para demostrar que la justificante tiene una base real en el caso concreto.

EL MIEDO COMO BASE Y EXPLICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA

Las esferas de la personalidad: La personalidad es una unidad total. Tal concepto en psicología trasunta el conjunto de propiedades morfológicas y psicológicas que caracterizan determinada individualidad. Si bien se habla de esferas de la personalidad, es de observarse que la personalidad es una y únicamente se habla de esferas o partes para facilitar la comprensión de los fenómenos psicológicos y sistematizar mejor el conocimiento de los mismos. La esfera estimativa o somática, la esfera volitiva y la intelectual se entrecruzan y constituyen un todo complejo de mutua interdependencia. Quien quiera que examine, por ejemplo, cómo influyen las emociones en las malformaciones de la percepción, se percatará de la verdad de la afirmación.

Algún pensador decía de la actividad síquica, cuyas esferas y segmentos sólo se pueden disociar en la escuela o en la academia, mas no en la vida real, constituye un todo complejo, dinámico, "siempre en movimiento, ondulante, agitado y estremecido como la corriente de un gran río, compuesto de una serie de afluentes".

Hecha la observación anterior, podemos decir que aparte de lo somático, las tres formas fundamentales de procesos anímicos y de los cuales se ocupa la psicología son los fenómenos de volición, sentimiento y representación. (AUGUSTO MESSER, Introducción a la psicología, Ed. Losada, Buenos Aires, 1969, página 11).

Es en la esfera **afectiva** en donde debemos fijar nuestra atención ahora, pues allí es donde ocupa su campo de estudio de las emociones. ¿Qué es la afectividad? ¿Cuáles los mecanismos de su obrar y qué influencia tiene en el comportamiento humano? ¿Cuáles son las consecuencias jurídico-penales del desarreglo afectivo? Veámoslo:

El hombre no es un ente que se encuentre más allá del tiempo y del espacio. Está en el mundo entre las cosas. Actúa sobre las cosas y éstas sobre él en una perfecta interrelación. Su comportamiento explica su pretensión de ser el centro del universo.

El medio actúa sobre él en sentido positivo o negativo. Positivo, si tiende a ayudarlo en su supervivencia. Por el contrario negativo, si ese medio pone en peligro su necesidad de permanencia. Es conocido de todos en psicología la ley del equilibrio del organismo, equilibrio que surge como resultado de un juego complejo de las interrelaciones 'medio-hombre'.

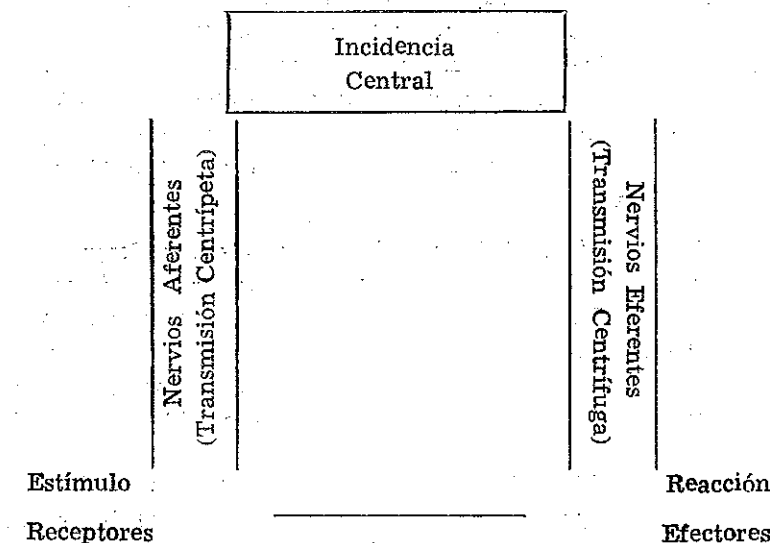
Es precisamente la afectividad (o emotividad en la terminología de muchos psicólogos), la facultad mediante la cual es posible buscar la adaptación del organismo al medio. La emotividad es la facultad mediante la cual el organismo logra impresionarse ante los estímulos del mundo exterior. En esto están de acuerdo los psicólogos. Así dice HENRI FAURE: "La afectividad es la facultad de experimentar sentimientos como la alegría, la tristeza, la inquietud, el miedo, etc.". (Elements de Semilogie en Psychologie Pathologique, Bulletin de Psychologie, U. de París, 1967, página 84).

Igualmente, DELMAS-BOLL afirman sobre la emotividad: "Es una disposición de discriminación defensiva que tiende a la seguridad del yo, a la conservación de su integridad; es un mecanismo de vigilancia, un centinela que ha de reconocer al amigo o al enemigo. La emotividad o facultad de conmoverse, es, pues, la facultad de guardarse, de defenderse". (La Personalidad Humana, su análisis. M. Aguilar, Madrid, 1953, página 61).

Y EMILIO MIRA Y LOPEZ manifiesta sobre el tema lo siguiente: "Cuando una sustancia inerte es afectada por cualquier agente vulnerante, acusa en una modificación morfológica y fisicoquímica el impacto o efecto de éste; así por ejemplo, una botella de vidrio que es lanzada contra el suelo se rompe y un anillo de oro que contacta con mercurio se decolora y cambia de aspecto y de constitución física. Hay algunas sustancias que ofrecen la propiedad de reaccionar ante pequeñas excitaciones liberando gran cantidad de calor y de energía; tal ocurre con los explosivos. Pues bien: todas las formas de la sustancia viva presentan de manera constante esta propiedad que podríamos denominar "explosiva" en el sentido de que son capaces de devolver más de lo que recibieron, o sea, de responder con creces, transformándose de sensibles en actuantes, cuando son afectadas con determinada intensidad por los llamados estímulos o excitantes que, de esta suerte, se transforman en incitantes.

"A esa propiedad, observada en cualquier célula viva, se la llama irritable. Por ella se comprende que si damos un puñetazo a un muñeco el efecto será puramente deformante sobre él, pero si se lo damos a un semejante, el efecto puede ser aún más deformante para nosotros, y, además, la acción contundente no provocará cambios fundamentales en el cuerpo del muñeco y, en cambio, dará lugar a procesos "inflamatorios" que durarán varios días y producirán ostensibles modificaciones sucesivas en el cuerpo vivo". (Cuatro gigantes del alma, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1957, página 99).

Pero, ¿cuáles son los mecanismos mediante los cuales se manifiesta tal dificultad? No es el lugar, este alegato, para ocuparnos en extenso de problema tan complejo. Basta con hacer alusión muy somera al esquema de la Acción Normal. Es el siguiente:



Entendemos por morfología de la Acción el estudio de su esquema o más precisamente de las distintas fases o etapas representadas, y que van desde el estímulo hasta la modificación del mundo exterior. Nosotros hablamos de la morfología de la acción y en este sentido oponemos el término al de la Génesis de la acción, pues en el estudio de ésta es necesario estudiar los factores hereditarios, mixtos y adquiridos que entran en juego. En la morfología o esquema arriba presentado, las cosas aparecen de manera simple, si se quiere. Empero, la conducta humana es de una extrema complejidad y el esquema que se presenta es, ante todo, para facilitar la comprensión puesto que, en la vida real, los fenómenos no se presentan jamás de manera tan simple. El esquema antes presentado es el esquema del acto voluntario.

Entendemos por **acción voluntaria normal** el comportamiento que resulta ser el fin de un circuito que comienza, de una parte, con la excitación de uno o varios órganos receptores por un estímulo, y mediando la interven-

ción de la conciencia que se da cuenta del estímulo y lo evalúa y de la voluntad como facultad que escoge entre varias posibilidades, y finaliza con el movimiento muscular que modifica, o tiende a modificar, el mundo exterior.

En el circuito mencionado se debe distinguir el fenómeno exterior al "yo" —Fase Física, con la precisión que se le dará en seguida— el fenómeno fisiológico provocado por un elemento exterior al "yo", el Fenómeno de Conciencia, nuevamente otro Fenómeno Fisiológico y finalmente la Reacción en el extremo.

Como hemos mencionado el Estímulo, la Incidencia Central y la Reacción, como resultado, vamos a examinar tales conceptos más a espacio: hay que considerar el Estímulo siempre en relación con el sujeto. Las cosas pueden existir fuera del sujeto independientemente de él —como acontece con los hechos físicos— o en el sujeto y dependientes del mismo, como sucede con los seres ideales —una idea, por ejemplo—; sin embargo, en uno y otro se toma siempre el objeto en relación al sujeto pensante, es decir el objeto del conocimiento, en relación con el sujeto que conoce. Como quiera que el Estímulo es cualquier cosa que está por fuera del "yo" pero que sin embargo lo afecta, lo incluimos en el esquema de la acción, pero solamente en cuanto que es origen de ella.

Ahora bien: ¿qué es el Estímulo? Se entiende por Estímulo cualquier objeto (físico o ideal) que se coloca en relación al ser y que está al origen de una sensación. J. DELAY Y PICHOT dicen que se puede entender por tal concepto "los hechos exteriores o interiores al cuerpo, que producen una excitación, caracterizada por una modificación local reversible del receptor". (Abrege de Psychologie, Masson & Cie., 3 ed., París, 1971, página 36).

Y EMILIO MIRA Y LOPEZ define el concepto diciendo que es "la energía que tiene la capacidad de modificar el 'status' vital de un organismo, de modificar un equilibrio al actuar sobre sus receptores". (Psicología experimental, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, página 44).

En el proceso de la Acción, en primer lugar, el Estímulo, o sea el objeto, afecta los órganos receptores. Después de la excitación de los receptores, entran en funcionamiento los Organos de Transmisión, los cuales conducen el Estímulo al cerebro (Centro de Integración, de donde partirá la reacción mediante la Transmisión Eferente o Centrifuga. Más claro; tenemos dos trayectos:

1. Estímulo - cerebro (mediando la transmisión aferente o Centrípeto).
2. Cerebro - Reacción (mediando la transmisión eferente o Centrifuga).

En el primer trayecto podemos decir que hay sensación; "ésta no existe sino en el caso de transmisión por vía nerviosa", dice DELAY (ob. cit., página 36). HENRI PIERON, por su parte, afirma que hay sensación "cuando la eficacia de una estimulación es revelada o se muestra revelable gracias a un condicionamiento —por una reacción global del organismo— o una moda-

lidad particular de actividad, una forma de conducta, una modificación consecutiva de ciertos comportamientos, cuando el efecto de esta estimulación se puede integrar así en el sistema de la vida psicológica que gobierna la adaptación del animal a las condiciones exteriores del medio.

"Para que haya excitación, es necesario que se produzca, por la acción del estímulo, una modificación local reversible, con reacción antagónica, para que haya reacción general, es necesario que esta excitación sea transmitida por un mensaje nervioso, o a veces humoral; para que haya sensación en fin, es necesario que haya transmisión de un mensaje nervioso hasta los centros que rigen la conducta global del ser viviente y registra las experiencias de tal manera a asegurar la adaptación de esta conducta, no solamente actual sino también ulterior". (La Sensation, Presses Universitaires de France, París 1974, página 14).

La Incidencia Central. La Percepción. Hemos visto en el esquema de la acción que el cerebro es el "centro de integración" en el trayecto que va del estímulo a la reacción. Los fenómenos que preceden la sensación e incluyendo la manifestación cerebral son de naturaleza fisiológica, viene en seguida el fenómeno de la **percepción** que existe cuando el sujeto conoce y reconoce un objeto (excitante - estímulo) y que en adelante ha dejado una huella némica. GEORGES HEUYER dice que "la percepción es desde el punto de vista etimológico el acto de recoger. Desde el punto de vista psicológico, es también un acto, a aquél de recoger las sensaciones que son pasivas, de unir las, de coordinarlas para tener el conocimiento de un objeto". (Vingt leçons de Psychologie Médicale, Presses Universitaires de France, París, 1966, página 26).

Desde luego nuestro propósito no es profundizar demasiado en cada uno de los elementos de la estructura de la acción que venimos mencionando. Sin embargo, es bueno tener en cuenta que el acto de conciencia que indica la percepción de cualquier cosa no es extraño a la afectividad, a los hábitos, a la formación cultural, a las pautas de comportamiento que el medio ambiente social determina, etc., debiendo tener en cuenta entonces que el esquema de la acción presentado no es tan simple como parece. Cuando un órgano receptor es afectado, en esta fase de la incidencia central es necesario considerar numerosos factores: físicos, morales, sociales, congénitos, adquiridos, dependientes éstos del sujeto del conocimiento y también deben considerarse factores que dependen del objeto a conocer.

Finalmente, tenemos la **Reacción**. La Reacción o respuesta es la culminación del circuito, es la modificación o la no modificación del mundo exterior obedeciendo a la orden impartida desde el "centro de integración". La respuesta al estímulo puede ser una acción o una omisión. Cuando nosotros decimos Acción Normal Voluntaria, insistimos, no tomamos posición en la discusión filosófica sobre la existencia o no del libre albedrío. Simplemente decimos que ha habido una acción (que lo es justamente por esto) que ha recorrido todo el circuito y no en "corto", es decir, una acción en la que hay una

incidencia central, y en este caso, un conocimiento del estímulo, una intervención de la conciencia, entendiendo ésta como un "darse cuenta" o una "estar presente" frente al estímulo, según feliz expresión de JASPERS.

Según lo que llevamos visto no es sencilla la comprensión del mecanismo de intervención de la afectividad en la conducta del sujeto. A la altura de lo que llevamos visto podemos preguntarnos: ¿qué ocurre cuando el sujeto se ve estimulado por un ente cualquiera? Que todo estímulo se refleja en el sujeto de manera positiva o negativa según que contribuya o no a su existencia, según la elaboración del mismo en la incidencia central ya vista. En el caso de que el estímulo contribuya al ser a 'ser', tendrá un sentimiento positivo. Tendrá en cambio uno negativo en caso de posible destrucción por él, o posible disminución. Puede ser que el estímulo racionalice, puede ser que no, por razón de las circunstancias. Sobre todo cuando se trata de peligros inminentes, no es necesaria la racionalización total del estímulo para que el organismo reaccione. Esto, porque la emotividad o afectividad no necesariamente tienen que estar dominadas por lo que pudiéramos llamar "esfera intelectual o de racionalización". Esto es algo que puede constatarse aún en el caso de las manifestaciones amorosas; seres que no se complementan ni en lo físico, ni en lo moral, ni en lo intelectual, ni en su proyección vital, viven sin embargo atadas, llevando una vida tormentosa en deterioro incluso de sus personalidades. Pueden pensar incluso, a nivel racional que "esto no puede ser", que "esto no puede seguir así", que "no podemos arruinar nuestras vidas" y, no obstante, la relación de dependencia continúa. ¿Qué otra explicación tiene este fenómeno, sino el grado de irracionalidad de la esfera afectiva? La afectividad no se rige por las leyes de la lógica, porque, como lo reconocen los fisiólogos y los psicólogos, antes que el razonamiento, apareció la afectividad en la estratificación de las esferas de la personalidad, antes mencionadas. El ser sin razón puede sobrevivir. No puede sobrevivir, en cambio, un ser sin afectividad o emotividad. Dice al respecto WERNER WOLF:

"La característica más importante que distingue al hombre de los animales es el acto de razonar, el cual se desarrolla por etapas sucesivas a partir de los sentimientos e impulsos poco diferenciados de los primeros meses de vida. Las reacciones emocionales del hombre aparecen antes que el razonamiento y la reflexión y en aquellas manifestaciones psicológicas básicas muestra aún un estrecho parentesco con los demás seres. Emociones como el miedo, el furor, la ira, la agresividad, el amor, la alegría y otras, son comunes al hombre y a los animales". (Introducción a la Psicología, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1953, página 120).

Sea entonces que se racionalice el estímulo o no, siempre producirá un sentimiento en el sujeto positivo o negativo, como hemos dicho. Ahora bien: si la estimulación o la excitación es de determinada magnitud, el sentimiento positivo o negativo se hará ostensible en el sujeto por lo que se ha llamado la "resonancia fisiológica del estímulo": aceleración del corazón, apresuramiento o retardo de la respiración, movimientos musculares, tensión o distensión

de los músculos faciales, secreción de lágrimas, sudoración, etc. En este caso estamos en presencia de las EMOCIONES. No hay diferencia sustancial entre el sentimiento y la emoción, diferencia que es sólo de intensidad. Dice al respecto EMILIO MIRA Y LOPEZ: "Una emoción no es, pues, otra cosa que un sentimiento exagerado (y acompañado de alteraciones somáticas más extensas e intensas). El estado emocional sobreviene en el individuo siempre que entran en juego su vida, sus intereses personales o morales, los de su familia o los de la especie. Quiere esto decir que la emoción parece ligada a cuanto contribuye de un modo directo al progreso o el perjuicio del ser humano; la función emocional aparece en este aspecto como un mecanismo primitivo de protección del ser y de la especie". (Manual de Psicología Jurídica, El Ateneo, 5ª ed., Buenos Aires, página 36).

Y más adelante continúa discutiendo sobre las clasificaciones de las emociones: "Los psicólogos más eminentes afirman que las emociones primitivas son el miedo, la cólera y el amor, ligadas respectivamente a la tendencia defensiva a la tendencia ofensiva o agresiva (unidas ambas en el denominado instinto de conservación individual) y a la tendencia reproductiva o sexual (constituyente del instinto de conservación de la especie)". (Página 36).

Pues bien, hemos llegado al miedo como emoción primaria, emoción que está en la base de la legítima defensa de la vida. La legítima defensa es la reacción frente a un peligro actual o inminente. Es el instinto de conservación en acción. Es la respuesta a un estímulo captado por el sujeto como dañino para su vida o su integridad como persona. Con base en el esquema de la acción antes mencionado y los conceptos vistos al comentarlo, podemos decir:

La agresión (que debe ser injusta para que haya legítima defensa) se presenta al sujeto como dañina y produce en él una situación de alarma por la emoción del miedo que se desata al verse el organismo frente a la posibilidad de perecer. El miedo no viene a ser otra cosa que el trasunto de lo que la realidad significa para el sujeto. En palabras de los tratadistas rusos SMIRNOV y LEONTIEV, "La realidad objetiva es el origen de las emociones y de los sentimientos. El sujeto tiene una actitud emocional ante los objetos y fenómenos del mundo real y los siente de distinta manera según las relaciones objetivas particulares en que se encuentra con ellos. Las emociones y los sentimientos son una de las formas en que el mundo real se refleja en el hombre". (Psicología, Ed. Grijalbo, México, 1965, página 355).

El atacado capta instintivamente su próxima destrucción y pone en actividad los mecanismos de defensa. El miedo es una de las emociones más criminógenas que existen "Es una disposición natural que lleva a eliminar todo lo que puede hacernos daño", decía LOCKE. Y ENRICO ALTAVILLA también nos dice: "Respecto a la legítima defensa y al estado de necesidad no debe nunca olvidarse que el miedo es impulsado por el más poderoso de los instintos, el de la conservación, que en cuanto a fondo egoísta es profundamente social...". (La Dinámica del Delito, Bogotá, Temis, 1961, página 120).

Sin embargo, es necesario hacer algunas otras consideraciones para poder comprender a cabalidad el caso que nos ocupa; en virtud del fenómeno de "asociación de ideas", el ser viviente no tiene que esperar el efectivo cumplimiento de la agresión para poner en marcha sus defensas. La naturaleza ha querido que así no sea, pues de otra manera el instinto sería totalmente inoficioso frente a ataques reales demasiado dañinos que imposibilitarían la defensa por ser ésta demasiado tardía. Es así como entra a jugar papel el fenómeno de la asociación de ideas, fenómeno psicológico bastante complejo como que están implicados allí fenómenos fisiológicos, intelectuales, culturales o de formación individual, etc. El asomo de un peligro puede desatar en el individuo la reacción propia del peligro efectivo, ya actual. Esto se debe, como lo anota MIRA Y LOPEZ, a la existencia de un sistema nervioso, capaz de condicionar esa reacción sin necesidad de esperar el estímulo directo.

"Tan pronto como un organismo anticipa un efecto, o sea, tan pronto como establece el reflejo condicionado correspondiente, bastará la presencia más o menos lejana de un estímulo asociativamente dañina, para que se observe en el ser el mismo cuadro de disminución o detención de sus más aparentes manifestaciones vitales". (Cuatro Gigantes del Alma, Cit., página 17).

Y más adelante, en la misma obra dice también:

"Son muchos los vertebrados superiores que, si bien poseen seguros mecanismos de huida ante los entes que les son dañinos, sufren, en cambio, sus efectos no sólo ante la acción real y directa de éstos sino ante la presencia de cualquier estímulo que previamente coincidente con ellos haya sido asociado con ellos y actúe como signo condicionante y anticipador del sufrimiento, provocando una reacción miedosa muchas veces innecesaria. **Es así como se origina, no ya el miedo ante el daño sino el miedo ante el "indicio" de daño, o sea, el peligro**". (Página 23).

Lo anterior explica que en la legítima defensa sea unánime la doctrina y la jurisprudencia en aceptar que no sólo se debe reconocer ésta frente a un peligro actual sino también frente al peligro inminente. Estas consideraciones que deben hacerse frente a los casos de defensa subjetiva o putativa de la vida en donde el sujeto obra frente a un peligro que sólo en su mente existe y que encuentra su explicación en la malformación de la percepción (ilusión, según WILLIAM JAMES) o en una errónea interpretación de ésta, estas consideraciones que deben hacerse en la defensa subjetiva de la vida, tienen que hacerse con mayor razón tratándose de la defensa objetiva donde el sujeto no reacciona ante un peligro imaginario sino real y objetivo, aunque realmente no se hubiera comenzado a manifestar de manera directa por una agresión que haya comenzado ya, por ejemplo, a vulnerar el cuerpo. Esto se acepta desde antaño. Ya las partidas decían:

"Matando algún hombre o mujer a sabiendas debe haber pena de homicida, quien sea libre o siervo el que fuese muerto, fueras ende si lo matase en defendiéndose, viniendo el otro contra él trayendo en la mano cuchillo sa-

cado, o espada, o piedra, o palo o otra arma cualquier con que lo pudiese matar; ca entonces si aquel a quien cometenn así, mata al otro quel quiere destaguisa cometer, non cae enn pena ninguna por ende; ca natural cosa es est muy guisada que todo home haya poder de amparar su persona de muerte, queriendo alguno matar a él, **et non ha de esperar que el otro le fiera primera-mente, porque podría acaesar que por el primero golpe quell dasese, podría morir el que fueda cometido, et después non se podría amprar**". (Las Siete Partidas, Partida Séptima).

Y MANZINI dice: "Sería absurdo pretender que uno se defiende solamente de la prosecución y no también del inicio de la violencia, siendo así que, en muchos casos el sufrir la ofensa ajena equivaldría a reducirse a un estado de no poderse ya defender. Si uno os apunta con el revólver o bien os amenaza gravemente con el cuchillo, deberéis acaso esperar a ser herido para disparar contra él?". (Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Ediar, 1949, Tomo III, páginas 75-76).

Entre nuestros doctrinantes, el profesor ALFONSO REYES en reciente obra: "Por agresión inminente debemos ENTENDER CUALQUIER GESTO, ACTITUD O AMENAZA QUE EVIDENCIA DAÑO INMEDIATO A LA PERSONA. Constituye ésta, talvez, la forma más común de agresión y la que con mayor lógica explica la reacción defensiva, en cuanto la víctima impide que el ataque se consume; quien espera a que la ofensa se produzca para responder a ella, quizás no tenga oportunidad de defenderse". (La Antijuridicidad Penal, Bogotá, Publicaciones del Externado de Colombia, 1974, páginas 113-114).

Las anotaciones anteriores vienen a colación porque en el caso que nos ocupa, la sindicada (N.N.) dice que le tuvo que tirar a su esposo ante el inminente ataque de éste: "... y en ese instante él volvió a tirármeme encima; yo salí corriendo hacia el solar, pero en la cocina me dio alcance, me tapó la salida, entonces presa del pánico creo que disparé...". Cuando la sindicada habla de que su esposo "se le tiró encima", bien podemos aparejar sus palabras a las de MARIANO JIMENEZ HUERTA: "La legítima defensa queda precisada con el hecho de que la agresión se exteriorice por **movimiento de acometividad** revelador del propósito criminal de producir el mal que con la defensa se evita". (Cit. por REYES, página 114).

Como vemos, todas las afirmaciones de la procesada encuentran un cabal respaldo en el proceso y su conducta la explican los más grandes tratadistas de la Psicología y del Derecho Penal. Su afirmación de que su esposo la agredió o se encaminó a ella con tal fin, encuentra respaldo en el hecho de que es verosímil que (S.S.) en vez de seguir agotando su agresividad quebrando cuadros, quiso atacarla: esto es absolutamente verosímil y en todo caso, no ha sido controvertido. Que esa agresión inminente generó en ella la emoción primitiva del miedo, es algo que explican las breves nociones psicológicas que hemos enunciado sobre la afectividad en general y sobre la emoción enunciada en particular. Esta verosimilitud y la no controversión, hacen que la tengamos que aceptar en todo sus afirmaciones y la excluyente de responsabilidad, o sea

la causal de exclusión del elemento antijurídico del delito, legítima defensa, que esas mismas afirmaciones comporta. Así lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia: Si el sindicato acepta el hecho "y ratifica su ejecución, pero agrega algo que modifica sus consecuencias, debe aceptársele, siempre que por lo menos sea verosímil y esta verosimilitud encuentra amplio respaldo en el proceso". (Cas., 20 de abril de 1961, xcv, 907).

La jurisprudencia no puede ser más clara y lo mismo su aplicación al caso concreto.

Pero desde luego que a la conclusión de la legítima defensa llegamos si aceptamos que antes de juzgar la conducta humana nos esforzamos primero por comprenderla. Si miramos las cosas no como a nosotros nos parece sino como debieron parecer a la señora (N.N.) quien en un momento, aciago de su vida vio ésta amenazada de manera inminente. Si, como lo dice usted, señor Juez, en juicioso comentario, "se debe atender el criterio psicológico que parte del examen de las condiciones reales del espíritu, del estado anímico de la persona que obra". (Auto que conceda la excarcelación). No otro es el pensamiento del jurista más grande de los siglos, FRANCISCO CARRARA: "La legitimidad de la defensa siempre debe medirse según las razonables opiniones del que vio amenazada su vida, y no según lo que con frío cálculo y maduro examen ha llegado a conocer el Juez". (Programa de Derecho Criminal; Parágrafo 309).

Sólo con el criterio subjetivo al cual alude el Señor Juez, podemos llegar a comprender cuál sería el temor de la sindicada al ver que su esposo energúmeno se le avalanzaba a agredirla. Ella le ha dicho que sintió miedo. Otras expresiones que utiliza son las de "terror", "pavor", expresiones todas que trasuntan un estado de alma angustiada por el peligro. Y no puede decirse que lo del miedo como base de la legítima defensa que alega sea un invento, pues bien sabemos que a raíz de los hechos ella debió ser internada en la Clínica de los Seguros Sociales, sección de Psiquiatría y justamente, según prueba por mí solicitada, en la Historia Clínica puede leerse: "efectivamente paciente con gran reacción Stress con elementos depresivos y ansiosos...".

Lo anterior quiere decir que hay un dato en el proceso que respalda su indagatoria. Y esto es tanto más importante, si tenemos en cuenta que la sindicada fue examinada a poco de los hechos o sea que el estado constatado por los médicos no es sino la prueba de la situación de su ánimo cuando actuaba. Como he subrayado en el epígrafe de este alegato, y según el Diccionario Alfabético de Psiquiatría, debe entenderse por Stress el "estado de tensión aguda del organismo, obligado a movilizar sus defensas para hacer frente a una situación amenazante". Esta situación amenazante, no fue otra que el ataque inminente de su esposo. Tanto debió ser su terror, que dice: "entonces presa del pánico creo que disparé, pues no estoy segura de ello, del miedo que tenía...". Esto evidencia que su acto fue un acto desesperado de defensa y que propiamente actuaba era su instinto de conservación. Es necesario un

profundo conocimiento del alma humana y una gran capacidad de comprensión para ubicarnos en lugar de la sindicada, no es una pose suya cuando dice que cree que disparó, que no está segura de ello, etc. No, Señor Juez.

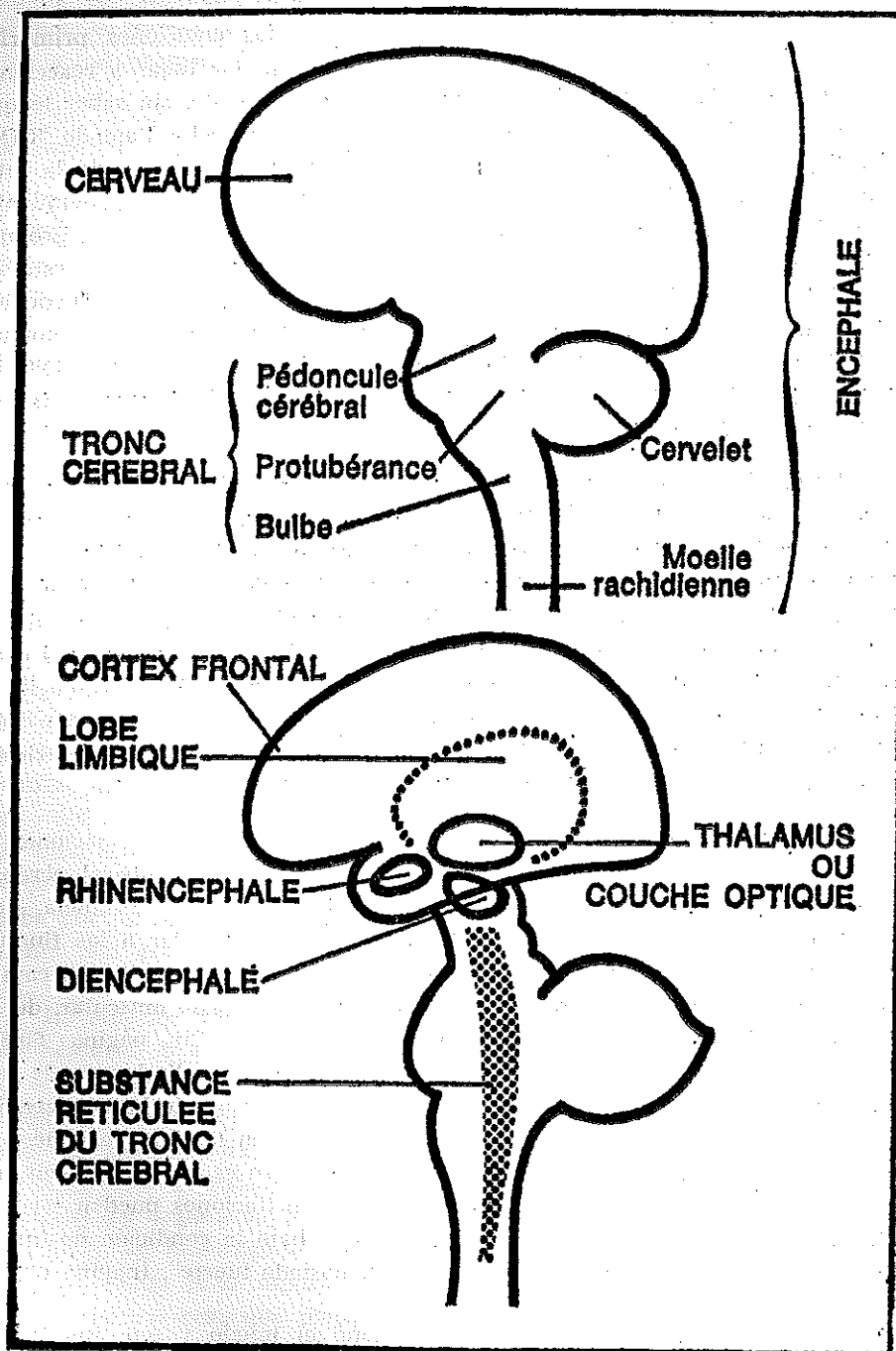
Precisamente la Psiquiatría nos enseña que las emociones primarias cuando llegan a tener determinada intensidad, pueden dar lugar a reacciones en "corto circuito", en donde la persona obra primariamente, sin saber lo que hace. Bien nos dice la Fisiología que el cerebro tiene un sector llamado "CORTICAL" y otro llamado "BASAL". En aquel se ubican los centros de la inteligencia y de la voluntad, en éste los centros motores o del movimiento. Ahora bien: cuando la emoción primitiva llega a ser muy intensa, se produce un "proceso de profunda disociación entre cerebro basal y cortical, esto es, de total liberación de los centros nerviosos basales respecto a los corticales, en los que se encuentran, notoriamente, las fuerzas inhibitorias y los fenómenos de la autoconciencia y de la libre determinación volitiva". (BENIGNO DI TULLIO, Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense, Madrid, Aguilar, 1966, página 295).

Pero, cómo y por qué se produce esa "profunda disociación" cerebral? El joven psiquiatra francés YVES PELICIER, ha dedicado bastante de su trabajo a explicarlo. Tomando como base los estudios de CANNON hacia 1915, BARD en 1928, sobre la conformación cerebral y del español RAMON Y CAJAL en 1945, sobre la sustancia Reticular, nos dice que es un manojo de células nerviosas entrecruzadas "que se extienden del bulbo a la base del cerebro, sobre toda la altura del tronco cerebral. Gracias a la electrofisiología, se ha podido mostrar que la Reticula activaba las neuronas del cerebro y facilitaba o inhibía la reflexibilidad medular, es decir las respuestas motrices". (La Psychiatrie Compréhensible, París, Ed. Fayard, 1972, página 60).

Más adelante dice el autor que tal sustancia recibe "informaciones de todo el sistema sensitivo y sensorial del cuerpo y las transmite al cerebro. Ahora bien: hay diversos estados de tensión de la mencionada sustancia, siendo "sensible a las variaciones del medio interior, en particular a las fluctuaciones de la tasa de adrenalina y de noradrenalina. Este es un punto capital pues que estas sustancias dependen ellas mismas del desgaste muscular, de las emociones, del frío, de las agresiones o stress, etc.". (Ob. Cit., páginas 60-62). Ahora bien: entre el sector cortical, el sistema hipotálamo-límbico y la médula contralateral, la "sustancia reticular" sirve como moduladora de la intervención de las estructuras superiores, tal como puede verse en los cuadros que presento, tomados de la obra del profesor PELICIER. Pero es necesario decir que los mecanismos emocionales que dependen de las incitaciones pueden ser controlados por "el cortex" o sistema cortical, solo "bajo la condición de que la activación por la sustancia reticular no sea demasiado fuerte". (página 62).

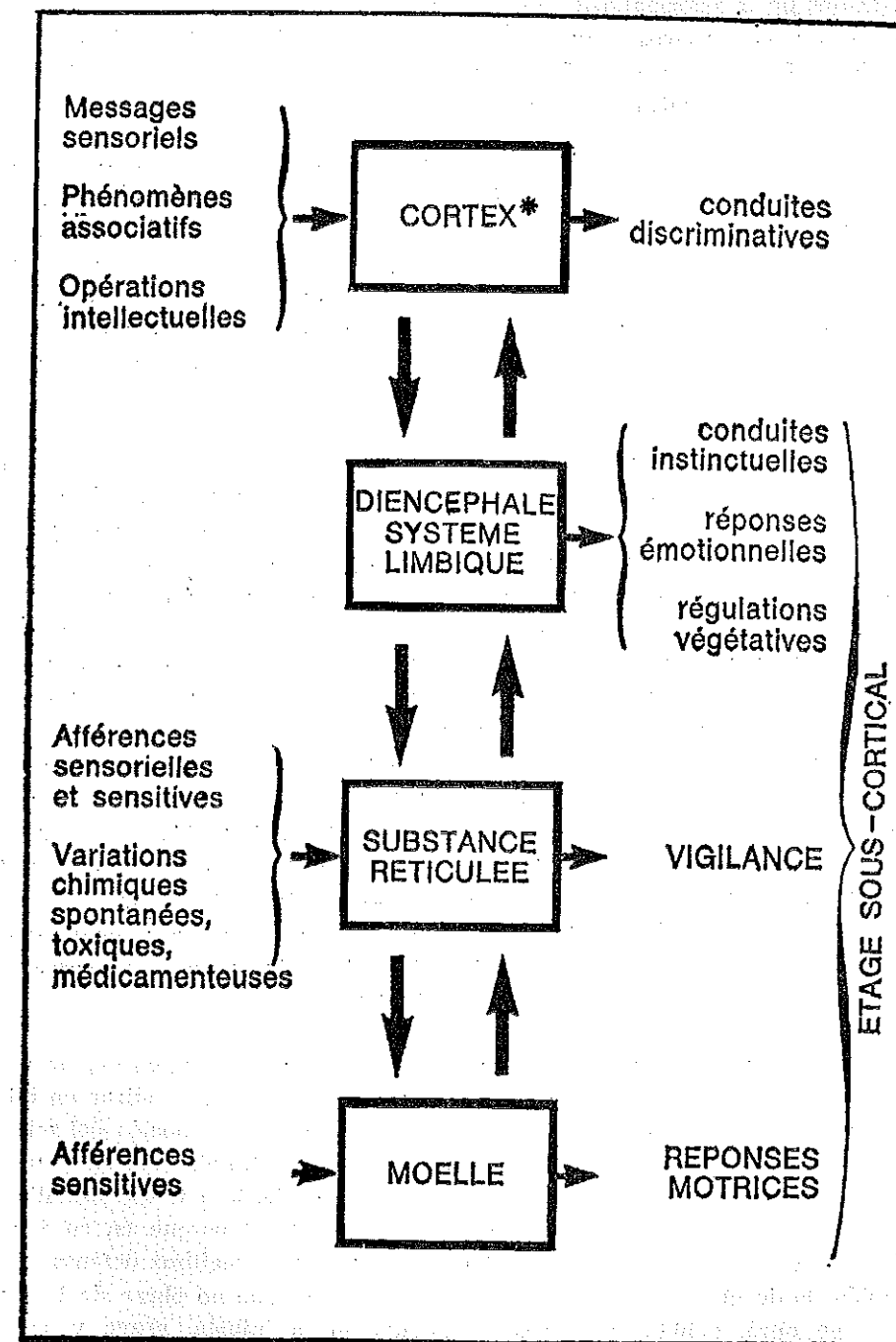
En caso de una emoción primitiva como el miedo y que fue la que invadió a mi defendida, en caso de que la emoción sea exagerada y active de modo protuberante la sustancia aludida, se ejecutan actos descontrolados,

Dispositifs régulateurs de l'humeur



Yves PELICIER, op. cit., pag. 59

L'étagement des conduites



Yves PELICIER, op. cit., pag. 61

se produce "un torbellino motor" el "choc", en fin, lo que KRETSCHMER denominó Reacciones Primitivas, y actos en "corto circuito", "en las que el estímulo producido por una experiencia interna no pasa por todas las faces intermedias de la personalidad, sino que se manifiesta directamente por actos impulsivos e instantáneos, o por procesos síquicos profundos (por ejemplo de naturaleza hipobulica e hiponoica)". (Psicología Médica, Barcelona, Ed. Labor, 2ª Ed., 1957, y siguientes).

Recordando el esquema de la Acción Normal presentado antes, podemos decir que son Reacciones que siguen al estímulo, el cual no ha pasado por la Incidencia Central. "Tenemos, pues, que examinar dice ENRICO ALTAVILLA, actos realizados en la forma típica del corto circuito, en el sentido de que, en el círculo recorrido por la corriente nerviosa, no ha habido tiempo para que penetre la luz de la conciencia y así haga actuar la voluntad, por esto es un verdadero movimiento dirigido por los centros subcorticales". (Op. Cit., página 150).

De modo que no debemos asustarnos porque la sindicada nos diga que no sabe si disparó o no, que se quedó estupefacta, etc. Todo ello se debió al miedo, a la emoción primitiva cuyo mecanismo de acción hemos tratado de analizar. Lo que vengo de decir sobre la Reacción Primitiva, tiene enorme importancia en la estructura del delito y en su análisis. En efecto, si el delito es acción típica, antijurídica y culpable, y si entendemos por acción "el ejercicio de actividad final", si partimos de la base de que "dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final... Sin ella (sin la voluntad), la acción quedaría destruída en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego", como lo afirma HANS WELZEL (Derecho Penal Alemán, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, página 53 y 54), si entendemos por acción lo anterior, es decir, si exigimos como requisito indispensable para su existencia la voluntad, cuáles serían las consecuencias dogmáticas de lo anteriormente explicado?

Debo reconocer que el problema es difícil y que la extensión de este algato es ya bastante y eso me disculpa para no entrar a profundizar en ello. A los efectos que aquí me propongo, sólo debo decir que la emoción del miedo perturba toda la personalidad del agredido y que la profundización en el tema y frente al caso concreto, nos lleva a predicar una absoluta irresponsabilidad de mi defendida no solo desde el punto de vista legal porque en su favor existe el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, la legítima defensa, sino también desde el punto de vista moral, ya que, no pudo no obrar de la manera que obró, debido al impulso originado en la injusta, grave y actual agresión de su esposo.

Señor Juez: haciendo las anteriores consideraciones creo haber cumplido con mi deber de apoderado de quien puso en mis manos su defensa. Sólo queda a usted, mi petición respetuosa de un SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO en favor de doña (N.N.), al tenor del artículo 491 numeral 22º del Código de Procedimiento Penal.

Del Señor Juez, atentamente, y con todo respeto.

Nódier Agudelo Betancur.

Algunos de los temas que se tratarán en esta edición son:
El problema de la vivienda en Medellín.
El problema de la alimentación.
El problema de la salud.
El problema de la educación.
El problema de la cultura.
El problema de la recreación.
El problema de la urbanización.
El problema de la contaminación.
El problema de la delincuencia.
El problema de la drogadicción.
El problema de la prostitución.
El problema de la corrupción.

Este número se encuentra en la librería de la editorial.

El precio es de \$1.000.

Esta
Revista se
imprimió en los
Talleres de Editorial ACOSTA
TELEFONOS: 31 63 44 - 45 14 72
Medellín - Colombia - Suramérica
- 581 -

EL CONTRALOR MUNICIPAL DE MEDELLIN

INFORMA:

QUE EN LA CONTRALORIA AUXILIAR,
2º PISO DEL PALACIO MUNICIPAL, ATEN-
DERA LAS QUEJAS DE LA CIUDADANIA
CON RELACION A LA ADMINISTRACION
MUNICIPAL Y SUS FUNCIONARIOS, LOS
DIAS MARTES Y JUEVES DE 4:00 A 6:00 P.M.

CIUDADANO:

*Cumple con tus deberes cívicos denunciando
las irregularidades de que tengas
conocimiento.*



"La Empresa Cinematográfica
más importante de América Latina"

PANTALONCILLO
INTERNACIONAL



Con su Exclusiva y Revolucionaria Abertura
tipo **CANGURO**®
Comodidad absoluta. Varios colores.

PRECIO:

Unidad suelta	\$ 120.00
Suscripción en Medellín (4 números)	\$ 400.00
Suscripción fuera de Medellín (4 números)	\$ 480.00