

NUEVO FORO PENAL

GRUPOS DE ESTUDIO DE DERECHO PENAL

NODIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

DOCTRINA

La Noción del Delito en el Nuevo Código Penal
Dr. Juan Fernández Carrasquilla

La Estructura del Delito
Dr. Servio Tulio Ruiz

Problemas de Interpretación Jurídica Ejemplificados
(Estatuto de Seguridad Vs. Código Penal)
Dr. Laureano Contreras Vergara

Ambito de Validez Temporal de la Ley Penal
Dr. Juan Fernández Carrasquilla

VARIOS

- 1-. Hilde Kaufmann, Fallecimiento
- 2-. Primer Congreso Latinoamericano de Medicina Legal
- 3-. Comentario de Libros: Medicina Legal, Dr. Eduardo Vargas Alvarado
- 4-. Congreso Internacional sobre Alcoholismo y Farmacodependencia

JURISPRUDENCIA

9

- 1-. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Incompetencia del Jurado para pronunciarse sobre la Ininputabilidad del Procesado. Salvamento de Voto.
- 2-. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
Individualización e Identidad del Sindicado; Dolo y Error de Derecho. Salvamento de Voto.

ENERO



FEBRERO



MARZO

1981

NUEVO FORO PENAL

Grupos de Estudio de Derecho Penal

Nódier Agudelo Betancur

D i r e c t o r

AÑO III — No. 9 — Enero — Febrero — Marzo de 1981

— Licencia en Trámite —

A u x i l i a r e s

Ricardo Hoyos Duque
Luis Miguel Marín Gaviria

Patricia Guarín Duarte
Jaime Posada Orrego
Vidal de J. Restrepo V.

Medellín - Colombia
1981

TABLA DE CONTENIDO:

DOCTRINA

	PAGINA
La Noción del Delito en el Nuevo Código Penal	7
La Estructura del Delito	33
Problemas de Interpretación Jurídica Ejemplificados (Estatuto de Seguridad Vs. Código Penal)	60
Ambito de Validez Temporal de la Ley Penal	84

VARIOS

1-. Hilde Kaufmann, Fallecimiento	108
2-. Primer Congreso Latinoamericano de Medicina Legal	109
3-. Comentario de Libros; Medicina Legal, Dr. Eduardo Vargas Alvarado	110
4-. Congreso Internacional sobre Alcoholismo y Farmacodependencia	110

JURISPRUDENCIA

1-. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	115
Incompetencia del Jurado para pronunciarse sobre la Inimputabilidad del Procesado. Salvamento de Voto.	
2-. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN	128
Individualización e Identidad del Sindicado; Dolo y Error de Derecho. Salvamento de Voto.	

TERCER CONGRESO NACIONAL DE ABOGADOS PENALISTAS

Bucaramanga, Noviembre 8-9-10 y 11 de 1981

TEMAS:

Proceso Acusatorio
Parte Civil
Jurado de Conciencia

ORGANIZA:

Colegio de Abogados Penalistas de Santander

INFORMES:

Carrera 13 No. 35-16 Of. 305 Tel. 26056,
Bucaramanga

Dr. Rodolfo Mantilla Jácome
Presidente del Colegio

LA NOCION DEL DELITO EN EL (1) CODIGO PENAL DE 1980

Dr. Juan Fernández Carrasquilla

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

A pesar de que, desde hace unos diez años, he venido trajinando con la teoría técnico-jurídica o dogmática del delito, no sé por qué de pronto, al leer este código, tuve la impresión de recordar la frase con que un político de turno enterró el proyecto de 1974: "Colombia sufre el mal de estar siempre a la penúltima moda del derecho penal". Me temo eso, por la historia legislativa penal del país, ya que cuando en 1936 se aprobó el código positivista, hacía ya al menos seis años había sido derrotado legislativamente el positivismo en Italia, de donde nosotros lo tomamos, y estaba en franca bancarrota en toda Europa. Y ahora, cuando nos decidimos a aprobar un código técnico-jurídico, hace ya al menos diez años que los pensadores europeos están temiendo que se desmorone el edificio técnico-jurídico del delito, que lo entiende como acción típica, antijurídica y culpable.

La amenaza de la crisis proviene desde luego de las más recientes orientaciones de la política criminal, una especie de renacimiento de las escuelas sociológicas y criminológicas, pero no al estilo ferriano, ni lombrosiano, porque presupone ya el desarrollo de la dogmática jurídico-penal. La crisis, digo, se avecina desde el lado del concepto de culpabilidad.

1. Conferencia dictada por el doctor JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, dentro del curso sobre el nuevo Código Penal que patrocinó el "Colegio de Abogados de Medellín", a comienzos de 1980. Versión estenográfica a cargo del "Colegio", revisada y corregida por el autor.

Como ustedes bien lo saben, la culpabilidad presupone, nada más ni nada menos que el concepto de la libertad de la voluntad y parece que las ciencias empíricas del hombre no están completamente conformes con este postulado. En efecto, la ciencia empírica, tal como hasta ahora el hombre la ha podido pensar, sólo puede desarrollarse sobre el principio de causalidad, mientras que la libertad es indeterminista, no causal.

Si la culpabilidad presupone la libertad del hombre, el juicio de culpabilidad en el proceso penal estaría condicionado por la prueba de que el hombre actuó con libertad en el caso concreto, y esto, a los autores modernos, les parece poco menos que imposible.

"Las ciencias del comportamiento, escribe **Córdoba Roda** en su más reciente obra sobre **"Culpabilidad y pena"** (1), no permiten sentar la afirmación de que al sujeto le fue posible evitar la comisión del delito, por la razón de que dar constancia de la libertad de actuación de un individuo en una situación concreta, rebasa los límites de lo científicamente posible". **Gimbernat Ordeig**, uno de los juristas de más alta talla internacional en el pensamiento jurídico español de este momento, dice: "Aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito" (2); es decir, aunque admitamos que está probado a cualquier nivel que el hombre es un ser libre, no estamos en capacidad científica, menos que nada en el proceso penal, de acreditar que el hombre cometió el delito con o sin libertad.

Gimbernat se hace precisamente esta pregunta en un artículo de lo más dramático que he leído en los últimos tiempos, que se llama **"Tiene un futuro la dogmática jurídico Penal?"**, y su respuesta es negativa, si se sostiene el concepto de culpabilidad basado en el libre arbitrio.

El sorites de **Gimbernat** es el siguiente: la dogmática penal presupone el derecho penal. El derecho penal presupone la pena. La pena presupone la culpabilidad. La culpabilidad presupone la libertad y la libertad no se puede probar.

La posibilidad de solución, para él, está en el reemplazo del concepto de culpabilidad por un hasta ahora vaguísimo concepto de conveniencia político-criminal de la sanción. Quizás la solución hacia el futuro esté mejor por el punto en que la insinúa **Baigún**: no suponer que la culpabilidad está basada en la libertad y exige la constatación de la libertad por el juez, sino que consiste plenamente

1. Bosch, Barcelona, 1977, pág. 24.

2. Estudios de derecho penal, ed. Civitas, 1a. ed. 1976, pág. 61.

en la comparación de los valores individuales de la conducta delictiva con los valores sociales protegidos por la ley.

Si las valoraciones en las que se inspiró la conducta, no coinciden con los valores sociales que protege el ordenamiento jurídico penal, entonces el juez pronunciará el juicio de reproche, no importa que el sujeto sea o no libre. El título a que lo pronuncie, ya lo discutirán indefinidamente los autores, si es un castigo o una prevención (3).

* * *

I. Confiando, en fin, en que la dogmática pueda superar esta encrucijada, nos encontramos de lleno frente a un código absolutamente moderno que en el **Art. 2** define el delito, de acuerdo con toda la tradición dogmática alemana y técnico-jurídica italiana, como **acción típica, antijurídica y culpable**.

Cuando el código hace esto, se está remontando evidentemente a una tradición que lleva en Europa más de medio siglo, y esto es mucho decir, porque es más o menos el tiempo que las teorías penales han logrado vivir históricamente. El apogeo de la escuela clásica no duró más de cincuenta años, ni duró más de cincuenta años el apogeo de la escuela positiva. Quizás, con la crisis que se avecina, ésta tampoco dure más y, por eso, mi temor inicial de que hayamos adoptado una vez más la penúltima moda.

No nos queda de todas maneras otra alternativa, ni el derecho penal contemporáneo contempla otra, porque las críticas que se formulan desde el campo de la política criminal, no han logrado todavía sustituir los conceptos básicos; es decir, no han podido construir proposiciones que reemplacen la estructura actual del delito, que viene desde **Beling** y **Binding**.

Esta estructura parecería que es unánime y en realidad existe en torno a ella unanimidad en varios puntos. Muy brevemente yo quisiera enunciar como punto de partida del análisis técnico de este código, los puntos en que hay y los puntos en que no hay unanimidad doctrinal.

Podríamos decir que, con la ligera salvedad de algunas pesadillas afortunadamente superadas por la historia, hay unanimidad en los autores, en la **orientación liberal** del análisis científico del delito. La orientación liberal exige, como mínimo, la adopción del método analítico, es decir, de considerar el delito constituido por elementos que se pueden separar conceptual y metodológicamente, todo en función de las garantías de seguridad y de libertad del individuo. Esta dirección analítica exige distinguir, al menos, pero lo más nítidamente posible, entre injusto y culpabilidad penales. El

3. Baigún, David, "Culpabilidad y alienación", en **Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía de derecho**, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 123 y Sgtes.

método técnico jurídico, consiste en tomar como "dogma" las disposiciones de la ley y en esclarecer con base en ellas los principios que rigen las disposiciones y los valores en que se inspiran; la dogmática jurídico-penal tiene una eminente función de seguridad. "Debe averiguar, dice Gimbernat, qué es lo que dice el derecho. La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena y la absolución" (4), hasta el punto de que sin dogmática la condena y la absolución son una lotería.

Nuestra experiencia judicial nos señala todos los días, la necesidad del desarrollo de una dogmática jurídico-penal en el país, porque todos los días, en el solo reparto, los sindicatos se están jugando una lotería, y a veces grande. Para no señalar sino un solo ejemplo sencillo, pensemos en el problema de la "dosis personal" de estupefacientes, que se está decidiendo caso por caso, por cada juez, por cada sala de decisión, deshilvanadamente, al azar, adivinatoriamente, por pura intuición de justicia, con base en rústicos e incongruentes dictámenes médico legales, que caprichosamente fijan la dosis en un gramo o en dos, o en cinco o en diez, dependiendo a veces la cantidad que fijen de la presión social que exista en pro o en contra de la decisión.

Para que la administración de justicia no sea un caos de injusticias, de ese tamaño, es necesario construir una teoría que permita por lo menos argumentar en pro o en contra, que permita solucionar todos los casos semejantes de una manera semejante, y en este sentido, agrega Gimbernat que es mucho mejor para el derecho penal una teoría errónea, que la falta de toda teoría, porque con teoría errónea puede haber seguridad jurídica y sin teoría no la hay en absoluto.

En tercer lugar, existe unanimidad doctrinal en la concepción del delito, definido como una **acción típica antijurídica y culpable**. También en considerar que esos elementos se aunan en lo que se llama una **estructura estratificada** o escalonada. Que se trate de una estructura, significa que las partes existen en función del todo y no a la inversa, y que es posible reconstruir el todo a partir de cualquiera de sus partes. Por tanto, sería perfectamente posible y metódicamente lícito, comenzar la exposición de una teoría del delito por la culpabilidad y terminarla por la acción, porque en

4. Ob. cit. págs. 78-79.

virtud de las mutuas relaciones que implica la estructura, no hay ninguna posibilidad de que se formen equívocos formales.

La estructura estratificada, sin embargo, supone que los elementos del delito se enuncien en un orden ascendente de implicación sucesiva. Cuando el código, y ahí para la libertad del intérprete, escoge el sentido de una determinada estructura, ascendente como en el código nuestro; cuando el código habla en su orden siempre de acción típica, antijurídica y culpable, está asumiendo el sentido de una estructura que viene con la más respetable tradición científica, la tradición según la cual, cada uno de los elementos superiores implica los anteriores, pero no a la inversa, es decir, la tipicidad no contiene nada de lo que se llama antijuricidad o culpabilidad. La antijuricidad versa sobre la tipicidad, sobre el hecho típico, y la culpabilidad sobre el hecho típico y antijurídico.

De manera que si se define el delito como culpabilidad o como acción culpable, dado que la culpabilidad implica necesariamente el tipo de injusto (la tipicidad y la antijuricidad), porque no hay, jurídico penalmente hablando, culpabilidad de ninguna otra cosa, se está procediendo de una forma totalmente congruente.

Existe también unanimidad, en concebir que el delito no es una conjugación de elementos objetivos y subjetivos, estructura completamente deshechada, sino que es una unidad **objetivo-subjetiva**, sometida a un **doble juicio de valor legal**. En primer lugar, un **juicio de valor sobre el acto**, y, en segundo lugar, un **juicio de valor sobre el autor**. El juicio de valor sobre el acto conduce a determinar si la conducta es o no antijurídica, y el juicio de valor sobre el autor a determinar si éste obró o no en forma reprochable, o, como suele decirse, culpable.

En este proceso, que concibe el delito como un doble juicio de valor, se exige, desde Dohna, la diferenciación, en el juicio de valor, entre la valoración misma y aquello que se valora, es decir, **objeto de la valoración y la valoración del objeto**. Cuando yo digo, la casa de Pedro es bonita, estoy emitiendo un juicio de valor sobre la casa de Pedro y ese juicio supone dos cosas: la valoración que yo hago, que es el juicio de valor, y el objeto a que se refiere, que es la casa de Pedro. En la teoría del delito, el juicio de valor, repito, es doble: antijuricidad y culpabilidad, y el objeto de valoración es la conducta típica, la conducta típica en la plenitud de sus elementos objetivos y subjetivos, y no como arrancó este principio en Dohna, de que la valoración del tipo objetivo conducía a la antijuricidad y la del tipo subjetivo a la culpabilidad (5).

Las dos, antijuricidad y culpabilidad, se basan en los elementos objetivos y subjetivos de la conducta; no se puede decir que una

5. Graf Zu Dohna, Alejandro. *La estructura de la teoría del delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, págs. 14-35 y 40 y Sgtes.

conducta es antijurídica o no, prescindiendo de sus elementos subjetivos; tampoco podemos saber si un autor es culpable o no, prescindiendo de la intención con que obró.

La diferencia entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, desde ese punto de vista, no es demasiado nítida; piensen ustedes, como dice algún autor, en que el caso fortuito significa que la acción no está prohibida. En efecto, la ley no prohíbe matar en circunstancias de caso fortuito, ello no es ilícito, luego la acción que se realice en caso fortuito no es típica, porque no está prohibida por la ley.

Finalmente, en cuanto a las unanimidades, apenas enunciándolas, existe un cierto acuerdo en entender que los elementos del delito funcionan unos como **indicios** de los otros. Pero no de cualquier manera. La realización del tipo funciona como **indicio de la antijuricidad** de la conducta, si se trata de un tipo cerrado, en virtud de que el legislador sólo prohíbe conductas antijurídicas, solo conmina con pena o solo define como delitos las conductas antijurídicas, no las conductas buenas, no las conductas lícitas. Luego, el que realice la conducta típica, en principio ha realizado una conducta antijurídica, se supone que ha realizado una conducta antijurídica. Excepcionalmente, puede que no haya sido así, si se concurre una **causa de justificación**, la cual desvirtúa el indicio.

Las relaciones entre tipicidad y antijuricidad en el panorama actual, y superada la teoría de la **ratio eesendi**, se definen como regla-excepción, de **ratio cognoscendi**: la tipicidad es solamente un **indicio** de la antijuricidad, desvirtuable a través de las **causas de justificación** o tipos permisivos de la conducta típica.

Si realizada la conducta típica, se presume la antijuricidad, el juez no tiene que hacer un particular esfuerzo para demostrar la antijuricidad, que teóricamente, así, es uno de los elementos más difíciles y prácticamente uno de los más fáciles de la teoría del delito. El juez no tiene ninguna dificultad en la mayoría de los casos con la teoría de la antijuricidad, porque la antijuricidad del hecho está probada con solo que el hecho sea típico, y en el aspecto negativo, que no concorra una causa de justificación, que normalmente no concurre.

Realizando ese hecho típico y antijurídico, que se puede denominar abreviadamente **tipo de injusto o injusto típico**, pero de ninguna manera "antijuricidad tipificada", se presume, supone o "indica" que el autor es culpable. Por qué? Porque lo normal es que los hombres sepan lo que hacen y lo que quieren. También saber o conocer lo que se hace y querer hacerlo, es el fundamento de la culpabilidad o de la reprochabilidad y, por tanto, realizado el tipo de injusto, se puede perfectamente suponer, que el autor es culpable, salvo, viene el aspecto negativo, que concorra una **causa de inculpabilidad**.

Esta teoría de los indicios está hecha para facilitar, como toda dogmática jurídico-penal, la tarea administradora de justicia. La teoría del delito no es una especulación metafísica; está para servir a la labor de los jueces, para facilitarla, racionalizarla y hacer previsible y seguras esas decisiones, y hacerlas coherentes, además.

Decía que realizado el tipo de injusto, éste opera como **indicio de culpabilidad o reprochabilidad**. Y subsigue, salvo una causa de inculpabilidad, la pena. Pero allí hemos presupuesto la imputabilidad, es decir, hemos referido la actuación a un sujeto imputable. Sin embargo, como todo código moderno, éste no se limita a regular las medidas aplicables a los imputables, sino que también se refiere a las que pueden aplicarse a los inimputables, por parte del juez penal.

Y allí también, probada la inimputabilidad, y el tipo de injusto, se presume, ya no la reprochabilidad, que conduce a la pena, sino la **peligrosidad**, que conduce a la medida de seguridad. Justo es reconocer que esta última parte, de que el tipo de injusto funciona como indicio de reprochabilidad en los imputables o de peligrosidad en los inimputables, no es unánime. Y como todos los días se aprenden cosas nuevas, ahora resulta que dizque las medidas de seguridad en este código, no se basan en la peligrosidad. Entonces, yo creo que nunca vamos a saber en qué se basan. Todo lo que nos había enseñado la teoría del delito, desenvuelta técnico-jurídicamente y desenvuelta al otro modo, es decir, al modo positivista, era que las medidas de seguridad representaba un correctivo de la peligrosidad ⁽⁶⁾.

Ahora sucede que la palabra peligrosidad, por arte de birlibir-loque, se borró de este código, llevando la reacción antipositivista mucho más allá de donde había que llevarla. La peligrosidad había que sacarla solamente de la teoría de las penas, pero de la teoría de las medidas de seguridad no se podía sacar, porque entonces las medidas de seguridad se quedan sin objeto y fundamento.

Ha dicho el profesor **Estrada Vélez**, más de una vez, que el objetivo de las medidas de seguridad es la curación de los enfermos. Qué bueno que el Estado, a través de sus jueces, vaya a practicar obras de caridad, porque tenemos entendido que el código exige, para que los jueces entren a curar enfermos, que éstos cometan un **delito**. Y la medida de seguridad, el tratamiento curativo, de carácter **coercitivo**, se impone para "innocuizar" al sujeto, para que no pueda producir nuevos males a la sociedad mientras se restablece, como dice el código, su "normalidad psíquica", si acaso se puede restablecer.

6. Cfr. Cuello Calón, Eugenio, "La moderna penología", Bosch, Barcelona, 1974, caps. IV y V; Beristain, Antonio, "Medidas penales en el derecho penal contemporáneo" Reus, Madrid. 1974, págs. 82 a 89.

Las discrepancias comienzan, más allá de todo esto. Es decir, sólo hay acuerdo general en la orientación liberal o garantista, en el método analítico, en la enunciación de los elementos, en la concepción estructural y en la estratificación, en la doble valoración y más o menos podríamos hablar de un acuerdo un poco tácito en la función indiciaria de la tipicidad para la antijuricidad, y del tipo de injusto para la reprochabilidad o la peligrosidad, según lo ejecute un imputable o un inimputable.

Las discrepancias se refieren al contenido de cada uno de los elementos (acción, tipicidad, antijuricidad y reprochabilidad); la ubicación sistemática de cada uno de esos elementos, sus relaciones de implicación y su influencia en el desenlace de la sanción penal o medida de seguridad.

* * *

II. Que el delito es acción, es uno de los más claros postulados de este código. Así lo dice expresamente el Art. 19, digo mal, así lo dicen expresamente casi todos los artículos; por donde uno lea, habla de conducta, de acción, de omisión, de hecho. Tiene esto realmente alguna importancia? Por qué no definir el delito como una antijuricidad típicamente antijurídica, y no como acción? En ello está implicado el primero de los puntos acerca de los cuales hay acuerdo: la orientación liberal de los estatutos penales y de la ciencia respectiva. Ello, porque no definir el delito como acción implica, cuando esa definición no ocurre a nivel legal o a nivel doctrinal, que entonces los recursos propios del derecho penal, sobre todo las penas, se pueden dirigir no solamente contra los actos del hombre, sino también contra su modo de ser, contra su carácter, contra su pensamiento, contra su género de vida.

Así sucedía en el derecho penal positivista, que no sé por qué en Colombia nos hizo olvidar incluso la Constitución Nacional, siendo clara, clarísima la Constitución del 86, al hablar, en el Art. 26, del "acto" que se imputa, y en el Art. 28 exigir que la ley incriminadora determine el "hecho" y la pena. Al hablar únicamente la constitución de acto y de hecho está implícitamente prohibiendo las sanciones penales, todo tipo de sanciones penales, para cosas distintas de la actuación humana; no las permite, pues, ni para el carácter, ni para esas otras cosas que enunciamos, luego eran inconstitucionales todas aquellas decisiones que le hicieron tomar a la justicia colombiana, con el Decreto 14/55 y con el decreto 1699/64, en muchos aspectos, sobre "conductas antisociales" y "estados de especial peligrosidad".

Y de pronto, me temo, que con esa orientación todavía quedan algunas inconstitucionalidades en este código, a pesar del gran avance que representa, en esta orientación, la supresión de institutos como la reincidencia, el delito imposible y el delito aberrante, sobre todo el primero de los mencionados.

Pero todavía quedan ciertos sabores dudosos cuando se menciona la "personalidad" del agente como criterio dosimétrico de la pena. Si la pena está dirigida, constitucional y legalmente, a castigar el acto, y la pena depende de la importancia del bien jurídico atacado con ese acto y de la culpabilidad del autor con respecto a él, nada tiene que ver la personalidad del agente. Quién dijo que un homicidio realizado por una buena persona, es menos grave que un homicidio realizado por una mala persona? Los dos hechos son igualmente graves. Yo no veo por qué a la mala persona le aumenten la pena, a no ser que no se mencione solamente por el homicidio, sino a la vez por el homicidio y por ser mala persona. Entonces ya, en esta última parte, no se está sancionando el acto sino el carácter, el hábito u otras cosas similares.

No escapa a ustedes la ardua polémica existente en torno al concepto de acción: si se trata de un proceso de causación o de un proceso de finalidad. Fue tanta la polémica, que los dos extremos terminaron por ponerse de acuerdo. Hoy, esa polémica es totalmente secundaria. Hoy se sabe que nadie realmente sostuvo un concepto meramente causal de acción, que la acción siempre ha sido pensada en términos finales, y también se sabe que el concepto finalista de acción no es ni mucho menos ineludible en el derecho penal. Es decir: la acción se puede pensar, como estructura, con cualquiera de sus dos categorías, la causalidad o la finalidad. Y si se asume el método de las escuelas tradicionales, de las llamadas escuelas causalistas, de estudiar en la acción y en el tipo el problema causal y en la culpabilidad el problema final, se llega finalmente al mismo resultado que si se asume el camino contrario, empezando por la finalidad, como en la escuela finalista, y terminando con la causalidad.

Con la ventaja, para la escuela tradicional, de que no se olvidaba ninguna de las dos categorías: la acción, a nivel de la teoría de la acción era causal y a nivel de la culpabilidad era absolutamente final. La separación sólo era **metódica (Mezger)**.

Mas para el finalismo, sí que ocurrieron cosas con la emoción que suscitó la novedad de **Welzel**. Se les olvidó la categoría causal de la acción, se les olvidó incluso el punto de partida de filosofar welzeliano. A **Welzel** también se le olvidó un poco la definición de **Hartmann** de la finalidad como supra-determinación de la causalidad. Quien dice finalidad, está implicando la causalidad; la relación de medio a fin, es una relación que se llama teleológica, pero, como dice **Bettioli**, es evidentemente una relación técnica de causalidad. No hay ninguna otra forma de poner en juego los medios y los fines, sino a través de las leyes de la causalidad y de los procesos causales. Quien desconociese la importancia de los procesos de causación, no podría nunca construir un nexo teleológico en la conducta humana.

El Art. 19 dice: "El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión". De acuerdo con la doctrina filosófica y técnica, teniendo en cuenta también las conclusiones a que llega el debate después del enfrentamiento de causalismo y finalismo, habría que decir que entre los elementos de la acción figuran, en primer lugar, la **voluntad final**, y decir voluntad final es medio chocante, porque no hay ninguna otra clase de voluntad. La voluntad es siempre voluntad de fines, como la conciencia es conciencia de un objeto. No hay absolutamente ninguna otra forma de voluntad. Y la **manifestación de la voluntad**.

Ahora, si además de eso incluimos en la acción el resultado y el **nexo causal**, como creo que se deben incluir, no es porque se tome partido en favor del causalismo o del finalismo, sino porque, lo que está en debate frente a un código penal, no es la estructura ontológica de la acción humana, sino la naturaleza de **aquellas acciones que el derecho penal toma en cuenta** para conminarlas con una pena.

No es toda acción humana la que le interesa al derecho penal. ¿El derecho penal qué tiene que ver con las acciones de la vida privada, o qué tiene que ver con los llamados actos del fuero interno, que según la psicología son actos, son acciones evidentemente? El derecho penal no tiene nada que ver con eso. La definición de acción que adopte la dogmática penal tiene que ser lo suficientemente comprensiva para abarcar todos los delitos y las contravenciones previstos por cada ordenamiento jurídico nacional. Pero nada más. No se necesita construir una teoría ontológica de la acción; por lo tanto, me parece correcta la metología, seguida en Colombia por **Reyes**, de estudiar la acción como elemento de la tipicidad y no como un problema pretípico.

Al lado de la voluntad final, se requiere la manifestación o exteriorización **idónea** de esa voluntad. Idónea, recuerden que es una exigencia nueva de este código que suprimió la tentativa imposible, el delito imposible; por lo tanto, ya las manifestaciones de voluntad **inidóneas**, que son acciones indiscutiblemente, no tienen ningún interés para el derecho penal dentro de este código, ni tienen por qué influir en el concepto de acción. Ya en adelante, cuando hablemos de manifestación de voluntad, sabremos que la exterioridad comporta la idoneidad. Esto no era así en el código de 1936, porque frente al Art. 18 las acciones inidóneas de voluntad también eran acciones punibles.

De manera que la dogmática penal no puede olvidar los resultados de la ciencia y de la filosofía, pero tampoco se puede poner de espaldas al derecho. Porque no se trata de hacer filosofía y ciencia, sino filosofía y ciencias aplicadas a un código penal determinado.

Uno de los más arduos problemas que se irá vislumbrando como la espina dorsal de la responsabilidad, es el de determinar la **capacidad de acción** en el derecho penal. ¿Quién es capaz de acción?

Si entendemos por acción la manifestación de una voluntad idónea, relevante, etc., pura y simple manifestación de voluntad, es evidente que capacidad de acción sólo la poseen aquellos que tienen voluntad. Aquellos que además de poseer voluntad, sean capaces de exteriorizar y de manifestar con voluntad, de hacerla llegar al mundo exterior; y al mundo exterior llega por medio de un proceso causal, dirigido teleológicamente por la propia voluntad, **nexo teleológico** que presupone el **nexo causal** y trata de pasarlo de lo virtual a lo real.

Cuando se habla de capacidad de acción, se vuelve a plantear exactamente el mismo problema: capacidad de acción en general y capacidad de acción jurídico-penal. Si se habla de capacidad de acción en sentido general, y no lo dice un penalista, lo dice **Kelsen**, el problema no es jurídico, el problema es ontológico, el problema es filosófico; decir cuándo le podemos imputar un acto a un autor determinado, o, mejor dicho, cuándo podemos llamar a un sujeto autor de un acto determinado. La **relación acto-autor**, no depende del derecho⁽⁷⁾. En el derecho penal colombiano, por ejemplo, los menores de doce años no están sometidos a ninguna sanción, a ningún recurso o remedio penal, ni penas, ni medidas de seguridad. Eso significará que el homicidio cometido por un menor de doce años no sea cometido por él? No puede llegar tan lejos el planteamiento dogmático. El legislador no puede desconocer la realidad y mucho menos la puede desconocer el intérprete.

Los italianos acostumbran aludir a esta capacidad de acción, con el nombre de **suitá**, que **Jiménez de Asúa** traduce como **suyedad**, la calidad de que el acto sea propio, suyo de una persona, que existe cuando el acto no es debido a insuperables fuerzas extrañas, sino a la propia determinación de la persona. Y en la doctrina general ha recibido las más variadas denominaciones, que a veces infunden equívoco. De **referibilidad psíquica**, habla la doctrina italiana y algún autor colombiano; de **nexo psíquico**, quiere hablar la doctrina tradicional germánica; de **causación psíquica**, alguna de sus variantes, la de **Liszt Zaffaroni**, uno de los más destacados penalistas latinoamericanos de este momento, se ha inventado el término de **voluntabilidad**; volunable es el que posee una voluntad apta para trascender al mundo exterior; ese es capaz de acción en el sentido del derecho penal.

Quién sabe si la acción en el derecho penal no tenga un principio de calificación. Porque si la relevancia es un criterio de selec-

7. **Kelsen**, Hans, "Teoría general del Derecho y del Estado", Unam, México, 1969, Pág. 108.

ción, si sólo importan las acciones que el derecho penal escoge como punibles, entonces la capacidad de acción jurídico penal no se puede definir como simple nexo psíquico, como capacidad de realizar cualquier acción, sino como una capacidad de realizar una acción prohibida, una acción conminada con pena, una acción definida como delito, una acción legalmente descrita como punible.

Me temo que la solución correcta es la última, que el concepto de capacidad de acción, por tanto, reza, más que con el puro nexo psíquico, con lo que Maurach llama atributibilidad. Se trata de saber cuándo, según el derecho, un acto ilícito, un acto típico, es atribuible a la voluntad de una persona, de tal manera que esa persona pueda ser considerada como autora de ese acto.

Estamos todavía en la relación autor-acto, primer sentido de de la imputabilidad, según Kelsen. La imputabilidad tiene una doble acepción. Carrara nos lo enseñaba, no necesitamos acudir a Kelsen: imputación física e imputación civil. La imputación física es la pertenencia psicofísica del acto al autor. Y la imputación civil, moral o política, es un poco diferente e implica muchísimo más, y depende de qué orientación uno asuma para decir qué exige.

Ahora, si la acción que le interesa al derecho penal es una acción ya valorada y al derecho penal sólo le interesan las acciones típicas, se nos presenta un problema sumamente espinoso con los derechos penales que comprenden, como éste, las acciones de los inimputables. He aquí que se nos dice que el inimputable es el que no puede comprender la ilicitud de su actuación, o comprendiéndola no puede dirigirla. Entonces, el inimputable puede o no puede realizar una acción, en el sentido del derecho penal, es decir, una acción típica?

Claro que sí puede. El contexto del código lo determina y lo determina la existencia inexorable de las medidas de seguridad a ellos aplicables. ¿Qué hay que hacer entonces? Los legisladores también se equivocan. Hay que pensar la imputabilidad en términos un poco diferentes, pues no es posible aceptar que el inimputable, en cuanto autor de una conducta, sea una persona que carece por completo de voluntad, porque si carece de voluntad no es capaz de acción y si no es capaz de acción jamás podrá estar en los linderos del derecho penal.

Si ello es así, y si además al inimputable se le imponen medidas de seguridad en el derecho penal, medidas de seguridad que son probablemente jurisdiccionales y no administrativas, tenemos que cambiar un poco el concepto de imputabilidad, en este segundo sentido: ya no es la relación acto-autor, sino la relación autor-sanción. Ya no determina el derecho cuándo un acto le pertenece como suyo a una persona determinada, como expresión de su propia personalidad o de su propia decisión de voluntad, sino cuándo, el que ha realizado ese acto, el autor, puede ser sometido a una sanción penal.

Las dos cosas no son iguales, porque el código no somete a sanción penal a todos los autores. Nosotros sabemos que los menores de doce años no están sometidos a ninguna reacción penal. Están por fuera del derecho penal y ese decreto 1818 de 1964, norma especial, ha sido dejado vigente, porque uno de los artículos finales del código dispone expresamente que quedan vigentes las disposiciones penales contenidas en leyes especiales, en cuanto no sean contrarias a lo dispuesto en él, y ese no se opone a nada. C. P. artículo 376).

Entonces, tenemos que decir que el inimputable no solamente es capaz de acción, en cuanto a él se puede atribuir o imputar una acción determinada, sino también en el sentido de que se le puede atribuir una sanción. Es decir, no solamente puede realizar un acto cualquiera, como es absolutamente evidente en la vida cotidiana, sino que puede realizar actos típicamente antijurídicos y "culpables", o sean "hechos punibles", ya que no hay ninguna otra forma de estar sometido a una reacción penal, sino cometiendo lo que llama el Art. 2 un "hecho punible". Mucho decir que la imputabilidad requiere de esos tres elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad? Pero es el mismo código el que lo dice en su Art. 2, y si queremos una norma más clara, tenemos el Art. 33, sobre las medidas de seguridad: "Los inimputables que realicen un hecho punible serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este código".

No podemos nosotros definir la expresión "hecho punible" de una manera diferente a como la ha definido el legislador. ¿Cómo se encuentra la solución? Es muy sencillo. Hay que escalonar la culpabilidad y hay que escalonar también su antesala, la imputabilidad. A nadie escapa la evidencia de que la culpabilidad admite grados, eso no es ninguna novedad. Por lo tanto, es perfectamente lícito hablar de una culpabilidad plena para los imputables y de una culpabilidad incompleta, semiplena o deficitaria para los inimputables. La diferencia no está en que el imputable sea capaz de comprender la ilicitud y el otro no lo sea, así en esos términos tan simples, sino en la relevancia de la conciencia de la antijuricidad.

Si el inimputable no tiene la menor posibilidad psicológica de comprender la ilicitud de un acto, no puede realizar actos ilícitos, porque no habrá ningún elemento psicológico que abone la ilicitud del acto. Para que exista la posibilidad de realizar un acto ilícito, es necesario que la persona pueda manifestar su voluntad, que tenga la capacidad positiva para realizar ese acto definido como ilícito.

Parece que en el código, según el doctor Estrada Vélez, imputable significa responsable (en potencia). Así por lo menos parece desprenderse de algunas disposiciones. Pero cuando el código alude a este sentido, está empleando la expresión imputabilidad en la primera acepción: atribución del acto al autor. Sólo en el segundo sentido, imputación de la sanción al autor del acto, lo emplea para diferenciar las penas de las medidas de seguridad.

La diferencia, pues, entre imputables e inimputables, que a nivel ontológico es de grado (y si no fuera de grado sería de esencia y si fuera de esencia tendríamos que concluir que los inimputables no son seres humanos, porque su esencia sería distinta de la nuestra), estriba en que, cuando se trata de penas, exige el código que el sujeto tenga la plena capacidad de esa advertencia y cuando se trata de medidas de seguridad se contesta con una deficiente capacidad de comprensión.

Esto nos indica que la imputabilidad no es, en este articulado, presupuesto de la culpabilidad, sino de la pena.

En efecto, culpable puede ser cualquiera, puede serlo un imputable o un inimputable. Pero sometido a pena, **reprochado con pena** sólo el primero. Es que el reproche jurídico-penal no es un juicio de indignación, no consiste en que el juez se enoje y manifieste su personal repudio ético-social de la conducta. El reproche consiste en que el juez cuantifica la pena, imputa una pena y la dosifica. No tiene ninguna importancia que al juez le guste o no le guste hacerlo, que le guste o que no le guste el acto de que se trata, que se enoje o que no se enoje. Es muy distinto el reproche moral, que supone indignación; el reproche jurídico se puede hacer perfectamente aunque a uno no lo indigne el acto, y el juez lo tiene que hacer aunque precisamente le suceda todo lo contrario; si cumple con su función, tiene que reprochar también los actos que a él como juez no lo indignen, porque no está aplicando su criterio sino el de la ley.

Y culpable también puede ser, y lo vamos a demostrar mucho mejor luego, el inimputable. Si ambos pueden ser culpables, la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad, sino de la pena, como ya dijimos.

Pero, si sólo los imputables pueden ser penados, entonces para ellos sí es un presupuesto la imputabilidad, naturalmente. ¿De qué es presupuesto la imputabilidad? De aquella consecuencia que sólo en su presencia se puede deducir. La única es la pena, porque la culpabilidad se puede deducir sin aquella. Las medidas de seguridad se basan también en la culpabilidad, naturalmente, porque, si no se basaran en la culpabilidad se tendrían que basar en la responsabilidad objetiva. No hay término medio, no hay absolutamente ninguna posibilidad de transición: la responsabilidad es subjetiva, y responsabilidad subjetiva significa exactamente lo mismo que culpabilidad. No queda más alternativa que admitir la culpabilidad de los inimputables, ya que su responsabilidad, o es objetiva o es subjetiva. Y como está **proscrita** por el art. 5, con toda razón, **toda forma de responsabilidad objetiva** en este código (y se eliminaron las formas más abruptas que había de responsabilidad objetiva, que nos mencionaba ayer el Dr. Londoño: las referentes a las contravenciones, a los delitos calificados por el resultado, a los llamados de-

litos preterintencionales, al delito aberrante, etc.), como se eliminaron esas formas y se proclama airoosamente que **queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva**, esto no se puede obviar con la manifestación resignada que hacia el profesor Estrada Vélez hace algunos días en Cali, "de que a pesar de esta declaración no pudimos erradicar la responsabilidad objetiva".

¿Cómo que no pudimos? Pudieron porque lo dijeron, y la ley rige a pesar de la creencia de los que la expidieron. Es que lo que va a regir las relaciones del derecho penal, no es ni la voluntad ni la creencia de los que redactaron el código, sino lo que las normas mismas significan. Frente a esa norma expresa del Art. 5, no es posible que el juez penal deduzca una responsabilidad objetiva en este código; si algún caso quedare, habría que absolver. Porque la prohibición de la responsabilidad objetiva está incluida en los principios rectores y si eso significa alguna cosa, y yo creo que sí, significa que esas normas tienen prioridad o prelación sobre las restantes normas del código.

Queda prohibida, eso significa "principio rector", toda interpretación contraria a los principios rectores. Porque entonces, si hubiera una interpretación contraria, los principios rectores no estarían rigiéndola, a pesar de que ellos no han hecho excepción o restricción.

A veces los problemas terminológicos son muy difíciles y a veces las discrepancias son más de terminología que de realidad. También dice la "Relación Explicativa" del Código, que los inimputables no son responsables. Esto sí que es difícil de entender. Y si resulta difícil de entender, para mí resulta imposible de querer. La responsabilidad, por lo que teníamos entendido hasta ahora, es la situación legal de aquella persona que está abocada, según la ley, a las consecuencias jurídicas de su acto. Responsable tenemos que llamar al que, según la ley, tiene que afrontar las consecuencias jurídicas de su hecho, y llamamos **irresponsable** a aquel a quien la ley no le imputa las consecuencias jurídicas de su acción. Pregunto: le imputa este código responsabilidad, le imputa las consecuencias de sus actos este código a los imputables? Claro, las penas. Le imputa este código las consecuencias jurídicas de sus actos a los inimputables? Naturalmente, las medidas de seguridad. Decir que las medidas de seguridad son un recurso administrativo, no resuelve el problema. Porque los recursos administrativos, aunque sean dispensados por el juez penal, también son recursos jurídicos y representan sanciones jurídicas para los responsables.

Claro que la mejor manera de eliminar la responsabilidad objetiva de los inimputables, es eliminar la responsabilidad penal de los inimputables. Pero como eso no fue lo que hizo el código y como está prohibida la responsabilidad objetiva, no queda otra salida que admitir la responsabilidad **subjetiva** de los inimputables.

Responsabilidad subjetiva y culpabilidad son exactamente lo mismo: responsabilidad subjetiva o por la culpabilidad, es un concepto que resiste los dos tipos de responsabilidad: por los hechos del autor imputable y reprochable, y por los del que no es imputable.

Ahora, yo comprendo que a nuestra tradición doctrinal esta teoría le resulta un poco extraña, por aquellos misteriosos procesos del olvido, porque no es más que un olvido, (pues vamos a probar ahora que ella está en el origen del código del 36). Y resulta un poco extraño para nosotros hablar de la culpabilidad de los inimputables, porque estamos enseñados a pensar en que los inimputables no son culpables. Este prejuicio viene de la doctrina tradicional alemana, que define la imputabilidad como **capacidad de culpabilidad**. Como esta definición no puede prescindir de las exigencias del derecho positivo, quizá entre nosotros la imputabilidad no se pueda definir de la misma manera; entre nosotros parece que la imputabilidad no es capacidad jurídica de culpabilidad, sino **capacidad jurídica de pena, esto es, de reproche**.

Así, por lo demás, lo enseñaba el profesor Estrada, cuando escribió su "**Manual de Derecho Penal**" en 1971. Pero la existencia del problema nos indica que la expresión "culpabilidad", como antes insinuábamos, se puede tomar por lo menos en dos sentidos también. Por eso decía que en estas cosas hay que ir muy despacio sobre los aspectos terminológicos.

No podemos asumir un tono de airada indignación, cuando decimos que los inimputables también pueden ser culpables. Pongámonos de acuerdo en el sentido de la expresión culpabilidad, y desde luego en el sentido que tiene en el código. La **culpabilidad** puede significar, y ha significado histórica y dogmáticamente, una de dos cosas, o dos cosas distintas, y en este código tiene los dos significados, unas veces el uno, otras el otro. **Primer significado** de la expresión culpabilidad: **capacidad de autodeterminación**, capacidad de libre decisión de voluntad, capacidad de reproche; culpabilidad es aquí igual a reprochabilidad, posibilidad de ser reprochado con pena criminal. No se debe imponer una pena, dice Gimbernat, si el autor no ha cometido un hecho antijurídico con base en su libre decisión de voluntad. Primer sentido de la culpabilidad, del principio de la exigencia de culpabilidad: no se puede imponer ninguna pena, si el autor no ha decidido libremente cometer el acto ilícito. Ya habíamos en el exordio de la crisis a que está abocado el derecho penal contemporáneo: la libertad interna como supuesto nuclear de la culpabilidad.

En este sentido, la culpabilidad como reprochabilidad, como libre decisión de voluntad, entronca el concepto con la tradición de la llamada "teoría normativa" de la culpabilidad, que parte de Frank, es decir, de la exigibilidad de una conducta diversa, del examen valorativo del proceso motivacional de la voluntad.

En este primer sentido de la palabra culpabilidad como autodeterminación, está empleado el vocablo en el código? Claro que sí, pero no con esa expresión. El **artículo 5**, que consagra el principio de la culpabilidad, contiene dos disposiciones completamente distintas: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad", primera disposición. Segunda: "Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

Si la proscripción de la responsabilidad objetiva significa aquí lo mismo que la culpabilidad, entonces el código está diciendo dos veces la misma cosa inútilmente. Esto es el **segundo sentido**, precisamente, de la expresión culpabilidad, el sentido de no-responsabilidad objetiva, de exigencia de un nexo psíquico, de una referibilidad, de una relación de autoría calificada, que ahora concluíamos que, mejor que cualquiera de esas expresiones como la **suitá**, parecía el término **atribuibilidad**, que por lo menos ostenta menos equívocos. Nosotros la hemos venido llamando "**culpabilidad psicológica**", en tanto que para la primera acepción utilizamos el nombre de "**culpabilidad normativa**" o plena.

El código, en los artículos **5, 31 y 41**, emplea a expresión **culpabilidad** en este sentido de **autodeterminación** y de reproche, que no se puede referir sino a los sujetos con imputabilidad, el plexo imputabilidad-culpabilidad-pena.

Pero también usa la expresión en el sentido de **prohibición de la responsabilidad objetiva**, vale decir, de exigencia de la responsabilidad subjetiva o de presencia de un nexo psíquico entre el autor y el hecho, nexo psíquico calificado porque no se trata de un hecho cualquiera, sino de un hecho jurídicamente valorado como prohibido y como punible. Cuando lo emplea en este segundo sentido, no se está refiriendo solamente a los imputables, sino también a los inimputables, porque para ellos también está proscrita la responsabilidad objetiva en el **Artículo 5**, que no hace ninguna distinción, ni consagra ninguna restricción, y en el **Artículo 35**, que habla de las formas de culpabilidad: "Nadie puede ser penado", un término un poco violento ahí, "por un hecho punible, si no la ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

Digo que el término "penado" es un poco violento ahí en ese artículo, porque no corresponde a la realidad; debió decir sancionado o algo por el estilo, no propiamente aplicado a las penas. Lo que el Código llama culpabilidad en este segundo sentido es el nexo psíquico o atribuibilidad y le da expresamente la denominación de **formas de la culpabilidad**, bajo los nombres de dolo, culpa y preterintención, **artículo 36 y siguientes**. Quizás algunos no habían reparado que estos **artículos 36, 37 y 38**, no hablan de "delito" doloso, culposo o preterintencional, sino de **conducta dolosa, culposa o preterintencional**. Y tan conducta es la del imputable que realiza el tipo de injusto, como la del inimputable que también lo realiza. Que el inimputable realiza un tipo de injusto, o comete delitos, también lo

dispone exactamente el articulado, el **Artículo 33**: "los inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad...". No hay en este texto legal ningún "error", ni la menor impropiedad.

A nadie resulta extraño, tampoco, en el actual estado de la teoría del delito, que los inimputables sean capaces de realizar un tipo de injusto, es decir, sean capaces de acción, capaces de tipo (como diría el Dr. Carlos Jaramillo: "realizadores de tipo") y capaces de antijuricidad. Las acciones de los inimputables pueden ser injustas; prueba evidéntísima de ello es que contra la acción de un inimputable (enajenado mental, menor de edad), cabe la legítima defensa y la legítima defensa no cabe sino contra una agresión injusta; luego, si los inimputables no actuaran antijurídicamente, contra sus actos no habría la posibilidad de legítima defensa.

En una gran cantidad de artículos está referida la conducta indistintamente a los imputables y a los inimputables, y no podría ser de otra manera. Porque si se llegara a la conclusión de que sólo la conducta de los imputables importa, entonces los inimputables quedarían por fuera del derecho penal. Con base en qué se someten, entonces, a una medida de seguridad? Claro que en la comisión, en la **realización**, dice muy técnicamente el código, de una acción o una omisión prevista como punible, es decir, de un delito o una contravención.

Ahora les decía que ni en la doctrina, ni tampoco en Colombia, tiene por qué ser nuevo, ni llamar a escándalo esta conclusión de que los inimputables también actúan con culpabilidad. Para eludir la responsabilidad objetiva de los inimputables, los alemanes, que definieron la imputabilidad como capacidad de culpabilidad y excluyeron a los inimputables de la culpabilidad, se inventaron la teoría del **dolus naturalis**, el dolo natural, el dolo sin la conciencia de la ilicitud. Pero un dolo así no corresponde a la realidad, no se da en parte alguna. Nadie puede actuar en forma absolutamente neutral frente al valor, pues una voluntad así no existe. Otra cosa es que la conciencia o comprensión del valor se presente a veces en formas minimales, deficitarias o deformadas. En verdad, ontológica, axiológica, psicológica y jurídicamente, la "conciencia de la antijuricidad", que convierte el nexo psíquico de autoría en culpabilidad, puede revestir dos grandes intensidades, presentarse en dos **grados** diferentes: **Primero**, una forma **plena**, completa e integral, propia de los dos sujetos maduros y normales, que comprenden adecuada y suficientemente los valores sociales inscritos en su conducta y gozan de la capacidad íntegra (dentro de los límites de lo humano) para ajustar esa conducta a su comprensión deontológica de la misma; estos son los sujetos a quienes el derecho penal denomina "imputables" y a quienes la ley impone, como responsabilidad por sus acciones, bajo ciertas circunstancias, la carga de la pena retributiva, en proporción a la culpabilidad (pues es obvio que dentro de un

concepto graduado, existen así mismo grados intermedios o subgrados, toda una gama de intensidades que el juicio de reproche trata de registrar para administrar la cantidad de pena que corresponda en cada caso). **Segundo**, un grado inferior de culpabilidad, propia de los sujetos llamados "inimputables", en el que aquella conciencia de la ilicitud apenas sí se da en forma más o menos incipiente, deficitaria, incompleta o semi-plena, o bien registra malformaciones de diversa índole. Este grado inferior es suficiente para fundar la responsabilidad penal por las medidas de seguridad, inspiradas, ya no en la retribución del abuso de la libertad (plena culpabilidad), sino en la necesidad de la tutela social contra sujetos peligrosos que, no obstante, no responden objetiva sino subjetivamente. Este segundo grado de dicha conciencia del injusto, es, en cierta forma, declarada **irrelevante** por el derecho; irrelevante, no para todos los efectos del derecho penal, sino específica y privativamente para el ámbito de las penas criminales, no así para el de las medidas asegurativas. Eso es lo que sucede, al menos, en un derecho penal de corte binario o dualista, como el contenido en el Código Penal colombiano de 1980. "La observación, —signa CORDOBA RODA—, repetidamente hecha por **Maurach** y por todos los partidarios del finalismo (y aceptada por un apreciable número de doctrinantes), de que el inimputable puede querer un determinado resultado, constituye... una verdad inconcusa" que la "más elemental experiencia" pone de relieve ⁽⁸⁾.

Maurach va mucho más lejos al sostener escuetamente que "el conocimiento del injusto y el error de prohibición tiene importancia también para los inimputables" ⁽⁹⁾. Si no fuera así, la responsabilidad de éstos, o sería objetiva, o sería por los meros estados de peligrosidad y no por los actos punibles.

Tenemos que sacar la conclusión de que los hechos de los inimputables dan lugar a algún "reproche" jurídico? En cierta forma sí. **Maurach** específicamente no se atreve a emplear la palabra **reproche**, sino que habla de **desaprobación**. El orden jurídico reprueba, desaprueba, rechaza, prohíbe, valora como indeseables o contrarios a sus fines, los actos dañosos típicos de imputables y de inimputables. Sin esto, se dice, la protección de los bienes jurídicos, en el sentido del derecho penal, sería insuficiente. Es entonces cuando se torna necesario, absolutamente necesario distinguir, ya no dos formas (nosotros no podemos hablar aquí de formas, porque las formas las definió el código: dolo, culpa o preterintención), sino dos **grados** de la culpabilidad, o si ustedes lo prefieren, para no forzar la terminología tradicional, **grados de la responsabilidad subjetiva**: la plena, propia de los imputables, que tienen madurez psicológica y la sanidad mental, y la incompleta, deficiente, o semiplena, la **semi-culpabilidad**, diríamos de los inimputables.

8. Nota al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach, Ariel, Barcelona, 1962, tomo II, pág. 94. Paréntesis fuera de texto.

9. Ibídem, Pág. 161.

En la doctrina jurídico-penal, en el finalismo ni fuera del finalismo, es extraña esta conclusión: lo único extraño podría ser el manejo terminológico.

Pero en Colombia tampoco es ello extraño. El Dr. Estrada Vélez escribía, en 1971, (y lo cito muy reiteradamente a él, dejando al margen otros autores, por la importancia que tiene en la creación y en la explicación de este código, porque indudablemente de la "**Relación Explicativa**" por él redactada, se van a sacar muchas interpretaciones y entonces es necesario entender cómo empleó él allí ciertos términos; porque ya en el Código no interesa mucho cómo los explicó él, sino qué sentido tienen en el contexto mismo del estatuto); la imputabilidad, dice él, en su **Manual de derecho penal**, "no es presupuesto de la culpabilidad", sino de la pena, (yo lo estoy sosteniendo ahora y es lo que creo que sostiene este código), "...en cuanto también los inimputables, al contrario de lo que sostienen **Gaitán Mahecha y Mesa Velásquez** (y de acuerdo con **Bernal Pinzón**), son capaces de dolo y culpa, como es fácilmente comprobable" (10).

El Dr. **Bernal Pinzón**, en el artículo a que el Dr. Estrada se refiere, escrito con bastante anterioridad en una revista de **Cátedra jurídica** a la que no le pude encontrar fecha, pero que parece que fue editada por allá en 1956, en un artículo sobre "**imputabilidad y culpabilidad**", dice que la imputabilidad "funciona como presupuesto para la pena en sentido estricto" (y aquí comienza el proceso del olvido, ya que el Dr. **Bernal Pinzón** fue el primero en entender cabalmente que el **Artículo 11** del viejo código penal no contiene una responsabilidad legal positivista, y el último también, porque después se sepultó su interpretación tras una avalancha de criminología positivista que nos derrumbó casi todos los conocimientos jurídicos).

Cuando todavía se podía pensar claramente sobre estos tópicos en el horizonte colombiano, dijo el Dr. **Bernal Pinzón** que "el **Artículo 11** impone **responsabilidad por la infracción penal** y solamente puede concebirse la infracción en cuanto concurren todos y cada uno de sus elementos (típica, antijurídica y culpable). El género de responsabilidad que en la citada norma se establece es el de la concepción jurídica, o sea la atribución de la consecuencia punitiva derivada de la acción dolosa o culposa", no es una responsabilidad objetiva (11).

Pero es que, se dice, esta interpretación choca contra la "interpretación oficial" del estatuto, si es que hay una interpretación

10. Estrada Vélez, Federico, **Manual del Derecho Penal**, 1a. edición, Editorial Salesiana. Medellín, 1972, Pág. 343.

11. Ensayo y revista citados en el texto, Págs 192 y 196. En idéntico sentido, Antolisei, "**Manual de Derecho penal**", Uteha Argentina, Buenos Aires, 1960, págs. 242-44.

oficial. Pues depende de dónde uno parta; yo creo que no. Por lo menos de donde yo parto, de la misma "**Relación Explicativa**" del Dr. Estrada, en la que se lee esta frase completamente acorde con mi explicación, frase que no me hace fácilmente comprensibles las actitudes contrarias que él ha asumido en otras ocasiones en que se han tratado estos temas en diversas ciudades del país. Dice la "**Relación Explicativa**: "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", (segunda acepción de la culpabilidad), "como sería el castigo de un inimputable, a pesar de haber obrado en legítima defensa, o caso fortuito" (12).

Dice también la "relación explicativa" que "al referir la capacidad de comprender y de determinación al hecho que se juzga, se elimina toda posibilidad de responsabilidad objetiva para los inimputables, pues el juicio de valor no habrá de referirse a un estado, sino a una específica situación vinculada a un hecho concreto, ubicado temporal, espacial, psicológica y socialmente" (13). Como puede estar ubicado **psicológicamente** un hecho, sino a través del dolo y de la culpa? El derecho penal no conoce, ni aquí ni en ninguna parte, nexos psíquicos entre el acto y el autor distintos al dolo y la culpa; claro que cuando, por ejemplo, **Servio Tulio Ruiz** habla de la "referibilidad psíquica" como basamento de la responsabilidad de los inimputables en el código del 36, eso mismo se podría trasplantar a este código y hablar de referibilidad psíquica, nexo psíquico, etc., también en este articulado. Pero qué son el dolo y la culpa sino nexos psíquicos? Precisamente, ellos son nexos psíquicos valorados, en cuanto se refieren, no a un hecho indiferente, sino a un hecho prohibido jurídico-penalmente.

III. Qué es el tipo? **Formalmente**, el tipo es la descripción de la conducta punible, y **materialmente**, es el hecho legalmente descrito en cuanto no se justifique. Descripción legal — hecho descrito por la ley. Formalmente, el tipo es la norma incriminadora, aquella que define el delito y determina la pena, en el sentido que exigen los artículos 26 y 28 constitucionales, desarrollados muy bien por el **Artículo 2º** de este código al exigir la **inequívoca** descripción legal del hecho punible. Si se pasara en este Código Penal, o en cualquier otra ley penal, una descripción **equivoca** de un hecho como punible, es decir, un **tipo abierto**, hay dos vías para negarse el juez a aplicarlas: el carácter inconstitucional de los tipos abiertos y, segundo, el carácter contrario de los tipos abiertos al **Artículo 2º** que consagra el **principio rector de la tipicidad**. Claro que el principio de tipicidad

12. **Código Penal Colombiano 1980**, Gama, Bogotá, 1980, Pág. 146, edición a cargo del Dr. Luis Carlos Giraldo Marín.

13. *Ibidem*, Pág. 149.

aquí está redactado como mandato para el legislador, aparentemente. Qué significa eso como mandato para el juez? Que el juez sólo puede aplicar las penas que estén autorizadas por un tipo inequívoco, por un tipo cerrado, por una ley penal que describe el hecho de manera no anfibológica, confusa ni ambigua.

Esta descripción del hecho, constitucional y legal, inequívoca y cerrada, no puede limitarse a la parte objetiva del hecho; **cualquier hecho, descrito únicamente con sus elementos objetivos, es equívoco.** Matar a una persona es una descripción completamente equívoca, porque tanto se puede matar culpablemente, con dolo, culpa o preterintención, y ya ahí tenemos tres graduaciones de responsabilidad, como se puede matar con o sin inimputabilidad, (pena o medida de seguridad), como se puede matar en causa de justificación o en causa de inculpabilidad, o en causa de exclusión de la punibilidad.

Mucho de lo que se elabore en la teoría general del delito en este código depende, naturalmente, de cómo se entienda el tipo, que es el núcleo de la responsabilidad penal en las modernas orientaciones. Hay que ser cuidadoso en la consulta y aceptación de la doctrina extranjera en estos tópicos, porque no todas las leyes están construídas exactamente igual. Nosotros no tenemos, por ejemplo, ni en el código del 36, ni el del 80, el problema que tienen los alemanes con la definición de un artículo de la parte general sobre el error, que habla del **Tatbestand** legal. Aquí tampoco, absolutamente ninguna disposición habla de figura, de modelo o de cosas por el estilo, sino que hablan de "**hechos punibles**" y "**descripción legal**" de los mismos.

El tipo se puede y debe construir, en primer lugar, contando con la descripción contenida en la **parte especial** del código. Qué es el tipo, cuál es el contenido de tipo, qué es lo típico? En primer lugar, la parte especial lo dice. Pero no se puede separar la **parte general** de la parte especial del código. Por razones de técnica legislativa, que no por otras razones, la parte especial no describe caso por caso todos los elementos que hacen del hecho, un hecho inequívocamente descrito, sino que, para no tener que repetir cada vez las mismas cosas, como la exigencia de antijuricidad y de culpabilidad, etc., se han establecido unos dispositivos de la parte general que **complementan** la tipicidad de la parte especial. En la parte especial está descrito como delito ocasionar la muerte a otro. Ocasionar la muerte a otro no es todo el suceso típico, sino sólo una parte de él; para determinar el resto de la tipicidad, falta lo que podríamos llamar los **complementos típicos** o los **dispositivos complementarios del tipo**, que están exigidos por la **parte general** y que son la **antijuricidad y la culpabilidad**.

La antijuricidad, como ustedes saben, formal y material, que puede ser excluída por las causas de justificación y por la inocuidad. Que para poderla incluir dentro de la técnica de los tipos, se dice

por algunos, debe recurrirse a la teoría de los **elementos negativos del tipo**, según la cual las causas de exclusión de la antijuricidad son al mismo tiempo negativas de la tipicidad. Ciertamente que no, y el código no ubica expresamente la antijuricidad en el tipo, pero en él es evidente que sin antijuricidad la conducta no está prohibida y por lo tanto no es típica **materialmente**, porque sólo es típico lo prohibido. Se impone aquí, pues, el distingo entre tipicidad formal (o "**antinormatividad**"), que no se excluye con la justificación, y **tipicidad material**, que sí desaparece con ella por cambiar a **permitido** el signo de lo **prohibido**.

Y la culpabilidad, entre otros en los artículos 2º, 5º y 40, es también un dispositivo complementario de los tipos de la parte especial: dolo, culpa o preterintención, para cada uno de los tipos, pero las dos últimas sólo en casos especialmente previstos (**artículo 39**).

Sería muy extenso probar que la antijuricidad pertenece al tipo material, y la polémica estaría un poco al margen del código, porque éste no lo determina expresamente y ni siquiera define o conceptúa el tipo. Pero nada más fácil en este Código que probar que la culpabilidad pertenece al tipo:

Primero: es indudable que la acción pertenece al tipo; lo que es típico en primer lugar es la acción y, según acabamos de ver, el mismo articulado define las acciones, al hablar de las **formas de culpabilidad**, como conductas dolosas, culposas o preterintencionales. Por tanto, si el dolo, la culpa o la preterintención pertenecen a la conducta, califican a la conducta y no al delito, y siendo éstas las únicas formas de culpabilidad, es absolutamente evidente que la culpabilidad pertenece al tipo (**tipo subjetivo**).

Segundo: Esta razón es tan definitiva y contundente como la otra. Es la regulación del error en el **artículo 40**. Cuando, hace casi tres años, nos enfrentamos al Anteproyecto de 1976, en un análisis similar, dijimos que cualquier examen serio del mismo tenía que partir de la regulación del error⁽¹⁴⁾. Aquí también, obviamente, como en todo código elaborado técnicamente, la teoría de la acción, de la acción típicamente antijurídica y culpable, tiene que basarse fundamentalmente en la teoría del error. El error, tanto el **error de tipo** como el **error de prohibición**, excluyen la culpabilidad. La culpabilidad: dolo, culpa o preterintención, según el **Artículo 5**, con relación a la conducta, que indiscutiblemente pertenece al tipo.

14. Cfr., en **Nuevo Foro Penal**, Nro. 2, nuestro ensayo "**Nuevo esquema del delito en el Proyecto de Código Penal**", Págs. 7 y Sgtes., especialmente Pág. 17. En la misma revista, Nro. 7, "**El Nuevo Código Penal y sus Principios Rectores**", Págs. 115 y Sgtes.

Ahora piensen ustedes en este argumento más particular: el numeral 4º del **Artículo 40**, regula el llamado **error de tipo**. Ayer lo decía el Dr. Londoño, lo acepta el Dr. Reyes, lo acepta el Dr. Estrada, parece indiscutible que el numeral 4º regula el error de tipo. Pero sucede que el error de tipo se llama así porque excluye el tipo (subjetivo). Es palmario que esto no es suficiente argumento, porque los redactores pudieron ser incongruentes sistemáticamente. Pero si en este caso no lo fueron, excluyendo por el error de tipo la culpabilidad, es porque ésta pertenece al tipo total. Parece incontestable que nosotros no podemos excluir la culpabilidad sino de donde está incluida. Nosotros no podemos excluir, con el error de tipo, la reprochabilidad sino el tipo. Con el error de prohibición, numeral 3º del mismo artículo, sucede exactamente lo mismo: excluye la culpabilidad, y procede el mismo argumento; luego, si excluye la culpabilidad y la culpabilidad pertenece al tipo, excluye también el tipo. Y ustedes se preguntarán para qué hizo el código diferencia entre el error de tipo y el error de prohibición, si ambos excluyen la culpabilidad? En realidad, a mí no me parece razonable que lo haya hecho. Pero como las distinciones legales hay que hacerlas surtir sus efectos, tengo que mostrarme en desacuerdo con la interpretación que anoche le daba el Dr. **Londoño Jiménez** (y que después le dió el Dr. **Reyes**) a este artículo, en el sentido de que el último inciso del numeral 4º (si el error proviene de culpa el hecho será punible cuando la ley lo prevea como culposos); se refiere a las dos clases de error. Con la venia de tan autorizado concepto, creo que se refiere solamente al error de tipo, porque o si nó tendríamos que aceptar que el legislador hizo una división absolutamente estulta. Cuando yo pienso en esa conclusión de interpretar la ley en el sentido de que hace divisiones que no surten ningún efecto, inexorablemente me acuerdo del cuento, muy manido en Antioquia, de los dos marranitos, el de la derecha y el de la izquierda. El uno vale \$ 200.00 y es mío y el otro también vale \$ 200.00 y también es mío. Diferencias así proceden en la enseñanza, por razones didácticas, pero en la ley sólo arrojan incertidumbre y sombras.

El error de tipo, en síntesis, excluye la culpabilidad y si es culposos se sanciona por culpa, y el error de prohibición, según los citados intérpretes, también excluye la culpabilidad y da lugar a la imputación culposa. No tendría entonces lugar ninguna diferencia entre esas dos clases de error, si acaso es posible que se pueda seguir esta nomenclatura, que yo lo dudo mucho. Esta nomenclatura de "error de tipo" y de "error de prohibición" es propia de la escuela finalista; se ideó trasladando el dolo hacia el tipo y dejando en la culpabilidad la conciencia de la ilicitud. Aquí, en cambio, las dos situaciones excluyen el mismo elemento del delito, que llama el código **culpabilidad**. Si excluyen el mismo elemento del delito, va a ser difícil aceptar una nomenclatura que se ideó para hacer producir dos consecuencias jurídicas completamente diferentes, oponiendo la primera al tipo subjetivo (culpabilidad psicológica en mi exposi-

ción) y la otra a la culpabilidad (culpabilidad plena o normativa, reprochabilidad, en mis expresiones).

* * *

IV. Qué falta, después de la acción y del tipo (que abarca la acción y se completa con la antijuricidad y la culpabilidad)? Qué falta para llegar a la conclusión del juicio penal? Falta, para la pena, la **imputabilidad**, y, para la medida de seguridad, la **inimputabilidad**.

Grave problema, graves dolores de cabeza nos va a proporcionar este código con la teoría de las medidas de seguridad. Porque la reacción antipositivista y antipeligrosista se llevó tan lejos, que se dejó sin fundamento a las medidas de seguridad, conclusión absurda, al desechar de su seno la peligrosidad. Y como no podemos admitirla, por absurda, tenemos que admitir otra peor: **el código identificó o confundió peligrosidad con anormalidad psíquica**. Grave conclusión ésta, porque la antipatía peligrosista saltó por encima de **Ferri**, en el que estábamos, a **Lombroso**. Sólo en Lombroso se definía con tanto énfasis la peligrosidad en los mismos términos de la anormalidad psicósomática, como lo hace este código, que no lo hacían los Proyectos del 74, del 76, del 78, ni el del 79, porque son como cinco proyectos sucesivos. El código no es una improvisación, pero éste sí que fue una tremenda improvisación confusionista. Pero la hicieron, ahí está, y bien grave. Piensen ustedes en lo que significa el **Artículo 94**, que habla de las medidas de seguridad aplicables al **enfermo mental permanente**: su internamiento psiquiátrico a perpetuidad, una sentencia penal absolutamente indeterminada. Recuerden que se suspende condicionalmente esa medida de seguridad, sólo cuando el enfermo mental **permanente** recupere su "normalidad psíquica", lo que desde luego no sucederá nunca.

En la teoría general del delito, en la doctrina universal del derecho penal, porque esto no tiene excepciones en ninguna parte del mundo liberal, la medida de seguridad se hace cesar cuando desaparece la peligrosidad del sujeto, cuando el sujeto deja de ser un peligro para sí ó para otros. Porque la función esencial de la medida de seguridad es la prevención especial; pero aquí la cesación o suspensión no depende, como sí en los proyectos anteriores, de que desaparezca la peligrosidad, ya que erradicaron esa palabra, sino de que el sujeto **recupere su normalidad psíquica**.

Cuándo un enfermo mental **permanente** recupera la **normalidad psíquica**? Si **permanente** significa alguna cosa, no la recupera **nunca**. Luego, las medidas penales encontraron aquí el más terrible de los dispositivos del derecho penal tiránico, que es la sanción penal perpetua, no la relativamente indeterminada⁽¹⁵⁾. La sentencia relativa-

15. Cfr. sobre ésto, citas anteriores de **Beristain** y **Cuello Calón**. Véase también otra cita de **Maurach**. Más extenso, sobre el particular, nuestro "**Derecho Penal Fundamental**", en preparación.

mente indeterminada es la que no tiene un límite de duración prefijado, pero se puede hacer cesar de alguna manera condicionada a la **peligrosidad**. En la sentencia perpetua, en cambio, el enfermo mental permanente que cometa cualquier delito, así sea el más leve de los delitos, o incluso una contravención, porque la reacción es la misma para todos los **hechos punibles**, hay que someterlo a un internamiento vitalicio. Vitalicio o perpetuo, porque jamás los psiquiatras forenses podrán dictaminar que un enfermo mental permanente, por ejemplo un esquizofrénico o un loco moral, recuperaron su normalidad psíquica; o si lo dicen, vamos a publicarlo en toda la prensa del mundo, porque va a ser la primera vez que curan esquizofrénicos y locos morales en el mundo. Entre tanto, esos pobres diablos estarán sometidos a un internamiento inadecuado, antitécnico y deshumanizante, pisoteados por la ley y por el juez penal sus derechos fundamentales de seguridad, libertad, mejoramiento, vida social y dignidad humana.

* * *

En fin, sirva lo anterior como visión general de planteamiento de problemas, más que de soluciones, porque desbrozar estos caminos es muy difícil. Para nosotros preparar estas conferencias, no hemos dispuesto de textos específicos; nosotros tenemos que aventurar las primeras hipótesis, y lo hacemos, desde luego, con plena honestidad científica. Confiamos en que, aunque estas hipótesis sean erróneas, como posiblemente muchas de ellas lo serán, estas hipótesis por lo menos darán la pauta para la refutación y harán, (éste va a ser el triunfo del nuevo Código), que empiecen al fin los estudios del Derecho Penal General en Colombia. Van a empezar, por cierto, con serias discrepancias que ustedes van a notar y a seguir notando a medida que conferencistas y ensayistas se presenten y a medida también que ustedes mismos ahonden, por sus necesidades profesionales, en el entendimiento de este Código.

Muchísimas gracias.

LA ESTRUCTURA DEL DELITO

Dr. Servio Tulio Ruiz

El presente es el texto de la conferencia dictada por el profesor Servio Tulio Ruiz en el Salón XX del Banco de Colombia en Bogotá, el 9 de Octubre de 1980.

El tema que se nos ha asignado para esta noche en relación con el nuevo Código Penal, que entrará a regir en enero del año próximo, es de suma importancia, como que comprende casi toda la Parte General del Estatuto y es ciertamente fundamental, pues conociendo la Estructura del Delito en general se puede luego estudiar y analizar fácilmente la parte especial y los delitos en particular. En efecto, conociendo la economía normativa del hecho punible es posible lo que la ciencia penal ha querido y a lo que ha aspirado siempre, vale decir, construir una teoría general de la parte especial.

El tema escogido es el relacionado con la Estructura del Delito conforme a este nuevo Código Penal que ya está siendo estudiado y analizado por los profesionales del derecho, los estudiantes, los jueces y los ciudadanos en general. Pero antes de comenzar el análisis y determinar la Estructura del Hecho Punible, debemos advertir que el tema de esta conferencia se referirá al delito como instituto jurídico y no al delito como acontecimiento. Ya el maestro Grispigni en su Curso de Derecho Penal hacía esta neta distinción y anotaba que era muy necesaria por cuanto que el primero como el segundo son materia de estudio de diversas disciplinas y corresponde a dos conceptos diversos, aunque complementarios. El delito-instituto jurídico es el conjunto de normas positivas en donde se describen las conductas constitutivas del delito y se señalan los requisitos relativos a su nacimiento y extinción, con la indicación de la con-

secuencia jurídica o sanción; es entonces aquello que debe ser cumplido independientemente de que se cumpla, es aquello que se manda o se prohíbe independientemente de su violación. En cambio, el delito-acontecimiento es un hecho del hombre, una conducta, un suceso que reproduce la hipótesis legal. El primero es materia de estudio de las ciencias del **deber ser** y el segundo de las ciencias del **ser** o causales explicativas. Para el primero se utilizan las ciencias normativas, como la dogmática jurídico penal, la filosofía del derecho y otras disciplinas, y para el segundo las ciencias causales explicativas como la criminología, la sociología criminal, etc. De manera que el análisis que se va adelantar ahora del delito es desde el punto de vista normativo, según como está concebido en el nuevo Código y no desde el punto de vista fenoménico, vale decir, como fenómeno individual o social.

Ahora bien: la primera innovación que encontramos en el nuevo Código Penal respecto de la concepción del delito es lo relacionado con la capacidad para cometerlo, esto es la capacidad penal. En la nueva legislación, a nuestro modo de ver, se trae como presupuesto del delito la **imputabilidad** penal, lo cual constituye, junto con la **culpabilidad**, la columna vertebral de este nuevo Código Penal. En efecto, para poder realizar o cometer un delito es indispensable que el sujeto sea imputable, que tenga capacidad penal. El concepto de tal capacidad penal es diverso ahora si se le compara con el del Código Penal de 1936 próximo a expirar. Para este Código de 1936 la imputabilidad no es capacidad al delito, sino atribuibilidad sicofísica del acto al sujeto, el cual de todas maneras es responsable penalmente aún en los casos de anormalidad, ya que a ellos se les aplica una medida de seguridad que es una especie de la sanción criminal. Y concretamente en tratándose de sujetos anormales y establecida esa anormalidad al momento de cometer el hecho, lo que cuenta primordialmente es la imputabilidad física, porque en este Código de 1936 se reafirma el principio de la imputabilidad legal, pues basta esa simple imputabilidad material para que al autor del hecho se le apliquen las sanciones penales porque se le considera socialmente peligroso. Aquí el concepto de peligrosidad, como medida de la pena, es el criterio rector porque sus normas se inspiraron en las doctrinas de la escuela positiva de derecho penal.

Ahora, en el nuevo Código Penal, el concepto sobre la imputabilidad ha cambiado. Este no lo define, pero se refiere a ella en forma negativa, cuando habla de la inimputabilidad en el art. 31, en donde se expresa que hay personas a las cuales no se les deduce responsabilidad penal ni se les aplica una sanción criminal, sino ciertas medidas de tutela, curación y rehabilitación. Estas personas, llamadas inimputables, son las que carecen de capacidad penal y de comprensión en el momento de realizar el hecho legalmente descrito y no pueden determinarse de acuerdo a esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. De lo dicho hasta aquí se deduce nítidamente que el nuevo Código Penal consagra el fenómeno

de la imputabilidad, de un lado, como capacidad al delito y, de otro, como un modo de ser, una condición, un estado del individuo, porque es maduro y sano de mente. Estos dos conceptos se hallan integrados, pues son exactamente la misma cosa. Imputabilidad y capacidad penal son la misma aptitud, la misma posibilidad del sujeto para cometer delitos y poder ser sometido a una pena criminal. Inimputabilidad, por el contrario, es incapacidad al delito e incapacidad a la pena, ya que cuando el inmaduro o el enfermo de la mente realiza el hecho legalmente descrito, se le somete no a una pena, sino a una medida asegurativa.

De manera que la imputabilidad, de acuerdo con el nuevo Código Penal, es capacidad al delito y en consecuencia éste no puede ser realizado sino por un sujeto que en el momento de ejecutarlo tenga la capacidad de comprender la ilicitud que su actuar origina de acuerdo con una norma penal o que tenga la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Aclarado este concepto fundamental para que pueda hablarse de delito según la nueva ley penal colombiana, conviene entonces señalar su estructura, sus elementos, su noción, en vista de esa misma ley. En el Código próximo a expirar, el legislador utiliza el término genérico de "infracción" para incluir tanto al delito como a la contravención. Ahora, en la nueva ley, se utiliza el término "hecho punible", con la misma connotación, esto es, incluyendo las dos especies anotadas, sin señalar un criterio de distinción entre ellas, por lo que parece que desde el punto de vista de su estructura y de sus elementos normativos son exactamente iguales. De manera que cuando se habla de hecho punible se está haciendo referencia al delito y a la contravención.

Ahora bien: respecto de su concepto, el nuevo Código Penal ofrece inicialmente una noción tautológica diciendo que el delito es en hecho expresamente previsto como punible por la ley penal al tiempo en que se cometió y sometido a pena, según el art. 1. En otras palabras, el delito sería, según la disposición citada, la conducta humana a la cual el ordenamiento jurídico le asigna una sanción criminal como consecuencia de su realización. Esta definición se explica porque tal ordenamiento jurídico está constituido por mandatos o prohibiciones que deben observar los componentes del grupo social y, en caso de incumplimiento de los primeros o violación de las segundas, el autor tiene que sufrir una disminución de sus bienes jurídicos, la que se designa con el nombre de pena criminal. Este concepto meramente formal nos sirve como punto de partida para su análisis estructural o normativo. Si el delito, como lo dispone el art. 1 del nuevo Código, es la conducta expresamente prevista como punible, se puede ofrecer ya la primera ecuación jurídica mediante la cual se presenta la noción basilar del ilícito penal, en vista de nuestro ordenamiento. Tal ecuación sería: conducta típica igual pena criminal. Esta ecuación representa la forma más sim-

ple y llana del delito. Se parte del concepto de que en el término "conducta típica" se incluye todo acontecer humano, positivo o negativo, correspondiente a una descripción legislativa o tipo penal, violatorio de una prohibición o incumplidor de un mandato penales, que acarrea una consecuencia jurídica, consistente en una pena criminal, o sea, la más fuerte disminución de bienes jurídicos que existe en el ordenamiento legal del Estado. La ecuación simple antes señalada nos sirve para llegar a otra más compleja, en la cual se comprenda sin residuos todos los requisitos y elementos del hecho punible, a fin de poder construir la estructura jurídica y esquemática del delito y para ofrecer un sistema conceptual que permita un análisis completo de sus elementos normativos, los cuales comienzan a descubrirse en el art. 1 citado. Pero también entran en juego otras disposiciones, necesarias para establecer su concepto, que establecen los siguientes principios:

— para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable, lo dispone el art. 2;

— la ley debe definir el hecho punible de manera inequívoca, según el art. 3;

— para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídicamente tutelado en la ley, de acuerdo con el art. 4;

— para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, lo dispone el art. 5;

— nadie puede ser penado por un hecho si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención, de acuerdo con el art. 35;

— el hecho punible puede ser realizado por acción u omisión, dice el art. 19; y

— el resultado del cual depende la existencia del hecho punible debe ser consecuencia de la acción u omisión del sujeto y cuando éste tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo, de acuerdo con el art. 21.

A estas disposiciones podrían agregarse otras para la comprensión de la estructura del delito, según el nuevo Código Penal, pero la verdad es que las antes señaladas son las que no permiten su noción total, sin residuos. Para este Código básicamente el delito es un hecho típico, antijurídico y culpable, acogiendo en esta forma la teoría de la tripartición y la concepción analítica dominante en Alemania e Italia. Se considera al delito como un hecho humano típicamente antijurídico y culpable a diferencia de algunos autores que opinan que el ilícito penal es un todo unitario desde el punto de vista ético-jurídico y que la antijuricidad (comprendida en esta la culpabilidad) no es un elemento del delito, pues su esencia consiste en ser un acto contrario al derecho con elementos estructurales y

características teleológicas que determinan la atribución del ilícito a determinado sujeto.

Pero regresando a la definición legal del delito ofrecida por el nuevo Código Penal colombiano, especialmente en su art. 2º, se debe anotar que sus elementos estructurales serían tres: 1) el **hecho típico**, esto es, el elemento objetivo o material; 2) la **antijuricidad** o elemento jurídico; y 3) la **culpabilidad** o elemento subjetivo o psicológico. Antes de seguir adelante, es menester aclarar que cuando se habla de elementos se está empleando el término como sinónimo de requisito, en el sentido de lo que es necesario para determinar y estructurar al delito, entendiendo que ellos en su conjunto forman las partes de un todo conceptual y único, cuya esencia consiste en ser un acto contrario al derecho, que produce un malestar y un desequilibrio social, pues ataca intereses que hacen parte de la estructura ética y moral, conforme lo ha entendido el legislador.

De modo que teniendo presente y analizando la definición legal que del delito ofrece el nuevo Código Penal, debemos entender que éste es esencialmente:

1. Un **hecho típico**, en el sentido de que es una conducta negativa o positiva (acción u omisión) de la persona humana que corresponde a un modelo legal;

2. Un **hecho antijurídico**, en cuanto que el sujeto con el hecho típico incumple un mandato o viola una prohibición y lesiona o pone en peligro, sin justa causa, un bien jurídicamente tutelado; y

3. Un **hecho culpable**, porque el hecho típico y antijurídico se le debe atribuir al sujeto como a su causa síquica, ya que lo ha realizado teniendo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

De la misma manera se puede decir que tres principios fundamentales gobiernan la estructura del delito a la luz de la nueva legislación penal, a saber:

— no hay delito o hecho punible sin conducta humana que reproduzca la hipótesis abstracta delineada en la norma penal, **nullum crimen sine conducta**;

— no hay delito si la conducta típica se realiza conjuntamente con una causa de justificación, vale decir, si no es antijurídica, **nullum crimen sine injuria**; y

— no hay delito si la conducta típica y antijurídica no es culpable, esto es, si no es referible síquicamente al sujeto y si no se le puede reprochar a título de dolo, culpa o preterintención, **nullum crimen sine culpa**.

Ahora iniciemos el análisis de cada uno de los elementos que forman la estructura del delito, de acuerdo y teniendo presente los

principios y los esquemas antes señalados y que han sido tomados de la nueva legislación penal colombiana.

1º LA CONDUCTA TIPICA

En efecto, el primer elemento estructural del delito es la "conducta humana", pero el nuevo Código se refiere a ella por lo general empleando la palabra "hecho", término no del todo acertado y feliz como lo ha señalado la doctrina. **Hecho** significa un acontecimiento, un suceso, una modificación del mundo exterior que puede ser producida por una fuerza humana, natural o subhumana. En la palabra "hecho" se incluyen los realizados por el hombre, los acontecimientos de la naturaleza o los producidos por los animales. Inclusive el hombre puede realizar varias clases de hechos: 1) los que se refieren o son referibles a su voluntad; y 2) aquellos que no lo son, los que produce sin conciencia de su producción, bien por una causa externa, como los movimientos reflejos e instintivos, en los cuales no hay clara noción del fin por conseguir. Los hechos humanos y subhumanos no voluntarios no pueden ser la base de un hecho de los que ahora llama la ley punibles. Solamente los hechos voluntarios son los valorados por el derecho penal, vale decir, los actos humanos. **Acto** es todo hecho voluntario, y solamente el acto tiene un significado para el derecho penal y es la base de un delito. De manera que si el legislador en el nuevo Código Penal quería utilizar un vocabulario acertado, moderno y técnico, ha debido hablar de "acto" y no de "hecho". El **hecho** es el género y el **acto** es la especie referida a la voluntad. A propósito dice Jiménez de Asúa lo siguiente: "empleamos la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y del mundo de la naturaleza. En cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta".

Hecha esta debida aclaración, decíamos que el primer elemento del delito es la conducta típica conforme se deduce de las disposiciones citadas. En efecto, en la base de todo delito está un elemento material, objetivo y físico, cuyo estudio es fundamental si se quiere conocer la esencia misma de la infracción. Pero para constituir el delito, no basta ciertamente una conducta cualquiera, de las que realiza el hombre en su actividad existencial. Es menester que la conducta o acto o comportamiento del hombre se realice fuera de su mundo interior, salga de su yo y se exteriorice dejando una huella externa y alterando las condiciones preexistentes a su actuar y además, es indispensable que esa modificación del mundo externo, esa conducta o acto corresponda o pueda ser subsumida bajo un tipo legal penal expresamente previsto con anterioridad a su realización. Es indispensable, entonces, que esa conducta sea típica.

Pero antes de desarrollar el tema de la **tipicidad** como característica del delito, conviene profundizar un poco respecto de esa conducta que debe adecuarse al tipo para que se estructure el primer elemento del ilícito penal. En efecto, la conducta, considerada obje-

tivamente, no es más que un movimiento o inercia del cuerpo, que de por sí constituye una modificación del mundo exterior. Desde el punto de vista naturalista, la conducta puede consistir en un **facere**, o sea, en un movimiento corporal perceptible por los demás; y en un **non facere** que es un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo controladas por la voluntad del sujeto. La primera se designa con el nombre de acción y la segunda con el de omisión, conforme al art. 19 del nuevo Código.

Pero, desde el punto de vista normativo, es decir, en relación con el ordenamiento jurídico, el concepto naturalista atrás ofrecido no encuadra preceptivamente, por cuanto una conducta activa, consistente en un movimiento corporal, puede considerarse como una omisión, si se le relaciona con una norma penal. En efecto, para que una conducta sea un ilícito penal es indispensable que reúna ciertas características que no son otras que las de corresponder a un tipo legal penal, pero esto no obsta para que el tipo legal sea una conducta que constituye el objeto de la valoración. De la anterior afirmación se deduce que es necesario distinguir entre los delitos de acción y de omisión en forma diferente a la distinción hecha entre quietud (conducta omisiva) y movimiento corporal (conducta activa), pues se trata de dos nociones totalmente diversas. En efecto, el no ser una cosa conforme con lo esperado, con base en una norma, puede encontrarse tanto en el movimiento corporal del agente (actividad) como en la quietud del cuerpo (inactividad). Mientras que desde el punto de vista naturalista puede existir una conducta consistente en una acción, al mismo tiempo dicha conducta, normativamente considerada, puede consistir en una omisión. Lo anterior significa que una conducta es activa u omisiva (delito de acción o de omisión), mirada penalmente, no porque consista en un movimiento o inercia corporales, sino más bien en virtud de un juicio de relación y de valoración que se verifica en consideración a una norma de derecho penal, por presentarse contraria o conforme a ella la conducta. Concluyendo tenemos que hay acción cuando mediante un movimiento o quietud corporales se viola una prohibición contenida en una norma penal; y que hay omisión cuando mediante la inercia o el movimiento corporal se incumple un mandato contenido en una disposición penal. Es decir, hay omisión cuando se realiza una conducta diversa a la que se esperaba con base en una norma penal.

Por otra parte, esta conducta que estamos señalando como elemento primario estructural del delito, debe producir un resultado que hace parte de la noción conceptual de ese primer elemento objetivo y material del ilícito penal. Se sabe que la consecuencia o efecto del hecho o conducta es lo que se designa con el nombre de **resultado**. Pero, es necesario aclarar que desde el punto de vista del derecho penal no toda consecuencia, no todo efecto es el resultado de la conducta, sino aquel efecto que forma parte del contenido de un delito o de sus agravantes. La conducta que es fuerza física en movimiento, produce innumerables consecuencias, las cuales a su

vez son el punto de partida de otras muchas que se pierden en el infinito y escapan al conocimiento del hombre. La conducta, como materia en movimiento, produce, no la transformación de la misma, sino cambios en ella, en virtud del principio de la indestructibilidad. Esos cambios o consecuencias producidos por la conducta son sus efectos, los cuales se diferencian del resultado, aunque una parte de los primeros, poco considerables, vienen a formar e integrar el segundo. Por ejemplo, una conducta homicida produce innumerables efectos, en primer lugar trae como consecuencia la muerte de una persona: es el efecto principal que salta a nuestra vista. Pero también trae consigo otros efectos y sucesos como el disparo con el revólver, si es que se produjo con esta clase de arma, el entierro de la víctima, la disminución patrimonial, el llanto de los deudos, el dolor de los amigos y parientes, etc. Todos estos efectos de la conducta homicida, producidos por el movimiento corporal o la inercia del delincuente, no interesan al derecho penal, no pueden considerarse penalmente hablando, como resultados de la conducta del agente, aunque bien pueden interesar al derecho privado o a otras ramas del derecho.

Entonces, si lo anterior es cierto, cabe preguntar cuál es el efecto natural de la conducta que se considera como el resultado respecto de la estructura del delito? La respuesta es sencilla: **resultado** es solamente el cambio del mundo exterior, producido o no impedido por la conducta humana, significativo para el derecho penal. Es decir, se entiende por resultado el efecto de la conducta que forma parte del contenido del delito o de sus agravantes. En el ejemplo del homicidio, el efecto natural de la conducta de que trata el art. 323 del nuevo Código Penal es la muerte de una persona, es lo que constituye el resultado del comportamiento homicida. Para la concreción de este elemento material del delito nada tienen que ver los otros efectos o consecuencias que ha producido la conducta del culpable. En otras palabras, cuando un efecto natural de una conducta tiene un colorido normativo en la tipificación del delito se puede hablar de resultado en sentido técnico.

Pero el análisis del elemento material que estamos tratando no quedaría completo si se omite el estudio del **nexo de causalidad** objetiva, para aquellos delitos en que se requiere en su estructura típica la verificación de un resultado. Se llama nexo de causalidad la relación material que media entre la conducta y el resultado, en virtud del cual se le pueda atribuir dicho resultado a un sujeto como a su causa material. Algunos códigos en la parte general tratan el problema de la relación causal. El Código Penal próximo a expirar calla en este aspecto y el nuevo sí trae un concepto legal sobre este fenómeno, en su art. 21, no obstante que en la Comisión Redactora de 1972, cuyo proyecto de 1974 sirvió de base al decreto 100 de 1980, se levantaron voces muy autorizadas contrarias a una definición legal de este fenómeno natural y jurídico, al mismo tiempo. La política legislativa de esa Comisión fue la de no introducir definiciones

en el Código. Empero, las Comisiones posteriores consideraron como "una innovación importante" introducir la definición de la causalidad transcribiendo el art. 40 del C.P. italiano, el cual ha dado motivo a innumerables controversias y a copiosas críticas, aun no terminadas ni canceladas por los importantes juristas de ese país.

Ahora bien: en tratándose de delitos de resultado no existe ningún estatuto penal que no exija, por razones obvias, una relación de causalidad material entre la conducta del hombre y el resultado producido, precisamente para poder atribuírselo como quien atribuye un efecto a una causa. La razón de esta atribución resulta de la circunstancia de que una modificación del mundo externo que no tenga ningún ligamen o nexo con la conducta del reo o un acontecimiento que sin el actuar del sujeto se hubiese realizado de todas maneras, no puede considerarse como su obra, y, por tanto, no se le puede cargar a su cuenta.

El problema del nexo de causalidad material en derecho penal surge del hecho de que, desde el punto de vista estrictamente empírico-científico, causa en rigor es la totalidad de las condiciones o antecedentes indispensables para que de un hecho se verifique otro hecho. Causa, según Stuart Mill, es el antecedente necesario y suficiente de un fenómeno. Pero resulta que el hombre con su actuar y comportamiento no realiza en realidad todas las condiciones, no pone todos los antecedentes de un hecho, por la circunstancia de que en su producción pueden concurrir condiciones y antecedentes que no han sido puestos por él y que, por lo tanto, son extraños a su comportamiento. Cuando la ley exige que el resultado sea la consecuencia de la conducta, no se está refiriendo al concepto de causa, como el conjunto de todos los antecedentes y condiciones para que un fenómeno se produzca, porque en tal caso las leyes serían completamente inaplicables, ya que el hombre nunca pone con su conducta todas las condiciones y antecedentes de los que se deriva el resultado lesivo o peligroso. Y, además, científicamente se debe aceptar con todas las condiciones que producen determinado resultado, miradas en concreto cada una de ellas son indispensables para que efectivamente se verifique. De tal suerte, es preciso indagar si lo mismo ocurre desde el punto de vista jurídico. Al respecto en la doctrina se han enunciado innumerables teorías que no es el caso de explicar. Más bien conviene construir una teoría con base en el art. 21 del nuevo Código Penal que se refiere en concreto al nexo de causalidad material.

En efecto, como se ha dicho, a diferencia del Código de 1936, el nuevo Código de 1980 se ha comprometido con una noción del nexo de causalidad, la cual tomó, casi libremente, del C.P. italiano, pero a medias, pues no transcribió en la ley colombiana todas las disposiciones que sobre este tema trae la legislación de ese país. Solamente se limitó a tomar el art. 40 que corresponde al art. 21 de nuestro Código. Esta norma no aparecía en el proyecto de 1974 y correspondió a la Comisión de 1976 la responsabilidad de abordar

normativamente esta cuestión y las posteriores Comisiones aceptaron esta decisión, esto es, involucrar al Código en esta especie de "zona sísmica" del derecho penal que es el tema del nexo de causalidad.

Ahora bien: estamos de acuerdo en la necesidad de una formulación legislativa respecto del nexo de causalidad material que debe correr entre el hecho y el resultado que forma parte del contenido del delito o de sus agravantes y por eso se saluda con beneplácito la aparición del art. 21 en el nuevo Código Penal, así se haya hecho uso de una norma vieja, criticada y controvertida del C.P. italiano. Por fortuna esa norma es tan amplia y elástica que permite formular, con base en ella, una solución adecuada, correcta y de acuerdo con los principios de la equidad y la justicia que informan el derecho penal moderno, el cual actúa sobre un plano de defensa de los intereses individuales sin olvidar el interés público o social de la comunidad, que en los tiempos que corren tiene que librar una batalla sin cuartel contra el fenómeno de la criminalidad siempre creciente e invasor de la tranquilidad colectiva.

El art. 21 del nuevo C.P. dispone que, para la existencia del hecho punible, es menester que el resultado del cual depende su existencia, debe ser la consecuencia de la acción u omisión. Pero cuándo la una y la otra se colocan como antecedente, vale decir, cuándo son la causa del resultado? La respuesta parecería sencilla. Causa de un resultado son los antecedentes necesarios y suficientes para producirlo, son los que sin los cuales el resultado de ninguna manera se verificaría. Esos antecedentes o condiciones son los que de por sí, sin la intervención de otros concomitantes o preexistentes, serían aptos para obtener aquella modificación del mundo externo (resultado) que forman parte del contenido del hecho punible. Pero como el hombre, en general, no pone ni coloca todos los antecedentes que son indispensables para formar la causa de un hecho (resultado), entonces el antecedente que debe colocar el sujeto, concretado en su acción u omisión, es aquél que es idóneo para producir el resultado. Esta idoneidad del accidente que se establece caso por caso, requiere un juicio concreto, teniendo en cuenta todos los elementos del hecho en particular, pues se trata de una valoración o juicio en concreto. En efecto, para que una conducta pueda ser idónea para producir un resultado, no es necesario que tenga la probabilidad, sino que basta una posibilidad de cierto relieve, lo cual se puede establecer trasladando la mente al momento en que la conducta fue ejecutada, mediante el sistema del llamado pronóstico póstumo y acompañado de un criterio en concreto y en relación con las circunstancias reales del tipo penal.

De manera que según la interpretación que podemos darle al art. 21, para que un resultado se considere la consecuencia de una acción u omisión, es preciso que en el momento del hecho tal persona haya puesto un antecedente o condición calificado de ese resultado, el cual se determina y se considera por la relevante posi-

bilidad para ocasionarlo. En esta forma se acoge la teoría expuesta por el profesor Grispigni y adaptable a nuestra legislación.

Para terminar el análisis del nexo de causalidad conviene advertir que ese mismo art. trae un inciso relativo al fenómeno del nexo causal en la omisión, el cual dispone que cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, y pudiendo hacerlo, equivale a ocasionarlo. Este inciso parte del supuesto de que no constituye obligación para todos los ciudadanos impedir un resultado antijurídico o delictuoso, sino solamente en los casos en que la persona tiene el deber jurídico de impedirlo. La norma es, pues, muy clara, pero requiere algunas precisiones. En efecto, de la disposición que comentamos se deduce que la causalidad entre la omisión y el resultado no es suficiente, ya que la ley requiere, no solamente que se determine el resultado, que éste sea consecuencia de la omisión, sino que además que el sujeto se haya abstenido de cumplir con un deber de naturaleza jurídica, cual era el de impedir su verificación. Pero no se trata de un deber cualquiera, sino de un deber de naturaleza y carácter jurídico y no simplemente moral o ético. Entonces, el deber que viola el que omite debe estar indicado en el ordenamiento jurídico del Estado y puede ser un deber general, relativo a todos los ciudadanos o específico, dirigido a un individuo o grupo, puede provenir de una orden de autoridad competente o de una providencia jurisdiccional, puede ser de derecho penal o extrapenal, de derecho público o privado, expreso o tácito. En definitiva el deber tiene que encontrar su origen y su fuente en la ley positiva, razón por la cual se excluiría la costumbre o la práctica social.

Siguiendo en el estudio de este primer elemento queremos recordar que al principio se decía que la conducta debe ser típica, debe corresponder a un tipo legal penal y que la **tipicidad es una característica de la conducta** o del hecho humano que para ser ilícito, debe presentar precisamente el atributo de la subsumibilidad o de la adecuación o de la correspondencia, como se quiera llamar, a un modelo o tipo legal penal o figura delictuosa.

En el concepto de tipicidad se hace indispensable distinguir la noción de **tipo** y de **adecuación típica**, porque se trata de dos conceptos diferentes, aunque complementarios, como se verá en seguida. El **tipo** es la abstracción concreta que ha realizado el legislador o los detalles necesarios para la descripción del hecho que se cataloga en la ley como delito. En otras palabras, el tipo consiste en el conjunto de los elementos que de acuerdo con una norma debe presentar la conducta humana para que sea sometida a una pena. La **adecuación típica** o subordinación es la correspondencia o acuerdo de la conducta humana con la figura, modelo o tipo abstractamente descrito en la disposición penal. Es, dicho de otra manera, la subsumición del hecho concreto en la descripción legislativa. En el primer caso, o sea, el tipo, es la conducta concretada en la norma; y en el segundo, esto es, la adecuación típica, es la conducta que el

hombre desarrolla en el mundo exterior y que ha sido descrita de antemano en la ley, en el sentido de que tal conducta se encuentra ligada y puede ser adecuada o subsumida en un tipo legal penal.

De otra parte, es también necesario anotar que en la reconstrucción sistemática del tipo o modelo legal, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: la conducta y sus diversas modalidades o especies; el sujeto activo del tipo; el resultado de la conducta; el tiempo, lugar e instrumento de la conducta. En cuanto a esta última se puede anotar que es captada por la norma o tipo legal partiendo de la realidad y la describe con una serie de datos, en la forma como se puede desarrollar en el mundo externo, pero naturalmente los más importantes, de acuerdo con el criterio del legislador y la técnica legislativa que adopte, de manera general y abstracta, unas veces en forma sencilla y otras en forma compleja, unas veces mediante la descripción de aspectos o datos meramente objetivos, pero también con referencia a conceptos normativos o proyecciones de índole subjetiva referidas a la finalidad que persigue el agente. Por esta razón se dice que en la estructura del tipo concurren tres clases de elementos: descriptivos, normativos y subjetivos, que no es el caso de analizar en este momento.

Empero, debemos hacer, aunque sea en breve referencia, para terminar el análisis de este primer elemento del delito, a los tipos **complementarios** o de **amplificación**. En efecto, en no pocas ocasiones sucede que el agente no realiza en su totalidad la conducta descrita en el tipo legal penal, ejecutando actos idóneos y dirigidos típicamente a la consumación del delito dando comienzo a su ejecución o no alcanzando el resultado que forma parte del contenido del ilícito, por circunstancias ajenas a su voluntad. En este caso estamos en presencia de un conato o tentativa de delito, lo que significa que no hay consumación. En no pocas ocasiones también puede suceder que el agente busque la colaboración, la ayuda, la cooperación de otras personas para la realización y consumación del hecho punible y que estas efectivamente concurren con el agente a la realización de su designio criminoso participando en la ejecución de la conducta descrita en el tipo legal penal. En este evento estamos en presencia del fenómeno de la participación. A este propósito es necesario anotar que en la parte general de los códigos penales existen tipos que prevén estas dos situaciones y que sirven como complemento a manera de **amplificación** de los tipos señalados en la parte especial de dichos códigos. Son tipos esencialmente subordinados, puesto que no pueden existir ni tienen razón de ser, sino van conectados y relacionados con el tipo principal en donde se describe el hecho punible en la totalidad de sus elementos objetivos, esto es, en la totalidad de los comportamientos o conductas penalmente ordenados o prohibidos cuya realización es sinónimo de delito. Los tipos complementarios o de amplificación previstos en la parte general del nuevo Código Penal son la **tentativa**, art. 22, y la **participación**, arts 23 y 24, cuyo contenido y redacción han variado.

En lo que respecta a la tentativa, el Código Penal próximo a expirar la describe en diversas figuras: el delito imposible, la tentativa propiamente dicha, la frustración y el delito desistido, lo cual ha traído como consecuencia dificultades de orden práctico, controversias jurisprudenciales y doctrinales y, en fin, dificultad en la aplicación de las normas. Ahora, el nuevo Código Penal, ha eliminado el fenómeno del delito imposible, en homenaje al principio según el cual no hay delito sin tipicidad; la tentativa desistida por cuanto que se trataría de un comportamiento no reprochable en vista de que no lesiona o pone en peligro ningún interés jurídicamente tutelado; y la frustración que con la tentativa quedó refundida en una única disposición. En efecto, el art. 22 dispone que ocurre la tentativa cuando el que iniciare la ejecución de un hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, el agente sufrirá una pena disminuida a la prevista en el tipo del delito de que se trate.

Lo primero que se observa de la lectura de esta disposición es que la figura de la tentativa se refiere tanto al delito como a la contravención, pero no sucede lo mismo respecto de los delitos culposos, los omisivos y los que de por sí constituyen un atentado, bien porque la ley establece que no es posible la tentativa cuando hay ausencia de intención; porque la norma establece anticipadamente el momento consumativo del hecho como, por ejemplo, en las figuras de los arts 111 y 114, en donde se tipifican autónomamente actos dirigidos a un fin o resultado determinado, sin que sea necesario que se realice, y cuya punibilidad, como atentado simplemente, se prevé por razones de mera política criminal, como delito autónomo y no como delito imperfecto. De la misma manera, sucede con los llamados delitos formales, en donde el resultado se confunde con la acción o mejor en donde no hay resultado, puesto que la realización de un acto o de la acción configura inmediatamente el tipo penal, ya que tales delitos formales son aquellos en que la conducta está constituida por un único acto.

De acuerdo con la nueva norma sobre la tentativa, los requisitos de ésta serían tres: a) realización dolosa de actos idóneos; b) inequívocamente dirigidos a la realización de un hecho punible; y c) no consumación del hecho punible por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Los dos primeros requisitos se distinguirían por ser elementos **positivos** y el último por ser indudablemente **negativo**, el cual obraría como condición diferenciadora entre la tentativa y el delito consumado.

Respecto del primer requisito observamos cómo corre una reducción totalmente diversa entre las normas del Código de 1936 y el nuevo, pues el primero habla de "dar principio" a la ejecución de

un delito o ejecutar "todos los actos necesarios", etc. y no obtener el resultado, en ambos estatutos, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Como es de todos conocido, el Código próximo a expirar distingue entre la tentativa incompleta o inacabada y la frustración o tentativa completa o acabada, distinción que el nuevo Código elimina normativamente, aunque como es obvio se presentará en la práctica.

Nos vamos a detener un poco en el análisis de la expresión "actos idóneos" que usa el nuevo Código Penal al definir la tentativa. No hay duda de que surgirán en la doctrina y en la jurisprudencia problemas, seguramente casi insolubles, porque qué criterio debe emplear el intérprete para determinar y saber cuándo los actos son idóneos? Por qué el legislador utiliza en plural la palabra "actos"? Es que no se puede dar comienzo a la ejecución de un delito con un solo acto idóneo y no alcanzar el resultado por una circunstancia ajena a la voluntad del agente?

En primer lugar, a nuestro modo de ver, salvo mejor opinión, para saber si los actos son idóneos debe cumplirse, por parte del juez, una valoración de ellos en concreto y no en abstracto. Naturalmente como lo anota la doctrina, especialmente italiana, a propósito del análisis del art. 56 del Código de ese país, si la valoración que se hace de la idoneidad de los actos es en concreto, se presentaría la objeción de que precisamente porque no se consumó el delito, los actos no eran ciertamente idóneos para alcanzarla. Y si se valora en abstracto, quedarían por fuera muchos actos y se considerarían como idóneos, aquellos que concretamente lo eran para consumir el delito, el cual no se obtuvo por factores causales ajenos a la conducta y voluntad del agente. Muchos autores se refieren a la idoneidad del medio, más que a la idoneidad de la conducta, pero la verdad es que el medio, por si solo, no puede ser en abstracto idóneo o inidóneo! por ejemplo el agua azucarada es inidónea para causar la muerte por envenenamiento, pero puede ser idónea si se le suministra a un diabético.

En realidad el problema de la idoneidad de los actos hace relación indudablemente al nexo de causalidad material. El principio de la causalidad material, en efecto, permite considerar que si un determinado resultado no se ha verificado, significa que las condiciones que se presentaban como indispensables para su verificación no se han reunido en su totalidad, pues si una conducta no produce un resultado, es porque era inidónea para producirlo con base en el principio de la causalidad material que el nuevo Código postula en el art. 21. Y al contrario, si produce el resultado, es porque la conducta era absolutamente idónea para producirlo y consumarlo.

Naturalmente que la idoneidad de los actos se deduce también de su **univocidad**, pues no olvidemos que la ley habla de actos idóneos inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho punible, requisito no hay duda que está íntimamente ligado con el an-

terior. La univocidad es un concepto objetivo, es una exigencia que se hace al agente para que su conducta se dirija, sin posibilidad de equívocos, directamente a la consumación de un delito determinado. Postula también un ingrediente subjetivo en la tentativa, pues a través de este requisito, se está señalando la intención del agente, que no puede ser otra que la de cometer un delito determinado, el cual no se perfecciona, no obstante su intención, por una causa o circunstancia ajena a su voluntad.

Esto es en cuanto a la tentativa; en cuanto a la participación, norma también amplificadora, ya vimos que está prevista en los arts. 23 y 24 del nuevo Código Penal. En el art. 23 se describe al autor propiamente dicho y al autor intelectual. La norma no está correctamente redactada, porque si el autor es el que realiza la conducta descrita en el tipo, esto es, el que ejecuta materialmente el comportamiento, este autor no debería estar mencionado en el tipo amplificador de la participación, porque ya lo está en el tipo básico de la parte especial, cuando precisamente se describe el sujeto activo del delito. Si el art. 23 citado dice que es autor "el que realice el hecho punible", es indudable que tomado literalmente se refiere al sujeto activo principal, ya señalado, como es los que deberán estar indicados en el tipo complementario de la participación. En efecto, realizar un delito es ejecutar en su totalidad fáctica la conducta descrita en la norma, lo cual corresponde al sujeto activo primario pues el coautor es el que interviene apenas en la ejecución o la auxilia. Con esta debida observación, corresponde analizar brevemente los arts. 23 y 24 del nuevo Estatuto Penal. De su atenta lectura deducimos que en la ley en lo que se refiere a la participación, distingue en el primer artículo el **autor realizante** y el **autor determinante**, y en el segundo al **cómplice contribuyente** y al **cómplice ayudante**, todos los cuales se entienden comprendidos dentro del término genérico de copartícipes que estudiaremos separadamente a continuación.

Autor realizante. Esta clase de partícipe es el que en la doctrina tradicional se le conoce como **autor material**, por cuanto que, en tratándose del fenómeno de la participación, es el que realiza conjuntamente con otro u otros sujetos la conducta descrita como delito en la ley. En efecto, observamos que el art. 23 emplea el verbo realizar, el mismo utilizado en el art. 19 y 35, cuando habla en la primera disposición, de que el delito puede ser realizado por acción u omisión y, en la segunda, cuando se refiere a que tal hecho debe ser realizado con culpabilidad. En ambos casos **realizar** es ejecutar el delito en todos sus elementos integrantes y estructurales indicados en el art. 2, esto es, la conducta típica, la antijuricidad y la culpabilidad. De manera que en el instituto del autor realizante se parte del supuesto según el cual varios agentes concurren mediante acuerdo expreso o tácito, deliberado o repentino, a la comisión de un delito, el cual ejecutan material, ilícita y culpablemente. En consecuencia, en esta clase de participación se requieren los siguientes elementos:

1) La existencia de una pluralidad de sujetos, requisito éste ciertamente indispensable, como que es la esencia misma de la co-participación criminal;

2) Es indispensable que los autores (o mejor los coautores) realicen la conducta descrita en el tipo penal en su aspecto material.

3) Es preciso que intercorra un nexo de causalidad entre las conductas de los autores realizantes y el resultado obtenido; y

4) Es necesario que los sujetos concurren culpablemente a la realización del hecho. Esto nos permite formular la tesis, según la cual de acuerdo con el nuevo Código la participación culposa es posible. En el Código próximo a expirar la doctrina negaba esta clase de participación y solamente aceptaba la dolosa.

Autor determinante. Esta clase de partícipe es el que determina o instiga o impulsa a otro a realizar el delito. En la doctrina se le designa generalmente con el nombre de autor intelectual. El autor determinante implica o supone la existencia de uno o varios autores realizantes del delito en su aspecto material, porque el intelectual no ejecuta materialmente la acción o la omisión, bien porque no lo desea o no puede. En él nace la idea delictuosa y se la comunica a otro para que la ejecute, convirtiéndose, como decían los clásicos, en el motor o la causa moral del delito. El autor determinante instiga, excita, provoca e induce a otro a obrar y participa, entonces, en el hecho delictuoso con voluntad y no con comportamiento material. Por eso se habla de concurso de voluntad sin concurso de acción. Sus elementos son: 1) voluntad de concebir, planear la idea criminosa y la de inducir, instigar, aconsejar, mandar, etc., a otro a la realización del delito; y 2) la realización material del hecho por el autor realizante el cual lo ejecuta en la totalidad de sus elementos fácticos y jurídicos.

Cómplice contribuyente. Es el que colabora y presta un auxilio de cualquier naturaleza al autor realizante o material, sin participar en la realización de la conducta del tipo legal de que se trate. Presupone, pues, la existencia de un autor que ejecuta el hecho típico, antijurídico y culpable al cual concurre este partícipe prestándole una colaboración o auxilio útiles.

En el sistema del Código Penal próximo a expirar se distingue la complicidad en primaria o necesaria y en secundaria o no necesaria, según el grado de colaboración prestada. En el primer caso se tenía cuando la cooperación del cómplice era de suma importancia de manera que sin ella el autor o autores no habrían podido cometer el delito; y en el segundo cuando se cooperaba de cualquier otro modo a su ejecución, es decir, se trataba de un auxilio o ayuda de poca entidad y no indispensable para la comisión del delito. En cambio, el nuevo Código Penal no hace esta clase de distinciones y no mira en absoluto a la importancia de la colaboración o cooperación en el delito. En este aspecto habría que criticar y manifestar

nuestra inconformidad, porque si el nuevo Estatuto gradúa la pena con base en la culpabilidad del agente, es lógico que se presente como mas reprochable y reprobable quien preste un auxilio o contribución sin el cual el delito no habría podido cometerse. Unificar la pena en estas dos clases de complicidad y disminuirla en frente a la autoría material para el caso de la llamada complicidad primaria, es una injusticia que no consulta el principio doctrinario de la culpabilidad que dice consagrar el nuevo Código.

Complice ayudante. Esta es la segunda forma de complicidad de que habla el art. 24 y consiste en que el partícipe presta una ayuda al autor realizante o material, con posterioridad al delito y conforme a una promesa anterior a su consumación. La ayuda puede ser de cualquier naturaleza, bien puede consistir en proteger al autor material, ayudarlo a eludir la acción de la justicia, borrar las huellas del hecho delictuoso o asegurar su producto.

Podemos afirmar que este nuevo Código, respecto del tema de la participación criminal, no ha sido muy afortunado, pues las normas del Código de 1936 son mejores en su redacción, mas técnicas y mucho mas claras que las comentadas. En la Comisión redactora de 1972 su presidente, profesor Gutiérrez Anzola, propuso e insistió en que fuesen mantenidos en "su esencia y también en su redacción actual" los arts. 19, 20, 21 y 22 del Código próximo a expirar. Esa Comisión y las posteriores, naturalmente con muy buena intención, pero con menor técnica legislativa, decidieron diversamente.

2º LA ANTIJURICIDAD

Siguiendo en el estudio de la estructura del delito encontramos que su segundo elemento es la "antijuricidad", pues así está indicado en el art. 2 como en el art. 4, especialmente este último que da un concepto sobre este fenómeno cuando dice que para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, un interés jurídicamente tutelado. Esta es una verdad bien sabida que consagra el nuevo Código Penal. Es el principio de la ilicitud o de la antijuricidad, como elemento del delito. En efecto, la esencia del hecho punible es la de destruir, lesionar, disminuir o poner en peligro un interés jurídicamente tutelado el cual pertenece a la comunidad en general o al sujeto paciente del hecho en particular o a ambas partes. No hay delito sin ofensa efectiva o potencial de un interés penalmente protegido, no hay hecho punible sin que se lesione o ponga en peligro un bien tutelado en el ordenamiento jurídico del Estado, porque un hecho que no tenga esta característica jamás será tipificado como delito por el Estado que pretende ser el supremo representante de los intereses de la comunidad. Si la conducta típica, de otra parte, es ordenada o impuesta por el ordenamiento jurídico, no puede ser al mismo tiempo prohibida, esto es, antijurídica, y una conducta autorizada aunque típica no puede ser también ilícita, son principios fundamentales del derecho, no solamente penal.

Pero qué es en definitiva la antijuricidad? Se ha dicho que ella es el elemento jurídico del delito. En efecto, no es suficiente una conducta activa u omisiva que corresponda a un tipo legal penal, en su aspecto puramente descriptivo, para que pueda hablarse de delito. Es indispensable su antijuricidad, su ilicitud, en virtud del principio ya enunciado que se resume en el apotegma **nullum crimen sine injuria**. Es evidente y no se puede ocultar que insignes autores, entre ellos Rocco y Antolisei, no consideran la antijuricidad como elemento estructural del delito, sino más bien como el *in se* del mismo, su verdadera esencia y, más que todo, como una característica y una propiedad intrínseca que se funda sobre un juicio de relación y como tal no susceptible de ser considerada en la misma posición que el comportamiento típico y la culpabilidad. Pero también es necesario reconocer que una gran parte de la doctrina, especialmente alemana e italiana, y ahora el mismo Código en los arts. 2 y 4, consideran la antijuricidad como elemento esencial del delito sin el cual no se puede hablar de él. Esta posición es correcta, porque para poder hablar del delito es indispensable una contradicción valorativa entre la conducta típica y el derecho. Observaba Carrara que la idea del delito es la de una violación de la ley, porque ningún acto del hombre se le puede reprochar si la ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito solamente cuando choca con la ley y pueda ser dañoso o malvado, pero si la ley no lo prohíbe no se le puede reprochar a quien lo ejecuta. Claro está que esta concepción mecánica y formalista de la antijuricidad como simple contradicción o colisión entre el comportamiento típico y la norma penal, sostenida por Carrara y los clásicos, no es del todo acertada, porque ella es ante todo la valoración que hace el juez que en presencia de una conducta típica descubre su carácter lesivo y su desacuerdo con las exigencias del derecho.

Naturalmente que el juez para formular el juicio de valoración sobre la lesividad de una conducta, necesita saber si quien realizó la conducta típica no obró cubierto por una causal que excluye precisamente la antijuricidad de su conducta, causal que la nueva ley penal, siguiendo una tradición, llama de justificación del hecho, las que están indicadas en el art. 29 y que no es el caso de analizar porque fundamentalmente son las mismas presentes en el Código de 1936.

Extendiéndonos un poco más en el estudio de este principio consagrado en el art. 4 y que se señala como elemento en el art. 2 del nuevo Código, podemos afirmar que en este nuevo Estatuto se consagra un principio obvio, cual es el resultado jurídico del delito, fenómeno legal muy diverso al resultado de la conducta atrás explicado. Es indudable que el delito debe producir un resultado jurídico, como que es una nota característica. Debe producir un perjuicio para alguien, un daño, una lesión efectiva o potencial de uno o varios bienes amparados por el derecho. Antiguamente se decía que el delito produce dos clases de daño: uno inmediato y otro me-

diato, según que se refiera al particular que ha sufrido los efectos de la conducta o a la comunidad en general que sufre por reflejo la acción del delincuente. Ahora, la doctrina moderna, tomando como base la división anotada, habla de un daño inmediato, de un daño social y de un peligro social producido por el hecho punible. En este orden de ideas, el delito produciría:

a) un daño o un peligro directo o inmediato de uno o varios bienes individuales o colectivos;

b) un daño social indirecto porque ataca las condiciones fundamentales de existencia de la sociedad en donde se produce, ya que debilita la autoridad del Estado y compromete el orden establecido por éste; y

c) un peligro social indirecto por el mal ejemplo que engendra y por presentarse como causa probable de nuevos delitos, ya sea en relación con el mismo sujeto o por parte de la víctima o de sus allegados o por parte de otras personas, como consecuencia del mal ejemplo o del contagio criminal que produce el hecho delictuoso.

De otro lado, es entendido que la ofensa o daño que produce el delito, el cual como se ha dicho puede ser efectivo o potencial, consistente en la disminución de uno o más bienes jurídicos individuales o colectivos, debe distinguirse netamente del daño civil que produce el hecho punible, cuya ocurrencia origina la obligación de repararlo, conforme al art. 103 del Código Penal. Este daño consiste generalmente en un perjuicio patrimonial que origina acción reparatoria e indemnizatoria, cuyos titulares son las personas indicadas en el art. 104 de la misma obra y cuyo sujeto pasivo es el reo o culpable.

Decíamos atrás que la antijuricidad, como segundo elemento del delito que forma parte de su estructura normativa, consiste en la valoración realizada por el juez de una conducta que sabe típica y con base en el ordenamiento positivo, en donde se concretan los valores e intereses que la sociedad necesita tutelar. Profundicemos un poco más este concepto. En efecto, un hecho es ilícito o injusto no simplemente porque está contrariando el mandato o prohibición contenidos en una norma penal. La antijuricidad es un concepto valorativo, en el sentido de que el juez descubre mediante el análisis el carácter lesivo del acto. Para comprender lo anterior es indispensable tener en cuenta que los fenómenos de la naturaleza y los fenómenos que forman la vida social están sujetos a leyes objetivas, que son independientes de la voluntad y de la conciencia de los hombres, y por ser objetivos expresan las relaciones entre dichos fenómenos. En cambio, las normas legales expresan la voluntad de la clase dominante y de la sociedad y son a su vez el reflejo de las condiciones sociales existentes, porque ellas son las que hacen posible su nacimiento y validez. La diferencia que existe entre las primeras y las segundas radica en lo siguiente: las leyes objetivas

del desarrollo social existen por si mismas, independientes de la voluntad, el deseo y la conciencia de los hombres; en cambio, las normas legales son impuestas por la clase que detenta el poder político y económico del Estado. Así, cuando se dice que el hombre realiza una conducta contraria al derecho, es porque su comportamiento está atentando contra las relaciones sociales existentes, puesto que las normas son un precipitado social y al contrariarlas se está desconociendo y vulnerando las relaciones en que se encuentran los hombres en dicho momento social, que en definitiva es lo que constituye el núcleo central del injusto. De manera que un hecho es justo cuando se conforma con su deber de realización y es injusto cuando es desarmónico con lo existente y, por consiguiente, antagónico con una norma de derecho. En ello radica el punto de partida para la valoración de la antijuricidad del delito.

Pero adentrándonos un poco más en el problema en cuanto a la comprensión del contenido de la antijuricidad y de las nociones de justo e injusto, lícito e ilícito, debemos hacer otras consideraciones. Todo acto humano, en lo bueno como en lo malo, tiende a satisfacer una necesidad del sujeto, puesto que el hombre no actúa sino acicateado por una necesidad, por un interés real, ya sea económico, político, cultural, moral, egoísta, altruista, etc. No es posible presentar un catálogo de estos intereses, los cuales pueden ser de cualquier naturaleza y, por lo mismo, inclasificables. A través de ese interés que mueve al hombre, éste satisface sus necesidades, altruistas o torpemente egoístas, pero que en general presiden su comportamiento como ser social. Necesidad e interés se entrelazan y confunden, y a su vez se presentan como grados del motivo que impulsa a realizar el acto, pero debe advertirse que al descubrir el motivo y la necesidad que se anida en el acto, todavía no sabemos si se trata de un comportamiento lícito o ilícito. Esta calificación no resulta ni se descubre considerando el acto en sí, tal como se presenta, sino en relación con algo y en relación con la forma como se satisfizo ese interés o necesidad, esto es, analizando y valorando el camino recorrido para llegar a la satisfacción y el método o métodos usados para su cristalización. La necesidad de comer, por ejemplo, se puede satisfacer mediante infinidad de comportamientos. Se puede comprar el objeto para calmar el hambre o se le puede sustraer sin el consentimiento del dueño o poseedor. Se puede matar para satisfacer una venganza o para salvar la propia vida, etc. En todos estos casos, la necesidad y el camino son iguales en cuanto satisfacen la necesidad de comer o de matar, pero mirados en perspectiva y en relación con su contenido descubrimos en seguida la diferencia fundamental entre ellos, porque, ante todo, partiendo de la valoración que de esas conductas hace el ordenamiento jurídico, por ejemplo el ordenamiento penal, vemos que el comprar para comer o el matar para defendernos está autorizado por el derecho, y el hurtar para comer y el matar para satisfacer una venganza precisamente están menospreciando un imperativo al cual se

debía observancia, cual es el de no matar y no hurtar, prohibidos por las normas legales del Estado.

En consecuencia, un acto es lícito o justo cuando mediante él se satisface una necesidad o interés autorizado por el derecho, y es ilícito o injusto, cuando mediante él se satisface una necesidad o interés prohibidos por el ordenamiento positivo. Por esta misma razón, la antijuricidad penal de una conducta típica consiste en que la forma de su desarrollo para la satisfacción de una necesidad, se presenta como lesiva de las relaciones existentes en la sociedad, concretadas en el ordenamiento jurídico del Estado. En otras palabras, la antijuricidad consiste en que el acto se presenta como desconocedor de alguno o algunos de los bienes e intereses tutelados en una norma penal, la cual es reflejo de las condiciones sociales existentes y se orienta a proteger los intereses sociales o individuales.

En estas condiciones se dice que la antijuricidad es la valoración que lleva a efecto el juez en cuanto a la lesividad del comportamiento, que es antagónico a los intereses tutelados en una norma penal. Es un juicio de desaprobación del acto, ya que el juez, en vista de las normas legales, lo encuentra reprochable por su carácter lesivo y por su contrariedad a un precepto penal. De este modo, la antijuricidad es un concepto objetivo, porque su esencia consiste en una relación de contrariedad entre la conducta del agente y el derecho con una norma que prohíbe u ordena, sin que cuente hasta este momento la culpabilidad que es el tercer elemento del delito. En efecto, la antijuricidad se manifiesta en un juicio de desaprobación de la conducta típica realizada, que en principio es independiente del elemento subjetivo del delito. Esa relación en que se funda la antijuricidad, tiene como términos y extremos la conducta y la norma de derecho, pero entendidas no subjetivamente como fuentes de obligaciones, sino como algo que está en contraposición con el interés jurídicamente tutelado. La antijuricidad constituye el juicio de desaprobación de un comportamiento; en cambio la culpabilidad, que analizaremos a continuación, consiste en el juicio de desaprobación del autor.

3º LA CULPABILIDAD

Dentro de la estructura del delito hemos señalado la culpabilidad como tercer elemento, con base también en el art. 2 y 5 del nuevo Código Penal. Concretamente esta última disposición estatuye que para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, y que queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Esta es una de las normas más importantes del Código y la que en realidad lo introduce en las teorías modernas del derecho penal, las cuales, como todo lo derivado del pensamiento humano, son cambiantes y movedizas, porque marchan en consonancia con

el progreso científico y las conquistas sociales. Este art. 5 es una puerta amplia y abierta por donde ingresa a nuestro país el derecho penal de la voluntad, en el sentido de que no hay delito y por tanto pena, si el hecho no es voluntario, si la conducta típica y antijurídica no es referible a la voluntad del agente, en sus manifestaciones de dolo, culpa o preterintención, conforme al art. 35. Es importante este principio de la culpabilidad porque conlleva el destierro total de la llamada responsabilidad objetiva, rezago de épocas superadas, en las que se penaba no por lo que se quería sino por el resultado material producido, aunque éste no pudiera ser referido a la voluntad del agente. En efecto, hay responsabilidad objetiva cuando la conducta típica y antijurídica se le atribuye al sujeto por el mero nexo de causalidad material, porque ha producido el resultado, sin necesidad de indagar si ha corrido un nexo de naturaleza sicológica entre él y su comportamiento. La responsabilidad objetiva es una excepción al apotegma **nullum crimen sine culpa**. Se trata de un caso anómalo de responsabilidad en el cual se pone a cargo del agente el resultado antijurídico solamente en cuanto es consecuencia de su acción o de su omisión, vale decir, solamente respecto a la simple causalidad material, sin que se establezca un ligamen sicológico entre el resultado y el agente.

Indudablemente, dice Bettiol, la responsabilidad objetiva es una forma anómala de responsabilidad penal en la cual el juicio de culpabilidad se fundamenta en la **suita** del resultado, esto es, en el nexo sicológico que ata un resultado dado a un individuo. Pero no siempre ha ocurrido así. En épocas históricas precedentes, sobre todo como consecuencia del influjo de las concepciones jurídicas germanas, el hecho se le imputaba al agente independientemente de la prueba respecto de la existencia del nexo sicológico. Por ejemplo, a quien caía de un árbol y mataba a una persona que se encontraba debajo, se le castigaba por homicidio. En estos casos era el suceso externo lo que importaba, independientemente de cualquier investigación en torno a la voluntariedad del resultado lesivo.

En el Código Penal próximo a expirar existen muchos casos de responsabilidad objetiva, en que se castiga por el simple daño producido, por el solo nexo de causalidad material, sin indagar sobre el elemento culpabilidad. En primer lugar, se incluyen las contravenciones en las cuales la simple omisión o acción hace responsable al agente. En segundo término, están como especies de responsabilidad objetiva los delitos agravados por el resultado, en los cuales no importa establecer si el resultado es querido o ha sido realizado como consecuencia de un obrar negligente, imprudente o imperito del agente. De este Código se pueden citar como ejemplos de responsabilidad objetiva los delitos contemplados en los arts. 206, 258, 263, 318, 396 y otros.

Ahora, de acuerdo con el art. 5 de este nuevo Estatuto, no podrá configurarse un delito, si tal hecho no ha sido realizado culpa-

blemente. Pero en definitiva qué es la culpabilidad? Es un juicio de desvalor o censura, por haberse cometido el hecho típico y antijurídico y se realiza judicialmente. El juicio evaluativo de reproche o censura, partiendo de las cualidades sicológicas que lo produjeron, se puede efectuar porque el reo voluntariamente ha realizado algo que no debía hacer o ha querido y ejecutado algo que estaba vedado en una norma penal. En otras palabras, la culpabilidad, como elemento del delito, es el juicio de reproche o de desaprobación que emite el juez con fundamento en el nexo de naturaleza sicológica entre el acto y el sujeto, porque éste al querer el acto y realizarlo, no obstante estar prohibido por la ley, ha demostrado una clara rebeldía y desobediencia hacia imperativos legales a los cuales debía observancia. Este juicio de reproche puede concretarse:

— en una rebeldía dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando lo acepta previéndolo al menos como posible, según el art. 36;

— en una rebeldía culposa, cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió imprudentemente en poder evitarlo, de acuerdo con el art. 37; y

— en una rebeldía preterintencional, cuando el agente realiza una conducta cuyo resultado, siendo previsible, excede a la intención, según el art. 39.

Naturalmente, para formular el juicio de reproche es indispensable que el sujeto en el momento de la acción tenga capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo a esa comprensión, deba ser imputable, debe tener capacidad penal en la forma ya explicada. Pero la imputabilidad no se debe confundir con la culpabilidad. Es necesario aclarar que la imputabilidad no es elemento constitutivo del delito, sino su presupuesto, pues pertenece al sujeto y no a la acción. Como se ha afirmado para que exista el delito es menester que preexista esa capacidad del sujeto como condición para actuar culpablemente, con dolo, culpa o preterintención, ya que se presenta como un precedente indispensable para formular el juicio de reproche que está a su base. La imputabilidad, como presupuesto del delito es una condición, un modo, una manera de ser del agente, maduro y sano de mente, y no una condición del comportamiento típico que él debe realizar antijurídica y culpablemente, requisito este último que no puede darse cuando el agente carece de antemano de capacidad de comprensión y de determinación, cuando es incapaz de antemano de representarse el hecho, de comprender su valor, de dirigir su actividad conforme o en desacuerdo a una norma penal.

De modo que la imputabilidad es presupuesto del delito y a su vez de la culpabilidad. No hay delito sin imputabilidad y la culpabilidad no es posible sin ésta. Para que exista culpabilidad, en un primer momento, es preciso que el sujeto sea sano de mente y ma-

duro psicológicamente, pues el ordenamiento jurídico, en su art. 31, a **contrario sensu**, no responsabiliza penalmente sino a quienes exhiben una especial y completa madurez y son mentalmente sanos, esto es, imputables. De manera que la imputabilidad funge como presupuesto de la culpabilidad, ya que si ésta, como se dijo antes, se basa en un juicio de desaprobación o de reproche, tal juicio no puede formularse sino sobre persona capaz penalmente que ha realizado el hecho típico y antijurídico.

Ahora bien: la diferencia que corre entre la imputabilidad y la culpabilidad, como lo anotaba agudamente un penalista italiano, es la misma que existe en materia civil entre la capacidad de contratar y el consentimiento, pues una cosa es la posibilidad de querer y otra la voluntad; una es la idoneidad de expresar la voluntad y otra es su manifestación concreta. Es posible que exista la imputabilidad y no la culpabilidad. Mientras la culpabilidad es un elemento del delito, en cambio la imputabilidad no lo es porque ésta debe entenderse como un estado, un modo de ser, una condición del sujeto, distinta del delito y antes de él, como antes se anotó.

En el estudio de la culpabilidad, como elemento del delito, conviene relacionar los artículos que la sustentan con el 61 del nuevo Código penal, en donde se establecen los criterios para aplicar la pena o mejor para fijarla, los cuales, sin lugar a dudas, se refieren a la capacidad criminal del agente, pues dicha disposición habla que tales criterios serán la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación y la personalidad del agente.

Esta norma del art. 61 no debe tenerse como aislada del ordenamiento jurídico, ni simplemente como precepto que señala los criterios para fijar la pena, sino que es necesario estudiarla en función y recíproca interacción con el elemento del delito que venimos explicando. Se ha dicho que la culpabilidad consiste en la atribuidad subjetiva del acto al reo y que el juicio evaluativo de reproche que se emite tiene como objeto y fundamento la conducta antijurídica que pertenece al agente, o sea, que este juicio y esta pertenencia subjetiva deben enmarcarse dentro de la entera personalidad criminológica del agente y en su capacidad criminal.

La doctrina moderna se ha esforzado notablemente por encuadrar este elemento denominado culpabilidad en la esfera de la personalidad del agente, porque, según Bettiol, si la culpabilidad consiste en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta, dicho nexo no debe considerarse como incoloro, sino como reflejo de toda una serie de tendencias, aptitudes, características personales, y, en una palabra, la entera personalidad del agente. Cuando más sea la conducta expresión de la personalidad del autor, mayor será su culpabilidad; y mientras más la conducta se demuestra extraña a las características personales del agente, menor será el grado de culpabilidad. Por esta razón, algunos autores, entre ellos Ranieri, conside-

ran que el elemento subjetivo del delito, con referencia a su origen, es una manifestación del carácter del reo en relación con determinada infracción, en la cual se reflejan las condiciones síquicas de su autor. De allí la necesidad de investigar la personalidad del agente y su capacidad criminal, con el fin de comprender en su significado profundo el problema de la culpabilidad como elemento del delito, pues la acción, en su aspecto subjetivo, no se puede aislar del estudio de la personalidad del agente que ha sido su causa síquica.

Este estudio de la capacidad criminal y de la personalidad criminológica del autor debe tener una base de derecho positivo y nosotros creemos encontrarla en el nuevo ordenamiento, en el nuevo Código Penal, precisamente en el art. 61 citado. Dicha norma dispone que entre los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena al delincuente, teniendo presente como base los siguientes criterios:

- a) la gravedad y modalidades del hecho punible;
- b) el grado de culpabilidad;
- c) las circunstancias de agravación o atenuación; y
- d) la personalidad del agente.

De lo anterior se colige que, para comprender la intensidad de este nexo de naturaleza psicológica que debe existir entre la conducta y la siquis del agente, es indispensable estudiar la entera personalidad del reo, a fin de establecer la gravedad y modalidades de la conducta cumplida. Todas estas cuestiones importantes y de interés para el juicio de reprochabilidad que debe emitir el juez con base en un comportamiento típico y antijurídico, han de estudiarse bajo el epígrafe de la capacidad criminal del agente, la cual nos sirve también, una vez estudiada en todos sus aspectos, para comprender la naturaleza, color y gravedad de la culpabilidad como elemento del delito.

Es menester aclarar que lo dicho anteriormente no tiene nada que ver con la concepción alemana denominada **culpa de autor**, que han expuesto algunos penalistas de tendencia nacionalista. En efecto, en la doctrina alemana se habla de culpa de autor (*Taterschuld*), en el sentido de que el juicio de desvalor y de reprochabilidad en el cual se fundamenta la culpabilidad, no tiene por objeto el hecho en particular cometido por el agente, sino las características síquicas y el estado subjetivo de éste. Al reo se le reprocha el acto no por lo que hace, sino por lo que es, o sea, por su inclinación al delito y su maldad, por cuanto había tenido la posibilidad de formarse una actitud síquica diversa. En cada delito se manifiesta, dicen sus teóricos, la personalidad criminal de un tipo de autor dado, razón por la cual, al examinar determinado delito, el intérprete debe reconstruir una figura de autor según la forma como el legislador ha concebido en el momento de dictar la norma.

Esta doctrina ha sido vivamente combatida en Italia por Antolisei y Petrocelli, principalmente, los cuales sostienen que una vez que se reconozca al Estado el poder de castigar al hombre por sólo ser moralmente perverso, no hay motivo alguno para excluir que pueda castigarle porque, por ejemplo, profese determinadas ideas políticas o religiosas. Si hemos hecho una divagación en torno a esta doctrina, es porque hay cierto Estatuto de Seguridad donde parece concretarse un tipo de autor, cual es el que no está de acuerdo con el sistema o profesa ideas contrarias a lo estatuido.

Ya hemos dicho y definido las formas de culpabilidad, esto es el dolo, la culpa y la preterintención. La innovación que trae el Código en este aspecto, es que a diferencia del de 1936 trae una definición del dolo y de la preterintención, en los arts. 36 y 38, respectivamente, temas estos que darían material suficiente para otra oportunidad, lo mismo que las causales de inculpabilidad previstas en el art. 40.

La tarea era simplemente la de dar una visión muy general y global de los elementos del delito que forman en su conjunto su estructura normativa, a la luz de las disposiciones del nuevo Código Penal. Como toda obra humana este Código puede tener defectos, errores y vacíos, pero si se quiere emitir un juicio justo se debe afirmar que constituye un progreso y un avance de nuestro ordenamiento jurídico, porque en él se han introducido conceptos modernos y sobre todo se ha elaborado con una mejor técnica y un mejor método. Solamente la práctica judicial y la aplicación dinámica de esta obra nos dirá si el esfuerzo de los juristas que lo prepararon corresponde a los anhelos de esta sociedad tan afligida por la delincuencia cada día creciente e invasora de la tranquilidad pública.

Para terminar quisiera proponer en base a todo lo dicho y teniendo en cuenta las normas del nuevo Código Penal una definición del delito o mejor una noción integral y normativa en donde se comprendan todas sus características, todos sus elementos y todos sus requisitos, la cual puede ser materia de discusión.

Como se observaba antes, el nuevo Código Penal parte de una noción tricotómica del delito, puesto que lo considera como el hecho típico, antijurídico y culpable. Se trata de un concepto meramente esquemático y general, en donde se consagran los tres elementos que gobiernan toda la teoría del delito y que son el fundamento y los puntos básicos para su análisis normativo. Teniendo presente esta guía o derrotero legislativo y observando en conjunto las disposiciones que en concreto se refieren y rigen al delito en el nuevo Código penal, podríamos ofrecer una noción integral y completa del mismo, en la siguiente forma:

"Es un hecho negativo o positivo (acción u omisión) del hombre que reproduce la hipótesis abstracta delineada en la ley penal (TIPICIDAD), contrario a una norma porque se presenta como una lesión o peligro de lesión, sin justa causa, de un interés jurídicamen-

te tutelado (ANTI JURIDICO) y porque ha sido realizado por su autor teniendo la capacidad de comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo a esa comprensión (IMPUTABILIDAD), bien porque conoce el hecho y quiere su realización o porque lo acepta previéndolo como posible (dolo) o bien porque lo realiza por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo (culpa) o, finalmente, porque cuando el resultado que produce el agente siendo previsible, excede a su intención (preterintención) (CULPABILIDAD), lo cual le ocasiona una pena criminal (PUNIBILIDAD)".

La definición legal que ofrecemos del delito a la consideración de los penalistas y estudiosos del nuevo Código Penal, parte de la previsión normativa del art. 2 y se complementa y se amplía hasta alcanzar su noción integral, completa y total del delito, conforme a la nueva legislación. Esta definición integral ha sido elaborada en base a las disposiciones que en forma normativa y jurídica describen los elementos que forman la estructura y la economía conceptual del delito. Con esto intentamos elaborar teoría colombiana partiendo del Código. No estamos descubriendo nada, sino reconstruyendo el sistema jurídico penal nuestro en un orden de conocimientos que reflejan la nueva realidad del derecho penal colombiano.

Bogotá, Octubre de 1980

PROBLEMAS DE INTERPRETACION

JURIDICA EJEMPLIFICADOS

(ESTATUTO DE SEGURIDAD VS. CODIGO PENAL)

Dr. Laureano Contreras Vergara

A Ana Cecilia Cartagena Hernández +

"Un objetivo generalmente admitido puede ser puesto en tela de juicio en circunstancias en que nos preguntamos si vale la pena perseguirlo y, por tanto, cuál es su valor".

Henry Batiffol

EL HECHO

"De acuerdo con informe suscrito el 25 de febrero del corriente año por dos agentes de la policía adscritos a la estación de... y con la denuncia formulada en la misma fecha por el señor..., este último, el día mencionado, en las horas de la madrugada, fue víctima de un atraco perpetrado dentro de un bus de servicio público por cuatro individuos que lo despojaron de un reloj y de los zapatos".

Consideraciones del Juzgado Municipal que conociera del anterior hecho:

"En criterio de este Despacho cuando tres o más personas armadas realizan alguna o algunas de las conductas descritas en el artículo tercero del Estatuto de Seguridad, se hacen acreedoras a la sanción allí establecida, independientemente de que se compruebe que estaban agrupados en forma permanente, porque entonces concurriría la asociación para delinquir. Si cuatro o cinco individuos armados se apoderan de las pertenencias que determinado individuo

lleva consigo, y luego se disuelven, no queda duda que se ha tipificado la conducta descrita en el art. 3º del Estatuto de Seguridad; pero si a través de la investigación se comprueba que era una organización de carácter permanente, concurriría el delito de asociación para delinquir".

Consideraciones del señor Comandante de la Cuarta Brigada:

"De acuerdo con el criterio del señor Comandante de la Cuarta Brigada, las formas delictivas a que se refiere el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978, comúnmente conocido con el nombre de Estatuto de Seguridad, solamente son de conocimiento de la Justicia Penal Militar, a términos de la disposición novena del mismo, cuando se ejecuten en concurso con el delito de asociación para delinquir. Considera además, el señor Comandante, que todos los delitos a que se refiere dicho decreto sólo son de competencia de la jurisdicción especial mencionada en cuanto digan referencia a acciones ejecutadas por parte de grupos subversivos, que en ningún momento se puede aceptar que la Justicia Penal Militar tenga que conocer de delitos comunes por parte de particulares" (Relato del Tribunal Disciplinario, ut infra).

Decisión del Tribunal Disciplinario (Providencia del 21 de mayo de 1979, aprobada según acta Nº 26 del 18 de mayo de 1979):

"Le asiste, ciertamente, la razón a la señora Juez: Cuando el artículo 3º (Se refiere al Decreto 1923 de 1978, anotamos) dice que los que integren bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas... (y) mediante amenazas se apoderen de semovientes, valores o de cualquier cosa mueble ajena u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos... incurrirán en presidio de 10 a 15 años", es claro de por sí que está configurando como delitos, esas formas del actuar humano de ese modo concreto especificado. Más claramente: **que haya o no delito de asociación para delinquir, cuando tres o más personas, armadas, mediante amenazas se apoderen de bienes muebles ajenos incurrirán en el delito establecido en el mencionado artículo 3º, y su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Penal Militar**, conforme al mandato que se contiene en la norma 9ª del mismo estatuto, ya antes citada. Ahora bien: sin que sea preciso abundar en otros razonamientos, como está demostrado que en el robo de que fue víctima el señor... participaron cuatro personas armadas, ello significa que el conocimiento de ese delito corresponde a la Justicia Castrense".

PREGUNTAS

1ª Como en el caso del ejemplo intervinieron cuatro personas armadas puede decirse, de acuerdo con la providencia, que es suficiente la existencia de cuatro personas armadas para que se integren las bandas, cuadrillas o grupos de las que habla el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978?

2º Cuando el concurso de personas en el delito, o el sujeto activo plural de la infracción es institución del Derecho Penal General, el Tribunal Disciplinario enseña:

- A. Que el Decreto 1923 de 1978 se plenifica en sí mismo y es un estatuto ajeno a la Teoría General del Delito?
- B. Debe ser armonizado para su mejor comprensión con el Código Penal posibilitando la aplicación de estas normas, la introducción de los conceptos definidos en el libro primero?
- 3º Cuando al caso del ejemplo (sustracción de un reloj y un par de zapatos) el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978 le asigna una sanción mínima de 10 años de presidio, y el artículo 404 del Código Penal sanción mínima de 5 años:

- A. Es justo que por la sustracción del reloj y el par de zapatos el sindicado deba padecer, como se desprende de la providencia del Tribunal Disciplinario, una reclusión mínima de 10 años?
- B. Es mero formalismo legal la providencia y, en consecuencia, la función jurisdiccional es de técnica o ensamblaje?
- C. Es afán valorativo y creador, —la providencia—, como enseñanza a los jueces de la labor a realizarse por la rama jurisdiccional?

INTRODUCCION

Empecemos diciendo, con Max Ascoli, "que el problema de la interpretación es un tema fronterizo entre la dogmática y la filosofía del derecho" (1), para ir precisando objetivos. De tiempo atrás se ha afirmado, anota Diemer, en el extremismo característico de la dogmática: "Una dogmática surge cuando se absolutiza una teoría especial" (2). Mas, en el campo del derecho, este peligrosismo no es tal. Veamos por qué: la dogmática jurídica, como creación que es del positivismo, centra su objetivo en las normas. Y está bien que así proceda porque inicia la presentación de distinta faz del derecho —el abandono del derecho natural— siendo menester para ello, como enseña HARTMAN, "partir del plano de lo dado" (3), mirar hacia las normas por constituir éstas el primer objeto de aprehensión (la partida del plano de lo dado, que es la base de la nueva ontología,

1. Ascoli, Max. Citado por Fernando Gómez Mejía. *La Interpretación del Derecho*. Ed. Ananké, Bogotá, 1979, Pág. 125.
2. Diemer. "Para una fundamentación de un concepto general de ciencia", en *La filosofía científica actual de Alemania*. Simposio de Lógica y Filosofía de la Ciencia. Ed. Tecnos, Madrid, 1969. Págs. 61 y Sgtes.
3. Hartmann, Nicolai. *La nueva ontología*. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1974. Págs. 100-105.

deshace "la trama especulativo-metafísica de su antigua ontología" (4). Es necesaria la partida de lo real al inicio de la conceptualización. Por ello, con bastante razón, anota HUSSERL: "...no se pueden encontrar derechos fundamentales para la validez del concepto, para su realidad o irrealdad y, como consecuencia ulterior, para su aplicación al pretendido caso individual, mas que considerando lo que las percepciones o recuerdos reales nos proporcionen" (5).

En términos dogmáticos es la ley la única fuente del derecho, o más claramente, es la fuente preeminente del derecho. Es el ordenamiento jurídico su objeto de conocimiento. Pero el ordenamiento jurídico se transforma, es variable y contingente en el espacio y el tiempo. Así lo enseña la filosofía en palabras de DILTHEY, desde tiempo atrás: "De las relaciones de la filosofía con los distintos dominios de la vida humana se desprende el derecho de fundamentar y sistematizar no sólo el saber y las ciencias, sino también elaborar esos mismos dominios en disciplinas especiales, como son la filosofía del derecho, la filosofía del arte. Es indiscutible que cada una de estas teorías tiene que ser extraída de las condiciones históricas y sociales que componen el dominio del arte o la religión, del derecho o del Estado" (6). No es dogma, entonces, un derecho universalmente necesario y válido. Y entendiendo la dogmática, en términos ortodoxos, como "sometimiento riguroso del jurista a lo establecido como derecho positivo e imposibilidad de introducir variaciones o correcciones en la esfera de la aplicación judicial" (7), vino también a corregir el dogma de un derecho racional universalmente necesario y válido. Introdujo, por el sometimiento del jurista al ordenamiento escrito, el arma que dejara sin piso la concepción del derecho natural. Extraemos la razón de DILTHEY: al emerger las teorías de las condiciones históricas y sociales dan pie a las multiplicidad de ordenamientos jurídicos, por cuanto puede el derecho mostrarse en normatividades variables (8). En palabras más sencillas

4. *Ibidem*. Pág. 105.
5. Husserl, Edmund. *La filosofía como ciencia estricta*. Ed. Nova, Buenos Aires, 1972. Pág. 29. Subrayamos.
6. Dilthey, Wilhelm. *La esencia de la filosofía*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1956. Pág. 184. Subrayamos.
7. Hernández Gil, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Ed. Cívitas, Madrid 1976. Pág. 90.
8. Vivimos en un mundo constituido por la temporalidad. Ante una cosa cualquiera necesitamos su inserción en la historia, sin ella no la entenderíamos. Tenemos conciencia de estar en un tiempo determinado, destinado a pasar como los demás, a ser superado por otro. De allí, que la esencia de la filosofía sólo puede descubrirse en la realidad histórica de la que efectivamente ha sido, y la historia sólo es comprensible desde la vida en que se está. La filosofía analiza, pero no crea nada, sólo puede mostrar lo que existe. Es decir, renueva en forma más verdadera y radical la exigencia positivista de atenerse a las cosas, de no sustituirla por construcciones. La filosofía es la ciencia de lo real; de todo lo real, sin mutilaciones. (En estas ideas, repetidas en la obra citada de DILTHEY, ha de dejarse en claro sus objeciones a la filosofía de Comte —padre del positivismo francés— por cuanto esta es parcial, no ha tomado la realidad íntegra, tal cual es).

llas: la dogmática vino a decir que el dogma del derecho universal cedía a la pluralidad de ordenamientos jurídicos, a decir que lo anteriormente considerado como dogma ya no lo era.

No es entonces, como venimos de afirmar, el dogma un postulado incommovible. La dogmática en su tarea de conceptualización ha propendido a elaborar categorías lógicas expresivas de formalizaciones. Recibidos como dogmas los conceptos abstractos, circulan independiente de su génesis. Siempre con pretensión de verdad, en terrenos movedizos, se apuntalan los conceptos. Se inicia la especulación animando verdad. Y en su tarea el jurista sacrifica, incluso, los dogmas recibidos. La dogmática, que empieza siendo una exigencia de la concepción positivista proyectada sobre las normas, termina por rebasarlas⁽⁹⁾. No es entonces la dogmática mera técnica jurídica, no se reduce la labor del jurista a cuestiones de ajuste o ensamblaje. "La dogmática vino a superar las simples explicaciones exegéticas de los textos, al mismo tiempo que significaba someterse a los textos frente a la especulación filosófica"⁽¹⁰⁾. Vino la ciencia, y con ella la inducción, y con esta la analogía y la actividad discursiva deductiva. Con mayor sencillez: fueron elaborados criterios lógicos (abstracción para elaborar los conceptos y el silogismo) como soportes de la dogmática. Pero así como la dogmática superó el dogma, también desbordó la lógica formal, pues no siendo el análisis de las proposiciones jurídicas reductible a la lógica de los enunciados ni a la de las normas, obligó a la introducción de criterios sociológicos y valorativos⁽¹¹⁾. Así entendida la dogmática, aparece como la más cercana solución al problema planteado, desde años atrás, por el doctor ANTONIO HERNANDEZ GIL, como vocero del estructuralismo jurídico: el problema de la especificidad del Derecho y de la autonomía de un conocimiento científico recayente exclusivamente sobre el Derecho en cuanto tal y con criterios obtenidos de él mismo.

Queremos, con este tema, hacer un esfuerzo dogmático: mostrar como al interpretar las normas de derecho se hace menester especular con pretensión de verdad para comprenderlas acertadamente. Mostrar como la labor del juez es rica y creadora. Insistir en estas palabras de FERNANDO GOMEZ MEJIA: "La calificación

9. Abandonando las normas, y valiéndose de nuevas conceptualizaciones, la dogmática ha introducido postulados que en ningún momento constituyen metas. A manera de ejemplo citamos la institución del estado de necesidad que es un producto de la dogmática moderna. "El derecho canónico fraguó una doctrina completa del "raptor fame cogenti". El Derecho moderno ignoró la cuestión que la realidad se encargó de plantear con toda crudeza, obligando en casos forzar el tecnicismo legal, como aconteció ruidosamente en Francia. (Díaz Palos, Fernando. *Estado de necesidad*. Ed. Bosch, Barcelona, 1971, Págs. 83 y 90.

10. Hernández Gil. *Ob. cit.* Pág. 139.

11. *Ibidem.* Págs. 88-95, 142-143.

de la labor del juez como tarea mecánica de aplicación de la ley no resiste hoy el análisis. Según la frase de Portalis, principal redactor del Código Civil francés, aquella concepción, procedente de Montesquieu, llama al juez a juzgar como si los legisladores fuesen dioses y los jueces no llegasen siquiera a la categoría de hombres"⁽¹²⁾. Si alcanzáramos a soslayar siquiera la actitud creadora de los funcionarios judiciales, a dejar en claro que nuestra tarea no es mecánica, que la interpretación de las normas es función tan importante como su concepción, es más, que es labor más importante que su creación; pensaríamos en el logro de nuestro propósito con este trabajo.

EL ASUNTO JUDICIAL

Vemos, luego de reparar en las normas anteriores, que este caso plantea un problema de interpretación: comprender el contenido material e interno de las proposiciones jurídicas enunciadas, a efectos de saber cuál de ellas debe aplicar el Juez. Son ilustrativas, en este ánimo, las siguientes observaciones de ENGISCH: "Sólo el jurista que procura alcanzar el verdadero sentido y la comprensión recta de las proposiciones jurídicas puede presentar a la ciencia del derecho como ciencia del espíritu, ya que sentido y comprensión son, según la concepción moderna, el criterio decisivo de las ciencias del espíritu"⁽¹³⁾. De modo que la labor del Juez en ningún momento constituye, por depurada que sea, una inquietud de técnica o ensamblaje jurídico: a ella le es íncita una pretensión epistemológica.

En este asunto, y con el objetivo anteriormente reseñado, consideramos necesario partir desde el análisis riguroso del concepto de interpretación. Labor dispendiosa, que al alejarnos del Derecho Penal, nos obliga a remitir —a quienes estén interesados— a las Investigaciones Lógicas de HUSSERL⁽¹⁴⁾, sin que ello sea obstáculo para anotar, con GARCIA MAYNEZ⁽¹⁵⁾, en el propósito de la interpretación jurídica: desentrañar el significado de formas de expresión de normas de derecho. Y decir, que las reglas tendientes a determinar el sentido adecuado de las expresiones jurídicas se han dividido por los autores en dos grupos: el primero —de interpretación literal— tiene por objeto desentrañar el sentido lingüístico del texto que se interpreta; en tanto que el segundo busca otro distinto y más hondo, no expresado por las palabras de la ley. Busca —al decir de KALINOWSKY— el sentido no formulado *expresis verbis*, para valernos

12. Gómez Mejía, Fernando. *Ob. cit.* Pág. 73.

13. Engisch, Karl. *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Ed. Guadarrama, Madrid, 1967, Págs. 97-98.

14. Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. T. II. Ed. Revista de Occidente, Madrid. 1959. Págs. 31 y Sgtes.

15. García Maynez, Eduardo. *Lógica del Raciocinio Jurídico*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1964. Pág. 19.

de una imagen, el sentido más profundo y oculto, latente bajo la superficie de aquella significación ⁽¹⁶⁾.

I. EXPOSICION CONCEPTUAL A PARTIR DE LA INTERPRETACION GRAMATICAL (ARGUMENTACION LOGICA)

Primordialmente constituye nuestro interés, en el Art. 3º del Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, las siguientes palabras del texto: bandas, cuadrillas o grupos armados. Estas palabras integran el molde verbal de un concepto, pero éste —a diferencia de aquellas— tiene un contenido significativo. Las palabras fungen como signos y, como tales, tienen siempre un aspecto físico ⁽¹⁷⁾. A ellas, como signos verbales, corresponden conceptos que, "en su carácter de elementos lógicos del pensamiento judicativo, no participan ya de la naturaleza sensible de la expresión" ⁽¹⁸⁾. Más claramente: el concepto en cuanto se refiere a un objeto, difiere de las palabras en cuanto signos, pues tiene significado. Las palabras son signos sensibles que permiten captar el concepto, pero este tiene su contenido propio, distinto de aquellas. Se trata, entonces, de conocer el concepto, de saber el significado de las palabras reseñadas (bandas, cuadrillas, grupos) en cuanto se refieren a un objeto. Y más aún: de saber si la situación objetiva descrita por el Art. 3º del Decreto plenifica el objeto descrito, pues el concepto, en cuanto enuncia un objeto, difiere de él. Husserl es claro en este aspecto, y de él tomamos el siguiente ejemplo y su correspondiente explicación: "Consideremos, por ejemplo, proposiciones enunciativas de la forma S es P. Regularmente se considera que el objeto del enunciado es el objeto que hace de sujeto, o sea aquel "de quien" se enuncia lo que se enuncia. Pero hay también otra concepción posible, que concibe toda la situación objetiva correspondiente al enunciado como el análogo del objeto nombrado en el nombre y distingue esa situación objetiva y la significación de la proposición enunciativa" ⁽¹⁹⁾. Puede verse como el concepto difiere de la definición, y ello es claro cuando pensamos en las notas características de los conceptos, ausentes en las definiciones, y que son —siguiendo a Wundt— dos: determinación del contenido y conexión con otros conceptos ⁽²⁰⁾. Obsérvese, desde ya, como para entender a un concepto se le remite a otros. Y podemos,

16. "Interpretaciones jurídicas y lógica de las proposiciones normativas", en *Lógica y Análisis*. México. T. 2: 132, Abril/59.

17. Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. Traducción castellana de Manuel G. Morente y José Gaos. T. II. Ed. Revista de Occidente. Madrid, 1929. Pág. 39.

18. García Maynez, Eduardo. *Lógica del Concepto Jurídico*. Pág. 14.

19. Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. Traducción y edición últimamente citadas. T. II. Pág. 54.

20. García Maynez, Eduardo. *Lógica del Concepto Jurídico*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 1959. Pág. 29.

por estas notas válidas para todos los conceptos, comprender a GARCIA MAYNEZ: "Los conceptos jurídicos, precisamente por hallarse engarzados en un plexo sistemático, sólo pueden ser debidamente interpretados y definidos en función de los demás que forman parte del sistema" ⁽²¹⁾. Es menester decir, también, que los conceptos jurídicos precisan no sólo de las características referidas por Wundt (determinación y conexión con otros conceptos), sino además de un fundamento normativo y una referencia axiológica ⁽²²⁾. Mas, como todo se dirá en su ocasión, ocupémonos de las primeras caracterizaciones.

1. BANDAS. (Del gót bandwo) indica una porción de gente armada ⁽²³⁾. A lo largo de la historia las bandas se han asimilado a las asociaciones de malhechores que asolaban, en el siglo XIX, a Francia y Austria. Fueron famosas, anota CARAVANTES ⁽²⁴⁾, la banda de Gaspar de Besse o Mandrin (bandidos, salteadores de caminos dedicados al saqueo de los viajeros y labradores de las granjas), la de Renaud, Ochart y Delaporte que infestaba las puertas de París, los bosques de Clage y la selva de Senars; la de Poulain, en 1826, compuesta de obreros y personas que carecían de trabajo en París; la de Colies (a. Monroe), en donde había jerarquía y cayó en manos de las autoridades el 27 de octubre de 1826; la asociación de bandidos de Viena (subrayamos), que fue condenada pocos días después del 30 de agosto de 1840, luego de 6 años de su conformación; la de Chatelvin (condenada el 19 de mayo de 1836); la de los 55 (el 16 de febrero de 1840); la de Hug (el 15 de junio de 1841); la de Chivot (el 26 de noviembre de 1841); la de Dagory (el 15 de junio de 1842), etc. Es importantísimo anotar que estas bandas o asociaciones, con acción en la ciudad, en el campo, las tiendas o posadas, se constituyeron por el deseo inmoderado de riquezas, por las ambiciones desmedidas de sus integrantes. Igualmente, que eran fuertes las sanciones para estos bandoleros: pena de muerte, trabajos forzados por toda la vida, largas reclusiones.

Más atrás en el tiempo, y hasta donde tenemos noticias, la bula de Sixto V comprendió las bandas o las sociedades de bandoleros que asolaban al Estado romano, constituidas para atentar contra las personas y la propiedad, siempre que se hubieren reunido "con mal fin y con armas". Luego con este vocablo se designó a las agrupaciones armadas con fines de venganzas, como también aque-

21. *Ibidem*. Pág. 85.

22. *Ibidem*. Pág. 86.

23. *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. 19 ed. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970.

24. Caravantes. *Causas Célebres*. T. IV. Imprenta de Gaspar y Roig. Madrid, 1860. Pág. 269 y Sgtes.

llas que pretendían cometer saqueos u otros hechos análogos. La denominación de banda que aparece en el Código francés de 1810, artículos 265 y siguientes, la de cuadrilla del Código español de 1822, artículo 538, la de asociación de malhechores del Código sardo de 1859, artículos 426 y siguientes, remontan sus orígenes a las antiguas conventícolas romanas, cuyo vocablo fue extendido por los italianos para designar agrupaciones armadas con fines de venganzas, con ánimos de saqueos, depredaciones, etc. ⁽²⁵⁾.

En América el Dr. José Manuel Núñez ⁽²⁶⁾, desde su magistratura en los Tribunales de Córdoba (Argentina), asimila las bandas a las asociaciones delictivas (desarrolla el Código argentino), considerándola como agravante del robo (la asociación ilícita también puede ser delito per se) debido a la alarma social y el temor que provoca la actuación criminal de individuos asociados para delinquir. Las antiguas mafias argentinas, como derivaciones que eran de las sicilianas, constituyen el clásico ejemplo de las asociaciones. Ello porque suponen una relativa estabilidad, cierta permanencia, que son precisamente los factores constitutivos de la eventualidad del peligro ⁽²⁷⁾. También SOLER y FONTAN BALESTRA asimilan las bandas a las asociaciones ilícitas, requiriendo, éstas, de permanencia ⁽²⁸⁾. Sin embargo, explica FONTAN BALESTRA siguiendo a VON LISZT, que la inclusión de la acepción "banda" en los Códigos obedeció al poco desarrollo de Derecho Penal: "La previsión de la banda, el complot y la cuadrilla como formas específicas de participación sometidas a principios distintos, respondió a la tendencia del siglo XIX de contribuir a la simplificación y claridad de los conceptos, cuando la teoría de la participación criminal no había alcanzado aún su madurez. Hoy esta técnica legiferante no resulta conveniente" ⁽²⁹⁾. (Posteriormente trataremos esta inquietud que plantea el distinguido jurista argentino).

En nuestra doctrina el Dr. PEDRO PACHECO OSORIO igualmente asimila las bandas a las asociaciones, precisando éstas la idea de estabilidad del conjunto, un cierto grado de indeterminación en los delitos cometidos (Si el acuerdo es accidental para cometer uno o varios delitos determinados no se configura la asociación para

delinquir. Responden los miembros como autores de los delitos principales que cometan. También, si el propósito es llevar a cabo planes delictivos concretos y luego disolverse, no podrá imputarse a sus integrantes el título de asociación para delinquir ⁽³⁰⁾. La Corte Suprema de Justicia, a su turno, indistintamente emplea los vocablos bandas y asociaciones, exigiéndoles para su configuración estabilidad o permanencia y, distinguiéndolas —siguiendo a CARRARA— de la pluralidad de personas que integran el sujeto activo de un delito (societas sceleris) ⁽³¹⁾.

De modo que las bandas y asociaciones pueden ser tomadas como una misma expresión y requieren, para su existencia, de **estabilidad o permanencia**, al igual que de **indeterminación** en los delitos a cometer (se configuran para cometer un número plural de delitos). Debe el Juez, por ello, averiguar no sólo la permanencia de la banda o asociación, sino también las actividades u ocupaciones de sus integrantes, los delitos por éstos cometidos. Hoy en día, salvo excepcionales casos, las bandas no permanecen, como en el pasado, fuera de la ciudad. Las cadenas delictivas pueden hallarse por la similitud de trabajos que desempeñan sus miembros, por los lugares comúnmente frecuentados (restaurantes, bares, fincas, etc.), por las comunicaciones telefónicas entre sí. Nada de extraño tiene, en consecuencia, que se predique permanencia para contemplar la existencia de una banda, cuando sus integrantes se encuentren, por ejemplo, en distintas ciudades o países. Los adelantos en los medios de comunicación permiten decir que no es menester, como antes, que los integrantes de una banda forzosamente cohabiten, o frecuentemente se vean entre sí, o se conozcan personalmente, siempre y cuando se demuestre que se comunican. Es frecuente, por ejemplo, que los mafiosos se ocupen en distintos ramos, cometiendo infracciones heterogéneas, como sería el caso de los contrabandistas, de los negociantes en oro o esmeraldas, de los traficantes de marihuana o cocaína. Estos delincuentes, por sus viajes constantes al exterior, por conocer muchas veces otros idiomas, se despliegan en campos afines pudiéndose, así, saber de la permanencia de la banda, de los delitos por ella cometidos.

2. CUADRILLAS. Así se entiende, en términos no judicativos, a la reunión de personas para el desempeño de algunos oficios o para ciertos fines. Y se designó con este nombre, en el pasado, a los grupos armados de la Santa Hermand constituidos con el propósito de perseguir a los malhechores en despoblado. Con alguna naturalidad se usa esta expresión en España para designar

25. Enciclopedia Jurídica Italiana. Vol. 1, 4a. parte. Pág. 1116.

26. Enciclopedia Jurídica Omeba. T 1. Buenos Aires, 1954. Págs. 849-853.

27. Cfr. Tesis de la Cámara en lo Criminal y Correccional (Arg.), en Cam. Crim. Corr. Cáp. Fed. "fallos", t. 2. Pág. 70; "La Ley", t. 14. Pág. 432; Cam. Apel. Rosario, "La Ley", t. 29. Pág. 233, especialmente.

28. Soler, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. T IV. Ed. Tipográfica Argentina, 1953. Págs. 283 y Ss. Fontan Balestra, Carlos, **Tratado de Derecho Penal**. T II, 2a. ed. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970. Págs. 448 y Ss.

29. Fontan, Balestra. **Ob. cit.** Pág. 449.

30. Pacheco Osorio, Pedro. **Derecho Penal Especial**. T I, 4a. ed., Ed. Temis. Bogotá, 1978. Págs. 356-359.

31. G. J. Tomo LXXXIII. Pág. 1055-1056; Tomo LXXXIII, Pág. 1055-1056; Tomo LXXVII, Pág. 895-1954.

a pluralidad de delincuentes, pues es la idea que nos formamos al acudir a un diccionario no jurídico y ver como en él se hace referencia a las cuadrillas, como circunstancias generalmente agravante de un delito, cuando se da en ellas un número superior al de tres malhechores armados. Y se le atribuye, a la expresión, la idea de conjunto permanente al estarse por la presunción de concurrencia o presencia (presunción juris tantum, admite prueba en contrario) en la comisión del delito —robo dice la legislación española—, de responsabilidad para el malhechor que habitualmente anda en la cuadrilla (a éste le corresponde demostrar que al ocurrir el delito él no conformaba la cuadrilla) ⁽³²⁾. Esta presunción es para nosotros la mejor muestra de permanencia como requisito para la constitución de la cuadrilla. Viene entonces, inexplicablemente, a diferir la cuadrilla de la banda o asociación por el número de miembros que la integran: la primera cobija a más de tres personas armadas, y "la existencia de tres, con armas o sin ellas, no integrará la cuadrilla, aunque si la asociación de malhechores" ⁽³³⁾.

Para nosotros, como dijéramos, la cuadrilla al igual que la asociación o banda precisa de permanencia, de estabilidad. Mas, la cuadrilla —si quiere diferenciarse de la asociación o banda, si desea presentarla el legislador como grupo asociativo diferente— no requiere de indeterminación en los delitos a ejecutarse, sino que las posibles conductas delictivas son concretas (la asociación o banda se ha constituido para ejecutar cualquier delito), pues parece claro que el Código colombiano y la legislación española, de donde creemos que se ha tomado el texto, hablan de cuadrillas como elemento agravante en los delitos contra la propiedad. No existe razón, pensamos, para que se exija un número superior al de tres personas como requisito necesario de las cuadrillas. Y creemos, repitiendo, en la integración de las cuadrillas con la misma pluralidad de delincuentes que conforman las bandas o asociaciones (tres o más ⁽³⁴⁾), con la diferencia ya anotada: determinación de los delitos a ejecutar (robos). Sólo en este caso, si el grupo asociativo se integró para robar, se podría hablar de la cuadrilla como elemento agravante del tipo (piense, por ejemplo, en los aportes de la teoría de la participación criminal como soluciones a este caso). En eventos distintos, cuando son varios los delitos a cometer, la cuadrilla, la banda y la asociación, plenifican el mismo concepto ⁽³⁵⁾.

32. Diccionario de la Academia Española ya citado.

33. Puig Peña, Federico. *Derecho Penal*. T II, Parte General, . II; 5a. ed., Ed. Nauta. Barcelona, 1959, Pág. 169. T. IV, Parte Especial, V. II, 5a. ed., Ed. Nauta, Barcelona, 1959. Pág. 198.

34. Los legisladores argentinos suprimieron de sus códigos la expresión "cuadrilla". Pueden verse las obras citadas de Soler y Fontan Balestra.

35. Desde el siglo pasado Caravantes asimila, en ocasiones, la cuadrilla a la asociación para delinquir, cuando habla, por ejemplo, de la cuadrilla formada por la familia Nothan. *Ob. cit.*

3. GRUPOS. El concepto de grupo hace distintas presentaciones si se tiene en cuenta el objeto al que se refiera, incidiendo necesariamente en la ley a aplicarse. Siguiendo al Dr. LINARES QUINTANA encontramos dos agrupaciones de gran importancia:

A. Grupos de Presión *. Son asociativos y ejercen sobre el Estado un poder de hecho. Puede verse, como ejemplo, una reciente caricatura de Velezefe, publicada en el diario "El Colombiano" bajo el nombre "ni más ni menos", en donde un ciudadano al leer la prensa "jubilación a los 20 años y a cualquier edad propone el Ministro Arellano", se pregunta: "Un chiste pastuso?". De esta manera, y por todos los medios, los industriales presionaron al Ministro para que se abstuviera de presentar el proyecto, logrando su objetivo. Entonces, los grupos de presión se constituyen cuando existen un interés que satisfacer. Y, en la satisfacción de sus intereses usan su poder colectivo como presión al Estado ⁽³⁶⁾, y al operar sobre el trasfondo sociológico del Estado constituyen factores reales y efectivos de poder que rige en la Sociedad. Ejemplos de ellos son las entidades empresariales, los sindicatos y todos aquellos agrupamientos de intereses particulares, que unas veces por su poderío económico, o por su infiltración en los partidos políticos y las autoridades públicas, o sencillamente por su fuerte cohesión social, presionan al Estado para la consecución de sus intereses. Con MEYNAUD creemos posible hablar, también de los grupos simples de interés, cuando un conjunto de individuos —sin intereses egoístas— formulan reivindicaciones, exteriorizan pretensiones o toman posiciones frente a actitudes del Estado que afectan a la comunidad. Todo ello en el marco de la ley, empleando los medios por ella concedidos, y en desarrollo de la Democracia ⁽³⁷⁾.

Los grupos de presión —es bueno acudir a DUVERGER ⁽³⁸⁾, no por ejercerla sobre el Estado, crean anormalidad formal, ni pretenden asumir responsabilidad política (suplantar el poder político del Estado), y si en ocasiones difieren sus intereses particulares de los

* Diferentes de los llamados grupos comunitarios (La Familia, La Nación).

36. C.F.R. Linares Quintana, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. T 7, Buenos Aires, 1953-1960. Págs. 674 y Ss. Y, sobre todo en esta exposición, "Los Grupos de Presión", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1959. Págs. 403-407.

37. Meynaud, J. *Introducción a la Ciencia Política*. París, 1959, Págs. 412 y Ss.

38. C.F.R. Duverger, Maurice. *Introducción a la Política*. Ed. Ariel, Barcelona. 5a. ed., 1978. Págs. 149-154. "Los grupos de presión no participan directamente en la conquista del poder y en su ejercicio, sino que actúan sobre el poder pero permaneciendo al margen de él y realizando una "presión" sobre el mismo. Los grupos de presión tratan de influir en los hombres que están en el poder, pero sin intentar situar en el mismo a sus hombres (al menos oficialmente, porque ciertos grupos poderosos en realidad tienen fideicomisos en las asambleas y en los gobiernos; aunque bien es verdad que de manera secreta o discreta)".

del Estado, no actúan en forma clandestina ni al margen de la ley penal. Muchas veces, y ello cuando se trata de reivindicaciones laborales, sólo hacen posible el restablecimiento del equilibrio que las necesidades socio-económicas demandan. La permanencia de estos grupos depende de la consecución de los intereses propuestos. Para nosotros estos grupos no encajan dentro del Decreto 1923 de 1978. La existencia de ellos, con las tareas que les son inherentes y están llamados a realizar, no constituye ningún delito.

B. Grupos de Tensión o Fuerza. Al igual que los anteriores son asociativos y procuran la satisfacción de intereses. Pero, a diferencia de algunos grupos de presión que ostentan poder económico, estos frente al poder político del Estado, despliegan poder social⁽³⁹⁾. Y para la consecución de sus intereses no vacilan, si es menester, en ubicarse al margen de la ley penal, ni tampoco en desartricular el orden público. Estos grupos, que nos recuerdan las bandas armadas de que habla MANZINI⁽⁴⁰⁾ ("compañía de personas que disponen de armas, organizada en una forma idónea cualquiera, para una acción común presente o futura, bajo el comando de uno o más jefes") se hayan regidos por el Estatuto de Seguridad.

Hemos tratado hasta el momento de precisar los conceptos bandas, cuadrillas, grupos, acudiendo, unas veces al desarrollo histórico de estas palabras, otras, a su uso en ciencia penal o política. Sin embargo, los conceptos que corresponden a las palabras mencionadas todavía no se plenifican: siguiendo a Wundt (ut supra) vemos como las caracterizaciones más importantes de los conceptos de cuadrilla, bandas y grupos en cuanto aluden a un número plural de personas, obliga referir, por lo menos, a las actuaciones delictivas de personas que sin encuadrarse en aquellos conceptos, por hacer relación a personas asociadas para delinquir, permiten su mejor comprensión. Es el espinoso caso (BETTIOL, RANIERI, PEDRAZZI) llamado por los prácticos medievales *societas sceleris*, y que denominado generalmente participación criminal, es conocido también en nuestra doctrina como concurso de personas en el delito (ANTONIO VICENTE ARENAS, FEDERICO ESTRADA VELEZ). Se trata de un concurso o asociación de personas que puede ser necesario (duelo, bigamia, etc.), eventual o contingente (Homicidio, robo, falsedad, la gran mayoría de los delitos que pueden realizarse por un solo sujeto o por varios individuos asociados).

Nosotros queremos destacar, siguiendo a SOLER ("Los principios de la participación se refieren a la eventual intervención de

39. Véase a C.S. Fayt. "Los Grupos de Intereses y su Técnica con Relación al Poder". En *Jurisprudencia Argentina* del 3 de agosto de 1959. Pág. 1.

40. Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. T 7, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950. Pág. 359.

varias personas en un mismo hecho"),⁽⁴¹⁾ que cuando es plural el sujeto activo en un concurso eventual, el fenómeno de la participación delictiva (concurso de personas en el delito) se adecúa perfectamente al cuadro asociativo, diferenciando de las bandas, cuadrillas o grupos. Piénsese, por ejemplo, en el robo a un banco, joyería o supermercado, en donde se precisa de una operación conjunta para la acción delictiva, en donde los delincuentes se dividen el trabajo. De modo que si un número plural de personas se aprestan en conjunto al robo de un ciudadano, banco, almacén o granero, ellas caen bajo el tipo (robo) en modalidad de delito asociativo bajo el cargo de autores ("La actividad del autor cae dentro de la órbita de incriminación de la norma principal")⁽⁴²⁾. Se ha afirmado, por eso, que "Si las distintas acciones de los partícipes no pueden ser valoradas aisladamente, en cuanto no son más que una operación única; si dichas acciones no pertenecen sólo a aquellos que inmediatamente las ha realizado, sino a todos y cada uno de ellos, debe deducirse que no sólo quien ejecuta la acción que parece principal —sino todo *socius sceleris*— es autor del delito. La responsabilidad de los diversos participantes encuentra su justificación precisamente en el hecho de que todos son autores de él, por pertenecer a cada uno de ellos la operación conjunta que ha dado origen al delito mismo"⁽⁴³⁾. De gran importancia resultan las enseñanzas, que en este caso de división del trabajo, nos aporta la Sociología. Así, por ejemplo, FRIEDLANDER⁽⁴⁴⁾ afirma que la división del trabajo puede considerarse como un proceso de ayuda para encontrar los propios objetivos; Pierre Naville⁽⁴⁵⁾ insiste en que este proceso trata de incrementar la habilidad de las personas, economizar tiempo y obtener rapidez en los actos, haciendo afirmación de gran interés para pensar en la autoría en caso de delitos cometidos por varias personas: "La división del trabajo no es ya la fórmula de una simple separación entre operaciones. Más que una división se trata de una distribución de funciones"; PIERRE ROLLE⁽⁴⁶⁾, por su parte, corrobora a Naville al distanciar la separación de operaciones, pues entiende que la intervención de personas procura obtener un resultado común: "La participación se refiere a la existencia potencial o efectiva de una totalidad integrada". Con esto, nosotros queremos anotar,

41. Soler, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Ed. Ley, Buenos Aires, 194, Pág. 265.

42. Bettiol, Guiseppe. *Derecho Penal*. Parte General. Ed. Temis. Bogotá, 1965. Pág. 495.

43. Pueden verse notas mimeografiadas editadas por la U. de A. bajo el siguiente rótulo: "Capítulo IV. El Concurso de Personas en el Delito", Pág. 8, que reproducen el Capítulo IV de la obra de Antolisei: *Manual de Derecho Penal*.

44. Friedlander, W.A. *Dinámica del Trabajo Social*. Ed. Pax. México, 1975, Págs. 188 y 194.

45. Naville, Pierre. *Tratado de Sociología del Trabajo*. Fondo de Cultura Económica, México, T I, 1971, Pág. 372.

46. Rolle, Pierre. *Introducción a la Sociología del Trabajo*. Ed. Planeta, Barcelona, 1974. Pág. 175.

que no importa tanto la participación material en el delito, sino, que si todas las personas se propusieron obtener un resultado, y lo consiguieron efectivamente, debe mirarse en el fenómeno asociativo, en los fines que procura la división del trabajo. Porque, en el caso del ejemplo, se trata de un concurso eventual de personas, hallándose la solución en la institución de la participación criminal, y no en la configuración de bandas, cuadrillas o grupos, al estar ausentes los requisitos que integran estos conceptos. Idéntica solución damos al caso que venimos cuestionando: se debe estar atento en demostrar la presencia de los requisitos que integran los conceptos tratados. Si éstos se dan, se aplicaría el Estatuto de Seguridad. En caso distinto, se estaría frente al robo ejecutado con pluralidad de sujeto activo. CARRARA es muy claro en este aspecto y nos enruta con palabras que ojalá siempre tengamos presente: "Los acusadores olvidan con frecuencia este criterio, pues cuando ven un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer algún delito, corren veloces a darles, sin más ni más, el título de asociación de malhechores" (47).

La solución que venimos de dar, en cuanto alude a la aplicación del Decreto, aún no es del todo correcta: no basta la existencia de una banda, cuadrilla o grupo armado, sino, que para ubicarse dentro del artículo 3º del Decreto, es menester: 1. Que invadan o asalten poblaciones, predios, haciendas, carreteras o vías públicas causando muertes, incendios o daños en los bienes. 2. Por medio de violencia a las personas o a las cosas cometan otros delitos contra la seguridad e integridad colectivas. 3. Mediante amenazas se apoderan de semovientes, valores o de cualquier cosa mueble ajena u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos. 4. Establezcan contribuciones con el pretexto de garantizar, respetar o defender la vida o los derechos de las personas. De estos comportamientos, los descritos en los numerales 1, 2 y 4 dan razón de grupos organizados y permanentes —sobre todo el numeral 4.— que ponen en peligro a la comunidad. (No se trata de delinquentes que atentan contra un individuo, sino de malhechores que sumen en zozobra a una región. Y es por lo que estos comportamientos están muy lejos del caso que venimos estudiando). Finalmente, el comportamiento descrito en el numeral 3, en donde los delinquentes no muestran quizá la misma permanencia y organización de los numerales anteriores, y en donde se admite también la ofensa a valores o cosa mueble ajena, da margen a pensar en una norma distinta a la del artículo 404 del Código Penal: "Los que integren bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas que mediante amenazas se apoderen de semovientes, valores o de cualquier cosa mueble ajena, u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos, incurrirán en presidio de diez a quince años". Es esta la esencia del problema. Deroga esta norma

47. Carrara, Francisco. Citado en la G.J. Tomo LXXXVI. 1957. Pág. 590.

el artículo 404? A nosotros nos parece que no, pues sólo a esta concepción se llega si concibiéramos una norma (comportamiento descrito en el numeral 3) completamente independiente de las acciones enunciadas en los numerales 1, 2 y 4; pareciéndonos que para entender la norma posibilitada como derogante de otro precepto sustantivo (40), se requiere que ella se relacione con los restantes numerales, máxime cuando éstos se presentan en un mismo artículo. Pensar lo contrario sería asumir una peligrosa posición que atenta contra una sana interpretación literal. Entonces, la interpretación literal obliga a relacionar los numerales enunciados, forzando a mirar en una situación de peligro colectivo, a entender que los apoderamientos de semovientes, valores o cualquier cosa mueble ajena, sólo los cobija el Decreto cuando son el producto de la actividad de malhechores que invadan o asalten poblaciones, que cometan delitos contra la seguridad colectiva, que establezcan contribuciones con el pretexto de garantizar la vida o los derechos de las personas.

La anterior interpretación, por ser literal, aún no planifica el verdadero sentido que gravita en el artículo 3º del Decreto. No lo plenifica, porque tiene por objeto desentrañar el sentido lingüístico de la norma, y es menester, por lo menos, establecer la significación objetiva del precepto. Buscar, como dijera los franceses de épocas pasadas, el espíritu de la norma (48). Es, esta búsqueda un sentido objetivamente válido, tema del siguiente comentario.

II. INTERPRETACION SISTEMATICA Y TELEOLOGICA

Sólo en cuanto puede ser entendida como punto de partida para hallar el significado de la norma, tiene valor la interpretación literal (49). No es esta una idea nueva. La gran intuición de los romanos los condujo a tomar posiciones, que hoy en día, el más estudioso se sorprende. Así, por ejemplo, Paulo en el Digesto (I, 3. 28) afirma que obra en fraude de la ley quien salva sus palabras pero elude su sentido (in fraudem vero, qui salvus verbis, sententiam ejus circumvenit), y Celso opina que resulta incivil juzgar o dictaminar considerando una pequeña parte de la ley, sin haberla examinado en su totalidad. Los anteriores juristas romanos, se colige, no están conformes con una interpretación literal de la ley, sino que remiten a la búsqueda de su sentido, al estudio de otras disposiciones normativas que posibilitan su mejor comprensión. Piensa bien, por ello, FERNANDO GOMEZ MEJIA cuando dejando a un lado la estimación de un método único y correcto para interpretar a la ley, concibe al método literal "como un primer eslabón, necesario y a veces suficiente, dentro de un procedimiento de métodos múltiples para

48. Bonnecase, Julian. *Introducción al Estudio del Derecho*. Bogotá, Edicolda, 1973. Págs. 181-193.

49. *Ibidem*. Pág. 181-193.

la interpretación del derecho" ⁽⁵⁰⁾. Nosotros queremos ser claros al afirmar, con GARCIA MAYNEZ, que la interpretación literal es sólo un punto de partida ⁽⁵¹⁾ que conduce a "tener en cuenta la vinculación interna de la disposición, el lugar en que se encuentra y su relación con las otras disposiciones" ⁽⁵²⁾ (es esta la interpretación lógico-sistemática), porque las normas "no existen aisladas, sino como parte de un sistema", y su sentido no puede depender exclusivamente de la expresión de cada precepto, porque en la mayoría de los casos obedece a la conexión lógico-sistemática del que se pretende aplicar con otros del mismo ordenamiento y, sobre todo, con los de la institución correspondiente ⁽⁵³⁾. Ello es claro, pues "el orden jurídico está llamado a cumplir un conjunto de finalidades al que han de contribuir en forma armónica todas las disposiciones que lo integran" ⁽⁵⁴⁾. Con razón ha podido decir ROSS que la creencia en una interpretación literal es una ilusión ⁽⁵⁵⁾.

En nuestro caso, es lo primero descartar la interpretación del comportamiento descrito en el numeral 3º sin atender a los numerales 1º, 2º y 4º, como también descartar la interpretación del artículo 3º del Decreto sin considerar las demás normaciones. Debe mirarse en las restantes disposiciones del Decreto. Y en esta tarea se tiene, por ejemplo, como el artículo 1º contempla el delito de Secuestro (hasta 30 años de presidio), el 2º, por su parte, habla de "derrocar el Gobierno Nacional o suspender el régimen Constitucional", el 4º de "perturbaciones del orden público", el 8º habla también de perturbación del orden público, el artículo 13º establece la censura de prensa mientras subsista la perturbación del orden público: en fin, "se usan expresiones que no tienen ninguna connotación jurídica tales como propaganda subversiva, escritos o dibujos ultraantes o subversivos" ⁽⁵⁶⁾, conduciendo, a nuestro modo de ver, a definir y sancionar delitos que atentan contra la seguridad del Estado, contra su existencia, contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. De modo que en el caso que venimos estudiando aunque se emplean armas e intervienen más de tres personas para ejecutar el delito, éste no agobia a la comunidad genéricamente considerada, no crea una situación de zozobra colectiva, no hace peligrar las instituciones ni la seguridad del Estado, siendo

50. Gómez Mejía, Fernando. Ob. cit. Pág. 134.

51. García Maynez, Eduardo. Ob. cit. Pág. 23.

52. Engisch, Karl. Ob. cit. Pág. 104.

53. García Maynez, Eduardo. *Lógica del Raciocinio Jurídico*. Pág. 24.

54. Engisch. Ob. cit. Pág. 153.

55. Gómez Mejía, Fernando. Ob. cit. Pág. 135.

56. Hoyos Duque, Ricardo. *Nuevo Foro Penal*. No. 2. Pág. 76.

éstas las razones para que consideremos que no se ha violado el Estatuto de Seguridad.

De otro lado, y siguiendo principios ya conocidos en la época de los romanos (*cesante rationes legis, cessa lex ipsa*), debe interesar más la finalidad y razón de la ley, que su sentido literal ⁽⁵⁷⁾. Debe buscarse la finalidad de la ley, mirarse la génesis histórica que la produjo, observarse en los motivos de su expedición, en los procesos de creación legislativa (estamos frente a la interpretación teleológica). En este aspecto el Señor Presidente de la República y sus Ministros explican en el mismo Estatuto las consideraciones motivantes de su expedición: "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 POLITICOS ENCAMINADOS A DESVIRTUAR EL REGIMEN REPUBLICANO VIGENTE o en la apología del delito, actos 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" (subrayamos). Es la anterior explicación de motivos, para nosotros, la mejor prueba que el Decreto se expidió atendiendo temores políticos del ejecutivo: sería desvirtuado el régimen republicano vigente. Entonces, los delitos cometidos por bandas, cuadrillas o grupos, encajan en el Estatuto cuando son verdaderos núcleos asociativos de tensión o fuerza (ut supra). En el caso de estudio vemos que los asaltantes en ningún momento pretenden asumir responsabilidad política, tampoco atentar contra la seguridad del Estado. Es más, no crean situaciones de zozobra colectiva, sólo atentan contra el patrimonio individual, debiendo quedar a cargo de los Jueces Naturales. (Se ha transgredido el Título XVI del libro segundo del Código Penal).

Podrían ser las anteriores razones los fundamentos de la solución definitiva del caso. Pero GUSTAVO RADBRUCH y ENGISCH nos obligan a meditar. Anota el primero, en su *Filosofía del Derecho* traducida por José Medina Echavarría, Pág. 148, que la voluntad del legislador es expresión de la necesidad a priori de una interpretación sistemática (ya se hizo) y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico, afirmando que "el intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores, y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor, es más, tiene que ser más inteligente que su autor". Y dice el segundo, "que el derecho es sólo una parte de la cultura total, y, por consiguiente, en caso de duda, la disposición legal debe ser interpretada de manera que corresponda dentro de lo posible a las exigencias de nuestra vida so-

57. Engisch. Ob. cit. Pág. 111.

cial y al desarrollo de nuestra cultura en su totalidad ⁽⁵⁸⁾. Estas dos anotaciones nos dan margen para el siguiente esbozo:

III. LA DIRECTRIZ DE LA EQUIDAD

En el Capítulo X, libro V, de su *Ética a Nicómaco*, se ocupa ARISTOTELES de la equidad. Para él es la manera concreta de hacerse justicia, es el acomodamiento a las circunstancias peculiares de cada caso, es la corrección del concepto legal o abstracto de justicia ("Lo equitativo es justo, y aún es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley"). La inevitable generalidad de las normas legales, por su misma caracterización abstracta, conduce en ocasiones a una tipicidad irregular. Porque las normas expedidas por los órganos de creación jurídica son reglas genéricas o abstractas, su misión consiste en regular casos concretos de la experiencia genérica, y esa misión sólo encuentra su término cuando se aplica a situaciones particulares. El legislador no lo ignora, pero al formular los preceptos legales no puede conocer todas las características de esas situaciones en que las normas formulada por él, para lo que tuvo en cuenta no se adapta a la naturaleza de otras que no pudo considerar. ARISTOTELES comprendió admirablemente que la solución perfecta de cada negocio es un ideal que no puede ser realizado de manera absoluta, al menos por los órganos legislativos, pues su tarea consiste en formular normas que por su misma índole no atienden ni están en condiciones de atender a todas las características de los casos singulares. Pero lo que la norma genérica no alcanza, puede en cambio obtenerse a través de la equidad, que ARISTOTELES define como justicia del caso concreto.

La obra que el legislador inicia en su propia órbita debe alcanzar su término y perfeccionamiento en el trabajo del Juez, que es tarea correctiva de las deficiencias a que da origen la generalidad de la ley, o adaptadora de sus preceptos a los casos particulares. Por ello escribe ARISTOTELES que "ir al Juez es ir a la justicia, pues el Juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada". Bien lo entiende el Tribunal Superior de Medellín, en ponencia del H. M. Juan Fernández Carrasquilla (octubre 21 de 1977), al confirmar providencia del H. M. Fernando Coronado Ramírez, cuando se desempeñara como Juez Superior de Medellín: "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

58. Engisch. *Ob. cit.* Pág. 105.

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 pretermir la justicia so pretexto de interpretar técnicamente una disposición en desmedro de la debida proporción entre delito y pena... 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" ⁽⁵⁹⁾. Reparando entonces en la sanción asignada por el Decreto al caso de estudio, nos parece inequitativa la aplicación del artículo 3º, nos parece excesivo aplicar un mínimo de diez años de presidio para los cuatro delincuentes que armados de cuchillos se apoderaron del salario, del reloj y otras prendas de un ciudadano ⁽⁶⁰⁾.

IV. LA INEVITABLE CONCLUSION ESTIMATIVA

La ley creada por el legislador persigue siempre un fin. Trata, aunque no se diga expresamente, de realizar valores. La conciencia que de los valores a realizar por la ley tenga el juzgador es el medio que le permite la mejor comprensión de las instituciones. Podríamos decir, por ello, que la labor del Juez demanda un esfuerzo de abstracción: descubrir y tener presente en cada caso concreto los valores a realizar por las normas. "El Juez, anota ALF ROSS, no está motivado exclusivamente por las normas jurídicas; lo está también por fines sociales y por la captación teórica de las conexiones sociales relevantes para el logro de aquellos fines" ⁽⁶¹⁾.

Al lado del mundo fenoménico existe uno valorativo dándole sentido. Y es preciso que los ingredientes estimativos se plasmen en la decisión del Juez, que en cada uno de sus actos se realicen los valores abstractos de las normas. "Los valores, enseña MAX SCHELLER, son fines a priori de nuestro obrar, en sí mismo son algo que idealmente debe ser, que espera ser realizado por el obrar humano" ⁽⁶²⁾.

Por el mismo nombre dado al Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, "Estatuto de Seguridad", se colige fácilmente que es la seguridad el valor a realizar. Pero, como norma que es, no es el único. Existen otros que en ningún momento pueden ser desconocidos. Digamos, por ejemplo, la justicia, la libertad, la solidaridad, la cul-

59. Puede verse el Número 2 de esta misma Revista. Pág. 82.

60. En esta exposición hemos seguido, también, a García Maynez. *Lógica del Raciocinio Jurídico*. Págs. 88 a 94.

61. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1963. Pág. 20.

62. Scheller. Citado por Hirschberger, ohanes. *Breve Historia de Filosofía*. Ed. Herder, Barcelona, 1971. Pág. 303.

tura, etc. Con estos cuatro valores ubiquémosnos en nuestro cargo de Juez a entender el Decreto. Se me ocurre, como funcionario de la rama jurisdiccional, dependiente del Ministerio de Justicia, que se debe ante todo realizar el valor justicia, que es esta tarea nuestra labor preeminente, que "servir a ella sola, como escribe HEINRICH TRIEPEL, es nuestro deber, servirla fielmente es nuestra promesa" (63). Labor difícil porque el funcionario judicial debe ser muy cauteloso en esta crisis de instituciones, en esta vehemente necesidad de independencia, pues él, en palabras de PERELMAN, "no está al servicio del poder que lo ha nombrado sino al servicio de la justicia" (64). Labor difícil porque el Derecho viene a vertirse también en la justicia ("La justicia es el fin que el Derecho debe perseguir". Aguirre de Iribarne. **Justicia y Derecho**. F. de Derecho, Montevideo, 1965. Pág. 125), "valor social de mayor excelencia", en reflexiones del Dr. José Castán Tobeñas.

Surge de lo anterior la necesidad de precisar el contenido del valor justicia para disponernos a su búsqueda en el Decreto. "La esencia de la justicia consiste en "un cierto grado de igualdad y correlación de trato entre los hombres, de proporción armónica que han de guardar éstos en sus mutuas relaciones y como parte del compuesto social. La justicia, afirma el profesor Castán Tobeñas siguiendo el pensamiento de RECASENS SICHES ("el problema capital sobre la justicia no radica en la teoría de ella, sino en la medida de estimación que ella postula. Y ese criterio de medida, trasciende a la idea de justicia como armonía o como igualdad proporcional"), es entendida casi siempre como una armonía, como una igualdad proporcional, como una medida armónica de cambio y de distribución" (65). Conforme a estas anotaciones nosotros creemos en la justicia del Decreto cuando en él por lo menos se dan, en armonía, en igualdad, los valores con los que hemos ejemplificado (libertad, solidaridad, cultura). Es, pensemos, el contenido estimativo de la justicia, nuestra preocupación al interpretar el Estatuto de Seguridad. "La justicia exige, escribe RECASENS SICHES, que la realización de los valores sociales que caen dentro del ámbito de lo jurídico, guarde la armónica proporción que requiere el rango objetivo de la estimativa (la estructura jerárquica de las esencias axiológicas). O dicho en otra forma: una relación jurídica, supone una situación participante de una multitud de sentidos o conexiones estimativas,

63. Triepel, Heinrich. **Derecho Público y Político**. Civitas, 1974. Madrid, Pág. 78.

64. Perelman. *L'idée de justice dans ses rapports avec la Morale, le Droit et la Philosophie*. Institut International de Philosophie Politique. 3 Press Universitaires de France. Pág. 131.

65. En "La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas", comentada por José María Nin de Cardona. Revista de Derecho Español y Americano. Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1967. Pág. 247 del número 17.

que tienen que ver con el Derecho. En los elementos de una vinculación social encarnan (positiva o negativamente) valores varios: la justicia exige que el Derecho norme esa situación de tal manera que entre las concreciones de valores encarnadas en cada sujeto se dé la proporcionalidad que existe objetivamente entre esos valores" (66). De modo que la seguridad no puede atentar contra la solidaridad. Que la ley, el Decreto 1923 más exactamente, debe esforzarse para obtener el acuerdo de la mayoría (67); Las Constituciones modernas así lo imponen: "una ley debe contar con el asentimiento, más o menos voluntario, del conjunto de la población para que su observancia sea espontánea, la más de las veces condición sine qua non de su éxito, entendiéndose que la espontaneidad basada en el temor a las sanciones no puede representar sino una parte de la actitud global" (68). Cuando se obra en vista de un objetivo próximo, si no inmediato: conjurar un peligro que apremia, un desorden evidente, una necesidad manifiesta, sigue en pie —continúa NIN DE CARDONA— la preocupación de los fines ulteriores. Por eso creemos que la seguridad no debe lesionar otros valores. Porque se ha dicho en Ciencia Política que "el descontento creado por las injusticias es uno de los elementos fundamentales que preparan el campo a las revoluciones, que elemento común a toda corriente revolucionaria es el convencimiento de que la sociedad está fundamentada en bases injustas y que es posible esperar el advenimiento de la justicia" (69).

No debe la seguridad lesionar a la libertad. Se debe ser cauteloso al aplicarse el Decreto, porque muchas veces "las soluciones que a primera vista pueden parecer más expeditas y eficaces, anota el Dr. ALFONSO LOPEZ MICHELSEN, frecuentemente entrañan la supresión de las libertades individuales". Porque "la seguridad no debe buscarse, continúa en discurso pronunciado el 24 de noviembre de 1976 en la reunión anual de la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro (Acore), sacrificando las libertades individuales" (70). Porque se debe realizar la seguridad para disponer de libertad, para

66. Recasens Siches y Del Vecchio. **Filosofía del Derecho**. T 1. Ed. Hispanoamericana. México, 1946. Pág. 676.

67. En la experiencia del Nacional Socialismo, en Alemania, se acudió al principio de "el sano sentimiento del pueblo" para saber cuáles y de qué magnitud eran las consecuencias de las medidas tomadas por el régimen del país en época oscura para las libertades. Puede verse al doctor Jesús Bernal Pinzón en "Jurisprudencia y Doctrina". T VIII, No. 85. Enero de 1979. Pág. 30.

68. José Nin de Cardona, al comentar la "Filosofía del Derecho" de Henri Batiffol. Ed. Universitaria. Buenos Aires, 1965, 150 pp.

69. Grompone, Antonio. **Filosofía de las Revoluciones Sociales**. Montevideo, 1962. Pág. 25.

70. López Michelsen, Alfonso. **El Gobierno del Mandato Claro**. T V. Ed. Sría. de Información de la Presidencia de la República. 1977. Bogotá. En el discurso aludido reitera la necesidad de preservar el Derecho.

que pueda el hombre sustraerse al agobio del peligro y de las preocupaciones. Sólo así, dejamos muy en claro, la seguridad que por sí sola se presenta como puro orden formal, cobra plenitud de sentido y se llena del más alto contenido valioso ⁽⁷¹⁾.

No debe la seguridad cerrar los ojos a la cultura, a la Ciencia Penal cuando el Derecho Penitenciario viene insistiendo en que el aumento de las penas no es la solución a la delincuencia. Se realizaría el valor cultura cuando el juzgador es consciente de la proporcionalidad que debe reinar entre delito y pena, del desacreditado mecanismo del aumento de penas como medio eficaz para la disminución de la delincuencia y, bajo esta mira decide entre las normas a aplicarse. Cómo olvidar la atinada observación de BECCARIA —planteada mucho antes de la Revolución Francesa— según la cual en la lucha contra el delito, no importan tanto la severidad como la certeza en la aplicación de la pena? Cómo olvidar las enseñanzas WELZEL, de SOLER, del Dr. JESUS BERNAL PINZON, cuando insisten en la claridad del tipo, en su precisión ⁽⁷²⁾. Es claro, nos preguntamos, el tipo definido en el artículo 3º del Decreto o, por el contrario, da margen a interpretaciones equívocas? Sobre este aspecto no queremos extendernos. Valgan concisas las palabras de los doctores JOSE MARIA VELASCO GUERRERO y GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ: "El artículo 3º del cuestionado Decreto, lejos de dar seguridad a los juzgamientos y fijar orientaciones exactas a los Jueces, les desconcierta. No se sabe si este dispositivo reemplazó al artículo 208 del Código Penal (Decreto 2525 de 1963, 3º), caso en el cual cabría preguntarse qué pasó con la forma del auxilio, y entidades afines, a que se refiere el inciso 3º del mencionado artículo. Pero en este Código la asociación para delinquir, pese a sus críticas tenía perfiles aceptables. Ahora los plurales allí usados (grupos, cuadrillas, poblaciones, predios, haciendas, etc.), la hacen más ineficaz porque exige la realización de acciones más numerosas e insalvables, fuera de que lejos de establecer hipótesis alternativas las volvió acumulativas, con los mismos anotados vicios. Es así como ya hay que integrar no una banda sino bandas y hay que invadir y asaltar

71. A fé que sobre este aspecto vale la pena leer a Luis Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1956. Págs. 547, 548.

72. Sebastián Soler, escribe sobre el particular, que "la sola existencia de la ley previa no basta; esta ley debe reunir ciertos caracteres: debe ser CONCRETA-MENTE DEFINIDORA de una acción, debe trazar una figura cerrada en sí misma, por medio de la cual se conozca no solamente cuál es la conducta comprendida, sino también cuál es la NO COMPRENDIDA". (S. Soler, "la formulación actual del principio nullum crimen" en Fé en el Derecho, Buenos Aires, 1956. Citado por Bernal Pinzón, ut infra). "Por ello es que la Constitución de la República Federal Alemana, posiblemente después de la dolorosa experiencia del Nacional Socialismo, expresa mente ha prohibido en su artículo 103 la formulación de "leyes penales IMPRECISAS, cuya imprecisión típica sea de tal forma indeterminada, que pueda dar lugar a dudas intolerables sobre lo que sea o no prohibido". Jesús Bernal Pinzón, en "Jurisprudencia y Doctrina". T VIII, No. 85, enero de 1979. Págs. 30 y 31.

no un lugar sino poblaciones, haciendas, carreteras o vías públicas (no las privadas y vecinales) y además causar incendios, muertes (las lesiones quedan impunes) o daños a los bienes y establecer, por ejemplo, contribuciones forzosas, en las cuales, sin mucha fatiga mental, podrían quedar cobijadas la vigilancia privada que algunos imponen con ciertas intimidaciones, amenazas o temores implícitos" ⁽⁷³⁾. Y es, por estar conscientes de esta situación, por lo que al introducirse elementos valorativos como pautas ineludibles de la interpretación jurídica, se desmantelan las inciertas bases en que se apoya el artículo 3º del Decreto y, por lo mismo, no puede primar sobre una disposición que hace parte de un conjunto normativo permanente, que acuerda sistemáticamente a él.

73. José María Velasco Guerrero y Gustavo Gómez Velásquez, en "Jurisprudencia y Doctrina". Número y edición citados. Pág. 46.

AMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL

DE LA LEY PENAL

*Tránsito de leyes penales **

Dr. Juan Fernández Carrasquilla

(Acápites del libro del mismo autor, "Derecho Penal Fundamental", en preparación)

3. VALIDEZ TEMPORAL

3.1. Reglas generales

Es principio general que las leyes rigen únicamente hacia el futuro, esto es, para los casos que ocurran después de comenzada su vigencia. Este principio puede formularse técnicamente, diciendo que las leyes rigen, como regla general, desde su promulgación a lo sumo desde su publicación) y hasta su derogatoria (expresa o tácita) ⁽¹⁾.

Por **promulgación** se entiende, en el derecho patrio, la inserción completa del texto de la ley en el "Diario Oficial", medio estatal de divulgación que no puede ser suplido por otro ninguno. Según nuestro Código de Régimen Político y Municipal (artículo 52), las leyes comienzan a regir dos meses después de su promulgación, salvo que en ellas mismas se disponga otra cosa. Se ha vuelto en

* En la presente Revista no publicamos la acostumbrada sección de Foro Histórico. En cambio, acrecentamos la sección de Doctrina con este importante estudio del Dr. Fernández Carrasquilla, pues dada la circunstancia de entrada en vigencia del Nuevo Código Penal el tema es de palpitante actualidad.

1. Muy bien lo expresa FONTAN BALESTRA, en la obra citada un poco más adelante: "las leyes son aplicables a los actos cumplidos en el tiempo que media entre la hora cero del día fijado para entrar en vigor y la hora veinticuatro del día anterior al de su derogación". (p. 143).

la legislación **cláusula de estilo** la de que las leyes comiencen a regir desde su "**sanción**" o desde su "**expedición**". La primera es una función constitucional del Presidente de la República, consistente en la firma del texto legal, acto con el cual culmina el proceso legislativo nacional. La segunda lleva la misma fecha y ha de suponerse que consiste en comunicar oficialmente que la ley ha sido sancionada. En cambio, la **publicación** consiste en dar a conocer el texto o contenido de la ley, al público en general, con suficiente amplitud, por cualquier medio moderno de comunicación o difusión de las ideas (radio, prensa, televisión). Por elementales razones de justicia, la ley no puede regir antes de que los ciudadanos hayan tenido la posibilidad de conocerla, lo cual no acontece mientras el texto permanezca en sigilo. Si generalmente se admite, por inexorable conveniencia política, que la **ignorancia de la ley no excusa**, y la propia ley así lo preceptúa, semejante ficción no puede fundarse sino en la posibilidad del conocimiento general de las normas que dimana de la amplia divulgación.

CARRARA, que incluye la exigencia de promulgación de la ley en su célebre definición racional del delito, explicita que pretender que los súbditos "se conformen a una ley que no les ha sido comunicada, será tan injusto y absurdo como pretender que se sometan a una ley aún no sancionada. La promulgación de la ley penal, una vez debidamente hecha, trae consigo la presunción de su conocimiento por parte de los ciudadanos" ⁽²⁾.

Si la ley sólo rige a partir de su promulgación, quiere decir que, **en principio no es retroactiva**, pues no surte efectos hacia el pasado, no se aplica a los acontecimientos producidos antes del comienzo de su vigencia y si, además, sólo rige hasta el momento de su derogatoria, significa que **carece también de efecto ultraactivo**, ya que no gobierna los hechos sucedidos después de terminada su vigencia. Con las excepciones —convertidas en la práctica en regla general— de que la ley rige desde su sanción o expedición, o desde su fecha, la exigencia de justicia, que torna imprescindible la comunicación del texto a los gobernados, se suple, más o menos satisfactoriamente, con la práctica de la publicación, si bien ésta ha de ser amplia y frente a ella no podrán los jueces ser tan estrictos, como con la promulgación, en la admisión de la excusa de que, por razones especiales de índole personal o geográfico, no tuvieron los procesados la posibilidad de conocer la disposición legal. Mientras menos ampliamente se divulgue el contenido de la ley, más personas pueden no llegar a conocerla oportunamente y más fácil puede prosperar la disculpa de ignorancia legal, o la más fuerte de la inexistencia social de la "ley previa".

2. Programa de derecho Criminal, par. 25, ed. Temis, Bogotá, 1971, pág. 45. Más amplia explicación del tema, con abundante bibliografía, véase en GAITAN MAHECHA, Bernardo, Curso de derecho penal general, Lerner, Bogotá, 1963, Págs. 55 a 63.

3.2. Concreción al campo penal

En materia criminal (delitos y contravenciones, penas y medidas de seguridad, derecho penal complementario y, por extensión, también el derecho administrativo sancionador o punitivo), es regla generalísima que se aplica la **ley vigente al momento de comisión del hecho** (*tempus regit actum*), porque es ese el momento en que debió operar la intimidación disuasora sobre la voluntad. Pues, en principio, penalmente no se aplica la ley anterior ni la posterior, sino la concomitante a la ejecución del hecho punible. Pero si la ley penal tiene que estar vigente al momento de la comisión, significa, necesariamente, que tuvo que haber sido expedida y publicada con anterioridad. Es lo que quiere decir la exigencia criminal de que la ley sea **previa** al acto que se imputa, contenida en el **artículo 26** constitucional y reiterada en el **28** de la misma Carta, normas fundamentales de las que es simple desarrollo el **artículo 1º**, del C.P., al consagrar el **principio rector de la legalidad** en los siguientes términos: "Nadie puede ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". Norma, esta última, que bien puede resumirse, como indicamos antes, en el tríplico aforismo **nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta et stricta**.

3.3. Trámite de leyes penales

Pero esa regla general sobre la ley penal aplicable a cada hecho punible, sufre, por virtud del **principio de favorabilidad** —universalmente aceptado—, contenido en los **artículos 26** (inc. 2º) de la Constitución Nacional y **6º** del C.P. (otra "norma rectora" de la ley penal colombiana), una **doble excepción**: retroactividad (en favor) y ultraactividad (también en favor del reo), cubriendo la primera también a los que ya estén condenados. Toda ley penal posterior al hecho debe aplicarse de preferencia a la vigente al momento del mismo, si sus disposiciones son, en conjunto, más benignas para el reo que el conjunto de los preceptos contenidos en la última, según estimación del juez (en modo alguno del imputado). Otras legislaciones son más claras aún, —y el hecho de que nuestra ley no haya sido redactada de esta manera, no impide que el principio se entienda de modo tan saludable y recto—, al disponer que entre las varias leyes que hubiesen tenido vigencia entre el momento del hecho y el del juicio, se preferirá siempre la más suave al acusado.

En el tránsito de leyes punitivas, de consiguiente, el juez ha de valorar cuál de ellas es la más favorable al acusado y aplicarla **en su integridad**, pues se dice que al mezclar "disposiciones" de las varias leyes, estaría creando una tercera ley. Lo que en este contexto signifique la palabra "ley", ya no es tan claro, pues bien puede suceder que una ley favorezca al sindicado bajo algunos respectos y lo desfavorezca por otros; v.gr., en la nueva ley es más favorable el

régimen de la pena principal aplicable, pero en la antigua, es más benigno el de las sanciones accesorias. En estos casos, entendemos que el juez, al aplicar, de cada ley, la disposición más favorable, no está mezclando **indebidamente** las leyes, ni creando abusivamente una tercera, sino reduciendo cada precepto al ámbito que le corresponde. Pues, en este contexto, "ley" no significa cuerpo legal, estatuto, código, etc., sino disposición o regla sobre un asunto determinado, norma a un particular instituto o a una específica figura jurídica. Lo que no podría el juez hacer en tales casos sería, por ejemplo, tomar de la ley vieja la cantidad y de la nueva la calidad de la pena principal conminada para el mismo hecho, pues entonces sí estaría creando, **motu proprio**, una tercera regla, un híbrido normativo que no pertenece a ninguna de las leyes, usurpando de este modo la privativa competencia del legislador. **Ley** es, en realidad, un concepto complejo, que tanto abarca un solo precepto, como un conjunto unificado u orgánico de normas, cada una de las cuales es, sin lugar a dudas, también **ley**. Pero sería absurdo, por ejemplo, que a un reo se le negara ahora el descuento del cómputo de reincidencia, que desapareció en el Código de 1980, so pretexto de que en la ley anterior (el Código de 1936), la pena principal para el delito como tal era más benigna, debiendo entonces este viejo código aplicarse en su integridad indivisible, aunque al final de cuentas de tan aberrante operación resulte para el delincuente una sanción total más grave o prolongada. Peligrosa es, entonces, por su simplismo, la forma como FONTAN BALESTRA recoge la regla tradicional de que el juez debe aplicar "una sola ley", siéndole "absolutamente inadmisibles" resolverse por la aplicación simultánea de disposiciones parciales de una y otra ley⁽³⁾, si bien ahí el sentido podría salvarse con la locución "parciales", que por contraste indica que el juez sí puede acogerse a "disposiciones totales" de una y otra ley, vale decir, a conjuntos de normas sobre cada instituto o figura en cada ley.

Bella y tinosamente está expuesto el asunto en un viejo pero aún valioso texto francés:

"La ley puede ser compleja y contener disposiciones más suaves y otras más severas. Se aplican entonces esas disposiciones distintamente, si es posible separarlas... Pero se procede de otra manera cuando el conjunto de las disposiciones de la ley forma un todo **indivisible**... Toda ley compleja que constituya un todo indivisible, retroactúa o no retroactúa en bloque, se-

3. FONTAN BALESTRA, Carlos, **DERECHO PENAL, Introducción y Parte General**, 10a. ed. actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, págs. 145-146.

gún que sea su disposición más dulce o más severa la que parece dominante y confiere su carácter al conjunto" (4).

3.4. El favor rei

La favorabilidad, como antes se explicó, no encarna un principio de interpretación de la ley penal, sino una directriz para escoger la ley aplicable cuando se presenta sucesión de leyes penales en el tiempo. Dicha directriz, contenida en nuestro derecho vigente desde la Ley 153 de 1887 (artículo 44), recibe, en el artículo 45 de la misma, cuatro "aplicaciones", en que la propia ley decide cuál es la norma favorable y cómo debe resolverse el conflicto. Ello no significa, sin embargo, en modo alguno, que no pueden presentarse otros casos, sino que éstos deberán ser evaluados por el juez conforme a los principios generales y constitucionales, ateniéndose, en supuestos extremos o insalvables de duda, a una "interpretación benigna". Esta última, pues, sólo está prescrita para las situaciones en que, en la colisión temporal de normas penales, no pueda el juez determinar con precisión u objetividad, razonablemente, cuál de ellas es, por su favorabilidad, la aplicable al caso particular. Las "aplicaciones" enunciadas por la Ley 153/87, son:

a) La nueva ley que, expresa o tácitamente, desincrimina un hecho, envuelve indulto (para los casos pendientes de juzgamiento) y rehabilitación (para los casos ya juzgados definitivamente). Así sucede, en el cambio del Código Penal del 36 al del 80, con la figura de "corrupción de menores" por acceso carnal consentido por mujer mayor de 14 y menor de 16, que en la más reciente legislación pierde su carácter delictivo. Por tales hechos, en consecuencia, no se iniciará ninguna nueva investigación penal, se terminarán extraordinariamente las ya comenzadas, se extinguirán las penas pendientes de ejecución, se restablecerá en la plenitud de sus derechos a todos los que por tal causa hubiesen sido interdictos por la ley precedente. Este fenómeno de la descriminalización acontece cuando una ley deja de definir como punible un hecho, mas no cuando simplemente le cambia de nombre o de ubicación sistemática, manteniendo la punición. En la última hipótesis, procede verificar cuál de las dos puniciones es la más benigna y escogerla, sin adoptar ninguna de las radicales resoluciones antes mencionadas, pues la valoración socio-legal del hecho no ha desaparecido. Tal el supuesto de la conversión del "rapto" en "secuestro" simple en el nuevo C.P., o del trueque de la "asociación para delinquir" por el "concierto", o de la "violencia carnal" por "violación", o del "robo" por "hurto", etc.

b) La nueva ley que aminora de un modo fijo la pena, da lugar a la correspondiente rebaja o reducción. Extraño es este supuesto, pues las leyes penales no señalan de modo "fijo" la pena, sino den-

tro de ciertos límites mínimo y máximo. Pero podría suceder que alguna ley redujera todas o ciertas penas en una determinada proporción (la mitad, una tercera parte, etc.). Tal aminoración, pues, tiene un sentido cuantitativo, pero se puede presentar así mismo en sentido cualitativo, si la ley cambia una pena por otra de distinta naturaleza e inferior gravedad. Así se da en el actual tránsito de legislación penal, pues la pena de presidio fue suprimida y las ya aplicadas se mutaron por prisión (artículo 377).

c) "Si la ley nueva reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado", preceptúa la prementada norma en su tercera "aplicación" (artículo 45, inc. 3ª). Ya se dijo que la estimación de una ley como favorable o permisiva, suave o benigna, debe ser hecha por el juez en todos los casos, aún de oficio, sin esperar petición de interesado alguno. Lo cual no quiere decir que el juez no pueda y deba escuchar las alegaciones de las partes, o que éstas no puedan demandar su pronunciamiento. Del mismo parecer se muestra PEREZ: "el juez es quien califica la ley más favorable, inclusive en el caso del inc. 3ª..." (5). Es claro, además, que el "interesado" podría equivocarse en su invocación, y sería absurdo pretender que el error o la ignorancia del reo, por ejemplo, tengan carácter vinculante para el juez penal, quien aún reconociéndolos, tendría que ceder ante ellos y aplicar, contra su personal y técnico criterio, la ley sabiamente nociva, perjudicial o desfavorable para el acusado. Como en todos los demás supuestos, en el presente es menester que el juez valore todas las circunstancias relevantes del caso, pues para unos sujetos puede ser favorable la ley anterior y para otros la nueva. Será, en efecto, más saludable la ley vieja para el reo que merezca el mínimo de la sanción (que ha sido incrementado), en tanto que la ley nueva beneficiará a quien merezca el máximo (que ha sido disminuído).

La hipótesis contraria no está prevista en la ley 153 (prueba inequívoca de que su enumeración es meramente enunciativa), pero puede con facilidad presentarse: la nueva ley reduce el mínimo y aumenta el máximo de la pena amenazada, eventualidad en la cual será benigna para quien no registre (o registre menos) circunstancias de atenuación (antes de "menor peligrosidad"), o sólo ostente circunstancias de agravación punitiva (antes de "mayor peligrosidad").

d) La nueva ley que disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la antigua, cualquiera que sea sobre el particular el criterio del interesado. En la jerarquía de los bienes jurídicos afectados por la sanción criminal la ley ha puesto, con razón, por encima la libertad que el patrimonio económico. Algo si-

4. VOUIN, Robert, *Droit Criminel*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, París, 1949, Pág. 44. Traducción libre.

5. PEREZ, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Tomo I, Temis, Bogotá, Pág. 337.

milar, que habría que resolver por analogía *in bonam partem*, podría ocurrir si la ley penal de algún país suprimiera la pena capital, convirtiéndola en pena perpetua privativa de la libertad, caso en el que la ley, o el intérprete en su lugar, tendría que preferir el bien de la vida, por estar más arriba en la escala axiológica que todos los países civilizados comparten.

Muchas otras variaciones son posibles cuando las normas penales se suceden temporalmente. Para citar algunos casos:

1) Una ley convierte en contravención un hecho que la ley anterior consideraba delictivo. Así pasó con la "corrupción de menores" del art. 32 del viejo C.P., que el Decreto 1118 de 1970 (art. 15) trocó en mera contravención (y que luego el art. 1º del Decreto 522 de 1971 volvió a restablecer como delito).

2) Una nueva ley puede también abolir o disminuir las sanciones accesorias, o aligerar su régimen jurídico, como ocurrió en el paso del artículo 58 del viejo C.P., al art. 12 de la Ley 16 de 1969, y de éste al artículo 52 del nuevo C.P. Esta última norma dejó como accesoria fija de la prisión únicamente la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, derogando la publicación especial de la sentencia y convirtiendo en discrecionales las demás que enumera el artículo 42, consumando así la evolución que la Ley 16 había comenzado con respecto a la pérdida y suspensión de la patria potestad.

3) La nueva ley será igualmente favorable si aumenta las exigencias necesarias para que un hecho corresponda a su descripción en el tipo ⁽⁶⁾, o amplía las condiciones para que opere una circunstancia atenuante o eximente, o acrece el número o aliviana el régimen de las justificantes, o eleva una cuantía de que depende la graduación del injusto o de la pena, o acorta los plazos para la prescripción de la acción o de la condena penales.

Como es palmario, las situaciones opuestas a las enumeradas o ejemplificadas, dan lugar a que la nueva ley sea desfavorable.

3.5. Retroactividad y ultraactividad

Si la nueva ley es favorable al reo, debe aplicarse retroactivamente; pero si es desfavorable, continuará aplicándose la vieja ley, en forma ultractiva, a los hechos cometidos con anterioridad a la terminación de su vigencia. La ultraactividad supone un caso aún no juzgado definitivamente, pues a los juzgados se les aplicó precisamente la ley anterior favorable. La retroactividad, en cambio, tiene

6. Cfr. cita de las notas; *Infra.*, 3, 6, literal h.

aplicación con respecto a casos juzgados o no juzgados; en los primeros, se modifica de oficio la sentencia y en los segundos se la dicta conforme a los nuevos cánones.

En síntesis, el *favor rei*, como el *favor libertatis*, es canon constitucional y legal que implica: **retroactividad**, esto es, aplicación de una ley nueva a hechos perpetrados antes del comienzo de su vigencia formal, hayan sido o no juzgados definitivamente; y **ultraactividad**, es decir, proyección de la ley derogada, que el juez aplicará, después de terminada su vigencia, a hechos realizados durante su vigencia (o, en todo caso, antes de su derogatoria).

Como no siempre es fácil precisar cuál de las varias leyes es la más favorable y por ende la aplicable, el juez debe atender a todas las circunstancias relevantes y al conjunto de las disposiciones sobre cada asunto, y adoptar idealmente el esquema recomendado por von LISZT: bosquejar hipotéticamente una sentencia de conformidad con cada una de las leyes en conflicto y decidirse por la que en definitiva arroje los resultados más benignos para el reo ⁽⁷⁾. MEZGER agrega que "especialmente es la ley más benigna la ley no penal" ⁽⁸⁾. "Por lo demás, —puntualiza FONTAN BALESTRA—, en todos los casos, la pena es ajustable conforme con la escala penal de la nueva ley (mejor, de la más benigna), dentro de cuyos límites el juez puede moverse lo mismo que para cualquier sentencia" ⁽⁹⁾.

3.6. Tiempo de realización del hecho punible

Para determinar si existe o no una verdadera colisión temporal de leyes penales, no es suficiente con el hecho de que varias leyes de esa naturaleza se hayan sucedido cronológicamente, sino que, además, es necesario, fijar la fecha de comisión del delito o la contravención. Si, en efecto, el hecho se realizó una vez comenzada la vigencia de la última ley, ningún interés revisten las precedentes, ya que se aplica la regla general de la ley vigente al momento del hecho. Lo propio acontece si el hecho fue ya juzgado en firme y la nueva ley varía desfavorablemente su valoración o consecuencias. El problema se circunscribe, pues, a los hechos que se realizan total o parcialmente bajo una ley y deben ser fallados durante la vigencia de otra, y a los ya juzgados cuando la ley nueva modifica favorablemente la valoración o las consecuencias jurídico-penales de los mismos.

7. LISZT, Franz von: *Tratado de derecho penal*, tomo II, Reus, Madrid, 3a. ed., s/f., Pág. 103.

8. MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Tomo I, Pág. 113.

9. *Ob. cit.*, 147. Cfr. COUSINHO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 197, Tomo I, Págs. 127-30.

Sobre el momento en que se entiende realizado o cometido el hecho punible, existen, en las legislaciones y en la doctrina, soluciones o teorías diversas. Dominante es sin duda la **teoría de la acción**, seguida entre otros, por MAURACH y BETTIOL, según la cual debe entenderse realizado el hecho al momento en que la voluntad se manifiesta, que es también aquél en que debió actuar la contramotivación de la norma sobre la voluntad del agente. Para esta doctrina, **no importa** el momento del resultado, sino el de la exteriorización volitiva, aunque entre ambos media un lapso de tiempo considerable. Esta era la tesis que contenía el Anteproyecto de 1974, artículo 20: El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el del resultado. "La conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida", proyecto normativo que en nada varió en el de 1976 (artículo 15). Silencio guardó sobre el particular el Código de 1936, dando así lugar a encontradas interpretaciones.

Según la **teoría del resultado**, lo que importa es el momento en que se produce la consecuencia material de la acción, pues sólo en él se consuma el delito, según la ley. Pero esta teoría, muy poco acogida, no toma en consideración que la mayoría de los delitos no requieren de un resultado natural (evento) y que, aún en los demás casos, el desenvolvimiento del nexo causal, una vez realizada la acción, depende muy poco de la voluntad del autor.

La **tesis mixta** o ecléctica, concilia ambas posiciones extremas y ostenta, desde luego, la mayor cobertura. Según ella, el delito se considera cometido indistintamente en el momento de la acción o del resultado (si fueren distintos). Pero así no se resuelven los principales problemas, que surgen precisamente cuando la acción se realiza bajo una ley penal y el evento se ocasiona bajo otra distinta, siendo por ello imposible decidir bajo cuál de ellas se perpetró el injusto y cuál de ellas debe aplicarse extraactivamente (hacia el pasado o hacia el futuro).

Por fortuna, el C.P. ahora vigente acogió la teoría de la acción (artículo 20). De suerte que si la voluntad delictiva se manifiesta típicamente en una fecha, y el evento se causa en otra, es a la primera a la que debe atenderse, como **tempus delicti commissi**.

3.7. Efectos de la teoría de la acción

Además de definir con claridad el punto de partida para la retro y la ultraactividad, la legal teoría de la acción presenta interés en otros varios puntos de la teoría del delito ⁽¹⁰⁾.

10. Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 197; BETTIOL, Ob. cit., 122-23; JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, II, Nro. 717, Pág. 636; FONTAN B., Ob. cit., 151-52 - 206-12.

a) Con respecto a la antijuricidad, y, desde luego, la tipicidad, "es de aplicación la ley penal más favorable con vigencia anterior al hecho o posterior a la condena", significa FONTAN BALESTRA.

b) En lo que atañe a la imputabilidad y la culpabilidad, decide, según el artículo 31 del Código, "el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito", o sea el de la acción (art. 20 *ibidem*). Pero en las **acciones libres en su causa**, el examen se retrotrae al momento en que el sujeto se colocó, por dolo o culpa, en una preordenada situación que de otra suerte tornaría lo inimputable o inculpable (C.P., artículo 32). La imputabilidad, en fin, se aprecia al instante de la acción, aunque no subsista al momento del resultado, como regla general. Lo propio se predica de la culpabilidad, sin que el principio se perturbe por el desistimiento.

c) La prescripción se cuenta por la ley que fije el plazo más breve, o señale un momento anterior para su comienzo, o un instante más tardío para su interrupción.

d) En los delitos habituales, el número de actos se contará por la ley que señale un guarismo mayor. Pero si en ella fuere más gravosa la penalidad, todos los actos deben realizarse bajo su vigencia, pues otra cosa sería mezclar aspectos de dos disposiciones sucesivas referentes a un mismo punto.

e) En los delitos permanentes y continuados, la doctrina sostiene las más dispares posturas. GRISPIGNI aboga porque se incrimine solamente la parte del hecho ejecutada bajo la nueva ley. A JIMENEZ DE ASUA, quien sigue en esto a E. SCHMIDT, se le hace ello insostenible, y aduce que el delito es único y rige para él también el **favor rei** ⁽¹¹⁾. Sostiene ANTOLISEI, en cambio, que "debe aplicarse la ley posterior, aun cuando sea menos favorable, porque bajo su imperio se ha desenvuelto también una parte de la actividad ejecutiva" ⁽¹²⁾. Por la ley vigente al momento en que se ejecutó el último acto o fragmento de acción se pronuncia BETTIOL ⁽¹³⁾. Dado que los artículos 6º y 20 del C.P. no resuelven el problema, optamos por la tesis de FONTAN BALESTRA, que compagina bien los intereses individuales y sociales: si "la nueva ley es menos favorable, la consumación se ha prolongado en el tiempo, de modo que la situación antijurídica se mantiene el día de entrar en vigencia la nueva ley, ésta resulta aplicable, puesto que el hecho se consuma también durante su vigencia. Es decir, que la ley nueva que tipifica o agrava el hecho, es aplicable si una situación preexistente se man-

11. *La ley y el delito*, Pág. 14.

12. *Manual...*, Pág. 92.

13. *Derecho Penal*, Pág. 123.

tiene" a pesar de ella ⁽¹⁴⁾. Como acaba de verse, es también ésta la tesis de BETTIOL y ANTOLISEI. Parece que en Alemania no se presta a duda que entre las varias leyes vigentes entre el hecho y el juicio, se aplica siempre la más benigna. Pero, a nuestro entender, esto no resuelve el problema planteado, porque en los delitos de que se trata, la acción se realiza en tiempo de diversas vigencias legales y no hay en verdad razón alguna, ni técnica ni humanitaria, para ultraactivar una ley favorable pese a que el agente continuó cometiendo el hecho bajo una nueva ley más gravosa para él, que tampoco bastó para intimidarlo o disuadirlo. Tal posición equivale a dejar impune la parte del hecho ejecutada bajo la nueva ley, solución absolutamente inequitativa frente a quienes hayan comenzado a realizar el hecho después de expirada la vigencia de la ley anterior, resultando así injustamente favorecido el delincuente que más ha perseverado en el mantenimiento o la reiteración de la consumación.

f) En los mismos delitos permanentes o continuados, la legítima defensa es actual cualquiera que sea el momento para la reacción, mientras perdure el estado antijurídico. En ellos mismos es igualmente posible la coautoría sucesiva, y la complicidad, hasta que cese la comisión o la omisión. En los delitos instantáneos, por el contrario, la reacción del primer caso sería vindicativa una vez consumado el hecho punible y agotada la lesión al bien jurídico, y la intervención posterior del segundo supuesto sólo podría dar lugar a la imputación de encubrimiento.

g) En los delitos que, a pesar de ser instantáneos, crean un estado antijurídico duradero, como la bigamia, rige la ley del momento en que el estado se crea, que es el mismo en que la acción se tipifica y el delito se consuma.

h) Los especiales deberes o vinculaciones del autor o del partícipe con el sujeto pasivo o con el objeto del delito, deben existir al momento del acto, siendo irrelevantes si sólo aparecen más tarde (v.gr. antes de la producción del evento). Casos de esta especie podrían darse en el parentesco por afinidad que se adquiere después de manifestada la voluntad criminal.

i) En las leyes penales en blanco, las normas extralegales o reglamentaciones posteriores que favorezcan al imputado, deben aplicarse sin hesitación. Al fin y al cabo, esas normas se integran al tipo penal y cabe entonces pensar, con FONTAN BALESTRA, que "cuando la norma modifica los elementos del tipo, reduciendo el número y naturaleza de las acciones subsumibles, la aplicación de la dispo-

14. Ob. cit., Pág. 209. En igual sentido, con muy pormenorizada exposición, Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, Porrúa, S.A., México, 1977, Págs 179 a 192.

sición más benigna no puede ser dudosa" ⁽¹⁵⁾ ni siquiera frente a los condenados, pues también para ellos la ley ha extendido la favorabilidad, contra el dogma privatístico de la intangible "cosa juzgada" (C.P., art. 6º).

j) Las verdaderas leyes interpretativas, o sean las que no modifican o hacen más oneroso el régimen de la ley interpretada, conforman con éstas un solo texto legal y pueden llegar así a exceptuar el principio de no retroactividad de la ley penal severa. Pero la ley interpretativa debe también ser interpretada por el juez y si éste encuentra que su sentido es indudablemente más desfavorable que el de la ley interpretada, no debe darle aplicación con respecto a los hechos realizados con antelación. El mismo tratamiento debe darse a las falsas interpretaciones auténticas, que en el fondo son leyes penales nuevas que, pese a su severidad, pretenden embozarse para lograr efecto retroactivo. En estos casos, como en los demás, la retroactividad penal desfavorable es un dispositivo legal "evidentemente contrario a los principios fundamentales del derecho penal" que "interviene generalmente en épocas en que el interés superior de la colectividad (o la "razón de Estado") es preferida a la protección del individuo", escribe JEAN PRADEL ⁽¹⁶⁾.

k) Las leyes que modifican el régimen de ejecución de las sanciones criminales (penas o medidas de seguridad), referentes en general a efectos post-sentenciales, son de aplicación inmediata y por ende los reclusos no pueden escudarse contra ellas pretendiendo la ultraactividad del régimen anterior. Y ello, anota el mismo PRADEL, "por dos razones: sólo constituyen modalidades secundarias de una situación definitivamente fijada después de la condena y el nuevo régimen que instituyen debe reputarse superior al viejo" ⁽¹⁷⁾.

l) En general, se admite que las leyes procesales (formales, adjetivas o instrumentales) son igualmente de aplicación inmediata. La ley procedimental anterior se aplica ultraactivamente tan sólo a las actuaciones ya en curso y a los términos que han empezado a correr al iniciarse la vigencia formal de la ley nueva. Difícil de entender es el artículo 6º del C. de PP., que pretende, al parecer, la inauguración de un régimen contrario, dando preferencia, como en las materias penales, a la ley favorable, pero disponiendo la aplicación inmediata de la ley procesal que "fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso". La primera parte debe aludir a disposiciones penales contenidas en el código o en una ley procesal, y la segunda a las

15. Ob. cit. Pág. 149. Cfr. también, Pág. 146. Igual sentido en MAGGIORE, Ob. cit., I, 202.

16. DROIT PENAL, Cujas, Paris, 1973, Pág. 122. Traducción libre.

17. Ibidem.

propias normas procedimentales. "Las leyes de forma, es decir, relativas a la constatación y persecución de las infracciones, a la competencia y al procedimiento, se aplican inmediatamente a los hechos cometidos antes de su promulgación", signa el autor citado en último lugar ⁽¹⁸⁾.

m) En los delitos progresivos o casos de progresión criminal se aplicará la ley vigente al momento de la realización del último acto (que absorbe o consume los anteriores), aunque sea más severa.

n) Las leyes penales nunca se aplicarán durante su vacancia, pues ésta significa que el legislador no ha querido que comiencen a regir mientras aquella dure. Aplicar la ley vacante, es dar vida a una ley que no ha terminado de nacer, que no es aún derecho positivo vigente. Ellas no están vigentes a la época del hecho, ni a la del juicio, y en el fondo no pasan de ser una prospección legislativa, normas bajo término suspensivo.

ñ) Si los sujetos activos fueren varios, el tiempo de comisión se apreciará separadamente para cada cual según el momento en que cada interviniente (instigador, autor, coautor, cómplice) haya manifestado su voluntad participatoria.

3.8. La ley intermedia

Puede ocurrir que la sucesión temporaria se dé entre más de dos leyes penales, de tal forma que una o varias de ellas, de carácter favorable al reo, no estaban aún en vigencia al momento del hecho y no lo están ya al momento de la sentencia definitiva, bien por haber sido derogadas, ora por haber sido declaradas inexecutable por la Corte Suprema de Justicia o por su Sala Constitucional.

Cualquiera de las tres leyes podría ser aplicada con base en un principio diferente, como bien lo expone COUSIÑO MAC IVER: la primera, por ser la vigente al tiempo del hecho; la segunda, por ser ley posterior favorable; y, la tercera, por estar vigente al momento del fallo y por lo menos ser menos gravosa que la primera ⁽¹⁹⁾.

Creemos que esta situación presenta al tiempo las características de retro y ultraactividad: la primera, porque la ley intermedia habría de aplicarse aún a hechos cometidos antes de su vigencia inicial; la segunda, porque esa misma ley habría de aplicarse después de su derogatoria, también por virtud del principio de favorabilidad, qué no se ve por qué razón habría de ser aquí relegado. La tardanza del juicio, o la premura del cambio legislativo (que podría ser utilizado políticamente), son serios argumentos para no desguarrecer en estos casos el *favor rei*. Connota el autor últimamente cita-

18. Ib., Pág. 125.

19. Ob. cit., Pág. 125.

do, que "no parece dudoso afirmar que la ley intermedia no deberá jamás recibir aplicación si ella hace punible un hecho no sancionado con anterioridad, o si contempla penas más odiosas para el mismo; pero que, en cambio, deberá regir el juzgamiento —no obstante su falta de vigencia en la época del hecho y de la sentencia— en el evento de que suprima la punición de la conducta o establezca sanciones más benignas" ⁽²⁰⁾. Una vez dictada la ley dulcificadora, el reo adquiere algo así como un derecho a ser juzgado conforme a ella, aunque desaparezca del orden jurídico poco después. Y si el mandato constitucional impone al juez aplicar leyes derogadas (sin que esto importe desconocer la autoridad legislativa del Congreso de la República), no se vislumbra razón valedera alguna para que el juez no pueda aplicar una disposición declarada inexecutable (sin que esto apareje el desconocimiento del fuero constitucional de la Corte Suprema o de su Sala Constitucional). Erróneo, por tanto, el reciente pronunciamiento que sobre el tópico profirió la casación nacional ⁽²¹⁾, aunque con similares argumentos atajaron en la Comisión de 1974, una norma expresa sobre el tema, los doctores Estrada y Salgado (Actas 7 y 8) ⁽²²⁾. Por el respeto de la favorabilidad frente a la ley intermedia se pronuncian, entre otros, **Maurach, Welzel, Mezger, Soler, R.C. Núñez, Puig Peña, Gaitán Mahecha, L. C. Pérez Jiménez de Asúa** accede a ello nada más que por "sentimientos humanitarios" ⁽²³⁾. Por la solución afirmativa se han pronunciado expresamente las legislaciones alemana, argentina y chilena.

3.9. Leyes temporales y excepcionales

En el seno de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal de 1974 (al que fundamentalmente regresó el texto definitivo del nuevo C.P.), el Dr. ROMERO SOTO se pronunció por la adopción de una fórmula unitaria y absoluta de la favorabilidad, en la que quedarían incluídas naturalmente las leyes intermedias, temporales y excepcionales. Y en relación a los delitos permantes y omisivos, el mismo comisionado sostuvo que "Para ambos casos, el doctor Baquero ha dado la norma aceptable, es decir, que la ley aplicable es la del momento de la terminación, o sea, cuando se realiza el último acto" (Acta N° 7) ⁽²⁴⁾. Esto podría recabar con la precariedad de la interpretación histórica subjetiva, el fundamento de la tesis

20. Ibidem.

21. Casación de 3 de mayo de 1979. M. Pte. Doctor José María Velasco Guerrero. Cfr. nuestro artículo *Ultraactividad del Decreto 1135 de 1970*, en *Rev. Temas de derecho penal colombiano*, Nro. 10, Medellín, 1971, Págs. 10-16 el cual es un estudio lógico-jurídico del tema. En igual sentido ALDANA ROZO, la aplicación de la ley Penal en el tiempo en relación con el Decreto 1135 del 70, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. II, No. 7, Pág. 7 y siguiente.

22. *Actas del Nuevo C.P. Colombiano*, Vol. I, Págs. 52 a 54, Pequeño Foro, Bogotá, 1980, edición a cargo del Dr. Luis Carlos Giraldo Marín.

23. Op. cit. pág. 157.

24. Ob. cit., Pág. 149.

que expusimos y fundamentamos poco antes sobre las leyes intermedias y los delitos crónicos y paulatinos, aplicables, sin duda, del mismo modo, a los casos de progresión delictiva (o delito progresivo).

Se conoce con el nombre de **leyes temporales** a las que determinan cronológicamente el fin de su vigencia, esto es, prefijan la fecha hasta la cual deben regir. La doctrina absolutamente dominante en el mundo entero, sostiene que estas leyes deben siempre e invariablemente aplicarse a los hechos perpetrados durante su vigencia, pues de otra manera esta última concluiría antes del término señalado en la propia ley. En efecto, los casos sucedidos durante los últimos días de tal vigencia, no alcanzarían a ser juzgados y normalmente las normas posteriores son más benignas. La razón para que la **opinio doctoris** no admita en esta hipótesis, como tampoco en la de las leyes excepcionales, la retroactividad de la ley posterior favorable, es la de que se trata de normas de excepción y de emergencia que con la retroactividad en favor de las subsiguientes (que, por lo general, son las mismas leyes anteriores transitoriamente suspendidas) tornaríanse inoperantes casi siempre antes del tiempo que la ley estimó como indispensable para el control de una anormal situación social. Es la solución que adoptan penalistas como **Welzel, Maurach y Bettiol, Mezger y Fontán Balestra**. Este último escribe, en la más reciente edición de su compendio, que "La doctrina acepta la aplicación aún de las disposiciones menos favorables contenidas en la ley temporaria, a los hechos cumplidos durante su vigencia" ⁽²⁵⁾. Así se ha resuelto en la Argentina, cuya ley guarda silencio al respecto, por vía jurisprudencial.

En Colombia parece primar la tesis contraria, por razones de derecho positivo constitucional, pues la retroactividad de la ley penal posterior favorable está consagrada en el **artículo 26** de la Carta sin restricción alguna, vale decir, en el más amplio sentido. El Proyecto de 1976 contenía esta expresa disposición en la norma final de su "título preliminar", **artículo 10**, según el cual "Las normas contempladas en este capítulo se aplicarán a todas las leyes penales, así sean excepcionales o temporales". Se apartó en esto dicha Comisión de la pauta contenida en el **artículo 10** del C.P.T. para Latinoamérica, a cuyo tenor "Los hechos realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir temporalmente, se juzgarán siempre con sujeción a ésta". Si un texto legal como el antes invocado del Proyecto de 1976, no aparece en la versión definitiva de la codificación, ello responde, ha de suponerse, a dos motivos principales: a) La tendencia (casi la misión) de la Comisión Parlamentaria, que dió al actual Código su última redacción, a retornar en lo posible al texto del Anteproyecto de 1974, en cuya elaboración

25. *Ib.*, 150.

tuvo el Dr. Estrada Vélez, Presidente de la postrera Comisión, una intervención muy destacada; b) La consideración de que una norma así resultaría claramente innecesaria frente al prementado canon constitucional. Es que "no importa que se trate de dos o de tres leyes, o de leyes excepcionales, o de leyes temporales, siempre se aplica el principio de favorabilidad", dijo el Prof. ROMERO SOTO en la Comisión del 74 ⁽²⁶⁾. Para Colombia, pues, puede considerarse improcedente la tesis foránea sobre ultraactividad en desfavor de las leyes temporales y excepcionales.

Con el nombre de **leyes excepcionales** conoce e identifica la doctrina a las que se dictan para regir únicamente mientras dura una situación **objetiva** de anormalidad social, como una epidemia o una calamidad pública, pero sin prefijar (por ser imposible en casi todos los casos) la fecha en que tal vigencia debe terminar. Simplemente, la vigencia de la ley excepcional está condicionada a la duración de una situación social extraordinaria, pero objetivamente apreciable. También a estas leyes aplica la **communis opinio** extranjera, la ultraactividad en desfavor, por las mismas razones expuestas para las leyes temporales. Y por las mismas razones indicadas, esta excepción a la favorabilidad no se acepta en nuestro país.

Si la noción de leyes excepcionales es la expuesta, parece innegable que los **decretos de estado de sitio** no invisten tal modalidad, ya que en éstos el fin de la vigencia no depende de una situación social externa y claramente apreciable por la generalidad de los gobernados, sino de una apreciación subjetiva, discrecional y privativa del Gobierno sobre un estado de conmoción interior del orden público o de guerra exterior. Pero resulta también viable la inteligente propuesta de SOLER, en el sentido de mantener sólo la categoría jurídico-doctrinal de las leyes temporales, entendiendo por tales las que señalan de antemano, por el calendario, la fecha en que su vigencia ha de cesar. Refiriéndose a la opinión dominante, escribe SOLER:

"Pero tal doctrina sólo es opinión general en cuanto se refiere a las leyes que prefijan su autoabrogación, leyes que pueden estrictamente llamarse **temporarias**. No sucede así con las llamadas leyes **transitorias** y **extraordinarias**, a las cuales no se las substraen, en general, del principio de la retroactividad benigna, rechazándose una serie de distinciones que se ha querido hacer, sin base en la legislación positiva" ⁽²⁷⁾.

El renombrado tratadista gaucha, en apoyo de su pensamiento, reseña bibliográficamente, en nota al pie de página, a **Liszt-Schmidt, Manzini, Mayer, Mezger y Zani**.

26. *Actas* ..., Ob. cit., Pág. 52 (Acta No. 7). Es lo mismo que sostiene en su erudito *Derecho Penal - Parte General*, Ob. cit., Vol. I, Págs. 212-13.

27. *Derecho penal argentino*, Ob. cit., Vol. I, Págs. 195-96.

Pero en Colombia, repetimos, el principio de favorabilidad conlleva la retroactividad de todas las leyes penales posteriores de carácter benigno, sean ellas mismas comunes o especiales, intermedias, temporales, excepcionales o extraordinarias, y refiéranse a penas o medidas de seguridad, disposiciones generales, tipos, etc.

Igual parece ser la situación en México, con relación a cuyo derecho sobre estas materias escribe CASTELLANOS:

"...Mientras en la doctrina el problema es debatible al invocarse la autoridad de la cosa juzgada frente al criterio de la falta de ejemplaridad de la pena, por el cambio de situación que origina la derogación de la ley temporal, en nuestro Derecho positivo la solución se encuentra en la **aplicación retroactiva** de la ley permanente, atento el mandato del artículo 14 constitucional, por ser más beneficiosa al acusado" (28).

3.10. Disposiciones transitorias del nuevo C.P. y aspectos procesales

El Título XV, final del Libro 2º del Código Penal de 1980, contiene cuatro "disposiciones generales" que regulan la relación de la nueva ley orgánica de los delitos y de las penas con otras normas jurídicas. De esas normas depende no sólo la extensión de las normas fundamentales de la parte general a todo el orden punitivo, sino la supervivencia o derogatoria de las leyes penales que estaban vigentes en el país el 29 de Enero de 1980. Son los criterios:

a) **Aplicación extensiva**, contenida en el artículo 375, norma de carácter permanente y de la máxima importancia, que perentoriamente impone que las garantías penales, los principios rectores y las normas de la parte general, se aplicarán a todas las **materias penales** de que traten otras leyes o normas, sean éstas de naturaleza penal o extrapenal. La redacción y el sentido son sin duda más amplios que los correspondientes al artículo 10 del C.P. de 1936, pues no limitan el beneficio a las demás leyes penales (derecho penal complementario y especial), sino que lo irradian a los asuntos penales contenidos en cualquier disposición jurídica nacional. Las pautas básicas del nuevo derecho penal alcanzan, de este modo, al **derecho penal administrativo** (disciplinario, fiscal y económico), al que antes se aplicaban por derecho consuetudinario o analogía **in bonam partem**. Esa extensión alcanza, desde luego, a ilicitudes administrativas tan importantes en la práctica como las **infracciones de tránsito**, que carecen de carácter penal por no poseer la calidad de delitos o contravenciones, categorías que sólo la ley puede establecer y campo vedado en absoluto al intérprete por tratarse de la determinación del campo de la punibilidad.

28. CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Porrúa, S.A., México, 1977, Pág. 111.

Tal aplicación extensiva opera a condición de que las leyes que contienen las materias penales de que se trata, "no dispongan otra cosa". Revela esto que las leyes punitivas pueden excepcionar las reglas de la parte general del código, al menos en principio. No podrán hacerlo válida y eficazmente si se trata de reglas de orden constitucional, como las **normas de garantía** (que sólo funcionan en favor del reo y jamás en contra suya), porque justamente han sido establecidas para proteger al individuo contra la posibilidad de abusos en el ejercicio —legislativo, jurisdiccional o penitenciario— del poder punitivo del Estado **ius puniendi**, o como las normas rectoras, que son rectoras de "la ley penal colombiana" y no sólo del Código Penal.

b) En el campo del derecho penal administrativo, por ejemplo, es frecuente la excepción al postulado penal **ne bis in idem**, en el sentido de que la pena administrativa no es incompatible con la sanción criminal que por el mismo hecho proceda. La excepción juega, pues en las relaciones del derecho criminal con el derecho penal administrativo, pero en modo alguno intrínsecamente a cada uno de ellos. O sea que no es posible que el mismo hecho se sancione administrativamente dos veces, o se itere la punición criminal; pero dado que el injusto administrativo y el penal tienen fundamentos distintos, sus consecuencias sancionatorias pueden aplicarse concomitantemente, al menos cuando así lo preceptúan las respectivas normas.

Ese principio del **ne bis in idem** tiene prácticamente más carácter procesal que penal. Estaba (y está aún) consagrado en el artículo 115 del C. de P.P., pero ha sido acogido por el artículo 9º del CP. nuevo, bajo el nombre de **principio de la "cosa juzgada"**. Su sentido primigenio y absoluto es el de que a nadie se someta dos veces a juzgamiento por el mismo hecho punible, cualquiera hubiese sido el resultado del primer juicio (condena o absolución) cualquiera que sea la denominación jurídica, legal o doctrinal, que al hecho se le dé. La mutación del **nomen iuris** de la infracción, siendo idéntica su facticidad histórica o biográfica, no da motivo alguno de excepción o restricción al citado principio normativo. De consiguiente, en los casos de delitos que en el nuevo C.P. tan sólo cambiaron de denominación, o de ésta y de ubicación sistemática, sin modificaciones en el tipo de injusto ni en el tipo de culpabilidad, no procede la anulación del juicio pendiente para abrir otro procesamiento o plenario con el nuevo nombre. Así, un sujeto procesado o enjuiciado por robo (consumado o tentado), violencia carnal, asociación para delinquir, corrupción de menores (distinta a la hipótesis del artículo 326 del viejo C.P., que fue abolida), rapto in consentido, etc., no sufre en su juzgamiento ninguna turbación, como sería, por ejemplo, alguna nulidad procesal para acomodar el sumario o el juicio a los nuevos nombres, respectivamente, de hurto, violación, concierto, actos sexuales abusivos o secuestro. Simplemente, el juez aplicará el tipo y la pena más favorables en el caso concreto. Pero el enjuicia-

miento efectuado bajo el régimen precedente, v.gr. por robo o rapto, es perfectamente válido, de suerte que su anulación comporta arbitrariedad judicial incompatible con la seguridad jurídica y violatoria del principio del juzgamiento unitario. La concordancia técnica entre la sentencia y el auto de proceder se encontrará en estos casos en el fondo o sustancia, ya que son los mismos los hechos constitutivos del cargo. Puede en la sentencia acomodarse la condenación al nuevo nombre de la figura delictiva, o dejarse con el anterior, según lo que represente el criterio de mayor benignidad. En el rapto, por ejemplo, esta nomenclatura es manifiestamente más suave y conveniente al procesado, desde los puntos de vista ético, social y político, que la de secuestro que emplea la última legislación. Esa denominación puede por tanto mantenerse, en todas las providencias de fondo del proceso, así en el caso concreto se aplique, por favorabilidad, la pena del artículo 269 del nuevo C.P., ya que en este caso el juez no está mezclando indebidamente disposiciones específicas sobre el mismo asunto, sino tomando de un código el nombre y del otro la pena. Cabe sí recordar, de paso, que la figura del rapto consentido, contenida en el artículo 350 del Código derogado, ha sido suprimida, pues el hecho se convirtió en secuestro, que es delito contra la libertad individual que no puede perpetrarse con el consentimiento del titular, cuya edad para consentir en el secuestro con fin libidinoso debe entenderse que es la de 14 años (nuevo límite de la mayoría de edad penal en estos tópicos).

Debe sentarse como regla que los cambios, de cualquier naturaleza, introducidos por la nueva codificación, no pueden dar lugar a nulidades procesales. Los enjuiciados simplemente deben ser absueltos, si el hecho perdió carácter delictivo, o dejó de ser típico, etc., o condenados de conformidad con la ley más favorable, pero en modo alguno sometidos a dilaciones procedimentales sin sentido ni respaldo legal. Las nulidades procesales son taxativas y por razón de esos cambios no se insinúa ninguna de raigambre constitucional. Un juicio válido conforme a la ley vigente en su época, no puede devenir nulo porque cambien las disposiciones sustantivas regentes del caso, así como tampoco una absolución se puede fundar en el simple cambio del nombre legal de la infracción, o su ubicación sistemática distinta, pues ello no afecta la sustancia de la punibilidad y por ende no desconoce ninguna norma de garantía, ni principio rector alguno.

c) **Derogatorias:** El artículo 378 deroga de modo explícito el Código Penal de 1936, y, de manera implícita, "todas las disposiciones que sean contrarias al presente Decreto-ley". Armónicamente, el artículo 376 mantiene de modo expreso la vigencia de las leyes penales especiales que regían el 29 de Enero de 1981, pero sólo "en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código". O sea que esta última norma contiene una derogación tácita de todas las normas penales contrarias al nuevo C.P. La determinación de tales normas es desde luego cuestión interpretativa que a veces no será fácil pre-

cisar, pero que en otras se puede señalar desde ahora sin hesitación alguna.

En este orden de ideas, no cabe duda de la total abolición de las viejas leyes, anteriores incluso al Código derogado, que establecían una jurisdicción y un régimen punitivo *sui generis*, a cargo de los misioneros católicos, para los indígenas no-civilizados. El nuevo C.P. contiene disposiciones que se oponen a la vigencia de dichas normas, pues para tales personas consagra una especialísima medida de seguridad (que en nuestra opinión será en la práctica de imposible cumplimiento), consistente en reintegrarlos a su medio ambiente natural (artículo 96, inc. 3º), siempre y cuando preceda, en el proceso penal, la declaración de inimputabilidad. Como es obvio, esa declaratoria no se presentará (salvo el concurso de otras circunstancias), con respecto a los indígenas que se han integrado a la vida nacional, hablan el idioma español, participan activamente en nuestra vida comunitaria y aportan algo a su desenvolvimiento civilizatorio, etc., pues ellos comprenderán nuestros valores sociales con tanta suficiencia como un campesino, o como el miembro de un grupo subcultural.

Es claro, así mismo, que ha sido modificada la parte general del **Código de Justicia Penal Militar**, en lo atinente a aquellas instituciones que chocan de modo manifiesto con la nueva normatividad, como el delito imposible, la reincidencia, la dosimetría de la pena con base en circunstancias de mayor y menor peligrosidad, la imposición de penas privativas de la libertad mayores de 30 años en la misma sentencia, la pena de presidio, la diversa penalidad de los concursos real e ideal y de las varias formas de tentativa (pues ahora se consagra el mismo marco penal para toda clase de concursos y, respectivamente, para toda forma imperfecta de delito). En sentidos similares, deben reputarse modificadas las disposiciones especiales sobre **régimen de aduanas y de menores**. En ninguno de los campos del **derecho penal especial y complementario** pueden considerarse vigentes las instituciones derogadas por la parte general del Código Penal de 1980, tales como las citadas y como el delito aberrante, los delitos calificados por el resultado (de parcial responsabilidad objetiva), etc. Tampoco puede ya admitirse la calificación de "alta peligrosidad" en las sentencias, que autorizaba la Ley 32 de 1971 sobre redención parcial de penas por trabajo y estudio, pues en el estatuto vigente el criterio peligrosista ha sido suprimido, y no se puede mantener sino allí donde el mismo le da cabida con otros nombres, según lo que se ha expuesto. Igualmente impropio resulta seguir tratando diversamente a los reincidentes para los efectos de los subrogados penales de la condena y la libertad condicionales y de la citada redención de penas, pues la reincidencia fue abatida para todos los efectos legales y no sólo para el cómputo de la pena principal impuesta en la condena, ya que el actual Código se orienta por la punibilidad del acto y no por la del carácter, que es lo que se ha dado en llamar "culpabilismo". Ello se desprende

del mismo modo, en idéntico sentido, del imperativo legal de extender las disposiciones generales del nuevo Código a las demás leyes penales, fenómeno que no puede surtirse si se sostiene la vigencia de institutos antagónicos con ellas. Por tales motivos, también el régimen especial de **contravenciones** ha sido reformado, pues el Código regula la parte general de todos los hechos punibles y no sólo de los delitos. Es seguro que también algunas disposiciones del **régimen carcelario y penitenciario** han sido transformadas por la nueva filosofía, pues ellas tendrán ahora que adecuarse a los fines de la pena definidos en el **artículo 12** y demás preceptos concordantes.

Implica lo anterior que los jueces penales deberán aplicarse de inmediato a la tarea de reformar las condenas en los aspectos correspondientes, pues la retroactividad de las normas favorables de la novísima codificación alcanza igualmente, como de modo expreso lo dispone el **artículo 6º**, a los que ya estén condenados. Deberán, entonces, ser reducidas las penas en que se haya computado la reincidencia; otorgar las libertades condicionales que se hayan negado por la mera constancia de "alta peligrosidad" en la sentencia; convertir en prisión todas las penas de presidio; rebajar las penas en todos aquellos casos en que, de dictarse la sentencia con base en las nuevas normas, resulten las sanciones más benignas para el convicto; indultar y/o rehabilitar por la condena de "estafa", en todos los eventos en que este cargo se dedujo en concurso con el delito de "falsedad en documentos" sin carácter público (tales como los títulos valores), pues de modo expreso en el Código vigente absorbe en la falsedad privada la de títulos valores y ésta jamás concurre con la "estafa"; en este último caso, procederá una retasación de la pena, suprimiendo el aumento que la sentencia hubiese impuesto por el concurso; indultar y/o rehabilitar a todos los condenados por la "**corrupción de menores**" de que trataba el **artículo 326** del extinguido Código, y lo propio con respecto al "**rapto consentido**" del **artículo 350** ibidem, al **giro de cheques postdatados** a que se refiere el Decreto 1135 de 1970 (al que ahora, por sustracción de materia, no le queda vigente disposición alguna), al duelo, a cualquier **delito imposible**, etc.; queda también sin efecto la **relegación a colonia penal** que se haya impuesto como sanción accesorio en los supuestos de plurireincidencia y múltiple concurso material (artículos 33, inc. 2º, y 34, inc. 2º del Código anterior); necesariamente, serán reducidas a 30 años las penas que en una sola sentencia se hubiesen impuesto a un condenado con base en el Decreto 2525 de 1963, art. 1º, ahora derogado; las condenas por **delitos continuados** también habrán de revisarse, pues el **artículo 32** del viejo ordenamiento imponía un incremento forzado "de una sexta parte a la mitad", en tanto que en la punibilidad del concurso en el **artículo 26** del nuevo, el aumento puede eventualmente ser inferior, por cuanto es discrecional en toda su extensión. También los condenados por **delitos aberrantes** podrán eventualmente favorecerse, en uno de estos sentidos: si la condena contuvo responsabilidad objetiva total, procede su total

revocatoria, con secuela de indulto y rehabilitación, porque ya está absolutamente prohibida esa responsabilidad; pero si ésta fue sólo parcial, la sentencia se modificará en lo que corresponda; en cuanto a la pena, procede retasarla conforme a las nuevas y generales reglas de la culpabilidad y del concurso de hechos punibles, reduciéndose si el cómputo por el nuevo Código resulta menos gravoso. Las condenas por **delitos frustrados**, deberán acomodarse a la fórmula unificada que sobre tentativa trae el **artículo 22**. De otra parte, el **artículo 24** unifica el tratamiento de los **cómplices**, sometiéndolos a todos, necesarios y no-necesarios, a la misma pena del autor, pero "disminuída de una sexta parte a la mitad", disminución que antes no existía para los cómplices de primer grado que, ahora, pues, se verán favorecidos en forma considerable. Las **medidas de seguridad** para enfermos mentales no-permanentes bajaron en su mínimo, y para los no-enfermos mentales desaparecieron ⁽²⁹⁾.

Si los hechos a que se refieren las precedentes hipótesis no hubiesen sido cobijados por sentencia ejecutoriada, la sentencia única o definitiva se dictará por la ley derogada, por ultraactividad en favor del reo. En los supuestos contrarios, el nuevo Código recibirá aplicación retroactiva. La ultraactividad de las viejas disposiciones tendrá especial aplicación en lo relativo a todas las atenuantes suprimidas, v.gr. las relativas al móvil de honor en el infanticidio, en el aborto y en el abandono y exposición de niños; las referentes al **artículo 382** (uxoricidio por adulterio o "legítima venganza del honor"); las del delito continuado, si bajo algún respecto en un caso particular sus regulaciones resultaren más suaves que las nuevas, sustitutivas, del concurso de hechos punibles; las penalidades para los delitos políticos, generalmente más cortas en el viejo que en el nuevo régimen, etc.

d) La **pena de presidio** no aparece prevista. De consiguiente, ya jamás podrá imponerse a hechos realizados después del 29 de enero de 1981, y, por retroactividad favorable, tampoco para los anteriores. Como se sabe, con esa denominación conocía el Código anterior la pena privativa de la libertad de mayor gravedad y más larga duración. Ya no se prevén sino la prisión y el arresto. Para los ya condenados a presidio, el **artículo 377** prevé la conversión en prisión, obviamente con todas las consecuencias que de allí puedan dimanar, como el derecho a ciertos beneficios procesales, o a un subrogado penal, o al cómputo más liberal para la libertad condicional, que en adelante, y también retroactivamente, será en todos los casos de las dos terceras, según el **artículo 72**. Como la retroactividad supone, para los reos, la necesidad de dictar nueva sentencia que se

29. De consiguiente, los últimos deben ser liberados de inmediato, pues en la actualidad no serían Pasibles de medida alguna.

acomode a las nuevas valoraciones y sanciones, nada impide que los efectos de la nueva "sentencia" (que en realidad será un auto interlocutorio) se suspendan condicionalmente, si se reúnen todas las exigencias.

Todas las providencias que se profieran para dar aplicación retroactiva al nuevo Código Penal, tendrán carácter interlocutorio, pero deberán ser sometidas a consulta, a menos que en ellas se adopte una decisión que sea por sí misma consultable (como el otorgamiento de un subrogado penal, la cesación extraordinaria del procedimiento, el indulto (absolución), etc.; pero esas decisiones no irán a consulta por la sola naturaleza y cuantía de la pena que en definitiva se dosifique. Naturalmente, los recursos ordinarios son procedentes y las decisiones tienen que ser notificadas en la forma ordinaria. Pero, es claro, el juez debe proceder de oficio, o a solicitud de interesado, de plano (a menos que se demande una medida que, por naturaleza, el juez no pueda adoptar, cuando es derogada, sin previo traslado al Ministerio Público).

Cosa es por demás evidente, en fin, que el nuevo C.P., en su carácter de ley posterior, deroga o modifica también las disposiciones del C. de P.P. que le sean incompatibles, tales como las que tengan en cuenta, para algún efecto, el criterio de la peligrosidad; las que dan distinto tratamiento a las penas de presidio y de prisión para su ejecución, los subrogados penales, la excarcelación y cualquier otro beneficio procesal. Toda norma legal posterior se impone sobre las anteriores, así éstas tengan naturaleza distinta, pues en parte alguna del ordenamiento jurídico se dispone que sólo las leyes penales deroguen tácitamente o reformen a las penales, las procesales a las procesales, etc. Queda siempre a salvo la especialidad, pero, como se vió, ésta no puede mantenerse para pretextar la supervivencia de instituciones abolidas por la nueva legislación penal sustantiva. Sólo de esta manera podrán armonizarse ambos estatutos de modo saludable, sin estorbar la entrada en vigor de las nuevas instituciones penales, ni perturbar la obtención, desde el principio, de sus fines político-criminales, ni fracturar la garantía de favorabilidad, mientras el nuevo Código de Procedimiento Penal, ya expedido, entra en vigencia (el 29 de Enero de 1982). Palmariamente, este nuevo ordenamiento procedimental podrá modificar y aún derogar ciertas normas del Código Penal, pues con respecto a éste será ley posterior.

Para los ya condenados, las disposiciones favorables del nuevo ordenamiento punitivo se aplican retroactivamente, modificando, por auto interlocutorio contra el que proceden los recursos ordinarios, la sentencia en lo que corresponda. Esa modificación ha de hacerse aún de oficio, por tanto sin esperar petición de interesado alguno, ni demanda fiscal, y de plano, porque en ninguno de los casos el reajuste judicial de la sentencia precisa de concepto previo del Ministerio Público.

Particular interés invisten en este punto las reformas concernientes al **régimen de la condena condicional** o condena de ejecución condicional, cuyo nuevo régimen es sensiblemente más benigno que el antiguo. A la modificación de la sentencia definitiva parecería oponerse la exigencia, contenida en ambos Códigos, de que ese subrogado se aplica al momento de dictar sentencia. Ello no obsta, sin embargo, que los condenados se beneficien de la nueva ley, pues impedirlo representará una violación flagrante de los artículos 6º del C.P. y 44 de la Ley 153 de 1897. La retroactividad es verdadera excepción al principio general de la cosa juzgada, que, por lo demás, en materia penal no ostenta la misma rigidez del derecho privado. Eso quiere decir que, por mandato constitucional y legal, las sentencias condenatorias deben ferzosamente revisarse y modificarse en todo aquello que según la nueva ley penal resulte para el reo en cada caso más beneficioso. Procede, en lo pertinente, dictar nueva sentencia; o mejor dicho, reajustar la sentencia ya dictada, como si se estuviera profiriendo bajo la nueva ley, convertirla en lo que hubiera sido de haber estado vigente la nueva ley al momento en que fue pronunciada esa sentencia. Sólo de esta manera puede la ley favorable posterior introducirse en los fallos condenatorios ejecutoriados. La condena condicional que así se otorgue, debe someterse, desde luego, al grado jurisdiccional de la consulta que, según la ley procesal vigente, corresponde a dicho subrogado.

Valga anotar, finalmente, que las **leyes sobre responsabilidad civil**, aunque estén contenidas en el Código Penal o de Procedimiento Penal, no son leyes penales, y por tanto nunca son retroactivas, es decir, ni aún cuando determinan un régimen más benigno. Como su vigencia mira siempre exclusivamente hacia el futuro, el juez las aplicará con la sola condición de que rijan al momento del fallo, ya que su irretroactividad absoluta comporta la significación de que se aplican de inmediato (desde su vigencia hasta su derogatoria, tajantemente). De consiguiente, las disposiciones del nuevo C.P. sobre la responsabilidad civil y la condena en concreto, deben aplicarse a los procesos en curso y a los que luego se inicien, sin tomar en cuenta la fecha de comisión del delito.

VARIOS

① HILDE KAUFMANN, FALLECIMIENTO

Falleció el 10 de enero de 1981, a los 60 años de edad. La misma había nacido en Werne, Westfalia, y era, a la época de su fallecimiento, profesora en la Facultad de Colonia, y directora del Instituto de Investigaciones criminológicas de la misma Universidad. Había enseñado en la Universidad de Bonn, las materias Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, y Criminología, de 1962 a 1966. Posteriormente, entre 1962 y 1966, fue profesora de la Universidad de Kiel, para continuar su carrera en la Universidad de Colonia a partir de 1970, cuya Facultad de Derecho fue decana durante el año académico de 1977/1978. Mantuvo un intenso intercambio académico internacional en Europa y Latinoamérica, en especial con criminalistas de Polonia, España, Argentina y Venezuela. Publicó numerosos trabajos, entre los que se destaca su **Manual de Criminología**, en tres tomos, publicados en alemán y parcialmente en castellano. Dirigía en la Argentina la publicación de la colección "Biblioteca de Ciencias Penales", y pertenecía al consejo consultivo de diversas publicaciones internacionales de derecho penal y criminología. Era la única criminóloga de alto rango de la República Federal de Alemania.

En el Cementerio Melaten, Colonia, Alemania Federal, el día 19 de Enero, el doctor **Carlos Alberto Elbert**, Asistente Científico del Instituto de Criminología de la Universidad de Colonia, en nombre de la Revista **Doctrina Penal** y todos los juristas y colaboradores latinoamericanos, pronunció las palabras siguientes:

En nombre de mis amigos de la Revista Jurídica argentina **Doctrina Penal**, quiero tributar un último homenaje a una destacada personalidad que hoy nos deja. Pretendo representar en este instante no sólo a los juristas argentinos que la conocieron y estimaron, sino también a los de Venezuela, Chile, Perú, Brasil, España, Italia y Estados Unidos, que unificados con ella en una publicación, quisieron contribuir a lograr un mundo más justo. Difícil misión abarcar tanto en tan poco espacio. Enorme es, no obstante, nuestra gratitud hacia una mujer generosa, que llevó su impulso y conoci-

mientos a un continente lejano, comprometiéndose con él en todos los terrenos.

Hablo de compromiso, porque ella no se conformó con teorizar sobre criminología, sino que visitó nuestras cárceles, llevó a nuestros presidiarios su mensaje de esperanza, y discutió con los funcionarios sobre la corrección de sus procedimientos. No olvidamos tampoco que en esta lucha por la dignidad humana, llegó a arriesgar su seguridad personal. En el recuerdo que nos queda, se mezclan por igual las ideas, que nos expuso en su fluído castellano, sus artículos, libros y conferencias, y su calor humano y generosidad, de la que todos recibimos algo.

Los juristas latinoamericanos conservaremos siempre la imagen de sus visitas a nuestro continente, y los fructíferos contactos e intercambios que mantuvo con quienes se dirigieron a ella, sin distinción de jerarquías.

Prometiéndole muchas cosechas a su valiosa siembra, concluimos diciendo simplemente: Hasta siempre, inolvidable amiga Hilde Kaufmann.

② PRIMER CONGRESO LATINOAMERICANO DE MEDICINA LEGAL

Entre el 1º y el 5 de septiembre de 1980 se realizó en la ciudad de Medellín, el Primer Congreso Latinoamericano de Medicina Legal y Deontología Médica; hubo 258 asistentes de diez países diferentes (México, Guatemala, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Venezuela, Ecuador, Chile, Argentina y Colombia); los delegados extranjeros fueron 45; fue nutrida la asistencia de Magistrados, Jueces y Fiscales de Colombia y del personal de Medicina Legal de nuestro país.

Los temas centrales del Congreso fueron: Sexología Médico-forense, Patología Forense, Siquiatría Forense, Levantamiento de Cadáveres (lugar del hecho), Estupefacientes, y Accidentes de Aviación, tratados a manera de seminarios; en temas libres se oyeron 30 trabajos que tocaron variados temas Médicológicos.

En el certamen fue distribuido el número 7 de la Revista "Nuevo Foro Penal" que contenía los trabajos y resúmenes que alcanzaron a llegar antes del 15 de agosto de 1980.

Como sede del Segundo Congreso Latinoamericano de Medicina Legal fue designada la ciudad de Mérida (Venezuela), y se encomendó la organización del mismo al Doctor David Pérez Manzaneda, Profesor de la materia en la Universidad de Mérida y Director del Instituto de Medicina Legal de esa ciudad.

3

COMENTARIO DE LIBROS

Medicina Legal Eduardo Vargas Alvarado; 2ª Edición; Editorial Lehman (Apartado 10011 - San José - Costa Rica).

El Profesor Vargas Alvarado, Catedrático de las Facultades de Medicina y Derecho, de la Universidad de Costa Rica y Jefe del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial del Poder Judicial de Costa Rica, es ampliamente conocido en el ámbito latinoamericano.

En una excelente presentación editorial, profusamente ilustrada con fotografías en color, blanco y negro y con diagramas, entrega al estudioso de las ciencias médico-forenses la segunda edición de su obra, que dividió en ocho grandes temas: I) Medicina Legal Criminalística; II) Medicina Legal Tanatológica; III) Medicina Legal Laboral; IV) Medicina Legal Traumatológica; V) Medicina Legal Materno-infantil; VI) Medicina Legal Siquiátrica (por el Doctor José Echavarría); VII) Medicina Legal Toxicológica; VIII) Medicina Legal Normativa e Histórica; y IX) Un glosario con términos médicos y jurídicos.

Cada tema es subdividido en capítulos, para un total de 55, que cubren de una manera completa lo más relevante de esta ciencia; al final de cada tema se presenta una bibliografía concisa. El libro es de una incuestionable utilidad para estudiantes de Medicina y de Derecho, pues su presentación didáctica, con cuadros sinópticos, hacen fácil asimilación sus enseñanzas. Para el médico y el abogado, la obra será de consulta obligada, porque la claridad y precisión de conceptos, explican los fundamentos del dictamen médico-legal.

"Medicina Legal" del Doctor Eduardo Vargas Alvarado se ha constituido en un clásico de la literatura forense latinoamericana.
César Augusto Giraldo Giraldo

4

CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE ALCOHOLISMO Y FARMACODEPENDENCIA

CARTA DE MEDELLIN

A. DECLARACION DE PRINCIPIOS

1. Reconociendo que el creciente uso indebido de sustancias psicoactivas es un asunto que preocupa seriamente a todos los países;
2. Reconociendo que este fenómeno presenta riesgo particular para la juventud y para los que viven en zonas urbanas donde la población es más densa;

3. Subrayando que las medidas para contrarrestar el fenómeno únicamente serán efectivas si incluyen las áreas interrelacionadas de producción, distribución y demanda ilícita de dichas sustancias, así como medidas de prevención, educación e investigación, tratamiento y rehabilitación;
4. Considerando que aunque las condiciones de un país a otro pueden variar, es necesaria una cooperación estrecha y continua entre los países de América Latina, y que es factible y deseable esta cooperación en las áreas de investigación científica y en el desarrollo de políticas y programas, con estricto respeto a la soberanía de cada Estado;
5. Advirtiendo que es necesario como primer paso el intercambio continuo de información científica, así como el de experiencias relacionadas con la eficacia de las políticas de fiscalización.
6. Estimando que el esfuerzo decidido de los países de América Latina únicamente puede ser eficaz si los Estados industrializados donde se fabrican y usan dichas sustancias, así como también aquellos donde se producen y procesan materias primas siguen medidas similares;
7. Reconociendo que las medidas de fiscalización deben abarcar a todas las sustancias psicoactivas sean naturales, refinadas ó sintéticas, ya sea que se produzcan lícita ó ilícitamente.

Los participantes del Congreso Internacional sobre Alcoholismo y Farmacodependencia.

Recomiendan:

1. Que se vigorice la cooperación entre los países de América Latina con particular énfasis en las áreas de intercambio de información científica, experiencias operacionales, información de tendencias y en el manejo de la investigación conjunta cuando se considere beneficioso.
Instan a:
2. Que todos los Estados que no lo hayan hecho, dentro y fuera de la región de América Latina, ratifiquen ó se adhieran a la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y al protocolo de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, instrumentos que en su conjunto constituyen el sistema de fiscalización internacional de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y procedan a instrumentar sus disposiciones a nivel nacional;
Exhortan a:
3. Que todos los Estados, dentro y fuera de la región de América Latina, adopten medidas enérgicas para el control no sólo de la producción y tráfico ilícitos, sino también para el uso de

todas las sustancias con potencial de uso indebido incluyendo un estudio del papel que tenga el uso del alcohol en la etiología de la farmacodependencia.

Los participantes del Congreso dejan constancia de su agradecimiento a la Corporación Colombiana contra el Alcoholismo y la Farmacodependencia, al International Council on Alcohol and Addictions (ICAA) y a las directivas del evento por la eficaz organización del mismo.

B. DOCUMENTO DE CONCLUSIONES

1. Teniendo en cuenta que se ha informado acerca de la proliferación de sustancias psicoactivas en un número de países de América Latina;
2. Considerando el aumento del número de informes y de estudios que revelan nuevos patrones de uso de sustancias psicoactivas, caracterizados por el uso concomitante de la multiplicidad de estas sustancias.
3. Advirtiendo el incremento significativo, tanto en zonas desarrolladas como de menor desarrollo de América Latina, de productos farmacéuticos con propiedades psicotrópicas distribuidas legal e ilegalmente.
4. Teniendo en cuenta así mismo informes acerca del consumo creciente de alcohol en muchas partes de América Latina y
5. Advirtiendo con preocupación en varias zonas del mundo las relaciones que existen entre los cambios económicos y sociales rápidos y la desintegración de las estructuras y valores sociales. Se recomienda que:
 1. Se realicen investigaciones serias que den a conocer las tendencias de la demanda y el uso de sustancias, con el fin de que las instituciones representadas puedan aplicar sus programas más eficaz y económicamente y que los Estados puedan formular sus políticas al respecto.

SOBRE EL CONSUMO DE ALCOHOL Y LAS ACCIONES CONTRA EL ALCOHOLISMO

1. Manifiestan su preocupación por la extensión y gravedad de los problemas derivados del consumo de alcohol, su incidencia en la farmacodependencia y sus consecuencias económicas y sociales que merman los esfuerzos que realizan los países para conseguir su bienestar.
2. Expresan la necesidad de que se creen las estructuras convenientes y se amplíen y coordinen mejor las actividades de las existentes en relación al control legal, prevención, tratamiento y rehabilitación, capacitación de personal, investigación e in-

formación en esta temática, y se procuren un más amplio intercambio de experiencias y material entre los países de la región.

3. Instar a los gobiernos de los países latinoamericanos a efectuar un control efectivo sobre la producción, distribución y promoción de bebidas alcohólicas y simultáneamente se de especial énfasis a programas de información, educación y capacitación sobre el problema del alcoholismo.
4. Insistir en el cumplimiento de las normas legales vigentes sobre alcoholismo y en particular a las que se refieren a la protección del menor.

SOBRE LA REDUCCION DEL SUMINISTRO ILICITO DE DROGAS

1. Reconocen que la solución de los problemas derivados del uso indebido de drogas requiere de un enfoque integral que comprenda acciones contra la demanda por un lado y, por el otro, lucha seriamente contra la oferta de droga, aspectos ambos en interacción recíproca.
2. Advierten, que las normas legales para la represión de la producción y tráfico ilícitos son condición indispensable pero no suficiente para el control del suministro ilícito de drogas y, que debe ser complementado con acciones sistemáticas permanentes y campañas intensivas de prevención a cargo de las autoridades respectivas, las cuales deben contar con la colaboración de instituciones que se ocupen del mismo problema.
3. El conocimiento científico respecto a la naturaleza del uso de drogas no debería desconocer los programas de investigación científica y, de planeación dirigidos al desarrollo económico y social concediendo particular atención a los patrones de migración y urbanización.
4. Los programas de prevención, detección temprana y tratamiento en América Latina deben ser revisados constantemente con el fin de asegurar que tienen capacidad para hacer frente a la naturaleza cambiante del fenómeno.
5. Siempre que sea factible, los estudios acerca de los patrones del uso de las sustancias psicoactivas tendrán en cuenta los papeles posibles de las drogas prescritas legalmente y del uso del alcohol en la etiología del fenómeno.
6. Se debe suprimir el carácter delictivo del consumo de drogas, evitando la estigmatización del usuario pero de ninguna manera legalizando la producción y el comercio de la marihuana y de la cocaína.
7. Se hace énfasis en la necesidad de que los distintos gobiernos apropien mayores recursos para las instituciones que se dedi-

can al estudio, prevención, tratamiento y rehabilitación del problema de la farmacodependencia.

8. Consideramos que los gobiernos de países productores de marihuana y cocaína deberían de común acuerdo replantear sus políticas frente a los países consumidores para exigir una mayor participación de éstos en las campañas de represión de la producción y comercio de estas sustancias.

Medellín, Diciembre 3 al 6 de 1980.

JURISPRUDENCIA

①

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INCOMPETENCIA DEL JURADO PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA INIMPUTABILIDAD DEL SINDICADO

Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Reyes Echandía

Bogotá, Octubre 14 de 1980

V I S T O S

Mediante providencia del 23 de Octubre de 1979, el Tribunal Superior de Manizales condenó a ROBERTO y LUIS BLANDON TORRES a la pena principal de 15 años y 6 meses de presidio y a las accesorias de rigor, como responsables de homicidio en la persona de su pariente Manuel Enrique Blandón Blandón. Contra tal determinación, los condenados interpusieron oportunamente recurso de casación.

H E C H O S

Viejo pleito familiar fue desatado violentamente por los hermanos Roberto y Luis Blandón Torres cuando el 7 de agosto de 1977 atacaron y dieron muerte a su pariente Manuel Enrique Blandón en sector urbano de la población de Marquetalia, con empleo de armas blanca y de fuego.

ACTUACION PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Marquetalia y continuada en el Juzgado Segundo Superior de Manizales, despacho que llamó a juicio a los procesados con intervención de jurado por homicidio agravado; los cuestionarios, que reconocían coautoría de los enjuiciados y señalaban circuns-

tancias de premeditación, sevicia e indefensión de la víctima, fueron respondidos de la siguiente manera: "Sí, pero en estado de grave anomalía síquica transitoria". Con fundamento en ellos el juzgado, omitiendo considerar el agregado hecho por el jurado, condenó a los hermanos Blandón a la pena de quince años de presidio, que fue elevada en seis meses por el Tribunal al resolver la apelación interpuesta por la defensa.

DEMANDA

El defensor de los procesados formuló demanda de casación con fundamento en dos causales, así:

Causal Segunda. La sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado (art. 580, N° 2° C. de P.P.). En relación con ella formula dos cargos:

1. El fallo del Tribunal no se acomoda a la veredicción porque ésta reconoce "una especial circunstancia de atenuación" que fue desconocida por el fallador.

Para fundamentar este cargo sostiene que el Tribunal estaba obligado a respetar integralmente el veredicto y, por lo mismo, a reconocer que el homicidio se cometió en las circunstancias del art. 29 del C.P., lo que implicaba imposición de medidas de seguridad a los procesados; de no aceptar así el veredicto, no tenía otro camino que el de declararlo contraevidente, y "devolver el proceso al juzgado de origen para que el juez de primera instancia adelantara un nuevo juzgamiento con sujeción a las prescripciones del art. 29 del código penal". Con el fin de reforzar sus planteamientos cita varias providencias de la Corte en las que esta Corporación ratifica que el juez de derecho debe acomodar su sentencia a la respuesta del jurado, y una del Tribunal de Medellín que sostiene la facultad del jurado para pronunciarse sobre la salud mental del procesado.

2. La sentencia del Tribunal no está de acuerdo con el veredicto del jurado en cuanto éste reconoció dos específicas circunstancias de agravación del homicidio y aquel incrementó la pena sobre el supuesto de tres.

Demuestra su tesis con el texto de los cuestionarios en donde se enuncian como circunstancias "premeditación, sevicia y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión" y, agrega que como respecto de la primera no se indicó expresamente que estuvo "acompañada de motivos innobles o bajos" no podía ser tenida como específica agravante del homicidio como lo exige el numeral 2° del art. 363 del C.P., sino como simple agravación genérica (art. 37 N° 5 ibidem).

Causal Primera. Ataca la sentencia por violación de la ley sustancial (art. 580, N° 1 C. de P.P.), y plantea dos cargos:

1. La sentencia del Tribunal es violatoria de la ley sustancial "por falta de aplicación del art. 29 del código penal".

Sostiene, en efecto el recurrente, que la respuesta del jurado colocó inequívocamente la situación de los procesados en el plano jurídico del art. 29 del C.P. en cuanto reconoció que habían cometido el homicidio en condiciones de "grave anomalía síquica" con el efecto ineludible de imposición de medidas de seguridad; al desestimar aquella veredicción y condenar a pena violó por inaplicación la citada disposición legal.

2. El Tribunal incurrió en violación directa de la ley por aplicación indebida de los artículos 362 y 363 del C.P.

Fundamento de este cargo es el de que la sentencia ha debido aplicar las consecuencias jurídicas del artículo 29 del C.P. como lo disponía la respuesta del jurado en vez de referir el fallo a los artículos 362 y 363 del C.P. que prevén homicidio doloso que los procesados no podían cometer dada su grave alteración mental.

CONCEPTO DE PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se desestime el primer cargo de la causal segunda porque el jurado de conciencia no goza de autonomía ilimitada dado que sus respuestas pueden ser rechazadas por el juez de derecho en casos de inexistencia jurídica, anfibología, contradictoriedad o contraevidencia, y deben ser desconocidas por éste en cuanto agreguen a su respuesta cuestiones que no caen bajo su resorte judicial, como cuando señala penas, sugiere tratamientos punitivos o se pronuncia —como en este caso— sobre la inimputabilidad del procesado, cuestión que le está vedada desde la reforma que el antiguo art. 498 del C. de P.P. hizo el art. 1° del Decreto 3347 de 1950.

Respecto del segundo cargo, acepta que aunque en el auto de proceder se mencionó adecuadamente como circunstancia específica de agravación de pena la del N° 2° del art. 363 del C.P., en los cuestionarios sólo se hizo mención de la premeditación, sin el agregado que aquella disposición señala y que por esta vía tendría razón el recurrente en cuanto el Tribunal reconoció dicha causal; insinúa en este orden de ideas que se pudiera disponer rebaja de dos meses en la pena impuesta. Sin embargo, plantea rechazo de la demanda por contradicción de los dos cargos formulados, ya que en el primero se sostiene la inimputabilidad de los procesados y en el segundo se acepta que son imputables.

En cuanto a la causal primera, solicita que se rechace porque en lo sustancial está concebida sobre los mismos presupuestos de la anterior, vale decir, sobre la consideración de que los procesados obraron en la situación de inimputabilidad prevista como grave anomalía síquica por el art. 29 del C.P., cuestión sobre la cual se pronunció negativamente.

Concluye así su estudio: "A juicio de esta Procuraduría la demanda debe ser rechazada. Sin embargo, si la Corte estimare que los dos primeros cargos no son contradictorios, la sentencia debe ser casada parcialmente, a fin de que en la sentencia que se dicte para reemplazar la causada parcialmente, se disminuya el incremento punitivo que tuvo origen en la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2º del artículo 363 del C.P."

CONSIDERANDOS:

Causal segunda. Aunque en el plano estrictamente jurídico tiene razón el colaborador fiscal al señalar contradicción en los pedidos de los dos cargos que el recurrente hace con base en la causal segunda de casación por cuanto imputabilidad e inimputabilidad generan consecuencias diversas en el ámbito de la punibilidad —pena en la primera y medida de seguridad en la segunda— la Sala se ocupará de ambos pues estima que el error del casacionista no es de tal magnitud que impida el examen sucesivo de ambos cargos ya que, en esencia, aquellos fenómenos constituyen los extremos positivo y negativo de una misma entidad jurídica.

Primer Cargo. Señala el recurrente que en su respuesta el jurado reconoció "como una especial circunstancia de atenuación" que los procesados habían actuado en "estado de grave anomalía síquica transitoria" y que al desconocerla el fallador incurrió en esta causal de casación.

Pues bien, el art. 535 del C. de P.P. autoriza a los jurados para agregar a su respuesta afirmativa de la responsabilidad del procesado "circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario"; la adición hecha por el jurado en el caso **sub-judice** constituirá una de tales circunstancias? Veámoslo:

Lato sensu entiéndese por circunstancias cualquier accidente de modo, tiempo o lugar que está unido a la sustancia de algún hecho; en el plano jurídico-penal es circunstancia aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuya a la descripción de un tipo legal; si él se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual; y si se menciona separadamente para atenuar o agravar la sanción imponible, no afecta la estructura del tipo al cual se refiere, sólo tendrá efectos punitivos y conforma figuras accesorias o subordinadas porque carecen de vida jurídica autónoma. En este segundo sentido, las circunstancias pueden ser agravantes o atenuantes, genéricas o específicas; las primeras acarrearán aumento en la dosimetría punitiva; las segundas, disminución de la misma; las terceras están previstas en la parte general del código y se predicen, por lo mismo, de aquellas figuras de la parte especial con las que sean compatibles (tales las señaladas en los artículos 37 y 38 del C.P. de 1936, y 64 y 65 del C.P. de 1980) y las últimas aparecen en la parte

especial del código y afectan exclusivamente al tipo penal al cual se refieren, como las que enuncia el art. 363 como formas agravadas de homicidio (art. 324 del C.P. de 1980).

Ahora bien, como las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena sólo pueden ser deducidas por el juez de derecho conforme a lo dispuesto por el art. 534 del C. de P. P., aquellas a las que se refiere el art. 535 *ibidem* y que el jurado tiene la facultad de reconocer cuando no se mencionan en el cuestionario, son las específicas —atenuantes o agravantes— aunque se hallen reiteradas como genéricas, y las que se integran a elementos del tipo —lato sensu entendido— por el cual se llamó a juicio.

Si observamos la adición hecha por el jurado en su respuesta, se hallará que ella se refiere al reconocimiento de grave anomalía síquica en los procesados al momento de cometer el homicidio por el que fueron llamados a responder y se encontrará, igualmente, que tal fenómeno aparece en el art. 29 del C.P. como factor de inimputabilidad.

Sin entrar en disquisiciones sobre el sitio que ha de ocupar la imputabilidad dentro de la estructura del delito, pero considerándola como capacidad de comprensión de la antijuricidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión y reconociendo, consecuencialmente, que es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud o de determinarse conforme a tal comprensión por causas jurídicamente reconocidas, síquese que este fenómeno es por tal modo trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia.

El recurrente fundamenta esta parte de su alegato sobre el supuesto de que el jurado sí tiene facultad para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado; pero olvida que el artículo 498 de la codificación original del C. de P.P. que le concedía tal atributo fue derogado por el art. 1º del Decreto 3347 de 1950 y que el actual estatuto, como ya se indicó, no le permite tal pronunciamiento. Así lo reconoció esta Corporación en providencia del ocho de Julio de 1966 (C.J. CXVII 2282, p. 358) en la que expuso: "Si de acuerdo con el Decreto 3347 de 1950 (art. 1º, ordinal 6º), la intervención de los jueces de conciencia quedó suprimida 'en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía síquica', es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario".

Pero una cosa es que la ley diga que si se haya comprobada una situación del artículo 29, al momento de calificar el juez no debe

llamar a audiencia ante jurado y otra es decir que un individuo llamado ante jurado, no puede ser ubicado por éste dentro del artículo 29.

Dice el recurrente que si el juzgador no compartía la respuesta del jurado ha debido declarar contraevidente el veredicto pero no desechar la referencia a la inimputabilidad de los procesados. Respóndese a este planteamiento con la siguiente consideración: la declaración sobre inimputabilidad hecha por el jurado nada tiene que ver con la materialidad de la conducta de los enjuiciados y con la imputación que de ella surge probatoriamente en forma incuestionable, tanto que el propio jurado la reconoció al responder afirmativamente la pregunta sobre su responsabilidad, por donde no había lugar a declarar contraevidencia alguna.

La incompetencia del jurado para decidir sobre la inimputabilidad del procesado tiene, además fundamento en el numeral 5º del art. 34 del C. de P.P. en el que se indica que los jueces Superiores tienen competencia para conocer en primera instancia, **sin intervención del jurado**, entre otros, del delito de homicidio "cuando el imputado se hallare en las circunstancias del artículo 29 del código penal".

Pero hay algo más que despeja cualquier duda que aún pudiera haber quedado sobre esta cuestión; se trata de que durante la fase sumarial el apoderado de los procesados y actual recurrente pidió y obtuvo que sus patrocinados fuesen sometidos a peritación siquiátrica conforme lo autoriza el art. 411 del C. de P.P.; pues bien, en cumplimiento de esa labor los peritos del Instituto Seccional de Medicina Legal e Investigaciones Forenses de Manizales en informe de ocho folios llegaron a la conclusión de que "los hermanos y adolescentes ANCIZAR BLANDON TORRES Y LUIS BLANDON TORRES, en la actualidad, no padecen de grave anomalía síquica ni de intoxicación crónica o cuadro demencial" y de que "las características de la acción delictiva y la forma como se describen los hechos, tampoco hablan de que en este homicidio hubiera un móvil específicamente patológico" (fol. 380). Este dictamen, puesto en conocimiento de las partes, no fue objetado (fol. 383). No obstante, el defensor de los enjuiciados —hoy recurrente— propuso de nuevo en la etapa probatoria del juicio otra peritación que fue igualmente decretada por el juzgado y que dió lugar a que los peritos no solamente ratificasen su diagnóstico anterior en el sentido de declarar que los examinados no padecían de ningún trastorno ubicable en el art. 29 del C.P., sino a dejar constancia de que la petición del apoderado parecía más bien un mecanismo dilatorio de la actuación procesal (fls. 432/4).

Ostensible resulta entonces que el problema de la supuesta inimputabilidad de los procesados fue ampliamente debatido en las dos fases del proceso —sumario y juicio— y resuelto por quien tenía facultad para ello, con lo que aparece más de bulto la indebida intromisión del jurado en cuestión que no le competía.

No prospera el cargo.

Segundo Cargo. Considera el recurrente que la sentencia del Tribunal no está de acuerdo con el veredicto del jurado por cuanto dedujo una circunstancia específica de agravación del homicidio (1º del N° 2º del art. 363) sobre la que éste no pudo decidir por no aparecer como tal en los cuestionarios.

Como bien lo anota el Ministerio Público, el cargo es objetivamente cierto en cuanto los cuestionarios sólo se refieren a homicidio con premeditación y en la sentencia se lo tomó en el sentido de premeditación acompañada de motivos innobles o bajos.

Sin embargo, en los cuestionarios es un error meramente formal y, por lo mismo jurídicamente intrascendente, por cuanto en el auto de proceder el juzgado se refiere concretamente a la circunstancia específica de agravación del homicidio (art. 363, N° 2º C.P.), agravante ésta que también fue reclamada con toda claridad por el fiscal en la audiencia pública; por manera que los jurados, que conocieron el auto de proceder y que escucharon al Ministerio Público en el debate que precedió a su veredicto, sabían al responder afirmativamente al cuestionario que éste se refería también a la agravante en cuestión.

Pero es que, aún descontada la premeditación como concreta agravante del homicidio persistirían, no obstante, tres circunstancias genéricas de agravación, a saber, la preparación ponderada del delito (N° 5º art. 37 C.P.) como que a esto equivaldría la premeditación pura y simple, la relación parental que ligaba a los enjuiciados con su víctima y que les imponía una más respetuosa consideración a su persona y un más exigente deber de no vulnerar el derecho inalienable de su vida (N° 4º, art. 37 ibidem), y "el obrar con la complicidad de otro, previamente concertada" (N° 9 art. 37) circunstancias estas últimas expresamente mencionadas en la sentencia del Tribunal.

No resulta entonces exagerado y sí, en cambio, modesto el incremento punitivo de seis meses que les dedujo el fallador en segunda instancia por cinco circunstancias agravantes; dos genéricas y tres específicas.

No prospera el cargo.

Causal Primera. Como quiera que los dos cargos que con fundamento en este causal hace el casacionista se reducen en esencia a uno solo, el de violación directa de la ley sustancial por inaplicación del art. 29 del C.P. y por indebida aplicación de los arts. 362 y 363 del mismo estatuto, serán examinados conjuntamente.

Uno y otro cargos descansan sobre la tesis de que el Jurado reconoció inimputabilidad en los procesados, reconocimiento que los jueces de derecho estaban obligados a aceptar; de ser cierto tal planteamiento, su conclusión no podría ser otra que la prohibida por el recurrente, porque al desestimar esta parte de los veredictos

para condenar, en cambio, a la pena prevista para el homicidio agravado, evidentemente el Tribunal dejó de aplicar el art. 29 y falló conforme al artículo 363 en concordancia con el art. 362 del estatuto represivo.

Sin embargo, la Sala ha demostrado al examinar el primer cargo de la causal segunda que el jurado no tiene facultad legal para adicionar su veredicto con aspectos atinentes a la inimputabilidad del procesado; que el juez de derecho bien hace en omitir tal agregado cuando ello ocurre; que en el caso sub-judice fue correcta su decisión de deducir responsabilidad a los enjuiciados por homicidio agravado en cuanto el jurado dió respuesta afirmativa a la pregunta sobre responsabilidad de los hermanos BLANDON en la muerte de su pariente, y que el Tribunal actuó conforme a derecho cuando les impuso pena y no medida de seguridad.

Destruídas así las premisas de la argumentación del recurrente, caen por su base las consecuencias que de ellas pretendía derivar.

No se requieren, pues, consideraciones adicionales para concluir que estos cargos tampoco habrán de prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez (salvedad de voto), Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto,
Darío Velásquez Gaviria
Alberto Mora Cogollos
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Dr. Gustavo Gómez Velásquez

El Tribunal debió inclinarse por una de estas tres soluciones: Reconocer una contraevidencia, acoger integralmente la respuesta del jurado y aplicar una medida de seguridad, o declarar la inexistencia del veredicto pronunciado. Consecuente con esto, la Corte ha debido casar la sentencia acusada. Trataré, brevemente, de demostrar la razón de esta apreciación.

La decisión de la cual me aparto se apoya en varios falsos supuestos y en afirmaciones que van más allá de sus propias posibilidades, fuera de introducir una tesis que si se aplica como quiere la mayoría, termina propiamente con las funciones del jurado de conciencia y con el sistema procesal del cual es parte esencial. El

suscrito entiende que esta institución tiene hoy aspectos más desfavorables que convenientes, pero esta consideración no le permite ir contra lo que la ley quiere, manda y consagra al respecto, al menos en la actualidad.

La sentencia de mayoría tiene que interpretar, a su modo y asumiendo una función reservada al legislador, el término "circunstancias" mencionado en el artículo 535 del C. P. P. y cambiar el sentido integral de lo que fue propósito del D. 3347 de 1950, artículo 1º.

De la primera noción se dice que por circunstancia debe entenderse el "accidente de modo, tiempo, lugar, que se une a la **sustancia** de un hecho "o" "el aspecto modal, temporal o especial que se une a un tipo legal". De donde como la imputabilidad es fenómeno tan trascendental en la teoría del delito "que sin él no es posible predicar culpabilidad y que, por lo mismo, constituyendo aspecto **esencial** del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia".

De la segunda cuestión se anota que, a partir del D. 3347/50, artículo 1º, derogatorio del artículo 498 de la codificación original del C. de P. P., al jurado se le prohíbe legalmente pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado, cuestión que aparece de bulto en el artículo 34, aparte segundo, numeral cardinal 5, que manda: "Los mismos jueces (superiores de distrito judicial) conocen en primera instancia, sin intervención del jurado: 5. De los delitos señalados en los numerales 1, 2 y 3 de la parte primera de este artículo Títulos I (capítulos 1, 2, 3), II (capítulos 1, 2, 3, 4) y XV (capítulo I), cuando el imputado se hallare en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal".

Se reduce, entonces, la intervención del jurado de conciencia a conocer exclusivamente de "la materialidad de la conducta" y de "la imputación que de ella surge probatoriamente", o sea, decidir si el hecho existió o no, y si lo cometió (físicamente) o no el procesado, pudiendo agregar apenas "circunstancias específicas de agravación o atenuación", ya que las comunes también le están vedadas conforme al art. 534 del C. P. P. Esto es lo que traduce, en síntesis, el siguiente párrafo: "la declaración sobre inimputabilidad hecha por el jurado nada tiene que ver con la materialidad de la conducta de los enjuiciados y con la imputación que de ella surge probatoriamente en forma incuestionable, tanto que el propio jurado lo reconoció al responder afirmativamente la pregunta sobre la responsabilidad"; y complementa este otro: "Ahora bien, como las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena sólo pueden ser deducidas por el juez de derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 534 del C. de P. P., aquellas a las que se refiere el art. 535 ibídem y que el jurado tiene la facultad de reconocer cuando no se mencionan en el cuestionario, son las específicas —atenuantes o agravantes— aunque se hallen reiteradas como genéricas, y las que

se integran a elementos del tipo —latu sensu entendido— por el cual se llamó a juicio”.

Estos planteamientos merecen estos comentarios:

1. No existe una definición legal que zanje la controversia sobre la locución **circunstancia** y si es lo mismo circunstancia del hecho, como dice el art. 535 C. P. P., que circunstancia del delito. Generalmente se la toma como aquello que está en torno del delito (circum stat), de donde suele estimarse como algo accesorio, secundario, siendo lo principal el delito. “Mientras la falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, la ausencia de una circunstancia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito. La circunstancia puede existir o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual (accidentalía delicti). Pero lo que caracteriza a la circunstancia en sentido técnico es el hecho de que determina normalmente una mayor o menor gravedad del delito, y, en todo caso, una modificación de la pena (agravación o atenuación)”.

Pero hasta dónde penetra una circunstancia, hasta dónde puede entenderse como tal, es el aspecto que la ponencia no cuestiona y que resuelve en forma unilateral adscribiéndose a un concepto general que no suele ser unánime ni en la doctrina ni en la legislación. Pero la complejidad acrece cuando se trata de fijarle rigor científico a una expresión legal que carece de ella y ha sido objeto de fluctuaciones legales que no han considerado el sistema, para introducir modificaciones acordes, y que a la postre no pueden tener una interpretación tan armoniosa y exacta como se quiere en la sentencia, siguiendo para ello un individual modo de pensar.

Acogiendo el rigor de esta tesis, así sea en gracia de discusión, puede razonarse así: Si lo que caracteriza a la “circunstancia” es su “accidentalidad” o “accesoriedad”, dejando inmune lo “principal” o “esencial”, o sea el delito, la agregación que hace el jurado de conciencia sobre la anormalidad del agente activo del hecho, no puede dejarse de estimar como circunstancia, ya que este reconocimiento suyo no hace desaparecer al delito, no hace perder al hecho esta naturaleza jurídica. Y si se piensa en que tal respuesta repercute en la sanción, pues hace pasar la pena a medida de seguridad, el criterio no se modificaría por ser una de las características de la “circunstancia” incidir sobre la sanción.

Pero algo más de fondo. Cuando se insiste en que no hay una determinación legal rígida, absoluta, incontrovertible sobre el alcance de la noción “circunstancias”, se dice una gran verdad. Obsérvese cómo las circunstancias, dentro de la doctrina o la legislación, no se reducen en su clasificación al rubro de “agravantes y atenuantes”, pues se tienen por categorías válidas las de “objetivas y subjetivas”, “reales y personales”, “comunes y especiales”, pudiéndose

insertar dentro de algunas de éstas el aspecto de la normalidad o anormalidad del procesado.

El Código Penal Italiano, con el cual nuestros estatutos penales guardan tanto nexo, dice en su artículo 70: “**Circunstancias objetivas y subjetivas**”. Para los efectos de la ley penal:

1) son circunstancias objetivas las que se refieren a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y toda otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro, o las condiciones y calidades personales del ofendido;

2) son circunstancias subjetivas las que se refieren a la intensidad del dolo o al grado de la culpa, o a las condiciones y calidades personales del culpable, o las relaciones entre el culpable y la persona agraviada, o las que son inherentes a la persona del culpable.

Las circunstancias inherentes a la persona del culpable se refieren a la imputabilidad y a la reincidencia”.

Guillermo Sauer, anota de la legislación alemana, que: “La responsabilidad personal debe existir sólo, según la antigua y la moderna redacción del N° 50 en “las especiales cualidades o circunstancias personales” que agravan, atenúan o excluyen la pena”.

2. La interpretación que se da al D. 3347 de 1950 y particularmente al art. 34 del C. P. P., no es la que corresponde a su letra y finalidad. Se le hace decir cuestión bien distinta a la que esta norma fija y se enlaza con hipótesis que la misma no considera. Lo que esa disposición señala, y léase cuantas veces se quiera su texto, es que cuando en el sumario está demostrada suficientemente la insanidad mental del procesado, y así lo entiende y determina el juez de derecho, no es dable su juzgamiento por el jurado de conciencia sino disponerlo con prescindencia de éste; pero la situación que no se indica allí y que la mayoría pretende advertir, es que ocurre otro tanto cuando, por ejemplo, el juez de derecho desconoce una pericia indicativa de anormalidad, o se inclina por la normalidad síquica del imputado a pesar de los elementos probatorios recogidos en la sumaria o en la etapa de la causa y de las controversias que las mismas han originado antes o durante la audiencia. En estos casos, la comentada norma ya no dice que se excluye e impide un procedimiento del jurado de conciencia sobre tal aspecto. Y si no lo dice, ni lo prohíbe expresamente, quiere decir que el jurado está facultado para reconocer una cualquiera de las circunstancias personales del enjuiciado, quedando al juez de derecho admitir la veredicción y aplicar consiguientemente medidas de seguridad, o declarar contraveniente tal veredicto. Pero lo que no puede hacer es lo que patrocina la Sala en su impresionante mayoría: tener la respuesta por afirmativa de normalidad y de responsabilidad y desechar la otra parte del veredicto (lo relacionado con la enajenación, anomalía síquica o intoxicación crónica) por ser cuestión vedada al jurado.

3. Pero la tesis que propicia la mayoría ofrece contrasentidos insoslayables. Cuando se descubren vacila su rigor lógico-jurídico. Nadie niega que el jurado pueda admitir una causal de justificación. Las mismas no pueden tomarse como "circunstancias del delito", porque si algo evidencia aquélla es la desaparición del delito. Mal puede ser circunstancia —aspecto accesorio— lo que tiene la virtud de hacer desaparecer lo principal —el delito—. Entonces, si esta cuestión, que reza con la antijuricidad misma, es atributo del jurado, no siendo circunstancia ni de agravación ni de atenuación específica, por qué no puede serlo la inimputabilidad?

El jurado, nadie lo discute, puede convertir un delito intencional de homicidio, en culposos o preterintencional. Como tesis predominante, y más en el sistema actual del C. Penal, se entiende que sólo los procesados de mente sana son susceptibles de experimentar actividades síquicas de conocimiento y voluntad, de obrar dolosa o culposamente; que los anormales están impedidos para dirigir su acción u omisión conforme a estas fuerzas, impulsos o situaciones espirituales. Entonces, si el jurado, para poder afirmar aspectos de culpabilidad tiene que reconocer la normalidad mental del procesado, cómo se puede, en el veredicto que se analiza, aceptar esa perfección mental cuando el jurado expresamente dijo que se trataba de un anómalo síquico? De dónde puede deducirse el fenómeno intencional, si el jurado lo negó explícitamente? Cómo se admite que un jurado agregue lo relacionado con una intención de matar, o de lesionar, o de conducta culposa si no se le tolera que defina la capacidad de conocer y querer del procesado?

Si como lo dice la conmovedora mayoría de la Sala, al jurado sólo se le consiente y llama para que diga si el hecho existió o no existió y si el enjuiciado, físicamente, materialmente, lo cometió o no lo cometió, quién es el que está reconociendo la responsabilidad? Dentro de este planteamiento no es el jurado y sí el juez, porque con base en tan precarias funciones, aquél no puede penetrar tanto ni comprometerse a tanto. Cuando se entienda, y ésta es la opinión dominante, que el jurado responde sobre la "responsabilidad" es porque ha aceptado, en términos actuales, que la conducta es típica, antijurídica, culpable y se ha realizado por un imputable. Ninguno de estos elementos, circunstancias, presupuestos, condiciones, etc., le son ni pueden serle ajenos.

No alcanzo a imaginarme qué clase de solución acuñará la Sala cuando se enfrente a un veredicto redactado en estos términos: "Sí, pero la conducta es atípica". Mantendrá o impondrá una condena porque lo atinente a la tipicidad no es "circunstancia" específica de atenuación o agravación? O dirá que la sola afirmación colma vacíos y elimina contradicciones?

4. La incontrastable mayoría de la Sala cree justo, técnico y correcto indicar que cuando un jurado de conciencia extralimita sus facultades (v.gr. pasar las discutibles e inasibles fronteras de

"las circunstancias del hecho"), la sanción no debe ser para el jurado, sino para el procesado, así se elimine la garantía del debido proceso. Como el jurado admitió una grave anomalía síquica, y no podía hacerlo, lejos de convocar a otro jurado para que realice sus funciones adecuadamente y ofrezca un completo y legal veredicto, se elimina esa parte, así se incurra en contrasentidos como los que atrás se anotaron, y se concluye que el jurado tuvo por normal y responsable al enjuiciado. Se produce un no deseable milagro jurídico: aunque no hay veredicto o éste resulta contraevidente, se apoya en él una sentencia condenatoria, acogiendo, sin los condicionamientos de la respuesta, la afirmación que allí aparece. No toda afirmación implica responsabilidad. La Corte ha explicado que dos veredictos, uno de ellos: "Sí, pero en legítima defensa"; y otro: "Sí es responsable pero en legítima defensa", llevan a distintas conclusiones. El primero es absolutorio (la afirmación apenas reconoció la ocurrencia del hecho pero no la responsabilidad, la cual aparece negada con la justificante); el segundo es contradictorio, incompatible e inconciliable en su contexto: sí es responsable pero no es responsable.

5. El veredicto cuestionado también sería incompleto, confuso, incierto, aun dentro de la tesis de la incontrastable mayoría. En efecto, si la parte que de él se excluye (la grave anomalía síquica) se elimina con razón y válidamente, sólo queda una afirmación, pero no de responsabilidad sino de reconocimiento del suceso material, fáctico: la muerte de una persona. Falta el fenómeno intencional. El jurado nada dijo al respecto, porque así no se admita la adición, ésta tiene que repercutir en el aspecto fundamental de la culpabilidad. Hay tantas alternativas de lo que pudo querer el jurado si no se le aceptaba lo de la anomalía síquica, tantas explicaciones para el simple hecho material, que no es posible entender, en estas condiciones, que exista veredicto apreciable de responsabilidad.

Estos interrogantes son suficientes para sembrar inquietud y mirar al menos con desconfianza un veredicto como el que se comenta. La solución estaría en su aceptación tal como está expresado. Corrigiéndose la desueta interpretación que se viene dando al artículo 34 del C. P. P., o reconocer la inexistencia del veredicto, si se persiste en la idea de entender que el jurado invadió una órbita procesal ajena a sus funciones. En ambos casos el recurso de casación debió prosperar.

Lo que no es aconsejable, por sus contradicciones, vacíos y nocivas amplitudes es la tesis aceptada por tan calificada mayoría de votos.

INDIVIDUALIZACION E IDENTIDAD DEL SINDICADO, NULIDAD POR NO INDIVIDUALIZACION DEL SINDICADO, ART. 210, CODIGO DE P. P., NUMERAL 5

Magistrado Ponente: Dr. Héctor Jiménez Rodríguez

El Tribunal, siguiendo a la Honorable Corte Suprema de Justicia, considera que no debe confundirse **individualización** con **identificación**, conceptos definidos suficientemente en criminalística. El artículo 114 del Código de P. Penal, cuando alude a "identidad física", se refiere a la **individualización**, o lo que es lo mismo, a "quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción" del programa mínimo investigativo del artículo 334, numeral 2. La operación de **individualización** consiste en determinar a una persona, una integridad sicofísica aislada. La operación de individualizar, respecto a una persona, concreta la afirmación: "Este y no otro". En cambio la operación de **identificación**, agrega a esa individualización, el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc. La no identificación no retarda ni suspende la instrucción, el juicio o la ejecución de la sentencia. La nulidad a que se refiere el numeral 5 del artículo 210, no se contrae al error en cuanto a nombres o apellidos del imputado o sea a la **identidad** sino a la **individualización**. Tal numeral se refiere a una confusión de tal magnitud que coloque a la justicia ante la posibilidad de condenar a un inocente.

En el presente caso, no debió acudir al artículo 163 para la solución del problema sino a un incidente admitido por la práctica en acatamiento al criterio de que en el proceso penal no puede haber situaciones insolubles.

Junio 25 de 1980

VISTOS

Examinado en sede de consulta el segundo acto de sobreseimiento temporal, obra del juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito de Medellín, el Tribunal informó las decisiones allí acogidas, y en su lugar dispuso: 1º) Llamar a responder en juicio, por delito de robo de la especie contemplada en el artículo 404-3 del Código Penal, a la persona que en diversas actuaciones del sumario dijo ser Jaime de Jesús Domicó Betancur, hijo de Luis Carlos y Gabriela, oriundo y vecino de esta ciudad, soltero, vendedor ambulante de oficio, alfabeto y dieciocho (18) años de edad a la fecha de la ilicitud (abril de 1969); y 2º) Declarar prescrita la acción penal surgida de un posible delito de encubrimiento y ordenar el cese de todo procedimiento en contra de las indagatorias María Dolly Naranjo Aguirre y Ernestina Zapata (folios 172 a 175).

Como la captura de Domicó Betancur fue imposible para notificarle el pliego acusatorio y hacer efectiva la detención cautelar allí dispuesta, trae el emplazamiento de rigor, la declaratoria de sindicado ausente y el nombramiento de defensor de oficio, el expediente volvió a la oficina de origen, y ocurre que impulsándose la etapa de la causa, el 5 de enero de este año un agente adscrito a la policía judicial de Antioquia dió captura a "Jaime de Jesús Domicó Betancur" (folios 196, 197 y 222).

Como surgieron algunas dudas en torno a la identidad entre el aprehendido y la persona a quien afecta la providencia de apertura de la causa, se evacuaron algunas pruebas que en sentir de la señorita Juez generan la causal de nulidad del artículo 210-5 del C. de P. P. (error "relativo al nombre y apellido de la persona a quien se enjuició"). De ahí el cese del procedimiento expedido en beneficio del capturado, con base en que no cometió el delito de robo que se le imputa en el proceso; la invalidez de la actuación a partir del auto de cierre de la segunda etapa investigativa; y en fin, la aplicación del artículo 163 del C. de P. P. en favor de María Doris Naranjo Aguirre y Ernestina Zapata, sindicadas de hechos que se estiman típicos de un ilícito de encubrimiento (folios 240 a 248).

El auto que acaba de mencionarse, de fecha diecisiete (17) de Marzo último, fue remitido al Tribunal para su estudio en el grado de consulta, y durante el rito de la instancia que ahora culmina la Fiscalía Quinta lo encuentra jurídicamente admisible, menos en lo que concierne a ambas mujeres porque frente a ellas hay cosa juzgada y no puede revivirse la actuación, y solicita se apruebe, basándose en las siguientes consideraciones: "Durante el término probatorio de la causa se arrimaron al proceso unas copias de sentencia provenientes del Juzgado Décimo Segundo Penal del Circuito de Medellín (fs. 202 v. a 207), donde aparecía condenado "Ernesto López Giraldo quien también dijo llamarse Jaime de Jesús Domicó Betancur...", por un delito de "ROBO" cometido el 20 de Abril de 1969, o sea siete días después de ocurridos los hechos de que trata este proceso (fs. 1 y 242 v.), en asocio del señor Ramiro Jaramillo, el mismo que precisamente por ello fuera desvinculado de las presentes diligencias.

Fue, entonces, cuando empezó a dudarse que el enjuiciado Jaime de Jesús Domicó Betancur no había sido el verdadero autor del delito de robo cometido el 13 de Abril de 1969 de que trata este proceso y, en efecto, después de obtenerse la captura de quien respondía a ese nombre y adelantarse la investigación de rigor (folios 221 a 235), se evitó una injusticia al establecerse que el citado Jaime de Jesús Domicó Betancur nada había tenido que ver con ese hecho, o sea con el que se ha venido investigando en este proceso.

De allí que la señorita Juez hubiera tomado las decisiones a que atrás se hizo referencia, disponiendo a su vez que la posterior averiguación se enderezara hacia ERNESTO LOPEZ GIRALDO, quien

por la época de los sucesos había utilizado el nombre de Jaime de Jesús Domicó Betancur para despistar a las autoridades, aprovechando que éste había perdido sus papeles, como vino a saberse después que se le capturó y se le interrogó al respecto (fs. 234 v.).

Y en verdad que las razones que adujo para descartar la participación del capturado Jaime de Jesús Domicó Betancur en el delito de "ROBO" por el cual se le llamó a juicio, encuentran suficiente respaldo en los hechos que brevemente se anotarán a continuación:

a). Las huellas dactilares tomadas a quien dijo llamarse Jaime de Jesús Domicó Betancur por la época de los hechos, pues aparece reseñado bajo el prontuario N° 524097 del DAS, resultaron ser diferentes a las del capturado Jaime de Jesús Domicó Betancur, según se desprende del dictamen rendido por el perito dactiloscopista nombrado al efecto (fs. 232 v.).

b). La escritura de quien en 1969 fuera vinculado a este proceso con el nombre de Jaime de Jesús Domicó Betancur, también resultó distinta a la del capturado, según el mismo perito (fs. 232 v.).

c). El doctor Rafael Restrepo Escobar y los señores Ignacio Arias Reinel y Silvio Vélez Mejía, todos ellos antiguos empleados del Juzgado Décimo Segundo Penal del Circuito de Medellín, donde en 1970 fue condenado "...Ernesto López Giraldo quien también dijo llamarse Jaime de Jesús Domicó Betancur..." (folios 202 v. a 207), no reconocieron como esa persona al aprehendido en 1980 (folios 221 y 222), lo que indica que López Giraldo abusivamente estaba utilizando su nombre.

d). La partida de nacimiento que obra en autos (fs. 229), correspondiente al capturado Jaime de Jesús Domicó Betancur (folios 221 y 222), también demuestra que éste no fue el autor del delito de ROBO cometido el 13 de Abril de 1969 de que trata este proceso, porque según dicha partida para esa época en edad habría sido la de 14 años, y quien suministró su nombre dijo tener 16 (fs. 19) y posteriormente 18 (fs. 71), siendo de destacar que esta última edad corresponde más o menos a la de Ernesto López Giraldo (fs. 233 v. y 234), el individuo que precisamente se estuvo haciendo pasar por él en esa época, según se desprende de lo averiguado a última hora.

Como todo lo anterior pudo ser posible si se tiene en cuenta que el capturado Jaime de Jesús Domicó Betancur perdió sus documentos en 1967 o 1968 (fs. 234 v.), razón tuvo la señorita Juez Décimo Sexto Penal del Circuito de Medellín en hacer cesar todo procedimiento en su nombre y en declarar la nulidad de que se habló atrás para enderezar la investigación hacia Ernesto López Giraldo, quien realmente pudo haber sido uno de los autores del delito de "ROBO" cometido el 13 de Abril de 1969 de que trata este proceso" (folios 253 a 255).

Toda la argumentación del Juzgado y de la Fiscalía, muy lógica por cierto y apoyada en indiscutibles factores de hecho, sirve para

concluir que la persona capturada no es la misma que figura en distintas actuaciones como sujeto activo de la conducta antijurídica (indagatoria, memoriales, auto de enjuiciamiento y otras más, folios 3, 4, 17, 19, 20, 36, 39 a 45, 48 v., 71, 91, 92, 96, 111, 128 v. a 133, 136, 152 y 162 a 175).

Las dudas que se presentaron a la Juez con motivo de la aprehensión de "Domicó Betancur" tenían qué eliminarse acudiendo a un rito incidental que la praxis admite en ausencia de normas que regulen específicamente la materia y en acatamiento al criterio de que en el proceso penal no puede haber situaciones insolubles (artículos 8° y 113 del C. de P. P. 5° del C. de P. Civil y 8° de la Ley 153 de 1887). Ello explica la orientación de los últimos anteproyectos de Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que si, una vez realizada la captura del acusado ausente surgen dudas acerca de su identidad, el Juez está en la obligación de adelantar las averiguaciones necesarias para identificarlo, mas "si de las pruebas resultare que el aprehendido no es la persona procesada o condenada, se le pondrá en libertad y se expedirán nuevas órdenes de captura contra el verdadero acusado o condenado, utilizando los datos que hubieren surgido de las pruebas recogidas".

A la cual debe agregarse, es obvio, que la aplicación del artículo 163 del C. de P. P. está fuera del elenco como que el enjuiciado es otra persona individualizada en el proceso y a quien la justicia no ha podido localizar para someterla al régimen de la custodia preventiva y a los eventuales efectos del fallo que sobrevenga, de manera que el aprehendido es sujeto ajeno a la relación jurídico-procesal, lo cual significa que decisiones de la naturaleza de la que se consulta no pueden ampararlo.

Entonces, no cabe la menor inquietud acerca de esto: Ernesto López Giraldo, Jaime de Jesús Domicó Betancur o Jaime Echeverri Jaramillo, en vez de una terna de individuos, son nombres que encarnan una sola, real, existente y verdadera persona refugiada en ellos para tratar de burlar su identificación, que no la ya conocida individualidad, crearle dificultades a la justicia e impedir el correcto ejercicio de la acción penal y de las consecuencias que de ella deriven.

El desconcierto ha nacido en torno a los nombres y apellidos de uno de los probables coautores del robo, mas no en lo relativo a la identidad física del procesado, a quien se capturó, fue oído en indagatoria e intervino en el sumario hasta el primer auto de sobreseimiento temporal, amén de que habiéndosele juzgado e impuesto pena por ilicitud de la misma índole, hay factores de suma utilidad que impedirían confundirlo con otro en el evento de que se llegara a la etapa de ejecución de la sentencia condenatoria. Todo se reduciría a un fácil problema de identidad del reo. No aparece Ernesto López Giraldo o Jaime de Jesús Domicó Betancur, quien permaneció larga temporada en la cárcel del Distrito Judicial de

Medellín, reseñado bajo el número 77749 (folios 36)? Y en el Departamento Administrativo de Seguridad, Seccional de Antioquia, no existe también la respectiva tarjeta decadactilar del mismo individuo, documentó que sirvió para establecer que el capturado es persona distinta? (folios 232). No ha sugerido el señor Fiscal Sexto del Circuito en su tinoso concepto de folios 237 a 239 el cotejo de huellas dactilares del Departamento de Identificación de la cárcel nacional de Bellavista, donde el sujeto pasivo de la acción penal de este proceso estuvo cautivo bajo el nombre de Jaime de Jesús Domicó Betancur?

Para destacar la improcedencia de las decisiones adoptadas en el auto en estudio, resultan en extremo útiles estas consideraciones de la Corte Suprema de Justicia en un caso parecido al sub judice: "La nulidad estatuida en el Num. 5º del Art. 210 del C. de P. P. sólo puede comprenderse si se conecta dicha disposición con la del artículo 114 que dice: "Identidad Física. La imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona". La norma transcrita recoge la diferencia que hay entre individualización e identidad y que es suficientemente conocida en criminalística".

Más adelante expresa la misma Corporación: "Al decir "identidad física el art. 114 se refiere a la individualización o, lo que es lo mismo, al "quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción" que se encuentra en el punto 2º del programa mínimo investigativo que puntualiza el art. 234 del C. de P. P., y cuando alude al verdadero nombre y apellido y a las otras generalidades se remite a su identificación. Por la primera operación, la de individualizar, se establece que se trata de una persona determinada, de una integridad sicofísica aislada, de alguien que se concreta en la afirmación: "Este y no otro". Por la segunda, se agregan a esa individualización el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc., tal como se ve en el artículo 386 que consigna "reglas para la recepción de indagatoria".

"Lo que importa, en consecuencia, para que no se retarden ni suspendan la instrucción, el juicio y la ejecución en su caso, es la individualización o identidad física del procesado. Por tanto, si sobre ella no existe duda, mal puede darse la nulidad prevista en el Num. 5º del Art. 210 del C. de P. P. ya que esta norma, y así quedó demostrado, no se refiere al simple error en cuanto a nombres y apellidos del procesado, sino a una confusión de gran magnitud, que de allí derivada, lleva vacilación suficiente que coloque a la justicia ante la horrorosa posibilidad de condenar a un inocente. Para la identidad, entendida como una yuxtaposición de datos, posterior a la individualización, existe el Art. 113 del C. de P. P. que impone al funcionario de instrucción el deber preferente de practicar las pruebas

conducentes para precizarla en cualquier estado del sumario cuando surgieron dudas al respecto.

En el caso concreto el procesado se presentó ante las autoridades, desde su captura, con nombre y apellidos fingidos porque consideró que los propios estaban policial y judicialmente estigmatizados. Con ellos se le indagó, detuvo y procesó. Más tarde y aún con posterioridad al procesamiento firmaba memoriales de tal manera. Ya en la etapa probatoria de la causa y en la audiencia pública reveló sus verdaderos nombres y apellidos y, tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda se le condenó con ambos porque, tómesese el fingido y tómesese el verdadero, los dos corresponden a una misma persona. Si se mezclaron las "generalidades" de uno y otro constituye un defecto de identificación pero nunca de individualización" (Casación penal de 25 de Septiembre de 1979, Magistrado ponente, Dr. Pedro Elías Serrano Abadía. Las subrayas son del Tribunal).

Como la ley no señala específicas oportunidades probatorias para despejar las dudas que se presentan "acerca de la identidad del procesado", el Juzgado debe evacuar las diligencias que indica a folios 248 y la que echa de menos la Fiscalía a folios 238, complementándolas con la copia de la indagatoria rendida por Ernesto López Giraldo o Jaime de Jesús Domicó Betancur en el proceso que le adelantó el Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín.

Se revocará entonces dicho auto a fin de que continúe el trámite de la primera instancia y se celebre nueva audiencia para oír la defensa de la persona acusada del ilícito que originó la apertura de la causa, visto que ese acto estuvo encaminado a establecer que el individuo presente en esa actuación no es el mismo a que "se refieren la providencia del Honorable Tribunal y el proceso en el cual es ofendido Juan Ignacio Linaza" (folios 235).

Sin necesidad de otras consideraciones y en desacuerdo con la Fiscalía, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** el auto de fecha, origen y contenido indicados, y, en su lugar, **ORDENA** que continúe el trámite de la causa observando las prescripciones indicadas en la parte considerativa.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA SE:

Héctor Jiménez Rodríguez (Ponente), Alvaro Medina Ochoa, Luis Alfonso Montoya Cadavid.
Alberto García
Secretario

DOLO Y ERROR DE DERECHO

Ponente: Dr. Edilberto Solís Escobar

Pretender que para que exista dolo sea menester el conocimiento de que el hecho conocido que se quiere realizar, sea, además, prohibido, implica tanto como pretender que sobran los delitos intencionales en los que el "a sabiendas" no forma parte de su estructura.

No siendo elemento de configuración del rapto de menor de 14 años, el ser mujer honesta o con reputación de dignidad, carece de relevancia el error en torno a la virginidad de la sustraída.

Nota: como en su mayor parte, la problemática que la Providencia y el Salvamento de Voto plantean sigue siendo actual, a pesar de la existencia de nueva legislación penal, publicamos estas importantes piezas jurídicas no obstante su fecha. A nadie escapará la importancia de ellas como material que sirva de orientación para resolver otros casos concretos y como material de clase en los cursos de Derecho Penal Colombiano y Parte General.

Medellín, Julio 4/78

VISTOS

Elías de Jesús Herrera Amaya, de 28 años de edad, trabajaba y vivía en la casa de los esposos Rodrigo Calle y Gilma Posada, en jurisdicción del corregimiento Santa Lucía, municipio de Ituango. Permanecía solo y deseaba una hembra de compañera que la misma Posada le indicó podía ser la hija de los esposos José Antonio Naranjo y María Carlina Tapias Castrillón, por nombre Araminta, a quienes visitaba con frecuencia y sobre la cual se enteró habían "atracado" (sic) sexualmente en alguna oportunidad.

Alentado con esa alternativa de fáciles logros, Elías de Jesús se orientó a la casa de la joven que podía colmar sus posibilidades de acompañarse, en las horas de la tarde del diez y seis (16) de diciembre del año de mil novecientos setenta y seis (1976) y luego de apurar bocados ofrecidos y conversar maliciosamente con Araminta, en preparativos de su preconcebido plan para sustraerla del ámbito familiar, se retiró para recibirla en la madrugada del diez y siete (17) siguiente, cuando la joven de 12 años, sin menstruar todavía (fls. 3 fte.) abandonó el lecho familiar para unirse a quien le había preparado el desplazamiento del hogar, mediante palabras de convencimiento, un costal para portar la ropa y un "foco" o lámpara de mano para alumbrar el camino a recorrer por ambos. "...como yo estaba desprevisto (sic) fui y me conseguí un foco por allá en una

vecindad, y ella me dijo que llevara el costal para traer la ropa. Bueno yo llevé el costal y se lo entregué y dentro del costal iba el foco, yo se lo llevé a la casa...", expresa el sindicado para configurar la confesión de su delito contra la familia (rapto impropio) (fls. 18 fte.). En el trayecto del encuentro a la casa de Gilma Posada, consumaron por dos ocasiones el acceso carnal. Llegaron a las ocho de la mañana del diecisiete de diciembre de 1976 y allí fue recibido con gesto de reproche por la Posada, que no le permitió pernoctar en casa con la joven que había llevado.

Por los hechos anteriores, el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Yarumal, dictó auto de detención, sin beneficio de excarcelación en contra de Herrera Amaya Elías de Jesús, el que apelara de la decisión al momento de la notificación (fls. 27-27, 28), razón por la cual conoce el Tribunal en Sala que preside la H. Magistrada doctora Alicia Roldán Ruz.

La señora Fiscal Sexta de la Corporación es del parecer que el auto debe confirmarse, por reunir los hechos las exigencias del artículo 439 del C. de P. Penal. (fls. 31-33).

La confesión

El sindicado al tener conocimiento de la investigación que por su conducta se iniciara, ante denuncia del progenitor que de ese comportamiento se quejaba (fls. 1 y vto.), se presentó al señor Inspector de Policía para explicar de inmediato su proceder (fls. 15-16), el que repite ante el señor Juez de conocimiento (fls. 17-20), con la cualificación de que ignoraba que fuese delito, o delitos, lo sucedido con persona de la que se le había informado había perdido su virginidad en un "atracó", o voluntariamente por sus precoces arrebatos sexuales. "Entonces, como yo vivo solo, he sido solo toda la vida, claro que el hombre solo con trabajo necesita una mujer (fls. 17 vto.)..." manifiesta el sindicado. Y agrega que se sintió autorizado a esa cuestión (fls. 18 vto.) "porque ARAMINTA me dijo que no peligraba porque ella apostaba que no era señorita y entonces yo conversé con la muchacha en la misma casa de GILMA POSADA, no me recuerdo qué día fue, pero cuadramos que el miércoles siguiente iría yo a la casa de ella" (fs. 17 vto.).

La joven para la época de los sucesos contaba con trece años dos meses y medio de edad, según partida de nacimiento del dos de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963) y "nacida el diez y nueve (19) de septiembre del mismo año" (fls. 17 fte.).

La Ponencia

La distinguida Magistrada Ponente en el enfoque del delito de naturaleza sexual, con olvido del delito contra la familia, reglamentado en el hecho hasta ahora averiguado por el artículo 351 del Código Penal, se doblega en sus planteamientos ante la reiterada ig-

norancia del sindicato y sobre ella monta la inocencia total del encartado, con fundamentos en lógicas doctrinas sobre el dolo y la faceta subjetiva del delito, que en la conducta cuestionada se quebranta porque, a las explicaciones acomodadas del inculpatado, obró convencido de no ser delito el acoplamiento con mujer que ya hubiera ferido su virginidad.

La mayoría de la Sala no comparte ese criterio, ampliamente discutido en varias sesiones, porque de aceptarlo se destronaría de la normatividad penal colombiana el concepto del dolo. Bien explicado aparece éste en la ponencia original, afianzado en citas de autores extranjeros y nacionales, a más del maestro indiscutible, CARRERA, quien enseñó a gastar cerebro a tratadistas y falladores respecto a la fuerza moral subjetiva del delito. Mas las citas son impertinentes al caso debatido, ya que las aseveraciones exculpativas del denunciado no pueden conformar, de buenas a primeras, un error esencial de derecho, acentuado muy doctrinariamente en la ponencia, comoquiera que el proceder de Elías de Jesús llevaba una marcada intención, exteriorizada desde el momento mismo de la valoración de su soledad como hombre, de la necesidad de compañía, y en la forma como concibió el delito de rapto, consentido, para cuya infracción bien pudo pregonar que ignoraba que fuese delito el sacar a una menor de catorce años de su casa, "aun con su consentimiento".

El dolo no puede consistir en querer un hecho conocido, a sabiendas de que está prohibido, como anota la ponencia en su generalización, por cuanto entonces sobrarían los delitos intencionales que no requieren del elemento 'a sabiendas' para su estructuración y se entraría, además, a los confusos linderos del derecho y la moral, con notorio desquiciamiento del orden social, pues el investigador llegaría hasta la febril cualificación del delincuente de que ignoraba que fuese delito lo denunciado. Allí se paralizaría el aparato de la justicia penal y sólo avanzaría en los casos en que el delincuente advirtiera que al ejecutar su acción estaba pensando en violar la ley.

El delito de rapto que le fue denunciado al sindicado, según su confesión, llevaba el natural y deseado acometimiento sexual. Para su configuración en menor de catorce años, como en este caso, no se requiere que la mujer sea honesta o con reputación de dignidad. Allí no funcionaba la ignorancia en relación con el estado de virginidad o no de la sustraída del ámbito familiar u hogareño. Si esa era su persuasión, no puede convencer al funcionario para la bien estudiada teoría del error esencial de derecho. Como difícil es suponer que el ratero que sustrae en un momento de aglomeración la cartera de otro ciudadano tenga la intención de violar la ley (Carlos Lozano y Lozano), menos se podría deducir que en ese proceso mental sí estaba el sindicado por algunas de las alternativas del Decreto 1188/74 o Estatuto Nacional de Estupefacientes que

diera en decir, como casi siempre sucede, que ignoraba que lo decomisado era marihuana u otro alucinógeno prohibido.

Lo sugerido por Ricardo C. Núñez de que los jueces no pueden tener el asombroso poder de declarar que existe lo que no existe, decretar fulminantemente que hubo dolo donde no lo hubo, es verdad meridiana y de justos acentos procesales. Pero no es dable caer en la ingenuidad de que quien obra en la clandestinidad, amparado en la noche, cuya oscuridad trata de vencer con un "foco" entregado en costal para guardar el equipaje de la joven que a sus ruegos escapa, no estaba convencido de que con ese desplazamiento conseguido para logros sexuales, quebrantaba la ley. Y que obtenidos esos favores sexuales, por no ser mujer virgen la raptada, tampoco se colocaba al margen de la norma. Su disculpa no es un error de carácter jurídico, de la entidad del error esencial de derecho, o si quiera el de hecho, como que su obrar sobre la niña para sacarla de su hogar demuestra que conocía su mal proceder. Su actuación no tiene la sustancialidad de aquellos errores, que al no aceptarlos para el caso sub-exánime por la mayoría de la Sala, no significa que los desconozca en los eventos que amplía y clamorosamente los impongán.

Suma diligencia desplegaba Elías de Jesús en su comportamiento la noche del dieciséis (16) de diciembre de 1976 y proyectó en conversación maliciosa (fls. 1 y fte.) los acontecimientos subsiguientes de la huida de la menor para agotar su propósito sexual. Ello no puede ser error esencial de hecho o de derecho, del ordinal 2º del artículo 23 del C. Penal, porque él está precedido de la "plena buena fe" y de que no sean "provenientes de negligencia". Y en donde hay diligencia para violar la ley, no cabe aquella y si cupiera, tampoco se dá el error de hecho o de derecho que la ponencia ha querido hacer valer, con el mismo equivocado camino jurídico que tomaran los defensores del "crimen de La Rubiera", en donde 16 indios Cuibas perecieron bajo las hachas y los garrotes de los seis vaqueros que encabezaba Luis Morín, quienes pregonaron que obraron convencidos que mataban unos "bichos raros y dañinos", rematados algunos en el suelo entre quejidos y desesperadas voces de angustia, las mismas que poco antes fueron de agradecimiento para los regalos engañosos de los criminales. Con ese criterio, ANSELMO TORREALBA, coprocesado, ya había matado seis indios en el año 1960 y los había enterrado en el sitio El Carnero, con la más despiadada impunidad (Veredicto de inocencia el 27 de junio de 1972, por jurado en Villavicencio y condenatorio en segundo jurado, el 6 de noviembre de 1973, en Ibagué).

La mayoría de la Sala encuentra reunidos los requisitos del artículo 439 del C. de P. Penal para detener por la sindicación de ambos delitos: Rapto y Violencia Carnal (presunta).

Por lo considerado, de acuerdo con el parecer Fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala Penal de Decisión, por mayoría,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **C O N F I R M A** el auto recurrido, de procedencia, contenido y fechas indicadas, y **DISPONE** que se investigue la delincuencia denunciada por María Araminta Naranjo T. a folios 3 fte., en relación con el individuo **JORGE DURANGO**.

Devuélvase, luego de notificado y copiado.

Los Magistrados:

Edilberto Sofís Escobar **Jaime Taborda Pereáñez**
Alicia Roldán Ruíz (salvó voto)
Alberto García Quintero
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO
Dra. Alicia Roldán Ruíz

Resumen:

Si el agente obra de plena buena fe, sin negligencia, determinado por una falsa estimación de los hechos según la cual el hecho no es ilícito, no incurre en responsabilidad porque el dolo, dada la ausencia de toda real o posible conciencia de la ilicitud del hecho, se desintegra, faltando por tanto la culpabilidad. El principio de no admitir como excusa la ignorancia de la ley, no puede conducir, como sostiene Núñez, a que el juez posea el poder asombroso de decidir que hay culpabilidad donde ésta no exista. El error de derecho, esencial e invencible, está expresamente previsto en el artículo 23 del C. P., como eximente de la responsabilidad (culpabilidad). No puede haber dolo sin una conciencia, comprensión o representación aproximada y siquiera eventual de la ilicitud o lesividad de la conducta que se ejecuta, puesto que nunca hay dolo de actos buenos.

El proyecto inicial presentado por mí, como ponente, a la consideración de la H. Sala, contiene por sí solo mis consideraciones referidas a la ausencia de los presupuestos legales para mantener la detención preventiva del sindicado.

Dicho proyecto, al no haberse aceptado por la Mayoría, lo presento como mi salvamento de voto.

Magistrada, **Alicia Roldán Ruíz**.

TRIBUNAL SUPERIOR
SALA PENAL DE DECISION
Medellín

V I S T O S :

En concepto de la Fiscalía Sexta del Tribunal debe confirmarse el auto de detención proferido el seis de mayo del año en curso, por

el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yarumal (Ant.), contra **ELIAS HERRERA AMAYA** por el delito de **VIOLENCIA CARNAL**, en concurso con el de **RAPTO**.

La incipiente investigación establece los siguientes hechos: el dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta y seis, la joven Araminta Naranjo Tapias decidió fugarse de su hogar en compañía de Elías Herrera Amaya. En las horas de la noche, previo concierto, la jovencita abandonó el lecho paterno, donde dormía, y fue a reunirse con Elías, con quien emprendió el camino hacia la residencia de éste, situada en la zona rural del mismo Municipio de Ituango. En el trayecto, la pareja realizó el acto carnal por una o dos ocasiones, sin que el varón usara fuerza o medios engañosos.

Según la partida de bautismo, al momento de los hechos la supuesta ofendida contaba con trece años y dos meses de edad, pues había nacido en septiembre 19 de 1963. Aunque sus padres dijeron de que ella había observado siempre buena conducta, el sumario señala una realidad distinta: ella misma admite que en dos ocasiones anteriores se había ayuntado con hombres diferentes. Cuando se descubrieron los hechos de que trata este expediente, ella se negó a regresar al lado de sus padres, prefiriendo quedarse por quince días más en casa de Gilma Posada, precisamente la mujer que la había aconsejado para que se fugara del hogar y convenció al procesado para que fuera por ella. Pocos días después de regresar al hogar paterno la díscola muchacha se fugó de nuevo y en la actualidad ni se sabe con quién vive. Al examen médico Araminta presentó "Himen complaciente".

El sindicado no negó los hechos. En su injurada admitió haber accedido carnalmente a Araminta, por dos oportunidades, con el consentimiento de ésta, encontrándola ya experimentada, según su parecer, en las lides del sexo. Ese era también el rumor que acerca de la joven circulaba en el vecindario, si bien él no la conocía muy bien. Estaba él viviendo en casa de Gilma Posada cuando ésta le manifestó que Araminta ardía en deseos de conocerlo. Lo conoció, efectivamente, alguna vez que la joven, con su madre, fue de visita a casa de la Posada. Incitado por ésta, Elías convino en ir por la muchacha a la semana siguiente y así lo cumplió sin el menor resquemor o recato de parte de ésta. En el trayecto sostuvieron por dos veces relaciones sexuales, habiendo el sindicado confirmado que Araminta "no era señorita o doncella". Al llegar a la casa de Gilma, ésta acogió bien a la joven, pero no a él. El dueño de la casa también le negó posada a él por tratarse de la hija de un amigo suyo.

Las escasas pruebas recibidas hasta el momento indican que Araminta deseaba abandonar el hogar familiar y para esto contaba con la ayuda proxeneta de Gilma Posada (a quien no se ha oído en declaración). La misma Gilma había anunciado previamente que Elías vendría con una de las hijas de Antonio Naranjo en calidad de "sirvienta", según lo declara la madre de la supuesta víctima

(f. 9 vto.). Y fue esa misma mujer la que convenció a Elías de que no tendría problema legal alguno "sacándose" la muchacha, ya que ésta con seguridad no estaba virgen. Convencido absolutamente de que lo que la ley protegía era la virginidad de la mujer y eliminadas las dudas sobre la virginidad o no virginidad de Araminta, Elías decidió aceptar el "consejo" de Gilma y "sacar" la muchacha para que conviviera con él, con el propósito de casarse con ella si se manejaba bien.

Se desprende de los hechos precedentes que hasta ahora no está probado, en el grado requerido por la ley para dictar auto de detención preventiva, que Elías Herrera haya cometido algún delito. El de Rapto no parece haberlo cometido porque no arrebató, sustrajo ni retuvo a la mujer, sino que, por el contrario, ésta aliada con Gilma Posada, tramó la forma de que Herrera la "sacara" del hogar. El de Corrupción de Menores tampoco aparece configurado, de una parte por la edad de la damisela y, de otra por sus previas aventuras sexuales con otros varones, que la hacen presumir corrompida y, por ende, no apta para una corrupción moral por medio de actos ya practicados por ella con reiteración. Tampoco aparece claro el delito de "VIOLENCIA CARNAL" por su aspecto subjetivo, aunque objetivamente sí está probado el acceso carnal por parte del procesado, en mujer menor de catorce años. Es el dolo de esta figura delictiva el que no emerge con nitidez de los autos. El dolo consiste en querer un hecho conocido, a sabiendas de que está prohibido. No hay dolo, según la mayoría de la doctrina, cuando el agente obra sin conciencia de la prohibición del hecho. Por esto el artículo 23 del C. P. excluye la culpabilidad cuando el agente actúa de plena buena fe, determinado por error esencial de hecho o de derecho no proveniente de negligencia. Lo opuesto al dolo es la buena fe y ésta se basa en este caso en un error esencial de derecho, admisible en un campesino ignorante, inexperto, y aislado, en quien ha actuado además la malévolamente sugestiva de una persona mayor. La confesión cualificada del sindicado, no desvirtuada por medio alguno hasta el momento, pone de presente que el sujeto activo pensaba que no estaba legalmente prohibido el trato carnal con una menor, salvo que se tratara de mujer virgen. Esta creencia tiene arraigo en nuestros campos y en este caso fue estimulado por la sugestión de Gilma Posada, quien no se sabe qué interés tenía en que Herrera apareciera como raptor de la muchacha que ella quería como sirvienta o compañera.

No existe en la actual doctrina del derecho penal ninguna discusión en cuanto a que la culpabilidad, sea como dolo o como culpa, es un elemento esencial o sine qua non del delito. El postulado de que no hay delito sin culpabilidad (Nullum crimen sine culpa) es lo que el derecho penal de nuestros días opone al viejo, revaluado y peligroso sistema de la responsabilidad objetiva y de la culpabilidad presunta. Como un hecho de naturaleza psíquica, el dolo tiene que ser demostrado en cada proceso, sin que su existencia esté im-

plícita en la naturaleza de la acción. La culpabilidad es por excelencia el núcleo de la responsabilidad criminal en la actualidad y así lo dispone expresamente el artículo 12 del C. P., al preceptuar que las infracciones a la ley penal no pueden ser sino "intencionales o culposas". Esta orientación del Código se ratifica definitivamente en el artículo 23, que consagra las causas que excluyen la culpabilidad, entre las que figuran, al lado de la coacción insuperable y la sugestión hipnótica o patológica, el error esencial de hecho o de derecho y, en forma un poco más restringida, la ignorancia invencible, siempre que ésta se refiera, según doctrina muy generalizada, a la ley extrapenal, o a la penal, pero únicamente en materia contravencional. En cuanto al error esencial, la ley penal colombiana no ha efectuado ninguna distinción y tampoco lo ha asimilado a la ignorancia, pues si lo mismo fueran no tendrían por qué ser regulados separadamente en una forma tan clara y minuciosa.

A la culpabilidad la llamaba Carrara "la fuerza moral subjetiva" del delito, indispensable para la existencia de éste. Esa fuerza moral subjetiva del delito requiere, según el Maestro de Pisa, que la "operación interna" que acompaña la acción delictiva externa se acompañe de cuatro factores igualmente imprescindibles: conocimiento de la ley, previsión de los efectos, libertad de elegir y voluntad de obrar. (Programa de Derecho Criminal, N° 59). En este caso falta el primer factor, porque en razón de sus circunstancias personales y también en razón de las circunstancias del hecho, el sindicado Elías no pudo tener la representación, siquiera aproximada o eventual, de que su comportamiento era ilícito: todo lo contrario, dudó en cometer el hecho hasta que despejó su inicial duda sobre la virginidad de la muchacha, una vez que la proxeneta lo convenció de que tal virginidad no existía. Elías se decidió al acto; para él este convencimiento, relativo al hecho de la virginidad, acarrearla la persuasión de que el acto no entraba en el marco de la prohibición: el error de hecho entrañaba para él, en su precisa situación personal y ambiental, un verdadero e ineludible error de derecho.

Que la errónea apreciación o valoración jurídica de un hecho apareja para el sujeto activo la convicción de no obrar contra derecho, es un fenómeno bastante familiar a la doctrina penal. A veces la defensa putativa, cuyo carácter excluyente de la culpabilidad nadie discute, es un error de derecho que nace de los hechos. A. Cree que el policía que lo captura, que no se le identifica debidamente, es un atracador y se le opone, lesionándolo; cometió error, no sobre la existencia fáctica de la agresión, sino sobre su antijuricidad, y siendo de buena fe ese error lo redime de culpabilidad y consiguientemente de responsabilidad penal. ¿Es ello un adefesio, o una tesis peligrosa jurídicamente? Claro que no; más lo sería la tesis contraria por injusta. Como sugiere NUÑEZ, los jueces no pueden tener el asombroso poder de declarar que existe lo que no existe, de decretar fulminantemente que hubo dolo donde no lo hubo. "Es lógico que por

lo menos la ley criminal, no supedita su carácter de norma obligatoria al hecho contingente de su conocimiento real y correcto por parte de los individuos. Pero no resulta lógico ni razonable que cuando el acusado no haya tenido, a causa de un error de carácter jurídico, la representación del hecho que se le imputa, o la representación de las circunstancias que lo vuelven ilícito, se declare que sí la ha tenido, sólo porque para el derecho no valen los errores jurídicos". Y pocos renglones después añade: "Cuando el error de carácter jurídico se refiere a la culpabilidad, es siempre un error de hecho, desde que el autor no le permite conocer la verdadera situación de hecho que fundamenta la imputación criminal que se le hace" (La culpabilidad en el Código Penal, páginas 179 y 180). Y eso que el Código Penal argentino no prevé expresa y directamente, como sí lo hace con diáfana y unívoca claridad el colombiano, el error de derecho como excusante de la culpabilidad. Otro ejemplo del mismo coturno: A, lego en derecho, es socio de una sociedad civil; creyendo que esa calidad lo hace dueño de la cosa X, se la apropia; indudablemente no ha cometido delito, porque de buena fe ha incurrido en error de derecho (la calidad de propia o ajena de la cosa) que impide que nazca la culpabilidad. Absolver a un sujeto así sería hacer uso de una tesis novedosa, peligrosa o rebuscada? Claro que no; la tesis contraria sí tendría que usar artilugios tan nocivos como fingir que es culpable el inocente, que la buena fe no excluye el dolo, que el error no excluye el conocimiento. Si una tesis es absurda no puede ser justa y es claramente absurda sostener la copresencia del conocimiento (dolo) y el error con relación al mismo asunto. Aunque la ley lo dijera, que por bienaventuranza no lo dice, yo como juez me resistiría siempre a aplicar una ley semejante, porque la función del juez es administrar justicia y no impartir injusticias y el derecho es sentido común y no sinrazón deletérea.

Ya el gran Lozano había concluido magistralmente: "Nuestro Código admite como eximente el error esencial de hecho o de derecho, sin discriminación, es decir, ya sea que se refiera a la ley civil, comercial, administrativa o penal. Admite como eximente la ignorancia invencible de las otras leyes, es decir, de la civil, comercial, administrativa; y también, cuando procede de fuerza mayor la ignorancia de la ley penal, pero únicamente en cuanto se refiere a contravenciones" (Elementos de Derecho Penal, página 274). Esa es la interpretación racional y justa de los literales 2º y 3º del artículo 23.

Esa interpretación es plasmada también por la ponderada autoridad de LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ: "La ignorancia de una ley distinta a la penal (extrapenal) y el error esencial de derecho excluyen también la responsabilidad, con la misma condición de que no fueron atribuibles a negligencia" (Lecciones de Derecho Penal, página 249).

El profesor FEDERICO ESTRADA VELEZ también sostiene en su obra la misma hermenéutica: "Evidentemente, el ordinal 2º del

artículo 23 establece como causa de inculpabilidad la buena fe determinada por error esencial de derecho, sin discriminación alguna, y por lo tanto, tiene un ámbito de validez y aplicación en relación con cualquier rama del ordenamiento jurídico. Quiere decir entonces que esta norma implica una derogación a los añosos artículos 9º del Código Civil y 56 del C. de Régimen Político y Municipal, que consagra en nuestra legislación el principio ignorantia juris non excusat. De otra parte, se trata de un error sobre el alcance, el contenido, el ámbito de aplicación de la norma, o sea, de un error de valoración o de interpretación que tiene, repetimos, plena eficacia. En cambio, el numeral 3º se refiere al típico error de prohibición, es decir, a la ignorancia acerca de la existencia de la norma que impone o prohíbe un comportamiento determinado, y como tal, sólo tiene eficacia cuando se trata de contravenciones..." (Manual de Derecho Penal, págs. 244-245).

Interpretando la misma disposición, el erudito doctor ALFONSO REYES consigna esta respetable opinión: "El error esencial de derecho a que se refiere el numeral 2º del artículo 23 puede recaer sobre una norma penal o extrapenal. En el primer caso estamos ante un error de derecho (sobre la prohibición) específicamente denominado "error de interpretación" (Mezger), o de valoración (Gallas); en él incurre el agente cuando a pesar de conocer la existencia de la norma jurídica, yerra respecto de su aplicabilidad al caso concreto que se materializa en su comportamiento". (Derecho Penal Colombiano, páginas 239 y 240).

Concluamos con LUIS CARLOS PEREZ: "Jiménez de Asúa nos da la razón en este punto y critica con nosotros la posición de Gutiérrez Gómez y a todos los que pretenden reducir los alcances de la norma colombiana, texto que, como dice Jiménez, encierra un 'precepto de suma amplitud que permite eximir al que yerra en cuanto a las circunstancias fácticas y en cuanto a disposiciones jurídicas'". (Tratado de Derecho Penal, Tomo II, página 118).

Los descargos del sindicado Elías Herrera Amaya encuentran respaldo en otras constancias probatorias, tales como la versión de la señora madre de la ofendida y la propia instructiva. Por lo tanto no están satisfechas las exigencias del artículo 439 del C. de P. P. para privar de su libertad al sindicado apelante, cuya libertad se ordenará bajo promesa de presentación cada quince días y durante dos meses ante el instructor, bajo conminación de doscientos pesos. La investigación debe agotarse con esmero.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA el auto de que se ha hecho mérito y en su lugar se ordena la LIBERTAD INMEDIATA de Elías Herrera

Amaya, bajo conminación de doscientos pesos para comprometerse a presentaciones cada quince días y hasta por dos meses ante el aquo. La orden de libertad se librará telegráficamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Imprimió
Editorial ACOSTA
Medellín - Colombia - Suramérica
Teléfonos: 31 63 44 - 45 14 72

P R E C I O :

Unidad suelta \$

Unidad fuera de Medellín \$