

# NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

Leihgabe Prof. Ambos

## DOCTRINA

# 10

La crisis de la política criminal  
**Hans-Heinrich Jescheck.**

Prevención y represión del delito  
**Jesús Bernal Pinzón.**

Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales, en el nuevo Código Penal  
**Edgar Saavedra Rojas.**

El homicidio eutanásico (La piedad homicida)  
**Orlando Gómez López.**

Aspectos psiquiátricos del nuevo Código Penal  
**Pedro Luis Sánchez G.**

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
Favorabilidad del nuevo Código Penal frente a leyes especiales (Estatuto de Seguridad).

Magistrado ponente: doctor **Gustavo Gómez Velásquez.**

Recurso de reposición y salvamento de voto

  
**CO/XIV**  
**F/Z**

**2345**

1981

ABRIL

MAYO

JUNIO

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

**NÓDIER AGUDELO BETANCUR**

Director

**TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ**

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería  
Bogotá - Colombia  
1981

*La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.*

© Nódier Agudelo Betancur, 1981.  
© Editorial Temis S.C.A., 1981.  
Calle 13, núm. 6-53.

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en Talleres Gráficos Temis.  
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S.C.A.

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

## ÍNDICE GENERAL

### DOCTRINA

<b>La crisis de la política criminal.</b> Profesor doctor Hans Heinrich Jescheck .....	145
<b>Prevención y represión del delito.</b> Doctor Jesús Bernal Pinzón .....	167
<b>Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales, en el nuevo Código Penal.</b> Doctor Edgar Saavedra Rojas	180
<b>El homicidio eutanásico (La piedad homicida).</b> Doctor Orlando Gómez López .....	192
<b>Aspectos psiquiátricos en el nuevo Código Penal.</b> Doctor Pedro Luis Sánchez G. ....	216

### JURISPRUDENCIA

<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Favorabilidad del nuevo Código Penal frente a leyes especiales (Estatuto de Seguridad).</b> Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez .....	222
<b>Recurso de reposición y salvamento de voto .....</b>	232

# DOCTRINA

## LA CRISIS DE LA POLÍTICA CRIMINAL\*

Profesor doctor HANS-HEINRICH JESCHECK\*\*  
Traducción del francés: Dra. Tahí Barrios Hernández.

Hasta hace veinte años, el derecho penal descansaba en gran parte sobre la pena privativa de la libertad. La política criminal, tal como era comprendida de manera casi general en esa época, confiaba en el poder de resocialización de las permanencias en prisión suficientemente largas, si bien la pena de prisión fue organizada con objeto de tratamiento de las dificultades y defectos personales de los detenidos, y su destino fue totalmente puesto en manos de especialistas en pedagogía criminal. Las analogías que con la medicina se habían hecho voluntariamente en esa época, muestran que el crimen debía ser interpretado como una enfermedad social, pero una enfermedad curable mediante un tratamiento apropiado. El médico debía intervenir en lugar del juez, la entrevista terapéutica en vez del proceso penal; la permanencia en prisión debía entenderse más como una cura que como una pena de encarcelamiento, el equipo médico debía tomar el lugar de los guardianes y el del paciente, el detenido. La estancia en el establecimiento penitenciario no debía depender de lo que el autor mereciera por su acto delictuoso, sino de lo que él necesitaba para su resocialización y esta cuestión, de nuevo, no debía ser decidida por el juez, sino por comisiones mixtas competentes para observar el desenvolvimiento en prisión, del condenado. Siguiendo el modelo de la medicina, fueron introducidas medidas preventivas *ante delictum* y diferentes formas de post-curas en casas de transición o de libertad vigilada. En estas operaciones, no era necesario velar respecto a la protección de la persona ni respecto a las garantías procesales, puesto que el tratamiento era considerado como una medida que tenía lugar en interés del autor.

I. *El gran giro* en la apreciación de las posiciones básicas de la política criminal, que ha desencadenado la "crisis de la política criminal", se ha hecho

\* Versión desarrollada y anotada de una conferencia que el autor dictó en París el 4 de mayo de 1979, en el Centro de Investigaciones de Política Criminal, como introducción a un coloquio que tuvo como tema "La crisis de la política criminal". Traducción de Mlle. Marie-Claude Dijoud, en colaboración con el autor.

\*\* El profesor doctor Hans-Heinrich Jescheck es director del Instituto Max-Planck de derecho penal extranjero e internacional, en Friburgo de Brisgovia.

sentir, en primer lugar y más fuertemente, en los países más avanzados en lo que concierne a la asimilación del derecho penal y de la medicina social, a saber, los EE. UU. de América y Suecia. Se puede comprobar un cambio tan profundo, que resulta urgente encontrar pronto una salida viable a la crisis.

1) En primer lugar, los EE. UU. Desde mediados de los años sesenta, la opinión americana se encontró sumergida en el temor y la inquietud, por dos fenómenos: de una parte, por el rápido aumento de la criminalidad grave, particularmente por el uso de la violencia en la comisión de los delitos y por la delincuencia juvenil, que convirtieron ciertos barrios de las grandes ciudades en prácticamente "invivibles"; y de otra parte, por la abierta impotencia de la justicia penal para dominar el problema de la criminalidad<sup>1</sup>. Eso desencadenó una profunda desconfianza y un sentimiento de inseguridad creciente en el seno de una gran parte de la población y condujo al movimiento "Law and order", el cual, con la demanda de retorno a las penas severas y a las cárceles duras, puso en entredicho una buena parte de lo que se había creído haber alcanzado en el sentido de una humanización de la justicia penal<sup>2</sup>. Pero el endurecimiento de la opinión pública no fue la única consecuencia. La contrapartida fue una actividad intensiva en el ámbito de la criminalidad y del derecho penal. Jamás un país ensayó con tanta energía y tantos medios encontrar el control de la criminalidad, como los EE. UU. Dos comisiones de estudio convocadas por los presidentes Johnson y Nixon presentaron extensos informes<sup>3</sup>. El gobierno federal por medio de la "Law Enforcement Assistance Administration" destinó sumas importantes a la investigación científica respecto de las causas de la criminalidad y a la lucha contra ella<sup>4</sup>. De la misma manera, grandes organizaciones profesionales, tales como la "American Bar Association" y la "American Correctional Association", ensayaron activamente encontrar las soluciones a este problema. Si se desea esbozar un cuadro de conjunto de la política criminal todavía confusa en los Estados Unidos y del coro de críticas diversas, se pueden establecer los siguientes puntos:

El antiguo "rehabilitative ideal" ha muerto. Nadie cree ya que sea posible emprender una resocialización exitosa en las recargadas cárceles americanas, y

<sup>1</sup> ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, págs. 5 y ss.; LEJINS, *Criminal Justice in the United States (1970-1975)*, 1975, págs. 7 y ss.; MORRIS HAWKINS, *Letter to the President on Crime Control*, 1977, págs. 3 y ss.; WEIGEND, *Literaturbericht USA. Strafrecht und Kriminalpolitik*, ZStW 90 (1978), pág. 361; WILSON, *Thinking about Crime*, 1975, págs. 3 y ss. Véanse también ARZT, *Responses to the Growth of Crime in the United States and West Germany*, Cornell International Law Journal 12 (1979), págs. 43 y ss.

<sup>2</sup> Sobre la explotación de los problemas de criminalidad por los partidos políticos, FINCKE-NAUER, *Crime as a National Political Issue, 1964-1976. Crime and Delinquency*, 24 (1978), págs. 13 y ss.

<sup>3</sup> *The Challenge of crime in a Free Society. A report by the President's Commission of Law Enforcement and Administration of Justice*, 1967. *Task Force Reports* (comentario de SCHNEIDER, ZStW 81 [1967], págs. 1091 y ss.). *A national Strategy to Reduce Crime* (National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals) 1973 (Comentario de WEIGEND, ZStW 90 [1978], págs. 362 y ss.). Ver, de otra parte, WALKER, *Reexamining the President's Crime Commission, Crime and Delinquency*, 24 (1979), págs. 1 y ss.

<sup>4</sup> LEJINS (véase nota 1), págs. 12 y ss.

en particular en las "jails" locales o regionales que son completamente insuficientes<sup>5</sup>. Como no existe un tratamiento eficaz en el sentido de resocialización de los detenidos en medio de las instituciones penitenciarias, la crítica se dirige particularmente contra las penas privativas de la libertad de duración indeterminada que descansan sobre la ideología del tratamiento. La pena de prisión de duración indeterminada ha sido rechazada, porque ella no está ligada al acto cometido, lo que no es justo; ella obliga al detenido a adaptarse al medio carcelario y hace depender la fecha de su puesta en libertad del poder discrecional, arbitrario e incontrolable de las "parole boards"<sup>6</sup>. De un lado, se reclama el retorno a la represión ligada al hecho puro (*flat sentencing*); de otro lado, una reducción del poder de represión de la justicia penal en el ámbito de lucha contra la criminalidad, en la medida en que se trate de criminalidad leve y de criminalidad juvenil (*radical non intervention*)<sup>7</sup>. En el centro se encontraron las voces que reclaman una política criminal realista y practicable para el futuro:

La pena de prisión debe ser conservada como sanción para los delitos graves y las reincidencias repetidas, pero no debe ser aplicada más que en la medida en que ella aparezca absolutamente necesaria a la compensación de la falta cometida y a las necesidades imperativas de la prevención general<sup>8</sup>. Las alternativas de la pena de prisión bajo forma de "community correction" deben ser extendidas<sup>9</sup>. Los casos poco importantes deben encontrar una solución discreta, fuera del procedimiento penal propiamente dicho, para los programas de "diversión"<sup>10</sup>. Las multas, que son evidentemente sub-representadas en los EE. UU., deben ser puestas en acción<sup>11</sup>. Todas las intervenciones que son decididas contra un acusado o un condenado por organismos estatales, semiestatales o privados deben ser sometidas a la garantía plena del "debido proceso"<sup>12</sup>. Ello significa que deben ser fijadas legalmente en cuanto a las condiciones requeridas, integradas en el cuadro de un procedimiento formal y controlado por el juez.

<sup>5</sup> Sobre este punto, véase a KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist*, estudios en homenaje a THOMAS WÜRTEMBERGER, 1977, págs. 359 y ss.; CONRAD, *We Should Never Have Promised a Hospital*, Federal Probation 39 (1975), núm. 4, pág. 3; LEJINS (ver nota 1) págs. 47 y ss.; LIPTON MARTINSON WILKS, *The Effectiveness of correctional Treatment*, 1975, págs. 566 y ss. Sobre la ejecución de la pena en los Estados Unidos de América, ver las estadísticas de BLAU, *Kustodiale und antikustodiale Tendenzen in der amerikanischen Kriminalpolitik*, GA 1976, pág. 35. Sobre la sobrecarga de la ejecución de la pena en Inglaterra, *Fifteenth Report from the Expenditure Committee*, Session 1977-1978, *The Reduction of Pressure on the Prison System*, vol. 1, 1978.

<sup>6</sup> RICHARD BACON G., *Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America*. Prepared for the American Friends Service Committee, 1971, págs. 145 y ss.; ALAN M. DERSHOWIT, *Fair and Certain Punishment*. Report of the Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing, Background Paper, 1976, págs. 19 y ss.

<sup>7</sup> V. HIRSCH, *Doing Justice*, 1976, págs. 47 y ss.

<sup>8</sup> SCHUR, *Radical Nonintervention. Rethinking the Delinquency Problem*, 1973.

<sup>9</sup> MORRIS, *The Future of Imprisonment*, 1974, págs. 58 y ss.

<sup>10</sup> Ver los relatos de BLAU (nota 5), págs. 38 y ss. WEIGEND, *Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA*, ZStW (1978), págs. 1121 y ss.

<sup>11</sup> NIMMER, *Diversión*, 1974, págs. 41 y ss.

<sup>12</sup> MUELLER, *Sentencing*, 1977, págs. 72 y ss., 118 y ss.

<sup>13</sup> PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, 1968, págs. 149 y ss.

2) La crisis de la política criminal en Suecia no representa los mismos aspectos alarmantes que en los EE. UU., pero tiene no obstante en sus efectos sobre lo que es considerado necesario en materia penal, rasgos semejantes<sup>14</sup>. Suecia puso en práctica, por medio de su Código Penal en 1962, el principio rector de que el tratamiento del delincuente debe, en la mayor medida posible, remplazar al castigo. Se ha creído poder transformar a los delincuentes en su personalidad, no solo en la libertad vigilada, sino también en las instituciones penitenciarias mediante tratamiento pedagógico y educativo, cuidados sociales, formación profesional y una terapéutica sico-médica, de manera que los reintegre a la sociedad. En los EE. UU. ha desaparecido la convicción de que era posible cuidar eficazmente a los delincuentes en las condiciones de no libertad y de vida común forzada con otras personas, a menudo gravemente atacadas de trastornos síquicos.

La criminalidad, en particular la delincuencia juvenil, aumenta aunque no en las proporciones tan alarmantes de los EE. UU. La eficacia de las sanciones privativas de la libertad de todos modos es considerada como débil, pues el número de reincidencias después del tratamiento es alto. Suecia ha creado para el análisis y la lucha contra la criminalidad, una oficina estatal permanente, el Consejo Sueco de Prevención del Crimen<sup>15</sup>, equivalente a las comisiones presidenciales americanas. La relación recientemente publicada de uno de los grupos de trabajo de ese Consejo, concluye en la revisión total de la política criminal sueca actual<sup>16</sup>.

La pena debe recuperar su carácter de reacción a una violación de la ley, reacción que tiene consecuencias desagradables para el condenado. No debe ser transformada en acto de benevolencia respecto al inculpado. La supresión de la libertad no debe jamás ser practicada por la única razón de que el autor tuviera necesidad de su resocialización, sino en función de la gravedad del acto del cual sea responsable. La relación entre pena y delito debe ser restablecida, entre otras, por la razón de que no parece posible hacer un pronóstico en cuanto a los peligros que para la sociedad pueda representar un individuo en el futuro. Si una pena privativa de la libertad es inevitable, en razón de la gravedad del acto o de las repetidas reincidencias del inculpado, la ejecución de aquella debe estar fielmente ligada a un tratamiento con todos los medios y métodos terapéuticos, pero solamente en el sentido de que se le proponga al prisionero la ayuda de un programa de resocialización y no que se le imponga. La pena de prisión de duración indeterminada debe ser abolida. La pena de prisión debe, de otra parte,

ser también lo más corta posible. La libertad condicional debe ser suprimida, pues conduce a las desigualdades. El trabajo, como pena, debe desaconsejarse al legislador por diferentes razones. Al contrario, las multas deben tener un campo de aplicación lo más amplio posible<sup>17</sup>. Propositiones análogas están, de otra parte, contenidas en una relación del Ministerio de Justicia noruego sobre los años 1977-1978, e intitulada "De la política criminal"<sup>18</sup>.

3) La crisis de la política criminal ha tocado *otros países*, sobre todo en el sentido de un escepticismo creciente respecto a la pena de prisión y ya ha conducido a importantes reformas del sistema de sanciones. Yo recuerdo la "regla de prioridad" en provecho de penas de multa en Alemania y en Austria<sup>19</sup>, el catálogo de alternativas a la pena privativa de la libertad en Francia<sup>20</sup>, la "community service" en Inglaterra<sup>21</sup>, "l'affidamento in prova al servizio sociale" aproximándose a la aprobación en Italia<sup>22</sup>, la supresión de medidas de internamiento de duración indefinida en Noruega<sup>23</sup>, la supresión de penas de prisión de corta duración en el anteproyecto español<sup>24</sup>, la introducción de la pena limitativa de libertad en Polonia<sup>25</sup>. En el coloquio de las cuatro grandes organizaciones, en setiembre de 1975, en Bellagio, para la preparación del Congreso de la ONU en Génova, todos los ponentes estaban de acuerdo en el hecho de que la pena de prisión no debe ser jamás utilizada por la sola razón de que preste servicio al condenado, sino que es menester limitarla a los casos en los cuales es imposible prescindir de la sanción más grave en razón de la gravedad del acto y para preservar la prevención general<sup>26</sup>. Toda privación de la libertad debe-

<sup>17</sup> La reacción en Suecia está formulada por THORNSTEDT (ver nota 14), pág. 84, de la siguiente manera: "personalmente, experimento un sentimiento de libertad al poder afirmar abiertamente que la reacción de un delito debe consistir en una pena y no en la sumisión a un tratamiento cuyo resultado es incierto".

<sup>18</sup> Justis-og politidepartement et St. meld, nr. 104 (1977-1978), *Om Kriminalpolitikken*. Ver ANDENAES, *The General Prevention Revisited*, The Journal of Criminal Law and Criminology 66 (1975), págs. 361 y ss.; CHRISTIE, *Hoor titt et samfun*, 1975.

<sup>19</sup> Ver a propósito del artículo 47 del Código Penal alemán, GREBING, *Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems*, JESCHECK GREBING, *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, 1978, págs. 39 y ss. A propósito del artículo 37 del Código Penal austríaco, DRIENL, *Die Reform der Geldstrafe in Österreich*, 1978, págs. 95 y ss.

<sup>20</sup> PRADEL, *Le recul de la courte peine d'emprisonnement avec la loi Núm. 75-62 du 11 juillet 1975*, Recueil Dalloz, 1976, Chronique, págs. 63 y ss.

<sup>21</sup> CROSS, *The English Sentencing System*, 1975, págs. 15 y ss., y 27 y ss.

<sup>22</sup> CANEPA GATTI, *L'affidamento in prova al servizio sociale. Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, 1977, págs. 213 y ss.

<sup>23</sup> HANSEN, *Das norwegische Sanktionensystem. Entwicklung, geltendes Recht, Reform*. Diss. Freiburg i. Br., 1979, págs. 169 y ss.

<sup>24</sup> El proyecto no ha sido aún publicado, pero ya ha sido sometido al parlamento.

<sup>25</sup> JESCHECK, *Das neue deutsche Strafrecht im Vergleich mit dem polnischen Recht*, ZStW 88 (1976), págs. 482 y ss.

<sup>26</sup> CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Deprivation of liberty in the context of crime control, with particular reference to new forms of delinquency* (Rapports de BASIOUNI, ALLEWILN, HALL, WILLIAMS, CORNIL, PEDRAZZI), 1975. En el mismo sentido, ANCEL, *La peine privative de liberté du point de vue de la politique criminelle moderne*, Etudes en hommage a HANS SCHULTZ, 1977, págs. 461 y ss.

<sup>14</sup> THE NATIONAL SWEDISH COUNCIL FOR CRIME PREVENTION, Report núm. 5 "A New Penal System", 1978; JESCHECK, *Der Einfluss der neuen Schwedischen Kriminalpolitik auf die deutsche Strafrechtsreform*, ZStW 90 (1978), págs. 799 y ss.; SIMSON, *Neue Entwicklungslinien im schwedischen Kriminalrecht*, Festschrift für Dreher, 1977, págs. 755 y ss.; THORNSTEDT, *Die Strafrechtsreform in den skandinavischen Staaten im Vergleich mit der Strafrechtsreform der Bundesrepublik Deutschland*, en: LÜTTGER (Hrsg.), *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, 1979, págs. 93 y ss.

<sup>15</sup> COSMO, *Der schwedische Rat für Verbrechenverhütung*, ZStW 87, (1975), pág. 1020.

<sup>16</sup> *New Penal System* (véase nota 14), págs. 65 y ss.

rá estar presidida por la idea de un tratamiento humano y si es posible de ayuda al detenido, tratamiento que, sin embargo, solo deberá ser ofrecido si se preservan absolutamente los derechos de personalidad del prisionero. La pena de duración indefinida fue rechazada por todos los ponentes, quienes, a pesar de todo, aconsejaron la introducción de penas de corta duración para ciertos casos, en los cuales pudiera haber un efecto positivo.

II. Antes de abordar los temas concretos que deben ser objeto de nuestro coloquio, quisiera todavía detenerme un instante en las transformaciones que se han dado en cuanto a las condiciones previas de la criminalidad y, en consecuencia, también en lo referente a las condiciones de la política criminal desde mediados de nuestro siglo<sup>27</sup>. Naturalmente, no deseo desencadenar un debate sobre los problemas bien conocidos de la política social, pues rebasaría el marco de nuestro trabajo. Pero estoy no obstante convencido de que no se deben perder de vista los cambios sociales de nuestra sociedad, si se desea hablar de la crisis de la política criminal actual. Eso me parece tanto más necesario cuanto que la política criminal, en relación con las fuerzas poderosas que determinan la forma y la extensión de la criminalidad en la sociedad, no puede tener más que una influencia relativamente restringida en ese campo, lo que no debe ser un motivo de resignación. El reconocimiento del papel limitado de la política criminal, comparado con el potencial de las fuerzas sociales que engendran la criminalidad no dispensa a la ciencia del deber de reflexionar sobre la mejora de la política criminal. En efecto, no es menester esperar que una transformación de la política criminal se traduzca sin más en retroceso estadístico de la criminalidad. El alcance del trabajo del legislador, al saber adaptar la política criminal a los cambios de la sociedad, no pierde su valor; por lo tanto, pues, es decisivo tratar los casos particulares de manera tan humana y razonable como sea posible y con la aplicación igual y medida de la función represiva del derecho penal, para obtener al mismo tiempo un efecto representativo en el seno de la colectividad. Este efecto no reposa sobre cosa distinta de la impresión de que el derecho penal no procede según el capricho, sino que es ejercido según la justicia<sup>28</sup>. ¿Cuáles son pues los cambios en las condiciones de la criminalidad que acarrear tales efectos en las condiciones previas de la política criminal? Las encontramos en todas las naciones industrializadas de Occidente, pero con frecuencia también en los países en vía de desarrollo; mientras que los menos tocados parecen ser por el momento aquellos que reposan en el sistema socialista.

1) En primer lugar, es preciso citar la transformación de algunos valores esenciales reconocidos en la sociedad, que condicionan el comportamiento de los individuos en sus relaciones con el prójimo. La libertad individual y la fuerza del potencial de acción personal se han vuelto decisivas para la consciencia

de sí mismos en la mayor parte de los hombres. El respeto a las necesidades de la colectividad ha retrocedido, en consecuencia. La comunicación entre las generaciones ha disminuído, en razón del debilitamiento de la cohesión de la familia. Los valores materiales ligados a las necesidades del presente han tomado, en la escala de las consideraciones, el lugar de los objetivos espirituales e temporales.

2) *La injusticia en la repartición de los bienes y del poder* entre las diferentes capas de la sociedad, de una parte, no parece actualmente más grande que en el pasado, y quizás en ciertos países se ha vuelto menos importante, pero es sentida más intensamente; y sobre todo ya no es aceptada como inevitable. De otra parte, en ciertos países las diferencias entre ricos y pobres se acrecientan en tal proporción, que el equilibrio interior de la sociedad es puesto en peligro y es ya, en parte, remplazado por una confrontación violenta. La inflación mundial toca las diferentes capas de la sociedad de manera desigual: algunos se encuentran al borde de la miseria y otros saben aprovecharla. La desocupación de los jóvenes, es una fuente continua de aumento de la criminalidad, en la cual la falta de bienes materiales no juega el papel más importante; la razón principal es la falta, en la vida cotidiana, de un sentido y de valores que legitimen la existencia en la sociedad.

3) *La inestabilidad de la familia* tiene por efecto que los niños se encuentren sin el sostén del cual tienen necesidad para su desarrollo, y por ello es por lo que se presenta un retardo en el ámbito escolar y en su integración social. Además, la rápida emancipación de los jóvenes conduce a la formación de grupos al margen de la familia, grupos que pueden tener una influencia absolutamente negativa en el desarrollo de sus miembros. La presión sobre los niños es particularmente aumentada cuando la madre de familia trabaja tiempo completo, como es generalmente el caso en las clases menos favorecidas, pues ni la escuela, ni los hermanos y hermanas mayores, ni los jardines infantiles, las nodrizas y las guarderías pueden remplazar plenamente el afecto de los padres. Cuando el matrimonio de los padres fracasa, las consecuencias para el niño y sus posibilidades de desarrollo son particularmente difíciles, pues una familia incompleta no puede cumplir más que con una parte de sus deberes.

4) En ciertas naciones industrializadas se tiene el problema particular de la *integración de la segunda generación de trabajadores inmigrados*, a la sociedad del país que los acoge. Esto es sobre todo válido para Alemania, donde cuatro millones de trabajadores extranjeros (incluídas las personas a cargo) viven de modo permanente y donde cada año 50.000 niños y adolescentes extranjeros que tienen un conocimiento insuficiente de la lengua alemana y poco ajuste social, ingresan a la escuela o en el proceso de trabajo. Mientras que la primera generación de trabajadores inmigrados no representaba más que una tasa relativamente limitada de criminalidad, pues los hombres no pensaban más que en un salario y el bienestar futuro de sus familias en sus países respectivos y en que serían expulsados inmediatamente que cometieran un delito, falta a la segunda generación esta fuerte motivación, así como también su integración,

<sup>27</sup> Ver sobre este punto, ● *Kriminalpolitikken* (nota 18), págs. 10 y ss.

<sup>28</sup> JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3ª ed., 1978, págs. 3 y ss.

pues para ellos tanto el medio alemán como el medio de origen es extraño. No se puede todavía medir los efectos de esta situación sobre la criminalidad, pero ella no dejará de tenerlos. En otros países la integración de las minorías subprivilegiadas presenta problemas semejantes.

5) Un último factor debe ser citado en este orden de ideas: La urbanización moderna<sup>29</sup>. El alojamiento de miles de personas en inmuebles gigantescos, con centenares de apartamentos uniformes, la pérdida de la originalidad personal del hogar y de las relaciones de vecindad, la falta de zonas verdes y de terrenos de juego, la desaparición de centros de comunicación en las ciudades nuevas, la falta de contacto con la naturaleza conducen a la alienación, el aislamiento y pérdida de identidad, y como consecuencia, a un vacío de alma que dadas las condiciones, solo puede ser llenado difícilmente por un nuevo contenido positivo.

III. *Las consecuencias de los cambios* radicales en la estructura y el desarrollo de la sociedad son múltiples. Me limito aquí a citar los más importantes para la política criminal, sin entrar en los detalles:

1) La primera consecuencia de las transformaciones en la sociedad es un *aumento rápido de la criminalidad*, en particular de la delincuencia juvenil<sup>30</sup>. Este movimiento tiene lugar en los países industrializados de Occidente, a excepción —lo que es sorprendente— del Japón<sup>31</sup>, pero también en los países en vía de desarrollo, aunque sea de magnitud diferente. Es posible que la situación sea otra en los países socialistas. Pero no es posible fijar con exactitud el desarrollo de la criminalidad en esos países desde el extranjero, pues las estadísticas criminales han sido o aún no están publicadas. El crecimiento más fuerte de la criminalidad ha tenido lugar en los Estados Unidos, donde según los “*Uniform Crime Reports*” del “*Federal Bureau of investigation*”, la cuota de frecuencia de los delitos conocidos por la policía ha aumentado en 24% (4.116 por 100.000 habitantes) de 1968 a 1973. Este aumento concierne particularmente a los delitos graves, tales como asesinatos, violencias, robo con agresión, golpes y lesiones graves, robos con fractura. En comparación, las estadísticas de la República Federal Alemana, muestran un aumento de la cuota de frecuencia de 13.3% (3.645 en 1969 a 4.131 en 1973). Contrariamente al aumento de la cuota de delitos conocidos por la policía, el número de los condenados en la República Federal Alemana ha permanecido un poco estable, naturalmente comparado sobre un largo período. Era en 1968 de 1.588 y en 1977 de 1.452 por 100.000 habitantes, lo que indica a nivel del ministerio público, y eventualmente de la policía, ya un sistema de filtración poderoso ha sido puesto en acción para adecuar la ola de los asuntos penales a las capacidades de la justicia.

<sup>29</sup> *Bundeskriminalamt, Städtebau und Kriminalität*, 1979 (con numerosos informes).

<sup>30</sup> Para la República Federal de Alemania, KAISER, *Kriminologie*, tercera edición, 1976, págs. 172, 209 y ss.; por los Estados Unidos, LEJINS (ver nota 1), págs. 73 y ss.

<sup>31</sup> MIYAZAWA, *Kriminalität und ihre Bekämpfung in Japan*, Estudios en homenaje a Th. Würtemberger, 1977, págs. 299 y ss.

2) Una de las consecuencias directas de las transformaciones de la sociedad, producida por el aumento de la criminalidad, es el *recargo del aparato penal*. En los Estados Unidos particularmente, se lamenta que el fuerte recargo de trabajo impuesto a los tribunales ha conducido de una parte al uso exagerado del “*pleabargaining*” para abreviar y simplificar el procedimiento penal y de otra parte, a una prolongación insoportable de la detención preventiva. De igual modo, en Alemania, la lentitud de los procesos penales forma parte de los males de la justicia. Un medio de remediarlo sería permitir a la policía y al ministerio público hacer una gran selección de los asuntos penales antes de ser sometidos a los tribunales, como es practicado hoy en los Países Bajos. Otro medio sería efectuar un traspaso de la instrucción en la información preliminar del proceso a la policía, al ministerio público o al juez de instrucción, como en Austria y algunos cantones suizos. Pero estas dos soluciones son juzgadas con escepticismo en Alemania, por razones concernientes con los principios del Estado de derecho.

3) Es necesario también interpretar la crítica del derecho penal expuesta en la “*criminología radical*”, como una consecuencia de las transformaciones de la sociedad<sup>32</sup>. La criminalidad es considerada desde este aspecto como el fruto de las contradicciones existentes en la sociedad capitalista avanzada y acaso como una protesta justificada contra las condiciones sociales impuestas a las clases menos favorecidas. Las leyes penales serían obra de la clase dominante y creadas en su interés, de manera que le permitan preservar las bases económicas de su posición privilegiada. Alguien se convertiría en criminal, no por el cumplimiento objetivo de un acto constitutivo de infracción, sino en razón de la definición de lo que la clase dominante llame criminal (*labelling approach*). La justicia penal aparece a los ojos de la criminología radical como un círculo vicioso del cual no se puede escapar y que sería organizado por la clase dirigente para accorralar la capa más desfavorecida al margen de la sociedad y para mantenerla en una posición de opresión. La permanencia en prisión implica una degradación compelida por las circunstancias y una pérdida de cultura para el detenido<sup>33</sup>. Ello conduciría o a la “*educación de criminales*” y por ende a la criminalidad habitual o a la “*educación como buen prisionero*”, actitud basada en la “*hostilidad y desconfianza*” y al mismo tiempo en una “*sumisión oportunista y sin consenso interno*”. La reeducación, en consecuencia, no debería ser aplicada a los “*criminales*”, sino, al contrario a la sociedad. La crítica prove-

<sup>32</sup> KÜRZINGER da una visión de conjunto sobre la criminología en Alemania en “*Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen*” *ZStW* 86 (1974) págs. 211 y ss. Se encuentra igualmente una crítica radical al derecho penal en Italia en NEPPI MODONA, “*Vecchi e nuovo nell’ordinamento penitenziario*”, en *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, 1974, págs. 11 y ss.; BRICOLA, “*Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*”, en *Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*, 1977, págs. 363 y ss. En el mismo sentido, ver el informe de un grupo boloñés, “*Sulle linee emergente della politica criminale in Italia*”, 1974.

<sup>33</sup> BARATTA, *Strafvollzugssystem und soziale Marginalisierung*, Estudios en homenaje a Th. Würtemberger, 1977, págs. 373 y ss.

niente de la criminología radical conduce, en última instancia, a la negación misma de la legitimidad de la existencia de un derecho penal como tal<sup>34</sup>.

4) De igual modo las *nuevas formas de criminalidad* provienen en parte de los cambios de la sociedad. Ello es verdad, en primer lugar, para las formas revolucionarias de terrorismo que han hecho su aparición en forma particularmente clara en Alemania y en Italia<sup>35</sup>. La completa identificación con la idea de un socialismo sin reservas, el combate por la "verdadera revolución" que debe poner fin a toda injusticia, y aportar la libertad total a todos, el desprecio por la sociedad que no presenta sus propios valores de manera convincente y no los defiende enérgicamente; y, finalmente, la experiencia de que la sociedad no se deja transformar tan rápidamente como la universidad, ha contribuido al uso de la violencia como doctrina de salvación de parte de los grupos extremistas. La contrapartida del terrorismo es, en cierta medida, la criminalidad económica<sup>36</sup>. Ella se expande sobre la base de la opulencia del sistema económico complicado y difícilmente controlable en los países industrializados de Occidente. La estafa mediante cheques, la obtención de subvenciones y de ventajas fiscales, la estafa de crédito y la usura a través de los créditos y arrendamientos, el ataque al derecho de competencia legal se basa en la explotación calculada de las ventajas de ese sistema y en el perjuicio causado sin escrúpulos a otros, en el afán de llegar a ser desmesuradamente rico lo más rápidamente posible, y así alcanzar lo alto de la escala social existente. No se ha podido, por ahora, dominar esas dos nuevas formas de criminalidad: el terrorismo revolucionario y la delincuencia económica, mediante la represión penal. De igual modo para la criminalidad referente al comercio y al uso de drogas, que es también engendrada por la desilusión de caracteres débiles y su explotación por parte de los traficantes<sup>37</sup>.

IV. En atención a esta imagen de la criminalidad actual y a las posibilidades de combatirla, *numerosos problemas* pueden ser tratados bajo el tema "La crisis de la política criminal". Es necesario reflexionar en la extensión de la punibilidad, en particular en la descriminalización y en las diferentes posibilidades que permitirían practicarla en el plano jurídico<sup>38</sup>. Otro punto sería la organización y la actividad de la policía<sup>39</sup>, del ministerio público y de los tribuna-

<sup>34</sup> PLANCK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, págs. 291 y ss.

<sup>35</sup> SCHWIND (Editor), *Ursachen des Terrorismus*, 1978 (con numerosas contribuciones).

<sup>36</sup> TIEDEMANN, *Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung*, ZStW 88 (1976), págs. 232 y ss.

<sup>37</sup> Sobre las condiciones de aparición de la ola de abuso de estupefacientes, KREUZER, *Der Drogenmissbrauch und seine Bekämpfung*, ZStW 86 (1974), págs. 380 y ss.

<sup>38</sup> Sobre este particular, VÖGLER, *Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung*, ZStW 90 (1978), págs. 132 y ss.

<sup>39</sup> Sobre este punto, KÜRZINGER, *Private Stranzanzeige und polizeiliche Reaktion*, 1978, págs. 76 y ss.; STEFFEN WIEBKE, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, págs. 119 y ss.

les<sup>40</sup>. Además, sería interesante ocuparse de la reforma del procedimiento penal, en el cual el fin doble y ambivalente, a saber la celeridad de los procesos y mejor protección de los derechos del acusado, debería ocupar el primer lugar<sup>41</sup>. Una cuestión importante sería, además, la reforma de la ejecución de la pena privativa de la libertad así como de todas las formas de libertad vigilada, teniendo en cuenta las múltiples críticas internacionales respecto a las instituciones que la reforma del derecho penal ha hecho nacer en este campo<sup>42</sup>. Descuidando todos estos problemas, quisiera proponer aquí como tema de nuestro coloquio, el *sistema de sanciones penales* como tal así como la manera y el método de utilización de esas sanciones en la práctica. En efecto, aun si se considera el derecho penal como medio indispensable para asegurar la protección del orden y de la paz públicos, la crítica se dirige esencialmente al sistema de sanciones y es sobre ese punto sobre el que es preciso buscar en primer lugar una solución a las crisis.

V. La forma de la organización del sistema de sanciones penales depende, de modo determinante, de la cuestión de si el Estado y la sociedad deben infligir sanción merecida al culpable, en el sentido de la teoría absoluta de KANT, como respuesta a la violación del derecho, sin inquietarse por su vida futura en comunidad, o bien si deben, marchando en el sentido de la teoría de la socialización, tener en cuenta la personalidad del culpable y sus dificultades para ayudarlo a llevar una vida futura sin reincidencias. Naturalmente, para efectos de nuestro coloquio, parto del punto de vista de que un retorno a la teoría penal absoluta, como es actualmente recomendado parcialmente en los Estados Unidos, por desasosiego y decepción<sup>43</sup>, no puede ser sostenido y que la disposición a un compromiso activo en favor del delincuente debe seguir siendo el fundamento de la política criminal<sup>44</sup>. Eso es para mí la condición básica indispensable de la justicia penal, pues las personas que trabajan en el campo, no importa en qué lugar, no pueden aceptar en su actividad más que una posición de interés benevolente y humano para el delincuente; y eso sin tener en cuenta éxitos o fracasos de los diferentes programas de rehabilitación, con o sin privación de libertad. Este es ya un rechazo a un derecho penal liberal en sentido estricto, pues tal derecho debería respetar la libertad individual como un bien absoluto, y debería, también por esta razón, reconocer solamente la represión sin segunda intención de prevención general o especial, como sentido de la pena. La justicia penal de asistencia es hoy solamente posible como *deber social* y el coloquio debe partir de ese punto de vista.

<sup>40</sup> Sobre este particular, véase a SESSAR BLANKENBURG y STEFFEN WIEBKE, *Die Staatsanwaltschaft im Prozess Strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, págs. 302 y ss.

<sup>41</sup> Sobre este punto, véase a ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, *Kriminologische, Gegenwartsfragen* 12 (1976), págs. 9 y ss.

<sup>42</sup> A este respecto véase a KEISER KERNER SCHÖCH, *Strafvollzug*, segunda edición, 1977, págs. 42 y ss.; y a WÜRTEMBERGER, *Kriminalpolitik in sozialen Rechtsstaat*, 1970, págs. 191 y ss.

<sup>43</sup> V. HIRSCH (ver nota 7), págs. 47 y ss.

<sup>44</sup> KAISER (ver nota 5), pág. 371; SCHNEIDER, *Kriminologie*, 1974, pág. 168.

1) En realidad, no estamos aún tan lejos. La pena que representa ciento por ciento la teoría absoluta de la pena negando toda solidaridad de la sociedad con el delincuente, es la *pena de muerte*. No tengo, naturalmente, la intención de emprender aquí un debate sobre la pena de muerte. Pero debo, si hablamos de la crisis de la política criminal, recordar que la conservación o el retorno de la pena de muerte, que es un signo evidente de esta crisis, ha tenido lugar en muchos países y no solamente en regímenes de revolución o de dictadura, sino también en países que reconocen, en principio, la solidaridad con el delincuente. A este respecto es necesario hacer referencia a los Estados Unidos de América, donde una primera sentencia de la Corte Suprema en 1972, había parecido de pronto abrir la vía a una abolición de la pena de muerte<sup>45</sup>, y en una segunda ocasión, en 1976, la había nuevamente cerrado bajo la presión de los Estados Federales<sup>46</sup>. Otro ejemplo característico es Francia, que ha conservado la pena capital aun en el "anteproyecto definitivo del Código Penal" de 1978<sup>47</sup>, aunque cada ejecución desencadena una ola de protestas e indignación general. Se puede también citar los países socialistas, que no solamente han conservado la pena de muerte en sus códigos penales reformados, sino que todavía la usan<sup>48</sup>. Aun en la República Federal Alemana, donde la pena de muerte fue abolida por la Constitución en 1974, ciertas voces muy competentes experimentan su pesar de que el Estado haya renunciado al monopolio de la amenaza de muerte contra los crímenes más horribles y permita, de hecho, su usurpación por los terroristas<sup>49</sup>.

2) Los problemas más importantes y más variados en relación con la crisis de la política criminal, son planteados por la pena de prisión. Ahí, a mi manera de ver, se encuentra el cometido principal de nuestro coloquio.

a) *La pena de prisión perpetua*, que en sentido estricto, como la pena de muerte, significa una exclusión de la vida de sociedad para el condenado, se compara mucho en la práctica a la pena de prisión a tiempo definido, por el uso del derecho de gracia o de la libertad condicional. Sin duda, será conservada en los países que han olvidado la pena de muerte, pues se le considera como medio indispensable de prevención general contra los crímenes más graves. Pero es necesario resaltar, a pesar de todo, que Portugal, desde hace más de cien años, no conocía la pena de muerte, ni la prisión perpetua, y que España ha abolido recientemente la pena de muerte, sin introducir la pena de prisión perpe-

tua<sup>50</sup>. En Alemania, es cierto, la Corte Federal Constitucional no ha relevado objeciones de orden constitucional contra la pena de prisión perpetua como tal; empero, ha exigido al legislador la libertad condicional concedida por un juez, pues las decisiones de las instancias otorgando la gracia eran muy desiguales y sobre todo incontrolables<sup>51</sup>.

b) *La pena de prisión de larga duración*, que se puede contar a partir de dos años, si se tiene en cuenta el límite superior de la condicional en muchos países, debería ser conservada en el futuro por las razones imperativas de prevención general como sanción a los crímenes graves. Sobre este punto no debería haber discusión por el momento. Pero, de otra parte, las dificultades que han aparecido con la crisis de la política criminal, se concentran justamente en la pena privativa de la libertad de larga duración.

c) La primera cuestión relevante de este contexto, es saber si una larga pena de prisión puede ser pronunciada contra los delincuentes peligrosos con miras a proteger la sociedad, aun si la duración de esta pena es claramente más alta que la que se debería considerar justa según la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad del autor. Es el caso en Inglaterra con la "*extended sentence*"<sup>52</sup>, y este puede ser también el caso en los países socialistas donde se aplican penas muy severas ya en el caso de la primera reincidencia<sup>53</sup>. La contrapartida de esta forma de reaccionar ante la criminalidad peligrosa serían las medidas de seguridad como la "*Sicherungsverwahrung*", practicada en Alemania, la "tutela penal" en Francia, la "*assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa de lavoro*", en Italia. Por cierto, el "sistema de la doble vía" compuesto de penas y medidas de seguridad es violentamente criticado por su supuesta falta de honradez (*Truquage d'étiquettes*) y por esta razón debería encontrar pocos defensores. Debo, sin embargo, subrayar que las sanciones flexibles, como son practicadas actualmente en Suiza, y también en razón de la reforma penal en Alemania y en Austria, tienen ventajas incontestables<sup>54</sup>. En Alemania, por lo demás, otra solución diferente a esta de la doble vía, que per-

<sup>50</sup> En conmemoración de la abolición de la pena de muerte en Portugal en 1867, un coloquio internacional "Pena de Muerte" se celebró en Coimbra en 1967 (volumen I-III). Sobre la pena de muerte en España, véase a BARBERO SANTOS, *La pena de muerte. 6 Respuestas*, 2ª edición, pág. 9 y ss., págs. 67 y ss.

<sup>51</sup> BVerfGE 45, 187 (242 y ss.) La documentación sobre el procedimiento oral ante el tribunal constitucional federal fue publicado en JESCHECK TRIFFTERER, *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?* 1978.

<sup>52</sup> CROSS (ver nota 21), págs. 42 y ss.

<sup>53</sup> Para la RDA, FRIEBEL, "Zur Differenzierung der Massnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Rückfalltätern", en *Rückfallkriminalität*, 1978, págs. 5 y ss.; para Polonia, BUCHALA, *Prinzipien der Bestrafung von Rückfalltätern im polnischen Strafrecht*, ebenda, págs. 16 y ss.

<sup>54</sup> Para Alemania, SCHMITT, *Was hat die Strafrechtsreform von der Zweispurigkeit übrig gelassen?* Estudios en homenaje a Th. Würtemberger, 1977, págs. 277 y ss. Para Suiza, SCHULT, "Die Strafrechtsreform in der Schweiz im Vergleich mit der Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland", en LÜTTGER (ver nota 14), págs. 26 y ss. Para Austria, BURGSTALLER, "Die Strafrechtsreform in Österreich im Vergleich mit der Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland", en LÜTTGER (ver nota 14), págs. 59 y ss.

<sup>45</sup> *Furmann, v. Georgia*, 408 US 238,92 S. Ct. 2726 (1972). Sobre este punto, véase a HERMAN, *Der Supreme Court der Vereinigten Staaten erklärt die Todesstrafe für verfassungswidrig*, JZ 1972, 615.

<sup>46</sup> *Gregg, v. Georgia*, 96 S. Ct. 2909 (1976). A este respecto, véase a WEIGEND (nota 10), págs. 1112 y ss.

<sup>47</sup> Anteproyecto definitivo del Código Penal. Libro 1º. "Disposiciones generales", 1978, art. 47, núm. 1 y pág. 53.

<sup>48</sup> Ver el Código Penal de la RSFSR en la reforma de 1963, art. 23; Código Penal de la República Democrática Alemana en la reforma 1977, pág. 60.

<sup>49</sup> WILLMS, *Ein Monopol in Verbrecherhand*, FAZ del 23 de marzo de 1979, núm. 70, pág. 9.

mitiera neutralizar los criminales peligrosos, sería inaceptable en razón de la garantía constitucional de respeto al principio de culpabilidad<sup>55</sup> para la fijación de la pena. La pena de prisión de duración indeterminada, en cambio, que había sido uno de los grandes postulados de reforma de la escuela moderna y que había sido introducida en varios países con mucha esperanza, es hoy —en los países en donde existe, en particular en los EE. UU. y en Suecia— rechazada con tal violencia, que prácticamente no sería posible escapar a ese veredicto. En California, Indiana y Maine, la pena de prisión de duración indeterminada ha sido ya olvidada con las “*parole boards*”. Su abolición está también prevista en el proyecto de Código Penal federal americano<sup>56</sup>.

d) El segundo problema planteado por la pena de prisión de larga duración es la cuestión de saber si es preciso mantener el sistema de *tratamiento terapéutico* o si se debe retornar al sistema de la detención pura. Personalmente me pronuncio enérgicamente por el sistema de la ejecución de la pena con tratamiento, pero haciendo dos reservas, respecto de las cuales tengo en cuenta las críticas que han sido elevadas en los EE. UU., en Suecia y en otros países contra la ideología del tratamiento. De una parte nadie debe ser condenado a una pena más larga que la que está justificada por el acto que ha cometido, única razón por la que parece tener necesidad de cuidado. De otra parte, la participación en los programas de rehabilitación en prisión debe ser voluntaria<sup>57</sup>. Las tendencias americanas que conducen al rechazo de los programas de tratamiento estacionario en las instituciones penitenciarias no son, por otra parte, manifestadas en las investigaciones empíricas emprendidas en Alemania. Es así como un estudio comparativo ha sido efectuado por el Instituto Max-Planck de Friburgo sobre los resultados por la ejecución normal en el gran establecimiento penitenciario de Berlin-Tegel. Este estudio, basado en las inscripciones ulteriores llevadas en los registros judiciales, demuestra que aproximadamente cuatro años y medio después de puesto a prueba, los resultados son de 23.3% mejores cuando la ejecución de la pena estaba ligada a un programa socio-terapéutico<sup>58</sup>. Aun haciendo esta comparación a partir de estructuras de grupos homogéneos, es decir, según una igualdad aritmética de las diferencias de personalidad de los componentes de los dos grupos, las personas liberadas des-

<sup>55</sup> El principio de culpabilidad está comprendido como un principio de derecho constitucional (*nulla poena sine culpa*); así como BVerfGE 6, 389 (439), 20, 323 (331); 45, 187 (228, 259); MAUNZ DÜRIG HERZOG SCHOLZ, *Grundgesetz*, art. 1, nota 31, 32; JESCHECK (nota 28), pág. 17; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 12ª edición, 1978, art. 46, nota 1.

<sup>56</sup> WEIGEND (nota 10), pág. 1118.

<sup>57</sup> Esta es la opinión dominante en Alemania; ver BVerfGE 22, 180 (218 y ss.); 35, 202 (235); ESER, *Resozialisierung in der Krise*. Estudios en homenaje a Karl Peters, 1974, págs. 505 y ss.; KAISER (ver nota 5), pág. 371; KAISER KERNER SCHÖN (ver nota 42), págs. 55 y ss.; MÜLLER DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, 1977, págs. 76 y ss.; SCHNEIDER (ver nota 44, pág. 168); SCHÜLER SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang*, 1969, pág. 172. Para Italia, donde la educación del condenado es admitida como mira de la condena por el art. 27, 3 de la Constitución, DOLCINI, *La comminazione della pena*, 1979, págs. 187 y ss.

<sup>58</sup> DÜNKEL, *Registrierte Kriminelle Karriere und Rückfälligkeit sozialtherapeutisch Dehändler*, in Berlin-Tegel; aparece en 1980.

pues de un tratamiento sico-terapéutico han mostrado resultados superiores a los otros en un 18%. Solo la delincuencia sexual constituye una excepción, siendo la diferencia entre grupos homogéneos de 4% solamente, lo que sin embargo está en consonancia con lo que se había previsto. En particular, la utilización de ensayos de periodo de prueba aumenta progresivamente, tales como vacaciones de cautiverio y de trabajo fuera de la institución, han tenido una influencia positiva en la disminución de la tasa de reincidencia. De otra parte, las personas que han seguido un tratamiento sico-terapéutico, no solo han reincidido menos veces, sino además de manera menos frecuente y menos grave. Un estudio que aparecerá dentro de poco, realizado en el establecimiento sico-terapéutico de Hambourg-Bergedorf, da resultados semejantes<sup>59</sup>. Estos son índices positivos, pero que quizás no parecerán suficientemente convincentes a los parlamentarios; por ello es necesario reflexionar si se deben comprometer costos importantes para una aplicación de la pena con tratamiento terapéutico, o si se debe dejar a los prisioneros simplemente por cuenta de ellos mismos. Pero no se puede sin embargo afirmar que los programas de rehabilitación estacionarios sean enteramente inútiles. Aun la aplicación de la pena privativa de la libertad normal no muestra un resultado enteramente desesperante. La tasa de reincidencia en Berlin-Tegel es de 55% y no de 80% como la idea generalmente difundida pudiera hacerlo suponer. La frase célebre de MARTINSON “*Nothing Works*”<sup>60</sup> no ha hecho su prueba entre nosotros. Por primera vez en derecho internacional, en materia de la ejecución de la pena privativa de la libertad, el art. 1º, párrafo 3º, del pacto internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966 (BG B1, 1973, parte II, pág. 1534) da una pauta en el sentido de una reintegración social del prisionero. Esta directriz está también contenida en las “Reglas Mínimas” de la ONU sobre el tratamiento de los prisioneros de 1955 y en su versión europea de 1973<sup>61</sup>.

e) El tercer problema planteado por la pena de prisión de larga duración es saber si es necesario conservar la *libertad condicional* por decisión del juez, después del cumplimiento de las dos terceras partes o de la mitad de la pena. En los EE. UU., un marco de pena más o menos estrecho deberá ser fijado en el futuro para cada delito, marco dentro del cual el juez escogerá una pena que el condenado deberá, en principio, purgar enteramente<sup>62</sup>. En Suecia, el Grupo de Trabajo del Consejo para la Prevención del Crimen ha recomendado una disminución general de la duración de las penas de prisión, y, al mismo tiempo, la supresión de la libertad condicional<sup>63</sup>. El coloquio deberá tomar posición

<sup>59</sup> REHN, *Behandlung im Strafvollzug*, 1979, págs. 208 y ss.

<sup>60</sup> MARTINSON, *Wath works? Questions and Answers about Prison Reform, The Public Interest*, Spring, 1974, pág. 22.

<sup>61</sup> JESCHECK, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechts reform*, Estudios en homenaje a Paul Bockelman, 1979, pág. 139.

<sup>62</sup> CONRAD, *Research and Development in Corrections*, Federal Probation 41 (1977), núm. 3, pág. 52; NEITHERCUTT, *Parole Legislation*, ebenda, núm. 1, págs. 22 y ss.

<sup>63</sup> *A New Penal System* (nota 14), pág. 38.

sobre esta cuestión. Es claro que con la supresión de la libertad condicional, se evitaría la desigualdad y la inseguridad en las decisiones que los organismos competentes han de tomar. Pero, por otro lado, la libertad condicional acordada en un buen momento, contribuye a disminuir el riesgo de la reincidencia. Esto es conocido y ha sido confirmado por la investigación efectuada en Friburgo sobre Berlin-Tegel. Además, como el objetivo del derecho penal es finalmente alcanzar la prevención del crimen y no una igualdad jurídica absoluta, me parece que la conservación de la libertad condicional aportaría más beneficios que su supresión. Naturalmente, la decisión debería pertenecer al juez, sea el juez de primera instancia o un juez encargado del control de la aplicación de las penas.

f) En lo tocante con la pena de *prisión de duración media*, que corresponde, digamos, a una pena de seis meses a dos años, el principal problema es determinar en qué medida la idea de *ultima ratio* debe ser perseguida, lo que implicaría una limitación muy estricta de esta pena en los casos en los cuales la ejecución de una pena de prisión aparecería absolutamente indispensable, en razón de un pronóstico social desfavorable para el condenado<sup>64</sup>. En Francia la totalidad de las penas de prisión de duración media está incluida en el campo de la condicional o con período de prueba. El derecho francés va todavía más lejos en este aspecto, ya que el acuerdo de una condicional es posible para las penas de prisión hasta de cinco años, pero naturalmente es raramente consentida para las penas de tal importancia. En Francia, en el curso del año de 1976, 65% de las 271.000 condenas a penas de prisión fueron acompañadas de la condicional. En Alemania, para el mismo año, solamente han sido proferidas 98.000 penas de prisión —lo que corresponde a 17% de todas las condenas—, y 63% de esas penas han sido acompañadas de la condicional, aunque la reglamentación alemana sea menos generosa con la medida, ya que la concesión de ella es posible solo bajo condiciones excepcionales para las penas de prisión que van de uno a dos años y totalmente excluidas las que rebasan ese límite. Eso prueba que en Francia, pese a su reglamentación más generosa de la materia, se concede todavía más confianza a la ejecución de las penas de prisión de duración media, mientras que en Alemania, la ejecución de las penas de prisión se ha convertido en excepción. Pero en otros países también el pronunciamiento de una pena de prisión de duración media conduce normalmente a su ejecución. En suma, las críticas formuladas contra la pena de prisión han tenido un efecto positivo, pues han permitido tomar conciencia de los peligros que una ejecución de la pena privativa de libertad puede llevar consigo, a saber: la contaminación de los delincuentes primarios al contacto con los criminales endurecidos y la desintegración social de personas fácilmente recuperables. Eso debería ser una razón imperativa para hacer obligatoria para el juez la concesión de la condicional en lo que concierne a penas de prisión hasta de dos años, en la medida

<sup>64</sup> ANCEL (ver nota 26), pág. 461. Sobre el nuevo derecho alemán y austriaco, JESCHECK, *Deutsche und österreichische Strafrechtsreform*, Festschrift für Richard Lange, 1976, págs. 376 y ss; para Suecia, JESCHECK (ver nota 14), pág. 791, así como THORNSTEDT (ver nota 14), págs. 68 y ss.

en que el pronóstico social para el condenado y la necesidad de la prevención general lo permitan. La ejecución parcial de la pena, largamente aplicada en el derecho francés, es una modificación importante de la condicional sobre todo para las penas de prisión de duración media. Este sistema es también practicado en Suecia, pero allí debe ser suprimido según las recomendaciones del Grupo de Trabajo ya mencionado, pues significa un aumento de las penas privativas de libertad de corta duración.

g) La supresión de las penas de prisión de *corta duración*, dispuestas hasta seis meses, ha sido hasta el presente una de las miras de reforma más admitidas en el plano internacional. Bajo el efecto de la crisis de la política criminal, la convicción de que las penas de corta duración son nocivas ha sido parcialmente debilitada. Mientras que en Alemania y en Austria, las penas de corta duración han sido ampliamente remplazadas por multas por medio de la "cláusula de prioridad", y que el anteproyecto español prevé igualmente suprimirlas totalmente, ellas son a menudo utilizadas en otros países<sup>65</sup>. La justificación de este empleo radica en que las penas de prisión cortas no son tan nefastas como las penas largas, lo que puede parecer cínico, si se piensa en la política criminal, tal como ha sido concebida hasta el presente. Por lo demás, se acepta como válido que un efecto positivo puede esperarse bajo la forma de un "Short sharp shock" como se le denomina en Inglaterra. Los tribunales correccionales en Francia pronuncian, en 53% de los casos, penas de prisión y en un 46% solamente, multas. Un mínimo de 80% de las personas de prisión pronunciadas de esta manera son de corta duración, tanto que se puede decir que la justicia penal en Francia reposa ampliamente en las penas de prisión cortas, así la mitad de esas penas estén acompañadas de una condicional o de un período de prueba. El anteproyecto francés refuerza aún esta tendencia, en la medida en que todos los mínimos deben desaparecer, en que la pena máxima para las dos últimas categorías de delitos es de dos y seis meses respectivamente y en que una pena de prisión de algunos días está prevista para las contravenciones. De igual modo, la ejecución parcial de las penas de prisión, acompañadas de la condicional, deben ser mantenidas. Se encuentra también un número importante de penas de prisión cortas en Bélgica, en los Países Bajos<sup>66</sup> y en Suiza. En Alemania, en el trascurso del año de 1976, de 98.000 penas de prisión, 60.000 eran de corta duración, lo que es importante respecto de las reglas de prioridad, pero poco respecto a otros países. La cuestión es saber si una revisión que dejaría lugar a una posición más diferenciada, es necesaria en razón del dogma de la nocividad de las penas de prisión de corta duración. Personalmente me inclino a mantener el rechazo a las penas de prisión cortas, en la medida en que ellas no sean necesarias por razones imperativas de prevención general o especial. Esta necesidad existe seguramente, en lo que concierne a las deten-

<sup>65</sup> Para Suiza e Italia, JESCHECK, *Die Geldstrafe als Mittel modernen Kriminalpolitik in rechtvergleichender Sicht*, Estudios en homenaje a Th. Wurtenberger, 1977, págs. 259 y ss.

<sup>66</sup> HEIJDER, *The Recent Trend towards Reducing the Prison Population in the Netherlands*, International Journal of Offender Therapy 18 (1974), págs. 233 y ss.

ciones militares<sup>67</sup>. De igual modo, se le puede citar, en este contexto, la embriaguez al volante<sup>68</sup> y los delitos económicos<sup>69</sup>. Finalmente, es necesario también mencionar el efecto terapéutico de *shock* positivo que pueden tener las penas de prisión muy cortas en ciertos casos bien escogidos.

3) Los medios que permiten el remplazo de la pena de prisión están enumerados en una resolución del comité de ministros del Consejo de Europa de 1976 y acompañados de un informe del comité para los problemas criminales<sup>70</sup>. La multa es la alternativa principal. En casi todos los países, a excepción de los países socialistas, en los cuales existen reservas importantes de orden ideológico<sup>71</sup>, ella gana terreno. Ese movimiento ha sido claro en Alemania y en Austria, después de la introducción del sistema de jornales en 1975<sup>72</sup>. En Alemania, la proporción de las penas de multa en el total de las condenas, ha pasado del 63% al 83% en algunos años, y la tasa de las penas de prisión ha disminuido a 17%. Mientras que estos porcentajes son parcialmente los mismos en Suecia<sup>73</sup>, solo el 47% de los delitos en Francia están provistos de una multa y 53%, por el contrario, de una pena de prisión<sup>74</sup>. Pese a su rápido aumento, la pena de multa no ha sufrido en su eficacia en Alemania, lo que es en parte una consecuencia de la situación económica favorable para las grandes capas de la población. En solo 3% de los casos, ha sido necesario utilizar la pena de prisión en lugar de la multa, en 17% de los casos ha habido lugar a una ejecución parcial de la pena, y en el resto de los casos las multas han sido pagadas<sup>75</sup>. Estas proporciones son todavía más bajas en Suecia, pues para la ejecución de una pena de prisión de remplazo, es necesaria una decisión del juez. La situación es diferente en Francia, donde se afirma que en los años sesenta, no menos del 75% de las multas no fueron pagadas<sup>76</sup>. De igual modo en la exposición de motivos del anteproyecto se señala que el gran problema de las penas de multa en Francia reposa en la efectividad de su pago<sup>77</sup>. De hecho, el apremio no ha sido

<sup>67</sup> JESCHECK, *Vollzug von Freiheitsstrafen an Soldaten, Generalbericht für den VI. Internationalen Kongress der Société Internationale de Droit Pénal Militaire in den Haag*, Recueils de la Société, vol. 2, 1975.

<sup>68</sup> CRAMER, *Unfallprophylaxe durch Strafen und Geldbussen*, 1975, pág. 20.

<sup>69</sup> TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, tomo I, 1976, pág. 250.

<sup>70</sup> Resolución (76) sobre ciertas medidas de sustitución de las penas privativas de libertad, en *Conseil de l'Europe, Mesures pénales de substitution aux peines privatives de liberté*, 1976, pág. 7.

<sup>71</sup> Para la RDA, LYON, *Die Geldstrafe in der Deutschen Demokratischen Republik*, en JESCHECK GREBING (nota 19), págs. 196 y ss.; para Polonia, CIESLAH-EWA-WEIGEND, *Die Geldstrafe in der Polnischen Volksrepublik*, ebenda, pág. 793 (1974, 9,5% de la totalidad de los peines); para la URSS, KOVALEV, *Die Geldstrafe in der Sowjetunion*, ebenda, págs. 985 y ss.

<sup>72</sup> JESCHECK (nota 65), págs. 258 y ss.

<sup>73</sup> *A New Penal System* (nota 14), pág. 56.

<sup>74</sup> TEUFEL PRADEL, *Die Geldstrafe in Frankreich*, en JESCHECK GREBING (nota 19), pág. 443.

<sup>75</sup> ALBRECHT, *Statistische Angaben über die Geldstrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, en JESCHECK GREBING (nota 19), pág. 173.

<sup>76</sup> Pelier, *Réflexions sur le recouvrement des condamnations pécuniaires*, Recueil Daloz, 1964, Chronique, págs. 223 y ss.

<sup>77</sup> Anteproyecto definitivo del Código Penal, 1978, pág. 69.

utilizado sino en 833 casos en 1972, mientras que en el mismo tiempo 200.000 multas habían sido proferidas<sup>78</sup>, lo que deja suponer que las multas no pagadas son numerosas. La pena de multa debería ocupar el lugar central del sistema moderno de sanciones, para remplazar en tanto sea posible la pena de prisión, al menos en los países que tienen un nivel de rentas importante y estable, así como una justa repartición de bienes. Su utilidad depende de la cuestión de saber si la multa se muestra lo suficientemente eficaz como para asegurar la prevención del crimen. Sobre este punto, un estudio empírico efectuado en el Instituto Max-Planck de Friburgo ha demostrado que las multas no tienen en ningún caso un efecto menor para la vida futura del condenado que las penas de prisión. Por lo demás, para cierta clase de delitos, en particular los hurtos y fraudes, se alcanza un efecto preventivo especial más grande<sup>79</sup>. La investigación metódicamente más complicada del efecto de prevención general de la pena de multa, está en curso. Tres condiciones, a mi manera de ver, deben ser llenadas, si la multa debe remplazar en gran parte las penas de prisión de media o corta duración. Ella debe ser apreciable, de una parte; y de otra, adaptada a los recursos del condenado. Por eso, el sistema de las tasas de jornales parece ser un buen método, como lo prueban las experiencias hechas en Suecia, Alemania y Austria. En tercer lugar, debe ser exigida si el condenado no paga voluntariamente, y remplazada en casos extremos por una pena de prisión, pues los tribunales no renunciarán a la pena de prisión, sino en la medida en que la multa no resulte ilusoria.

4) La crisis de la política criminal, proviene también del hecho de que las posibilidades de remplazar la pena de prisión así como la multa son limitadas y que ellas implican generalmente un trabajo administrativo complejo.

a) Hago mención, en primer lugar, a la idea de "diversión" que ha aparecido y se ha propagado rápidamente a comienzos de los años setenta en los Estados Unidos<sup>80</sup>. Ella ofrece al inculpado que acepta determinados deberes —en particular, participar en programas ambulantes de rehabilitación—, la posibilidad de obtener la terminación del procedimiento penal iniciado contra él por el ministerio público. En Alemania, el ministerio público ha obtenido un poder formal para sancionar al inculpado, poder que le permite clasificar el procedimiento penal en los casos leves, si el inculpado acepta cumplir las obligaciones que pueden, entre otras, consistir en el pago de una cierta suma de dinero. En la mayoría de los países en los cuales el ministerio público aplica el principio de oportunidad existen posibilidades de sanciones informales parecidas; la "probation pretorienne" en Bélgica es un ejemplo<sup>81</sup>. La crítica contra estas diferentes formas de "diversión" aduce que, por ella, personas formalmente inocentes es-

<sup>78</sup> TEUFEL, *Reformen zur Ersetzung der Kurzen Freiheitsstrafe in Frankreich*, Diss. Freiburg i. Br., 1979, págs. 142 y ss.

<sup>79</sup> ALBRECHT KUPKE, *Die Geldstrafe im System strafrechtlicher Sanktionen*, Freiburg, 1980.

<sup>80</sup> BLAU (nota 5), págs. 45 y ss. WEIGEND (nota 10), págs. 1123 y ss.

<sup>81</sup> BEKAERT, *Une expérience de "probation"*, Rev. dr. pén., crim. 29 (1948), págs. 1 y ss.

tán sometidas a sanciones muy apreciables y que el consentimiento del inculpa- do, del cual se parte teóricamente, en realidad no existe, tenida en cuenta la amenaza de investigaciones penales. Las críticas son también formuladas contra la falta de garantías procedimentales suficientes y la falta de una posibilidad de control por el juez<sup>82</sup>. En los Estados Unidos la multiplicación de la "diversión" que existía al comienzo, ha disminuído.

b) El segundo método que permite evitar la pena de prisiones la "probation" por decisión del juez. Este método representa la forma principal de condena condicional en Inglaterra, en los Estados Unidos y en todos los países del *Commonwealth*<sup>83</sup>. Entiendo por "probation" una sanción consistente en la convicción por el hecho cometido, sin pronunciamiento de pena, pero que está sin embargo ligada a ciertas obligaciones, en particular a la sumisión del condenado al control de una "prueba oficial"<sup>84</sup>. El Grupo de Trabajo sueco ha propuesto la prueba, bajo tres formas de intensidad diferentes, como centro de sus proposiciones de reforma<sup>85</sup>. La República Democrática Alemana ha introducido la "probation" en su sistema, solución que la República Federal Alemana, en cambio, no ha hecho suya. En el anteproyecto francés de 1976, había sido prevista al comienzo como una sanción autónoma, pero la comisión de reforma, teniendo en cuenta las críticas hechas contra su primer proyecto, ha decidido conservar la condicional en su forma actual<sup>86</sup>. La objeción principal, que ha sido también decisiva en Alemania, era que una pena de prisión fijada de antemano aparecía como indispensable, como medio de amenaza, para el éxito de la medida. A pesar de esos inconvenientes la "probation" deberá ser absolutamente conservada en el derecho anglo-americano como parte esencial de las alternativas de la pena de prisión. La reforma debería, sobre todo, concentrarse en la implementación de los servicios de prueba, en particular por la integración de ayudas voluntarias como es efectuada en los Países Bajos<sup>87</sup> y en Suecia<sup>88</sup>. Además, el anteproyecto francés ha realizado la idea de la "probation", bajo forma nueva, pues el inculpa- do podrá ser sometido al control de un asistente social durante el período de prueba, en el caso de un "aplazamiento del pronunciamiento de la pena". Desde la reforma de 1975, el aplazamiento del pronunciamiento de la pena y la dispensa de la pena son posibles y serán mantenidas en el futuro Código Penal.

c) Como tercera alternativa a la pena de prisión hay que citar el "community service" inglés que ha sido introducido en 1973 y puede remplazar total-

<sup>82</sup> Sobre la discusión en Alemania, JESCHECK (nota 28), págs. 691 y ss.

<sup>83</sup> Ver los informes nacionales en Comité européen pour les problèmes criminels. "Le sursis, la probation et les autres mesures de substitution aux peines privatives de liberté", 1966, págs. 9 y ss.

<sup>84</sup> Así la descripción de CROSS (nota 21), págs. 14 y ss.

<sup>85</sup> *A New Penal System* (nota 14), págs. 49 y ss.

<sup>86</sup> Anteproyecto definitivo, pág. 72.

<sup>87</sup> DE SMIT, "Les conseils néerlandais de réadaptation", en *Mesures Pénales* (nota 70), págs. 88 y ss.; CIRPKA, *Das System der Strafen und Mass regeln und der Reklassierung in den Niederlanden*, 1962, págs. 65 y ss.

<sup>88</sup> JESCHECK (nota 14), pág. 792.

mente la pena de prisión<sup>89</sup>. La sanción consiste en el hecho de ser obligado a dedicar un cierto número de horas de libertad, sin remuneración, en provecho de personas indigentes o de la comunidad. Una forma de esta suerte de sanción es también el trabajo vigilado en interés de la comunidad en el marco de la pena limitativa de la libertad, practicada en Polonia, art. 34-1 del Código Penal polaco. El trabajo sucedáneo de la pena de prisión de remplazo, existe también en Alemania y Suiza, pero esta posibilidad no alcanza gran importancia práctica<sup>90</sup>. El problema de la pena de trabajo, está situado en la organización del mismo, en particular en los países que tienen un orden económico liberal y un alto nivel de racionalización. Por lo demás, el peligro de que el trabajo como tal sea devaluado es grande si se convierte en una sanción eventualmente humillante. El control de la presencia y de la productividad de los condenados plantea también problemas. Habría que esperar los resultados de las experiencias inglesas con el "community service" antes de dar nuevos pasos en esta dirección. El grupo de trabajo sueco no ha vuelto a tomar esta posibilidad en sus consejos, y tampoco está prevista en el anteproyecto francés.

5) Otra alternativa a la pena de prisión es *el empleo de penas accesorias y de medidas de seguridad como penas principales*. El campo clásico de las alternativas a la pena de prisión de corta duración, la condicional y multas, está ampliamente extendido. En efecto, existe un gran número de sanciones que el juez, si tuviera la posibilidad de utilizarlas como pena principal, podría escoger teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y de la personalidad del culpable, y el acompañamiento eventualmente de una multa. La ley francesa de 1975 es el principal ejemplo<sup>91</sup>. Es así como sería posible utilizar el retiro del permiso de conducir, el embargo de vehículos de motor, o de armas, el retiro del permiso de caza, o la interdicción para ejercer una cierta profesión o actividad. En 1976, las nuevas sanciones no fueron utilizadas sino en 1.4% de las condenas y el aplazamiento del pronunciamiento de la pena así como su dispensa, en 0.7% de los casos. El retiro del permiso para conducir y la interdicción de circular ocupan el primer término de los sucedáneos (90%), la actitud vacilante<sup>92</sup> de los tribunales tiene numerosas causas y se relajará eventualmente con el tiempo; verdaderamente, solo el retiro del permiso de conducir conservará una importancia práctica. Pero esta sanción no puede ser utilizada, si se quiere conservar su sentido de "peine réflexive", cuando el acto es un delito de circulación o tiene relación con automotores: por ejemplo el robo de un ve-

<sup>89</sup> CROSS (nota 21); págs. 27 y ss.; "Home Office, Travail au profit de la communauté par les délinquants en Angleterre et au Pays de Galles", en *Mesures Pénales* (nota 70), págs. 83 y ss.

<sup>90</sup> Existe en Francia posibilidad de pagar la multa por un trabajo voluntario según el art. 210 del Código Forestal.

<sup>91</sup> ROBERT, *Les lois du 11 juillet et du 6 août 1975 en matière pénale, jurisclesseur périodique*, 1975, I, 2525; GREBING, "Die Strafrechtsreform Frankreichs im Vergleich mit der Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland", en LÜTTGER (nota 14), págs. 103 y ss., TEUFEL (nota 78), págs. 150 y ss. (nota 78).

<sup>92</sup> TEUFEL (nota 72), págs. 219 y ss.

hículo o de objetos transportados en un vehículo. En todo caso el grupo sueco ha rechazado todas las alternativas de la pena de prisión a excepción de la multa, y la condicional, pues las considera inútiles<sup>93</sup>. Toca a su fin mi exposición sobre las razones y el objeto de la crisis de la política criminal. Los principales problemas radican en la organización del sistema de sanciones, partiendo de la crítica internacional que se produce sobre la aplicación actual de la pena de prisión. Es preciso resaltar particularmente las cuestiones siguientes:

Para la pena de prisión de larga duración, es menester determinar si la aplicación de esta debe ser ligada a la gravedad del hecho cometido y limitada por la responsabilidad personal del culpable, o si se debe ir más allá de este límite para asegurar la protección de la comunidad. Si se rechaza la pena bajo forma de "extended sentence", la cuestión es saber si es posible utilizar, en casos determinados, medidas de seguridad distintas a la pena de prisión para defender al público de los criminales peligrosos. La pena de prisión de duración indefinida debería de todas maneras ser suprimida. De igual modo, me parece que la ejecución de todas las sanciones privativas de libertad o que limitan la libertad, debería ser organizada en la medida de lo posible, haciendo uso de un tratamiento terapéutico, y ello sin tener en cuenta los resultados estadísticos de tales tratamientos. Por lo que concierne a las penas de prisión de mediana duración, el problema es su remplazo por las multas, la condicional u otras alternativas. El principio de la *ultima ratio* debería ser reconocido en el plano internacional. En cuanto a la pena de prisión corta, es preciso preguntarse si se debe felicitar su aparición en numerosos países, o si se debería más bien limitar a ciertos grupos de casos bien determinados. Hay que resaltar, en particular, que la idea de pena de *shock* no parece tener sentido sino para las penas de prisión muy cortas y para los delincuentes primarios. Me parece, además, particularmente importante alcanzar una toma de posición clara en favor de la multa, insistiendo naturalmente en las condiciones preliminares que garanticen su eficacia.

Las posibilidades de remplazar la pena de prisión por otras distintas a la multa son limitadas. Es preciso continuar haciendo experiencias en este campo y cambiar los resultados antes de comprometerse con un camino determinado.

Se trata aquí de un inmenso programa de trabajo, para un coloquio de dos días, pero de un programa que, en su actualidad y su urgencia, muestra cuánto debemos estar reconocidos a M. Marc Ancel y al Centro de Política Criminal, por permitirnos un tal debate, tan poco tiempo después del coloquio de Friburgo.

<sup>93</sup> A *New Penal System* (nota 14), pág. 64.

## PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL DELITO\*

Doctor JESÚS BERNAL PINZÓN

El tema que he escogido para atender la muy honrosa y obligante invitación que me ha sido formulada por los organizadores de este Seminario sobre Derecho Internacional, no ha sido improvisado. Por el contrario, al hacer su elección he tomado en cuenta diversos factores que posiblemente puedan comendarse en aquel aparte de los objetivos y fines del Seminario que tiene que ver con "las relaciones interdisciplinarias entre el derecho internacional y las otras ramas del derecho", porque es indudable que entre las funciones especialísimas y fundamentales que tienen hoy todos los Estados del universo para lograr sus fines superiores y buscar la tranquilidad, el progreso, el bienestar en general, y la paz de sus súbditos, está el que se refiere a la necesidad de prevenir y sancionar o reprimir la manifestación de aquellas conductas que en el seno de una sociedad civil organizada dañan o son capaces de poner en peligro intereses de significativa relevancia para la estabilidad de la comunidad, y que jurídicamente reciben la denominación de *delitos*.

1. Me propongo hacer un somero examen de los efectos que con respecto a la prevención y represión del delito ha tenido la aplicación de las formas clásicas de lucha y que están consignadas en los códigos penales de los países, entre los que deben tomarse con especial atención los de América hispana. Se dice que con la expresión "política criminal" se quiere significar precisamente una política de lucha contra la criminalidad, por lo que algún autor ha propuesto que se le denomine más bien política "anti-criminal". Persigue, como fin inmediato, la lucha contra las causas de ese flagelo social que se llama delito, y como fin mediato, la defensa de la civilización, o mejor sería decir, la defensa de aquellos intereses que en un determinado momento histórico el Estado considera como indispensables para su supervivencia, como comunidad organizada. De otra parte, y ese es uno de los temas centrales de este ensayo, se cuestionará sobre si los *medios* a través de los cuales los Estados han desarrollado esa política criminal o anti-criminal constituidos esencialmente por el conjunto de normas legislativas contenidas en los códigos penales, han dado los resultados esperados, y para el caso que la respuesta sea negativa, si no

\* Trabajo presentado por su autor al Segundo Seminario sobre enseñanza del Derecho Internacional, Bogotá, 1979.

valdrá la pena que se realice un reexamen de tal situación y se ensayen otros procedimientos y otros sistemas con miras, si no a erradicar el fenómeno de la criminalidad, aspiración que resulta utópica, sí por lo menos a evitar que el mal que representa el delito invada otras zonas de la comunidad que antes se consideraban como inmunes a tal flagelo, y a procurar la reducción de su ocurrencia.

2. Resulta, además, apenas lógico que en un Seminario sobre temas relacionados con el derecho internacional se estudie, así sea brevemente, la posibilidad de que se pueda hablar, en el campo puramente jurídico, de un derecho penal internacional y de sus relaciones con el derecho penal interno de cada país.

Pienso que no sea discutible, a la altura de las últimas teorías del derecho penal moderno, que no es posible hablar técnicamente de un derecho penal internacional que estaría constituido por un conjunto de normas —Código Penal Internacional— obligatorias para todos los países signatarios y, desde luego, por lo menos hasta ese momento, irrealizable, por la simple razón de que aún no existe una entidad de naturaleza supranacional o supra-estatal en la cual se radique una jurisdicción, también supranacional, con potestad punitiva capaz de defender los supremos bienes jurídicos de la comunidad de las naciones contra las acciones criminales. Como es bien sabido de todos los ilustres internacionalistas que participan en este Seminario, fue después del conocido *Proceso de Nuremberg*, originado en el Acuerdo de Londres de 1945 y firmado por las potencias victoriosas en la segunda conflagración mundial, que el juez francés Donnedieu de Vabres propuso la creación de una Corte Internacional, propuesta que fue recibida con entusiasmo, pero que hasta la fecha no ha tenido realización alguna, pese a los esfuerzos que se han hecho en el seno de las Naciones Unidas.

Es casi seguro que uno de los más graves obstáculos que se presentan para la realización de la idea de una jurisdicción internacional es precisamente la de que los Estados no estarían dispuestos a hacer una especie de cesión a la aspirada Corte Internacional, de parte de su propia soberanía, para limitar, en esa forma, su potestad punitiva interna con respecto a las infracciones penales cuyo conocimiento estaría adscrito a esa jurisdicción internacional. Todo esto, se repite, por lo menos en estos tiempos, no se puede calificar más que como una utopía.

Bien sabido es, sin embargo, que en el continente europeo se han hecho significativos avances en este terreno, y así puede hoy hablarse de un tipo o modalidad de jurisdicción multinacional, con las debidas reservas respecto a su competencia, de la Comisión Europea y la Corte Europea para los Derechos del Hombre.

Esta necesaria digresión sobre temas que para mí constituyen novedad, no tiene, como es natural, la pretensión de decir la última palabra, sino que, como se dijo antes, se trata de examinar y determinar en lo posible las relaciones que existen entre el derecho internacional y el derecho penal, en este caso precisamente, en los puntos que se refieren a la política criminal y a sus más conspicuas manifestaciones como son las de la prevención y la represión de la delincuencia.

No se pone en duda, por lo demás, que si todo ordenamiento jurídico debe constituirse en relación con los hombres o con las personas, es decir, en todo caso para regular conductas humanas, es claro que la normación jurídica que constituye el derecho internacional, no puede considerarse como reguladora y en forma directa, de las conductas de los miembros o súbditos integrantes de una determinada comunidad organizada como Estado. La regulación de las conductas por las normas del derecho internacional, no se cumple, entonces, de manera directa sobre los ciudadanos, sino por medio de los ordenamientos internos de cada Estado, cuando a través de las convenciones o pactos internacionales, los países recogen en su normatividad interna la consignada en los tratados internacionales. Por ello, los ciudadanos del mundo no son sujetos de la norma internacional, ni son destinatarios de sus respectivos preceptos; no son, en una palabra, sujetos internacionales en sentido técnico, sino que las normas del derecho internacional tienen relación o vigencia frente a ellos, con fundamento en los ordenamientos de cada Estado.

3. El fenómeno de la prevención y represión de los delitos tiene entonces una especial dimensión y un significado *sui generis* respecto a las normas del derecho internacional que, como se dijo, por no obrar en forma directa, vienen “a crear obligaciones precisas en relación con los Estados contratantes o firmantes de los acuerdos internacionales sobre la materia”.

Con respecto a este tema, la doctrina más respetable afirma que son dos los principios que inspiran lo que se podría llamar Política Criminal Internacional, sin que tal denominación pretenda tener sentido o alcance técnico, sino más bien didáctico.

Existe el principio universal del deber de cada Estado de ejercer, en relación con los súbditos sometidos a su jurisdicción, la autoridad necesaria encaminada a la *prevención* y la *represión* de las conductas capaces de dañar o de poner en peligro intereses internacionalmente protegidos. De igual manera debe afirmarse la existencia del deber del mismo Estado de aplicar las condignas sanciones para el caso de que los hechos internacionalmente tutelados lleguen a ser lesionados por la conducta de los súbditos del Estado obligado.

Se ve ahora sí, con mayor claridad, que es por medio de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado como se puede atender a la tutela y protección de los intereses de derecho internacional, siendo discutible que existe la obligación para todos los Estados organizados sobre bases de civilización, de prevenir y reprimir las conductas criminales.

Como consecuencia de los desastres ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial fue que surgió, por primera vez, la idea de crear o de considerar la existencia de verdaderos delitos internacionales, o *delicta juris gentium*, si no como figuras diversas de las definidas en los respectivos ordenamientos internos, sí con dimensiones y características especiales.

De esa forma, por ejemplo, se dispuso la represión del *delito de genocidio* por determinación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948, y precisamente como consecuencia del ya citado Proceso de

Nuremberg en el que se juzgó a los llamados "criminales de guerra". El delito de genocidio, que consistiría en la "negación de la existencia" de un entero grupo humano, realizada su extinción por consideraciones étnicas, religiosas o raciales, es un crimen por el cual no puede atribuirse el interés de su prevención y de su represión exclusivamente a un Estado o grupo de Estados, sino a toda la humanidad.

Pero en este punto se ha querido presentar el Tribunal de Nuremberg como un modelo o principio de la deseada Corte Internacional, si se tiene en cuenta que allí los jueces a quienes se asignó la función del procesamiento de los "crímenes de guerra" eran originarios de diversos países en cuya representación obraron. Sin embargo, con todo acierto se ha sostenido que ese tribunal internacional no tuvo las características propias de una verdadera Corte Internacional, sino que simplemente las cuatro potencias victoriosas decidieron hacer, en conjunto, aquello que podría haber cumplido por separado cada una de ellas, o sea, juzgar a los delincuentes a quienes se les atribuía la comisión de hechos delictuosos contra la humanidad.

De esta forma se demuestra, aún con mayor evidencia, que la represión de delitos internacionales no se realiza con apoyo en las normas internacionales, sino con base en los ordenamientos jurídicos internos.

Bien está decir, para concluir con este aspecto del derecho internacional referido al derecho penal, que la existencia de delitos o crímenes internacionales tiene características muy propias, que en cierta medida pueden apartarse de las clásicas reconocidas para los delitos o infracciones comunes. Primeramente, habrá de decirse que el reconocimiento de los "delitos internacionales" obedece esencialmente a la gravedad de la lesión en cuanto que debe vincularse a intereses o bienes de patrimonio de la humanidad en su conjunto, o que la sociedad internacional considera lesionada en un determinado momento histórico. De esa forma se han instituido delitos de ese género, como el de genocidio de que ya se trató, el de piratería, los crímenes de guerra, y posiblemente llegue el momento en que sea necesario que los países de la comunidad mundial se interesen por el flagelo que constituye el consumo y tráfico de estupefacientes, frente al cual no puede afirmarse que exista apenas un interés local de ciertos Estados como exportadores o como consumidores, sino un interés de mucho mayor alcance, dadas las consecuencias que en todos los aspectos causa el consumo y el tráfico de estupefacientes.

Los llamados "delitos internacionales" por ser previsiones de naturaleza excepcional si se los compara con los delitos "comunes", plantean también, en relación con las medidas para su prevención y represión, algunas importantes cuestiones. Así, por ejemplo, frente a ellos y en determinadas circunstancias y condiciones, podrían no hallar aplicación los principios relativos a las *inmunitades diplomáticas*, cuya vigencia no se discute cuando se trata de la prevención o represión de delitos comunes.

De la misma manera pueden ser derogados o no aplicados otros principios relativos, por ejemplo, a la garantía reconocida por el derecho penal tocante

con la *irretroactividad de la ley penal sancionatoria*, que fue lo que sucedió en el caso de los "crímenes de guerra". Allí también se puso en tela de juicio otro principio reconocido por el derecho penal ordinario relativo a la exención de responsabilidad originada en la *orden superior*, en relación con quien la ejecuta.

En este mismo orden de ideas debe afirmarse que las normas del derecho penal internacional que tocan con los aspectos relacionados con la prevención y la represión de la criminalidad, constituyen límites para la aplicación de las normas del derecho penal interno con respecto a la comisión de delitos ejecutados en el extranjero, y según ciertos principios generales que se pueden sintetizar así:

a) El Estado no puede someter a su propia potestad punitiva acciones realizadas en el extranjero, por un extranjero, y para que ello pueda ser viable jurídicamente, se requiere la presencia de ciertos *elementos de relación significativa* que autoricen al Estado para aplicar su propia normación;

b) Tales elementos de relación o de enlace del derecho internacional con el interno, reconocidos mundialmente y que tocan con la punición de la delincuencia, son los que se vinculan a la territorialidad, a la nacionalidad del agente, a la defensa, al principio del derecho universal, al de la nacionalidad de la parte lesionada, etc. Existe asimismo, un límite impuesto por las normas del derecho internacional para la no aplicación de las del Estado y relativo a la circunstancia de que el hecho de que se trata no esté erigido como infracción penal en el país en donde se ejecutó la conducta delictuosa.

De igual manera, debe atenderse a la especial consideración y respeto que se origina de la aplicación de las normas del derecho internacional, al conocido aforismo latino del *non bis in idem*, es decir, que a un sujeto no se le puede sancionar dos veces por el mismo hecho.

No quedaría completo este bosquejo que se ha pretendido hacer sobre los aspectos del derecho internacional con relación al derecho penal, si no se hiciera referencia a la institución de la *extradición* que, conjuntamente con la asistencia judicial internacional, son el principal instrumento de la lucha común contra la criminalidad.

Con respecto a la *extradición* deberá hacerse especial referencia, por el significado que ello tiene, a las reformas propuestas a sus tradicionales y clásicos fundamentos. En este punto me refiero a las propuestas de reforma presentadas al Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en Roma en 1969, en donde se formularon propuestas de reforma sustanciales, así: primeramente, que para que sea solicitada y concedida la extradición de un delincuente que se ha refugiado en un país extranjero, no fuera necesaria la existencia de un previo tratado entre los dos países. Asimismo, se propuso la abolición del principio de *reciprocidad* que puede sintetizarse en estos dos términos: el Estado requerido de extraditar adhiere a la demanda del Estado solicitante solamente en la hipótesis en que este último esté obligado —en circunstancias análogas— a acceder a la extradición. La cláusula de *reciprocidad* constituye uno de los puntos vertebrales en el interior de las leyes de aquellos países en los cuales no es

tá reglamentada la extradición por tratados. La *ratio* de disposiciones de este tenor tiene, sin embargo, una evidente explicación. Se admite una limitación a la propia soberanía en cuanto a tal limitación corresponda otra del mismo alcance y significado. Es la aplicación del *do ut des* que se aplica muy frecuentemente en las relaciones internacionales. Se propuso igualmente la abolición del principio de la *previsión bilateral* que en la práctica da lugar a problemas de diversa índole relativos por ejemplo, *al nomen juris*, a la punibilidad, a los factores que entran en la tasación de la sanción, etc.

Se puso igualmente sobre el tapete el tema relacionado con la prohibición de extraditar delincuentes nacionales y delincuentes políticos, para afirmarse que, con respecto a los segundos, debería aceptarse la extradición cuandoquiera que se trate de crímenes de guerra, o de hechos sancionados o considerados como delitos internacionales, con la única excepción de que se demuestre que en el país solicitante no existen las suficientes garantías para el procesamiento del delincuente.

Entre los múltiples objetivos del derecho internacional debe destacarse el que busca la tutela de intereses que son patrimonio de la humanidad. Se quiere que la sociedad internacional provea por intermedio de instituciones idóneas y mecanismos que operan en el campo económico y social especiales condiciones de estabilidad, de progreso y bienestar del género humano.

Si se hecha un vistazo, así sea ligero, a la realidad existente en estos campos, se encontrarán instituciones como la Organización Mundial de la Salud, que busca la tutela de la salud física de la humanidad; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; la Organización para la Alimentación y la Agricultura; la que toca con el trabajo, con los transportes y comunicaciones —Unión Postal Internacional— etc., y finalmente ese documento trascendental que está contenido en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* aprobado en diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que debe convertirse en faro que ilumine a los gobiernos de todo el mundo para el logro de los fines esenciales de toda comunidad organizada civilmente que no puede ser otro que el bienestar, en el sentido amplísimo de la expresión, de los ciudadanos, y fundamentalmente el respeto a los valores que constituyen la condición de seres racionales que, por desgracia, todavía en esta época y so pretexto de una prevención delictiva, se ha visto ultrajado con medidas que atentan contra esos básicos principios recogidos en el documento universal.

*La represión.* La reacción más natural y si se quiere más lógica contra el delito, es la pena. Es la situación que se presenta con los seres vivos cuando reaccionan instintivamente contra el dolor. La reacción contra el delito que comenzó con la venganza privada, continuó con el talión y más tarde con la "composición", sigue constituyendo hoy un quebradero de cabeza de los filósofos, de los juristas, de los pedagogos y de todos aquellos que en una u otra forma se interesan por los problemas sociales entre los cuales tiene especial significación e importancia el delito, y fundamentalmente la terapia que debe utilizarse para su curación.

Si bien puede afirmarse hoy que el tema de la pena o de la sanción penal está prácticamente agotado con respecto a sus fundamentos, a su estructura, a la necesidad de su aplicación como reacción contra el crimen, no es así en cuanto a sus finalidades, sus propósitos, ya que los resultados logrados con la aplicación de las sanciones a través de los tiempos no coinciden con los esfuerzos que se han hecho.

La finalidad primaria, antes bien, única de la pena, es la tutela del derecho negado por el delito y restablecido por la sanción. Así, con estas sencillas palabras GIACOMO DELITALA, toma partido para afirmar que la pena no puede tener un significado distinto del simplemente *retributivo*. Hoy, se repite, aún subsiste el dilema: ¿mera *retribución* o también *prevención*? ¿*Punitur quia peccatur*? O ¿*punitur ne peccetur*? La pena penal debe tener simplemente el sentido y el significado del castigo, ¿o se le pueden adscribir fines utilitaristas relacionados con la prevención, o con la reeducación del delincuente? ¿Existe, se pregunta hoy la escuela de la nueva defensa social, un verdadero "derecho" del delincuente a que el Estado, mediante la aplicación de la sanción penal busque su resocialización, su readaptación, su reingreso al seno de la sociedad? Y si existe ese "derecho", ¿cómo y por cuáles procedimientos debe lograrse?

Este gran debate sobre la finalidad *retributiva* y *preventiva* de la sanción penal, llegó a su clímax con el nacimiento de la llamada Escuela Positiva del Derecho Penal a principios del siglo, cuyos fundadores CESARE LOMBROSO, RAFAELLO GAROFALO y ENRICO FERRI se enfrentaron a la llamada Escuela Clásica cuyo máximo exponente fue el inmortal FRANCESCO CARRARA. Si bien en sus orígenes las dichas "escuelas" se enfrentaron por razones de orden filosófico —libre albedrío o determinismo síquico— más tarde la situación rebasó los límites de la filosofía jurídica para trasladar en pleno el debate al campo de la política criminal, y fundamentalmente a las finalidades de la pena.

No es físicamente posible, desde luego, hacer siquiera un bosquejo del desarrollo de estos enfrentamientos, si es que así se los puede denominar, entre los distintos representantes de las dos tendencias, primero porque el tema es demasiado extenso y por lo mismo difícil de condensar en unas pocas líneas y, por otro lado, porque los propósitos de esta exposición no tienen las pretensiones de un tratado sobre la filosofía de la penología. Simplemente, y como se anotó al principio, de lo que se trata es de hacer un balance objetivo de los resultados que en los diversos países y especialmente en los de la América hispana se han logrado con la aplicación de los sistemas clásicos de la lucha contra el delito. No cabe ninguna duda, y es afirmación que encuentra respaldo en los textos de los códigos vigentes actualmente en estos países, que aquí, en la América, la orientación de la penología se ha hecho fundamentalmente sobre la consideración de que la pena no puede tener más sentido que el de *castigo*; de la simple *retribución*. Y si en algunos códigos, como el colombiano, por ejemplo, se han previsto instituciones con fines eminentemente *preventivos* con miras a luchar contra la criminalidad por senderos distintos a los de la simple retribución, tales institutos, procedimientos o sistemas, no han dado los resultados buscados y esperados con su creación, lo cual significa que si los gobier-

nos están definitivamente interesados en luchar contra la delincuencia, van a tener que cambiar esencialmente los presupuestos políticos, sociales, económicos, etc., sobre los cuales está montado el aparato punitivo y que no ha dado los deseados frutos, porque la delincuencia sigue *in crescendo*.

En estos tiempos se habla de reformas estructurales a los códigos penales, a la administración de justicia, e, inclusive, se buscan remedios con el cambio o reforma a sus propias estructuras, como está ocurriendo en Colombia con la proyectada reforma constitucional-judicial, pensando ingenuamente que, como en el refrán popular, la "fiebre está en las sábanas". Los penalistas de América Latina se reúnen en congresos con el propósito de elaborar un Código Penal Tipo para América Latina. Ya prácticamente está concluida esa labor realizada por los más grandes juristas del área latinoamericana. Pero si se examinan con ojo imparcial los fundamentos, la estructura y la filosofía que inspira ese llamado Código Penal Tipo, se advierte de inmediato que está casi calcado sobre la misma mentalidad retribucionista que es la que ha hecho crisis en esta segunda mitad de siglo. El Código Penal Tipo desde el punto de vista de sus fundamentos puramente jurídicos es una obra de tecnicismo jurídico, un elaborado engranaje de las diversas figuras delictivas que nada deja qué desear si se lo examina desde el ángulo estrictamente jurídico. Allí, las últimas novedades jurídicas de los países europeos, especialmente de Alemania, han encontrado, finalmente, su ubicación, pese a que aun en la misma Alemania están discutiendo sobre su bondad.

Entonces, los códigos penales de la América, como ha sido siempre, apenas son, en la mayoría de los casos, el recipiente o el albergue para recoger y ensayar teorías de otros países con ideologías, con idiosincrasias muy distintas a las nuestras. Por ello se advierte de inmediato el divorcio tajante, brusco, entre la ley y el derecho, entre la norma y la realidad, entre el positivismo legislativo y el realismo jurídico, entre el *país legal* y el *país real*, según la gráfica expresión de FOSCHINI. La política criminal del Estado, si es que ha habido alguna vez una, y si de ella debe formar parte esencialísima la elaboración de los códigos, no ha sufrido variantes de significación si se comparan los textos vigentes con los proyectos de elaboración, y con relación a los fundamentos, a las estructuras, a los fines, si es que alguno tiene, las leyes penales por medio de las cuales se persiga el delito.

Estos fenómenos de distanciamiento entre la realidad de la vida y el legalismo de los códigos, dio ocasión a que se hicieran muy serios planteamientos en otros países, como en Alemania, en donde los juristas tuvieron que ingeniar-se muy sutiles teorías, expresión clara de la mentalidad teutónica para tratar de acercar la norma a la realidad regulada por la misma. Luego, como es bien sabido, muchas de esas teorías que en principio tuvieron esa noble finalidad, fueron utilizadas con fines políticos para dar respaldo a movimientos como el Nacional Socialismo, de tan ingrata recordación.

Se elaboran nuevos códigos penales, se reforman las estructuras de la justicia, se expiden estatutos, se afirma una verdadera revolución en los sistemas punitivos, pero nadie sabe qué persiguen, qué se busca, si la situación que

va a ser regulada por las normas reformadas, por las grandes transformaciones de sus estructuras, sigue intacta. Todo esto parece que obedece a la presencia de diversas y nuevas manifestaciones de la delincuencia contra la cual se quiere luchar con los simples procedimientos del encarcelamiento de los delinquentes, de la privación de su libertad en las cárceles de *seguridad extrema*, como se las denomina ahora en Italia, reduciendo —como muy claramente lo expresa ALESSANDRO BARATTA— la *política criminal* a la *política de orden público*, como consecuencia de la preferente atención o desviación que se hace de los fenómenos de la criminalidad a los que se relacionan con el orden público interno de cada país, creando una especie de *terrorismo jurídico* o de terrorismo sancionatorio, sin considerar, como lo expresa FRAGOSO, que "el derecho penal tiene un papel secundario en la prevención del crimen en general. Esa observación parece ser aún más verdadera en relación con el terrorismo. Por lo tanto es necesario que el legislador se resista a la tentación de seguir el ejemplo de la irracionalidad, creando, a su turno, un "derecho penal terrorista", olvidando que el poder intimidativo de la pena, como lo afirmó BECCARIA, no reside en su gravedad, sino en la certeza de su aplicación.

Pero, naturalmente, al hacer todas estas reformas a la justicia, a las formas de su administración y a los procedimientos para la aplicación de las sanciones penales, se cubren las normas con un ropaje muy llamativo indicando que se trata de reformas que en nada comprometen las libertades ciudadanas, y que las mismas se hacen sobre la base del respeto a las igualdades democráticas, igualdades que apenas formalmente tienen tal significación, pero que en la práctica representan la manifestación de la más cruda desigualdad de los ciudadanos ante la ley, porque sin lugar a dudas no existe derecho más desigual que el derecho penal, si se toma en cuenta que quienes caen en las redes punitivas de las disposiciones penales no son propiamente los autores de la criminalidad económica, los de la criminalidad dorada, los delincuentes de cuello blanco, sino los delincuentes comunes, aquellos que carecen de influencias poderosas o que no cuentan con el respaldo de grandes abogados para su defensa.

En este mismo orden de ideas, escribe HELENO FRAGOSO, que "la administración de justicia en materia criminal constituye el aspecto más dramático de la desigualdad de la justicia, siendo aquí puramente formal y totalmente ilusorio el principio de igualdad ante la ley. Es importante tener presente que la criminalidad no es el atributo de personas que hacen parte de grupos marginados o que son considerados como tales. La identificación del delincuente con el marginado nace del hecho de que la justicia opera sobre todo frente a los pobres y desafortunados, que llenan las cárceles y constituyen la clientela del sistema. Ellos apenas si constituyen la llamada *criminalidad aparente*, incomparablemente menor que lo que representa la criminalidad oculta, en conjunto con la conocida, pero no denunciada, y con la denunciada pero que no es objeto de persecución. Como decía NOVOA MONREAL, el derecho penal es el derecho de los pobres, no porque los tutele o los proteja, sino porque sobre ellos exclusivamente se hace recaer su fuerza y su rigor. La experiencia demuestra que las clases más favorecidas son prácticamente inmunes al sistema represivo, del

que se libra, sea a través de la defensa eficaz, sea ya por la influencia o por el prestigio o por la corrupción. Los pobres que viven en los barrios bajos, son el blanco predilecto del aparato represivo policial-judiciario y cuando son cogidos, son virtualmente masacrados por el sistema. Son las grandes víctimas de las detenciones ilegales efectuadas en las batidas policiales, por el simple hecho de no portar documentos de identificación o de no tener cartera especial *asignada*. Solamente los pobres son detenidos por vagancia, contravención que no puede ser ejecutada por los ricos, en una discriminación que hace que el precepto sea inconstitucional. Vagabundo rico, puede; vagabundo pobre, no puede”<sup>1</sup>.

De igual forma, ALESSANDRO BARATTA, en su magnífico ensayo sobre la “criminología crítica y política criminal alternativa”<sup>2</sup>, dice que la criminalidad es “*un bien negativo* distribuido en forma desigual según la jerarquía de los intereses fijados en el sistema socio-económico y según la desigualdad social de los individuos. «Criminal» es, en efecto, frente a la opinión pública, el que ha estado sometido a sanciones estigmatizantes, es decir, en la práctica, el que forma o ha formado parte de la población carcelaria. «El máximo *chance*» de ser sometido a sanciones estigmatizantes (la cárcel y las otras instituciones globales) aparece definitivamente en relación con la condición de pertenecer a los estados sociales más bajos (subproletariado y grupos marginales), mientras que la situación precaria que el individuo tiene en el mercado de trabajo (desocupación, subempleo, falta de calificación profesional) conjuntamente con características negativas de la socialización familiar y escolástica, también presentes de manera particularmente elevada en los niveles sociales más bajos, constituyen las variantes más significativas”.

Recientemente se llevó a cabo en Italia, bajo los auspicios de la Universidad de Camerino, un congreso con la participación de eminentes penalistas con el fin de realizar un examen sobre las “Orientaciones para la reforma del Derecho Penal”. Entre las diversas intervenciones del congreso, tomo unos apartes de la del profesor FRANCO MARRONE, quien, entre otras cosas, y luego de la necesaria referencia a los fines del congreso presentados por su relator —profesor MARCELLO GALLO—, expresó que deseaba comenzar su intervención leyendo una carta de un detenido de S. Vittore en Milán “por cuanto que también los detenidos hacen parte de la sociedad civil y, diría, son los protagonistas de las vicisitudes del derecho penal”. La carta sintetizaba bastante bien el estado de ánimo de quienes han comenzado a adquirir conciencia política de su posición en el curso de las luchas que se han desarrollado en los últimos años en el interior de las cárceles italianas. Dice la carta: “La clase dominante continúa enjuagándose la boca puerca con las palabras de la reforma carcelaria y del ordenamiento penal y reduce las improrrogables solicitudes de los detenidos para una vida más humana a simples debates teóricos a nivel de convenciones y pro-

puestas del todo doctrinarias y conducidas sobre el hilo del engaño y de la irrealidad, eludiendo de propósito el examen de los aspectos sustanciales del problema”. El aspecto fundamental del problema es el de saber a quién y para qué cosa sirven el derecho penal y el actual sistema carcelario. El verdadero problema, por tanto, no está en el interior del mundo carcelario, sino en su exterior, y tiene que ver con quienes van a la cárcel y por qué se va a ella en un sistema clasista como el nuestro. Según los datos recogidos por RICCI y SALIERNO para el año de 1969, en aquel año la población carcelaria era de aproximadamente 400.000 personas, de las cuales el 12% eran analfabetas, el 75% tenían solamente instrucción elemental, el 12% instrucción media, y menos del 1% tenían instrucción universitaria.

Los datos no necesitan comentario alguno ¿Para qué sirve la cárcel? Para aislar a los asociales, a quienes no están integrados en este tipo de sociedad, y para disuadir a otros “potenciales delincuentes” del delito. Naturalmente la casi totalidad de aquellos que no se integran pertenecen a las clases subordinadas. Todos sabemos que estos asociales, estos enfermos, al menos en la gran mayoría, no están detenidos, y que, por el contrario, enferma es la sociedad que los produce. Si esta es la situación, es obvia la deducción de que una verdadera reforma no debe buscar tanto el mejoramiento de las cárceles, lo cual también tiene su importancia, sino más bien debe tender a eliminarlas. Por lo consiguiente deben ser propuestas aquellas reformas que se traduzcan en una progresiva reducción del poder de represión y que sean concretamente realizables porque corresponden al nivel de conciencia política de las masas populares<sup>3</sup>.

De esta forma, se puede afirmar sin excesos que el remedio que en la actualidad se utiliza a manera de política criminal, y que se basa esencialmente sobre la sanción privativa de la libertad, con sabor puramente retribucionista o de castigo, se ha convertido o se está convirtiendo en uno de los factores de mayor estímulo de la criminalidad, si no de toda, sí por lo menos de cierto tipo de criminalidad identificable por sus claros orígenes provenientes de las desigualdades que en todos los órdenes de la sociedad moderna se viven y que requiere un replanteamiento de la situación sobre la base de que se acepte, sin reservas, que en ciertos casos, los más, la cárcel representa precisamente la consolidación de una carrera criminal, lo cual significa que el sistema punitivo montado sobre el castigo y la simple retribución, ha hecho crisis. Y que, además, entre otros instrumentos de política criminal, el derecho penal es, en último análisis, el más inadecuado para afrontar esa lucha, salvo que se lo considere, como dice BARATTA, no como un sistema estático de normas, sino como un sistema dinámico de funciones que lleve a la revisión de los sistemas punitivos para que se estructure o se forme una política criminal que considere la revisión de las estructuras político-sociales que son el caldo de cultivo del delito. Es decir, de una política criminal que considere la posibilidad de una transforma-

<sup>1</sup> H. C. FRAGOSO, “Igualdad y desigualdad en la administración de justicia”, en *Derecho penal y derechos humanos*, 1977, págs. 28 y ss.

<sup>2</sup> *La questione criminale*, 1977, págs. 339 y ss.

<sup>3</sup> *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, Jovene, 1976, pág. 33.

ción social e institucional en sentido amplio, y no se quede, como está sucediendo hoy en la mayoría de países, en simples reformas a los códigos penales y de procedimiento, porque, se repite, la experiencia nos ha enseñado a través de los siglos, que tales sistemas no han dado el resultado deseado.

Por lo mismo, se sostiene por los patrocinadores de la política criminal alternativa, que lo primero que deberá hacerse es la revisión de los códigos en procura de buscar una "despenalización" de las conductas, buscando una apertura de la prisión hacia la sociedad, para evitar que el ejército de marginados por los factores estigmatizantes del encarcelamiento sigan engrosando esa turba de delincuentes potenciales o efectivos que amenazan seriamente con la estabilidad de la sociedad.

Atendiendo posiblemente a todas estas inquietudes, o a otras semejantes, se fundó en el año de 1949 la Société Internationale de Défense Sociale, que publicó con esa ocasión un "programa mínimo" que contiene las bases sobre las cuales se puede construir una política criminal vista sobre una nueva concepción de la llamada defensa social. De ese "programa mínimo" se destaca uno de sus importantes principios:

*La lucha contra la criminalidad debe ser reconocida como una de las tareas más importantes que incumben a la sociedad.*

Y al pronunciarse el congreso sobre los "principios fundamentales del derecho criminal", dijo que era necesario "reconocer que el verdadero fin del derecho criminal no es otro que el de la protección de la sociedad y de sus miembros contra la criminalidad"; y agregaba: "persiguiendo este fin, conviene asegurar como primera cosa el respeto a los valores humanos y convencerse de que no se puede, en buena conciencia, exigir de los delincuentes una conducta intachable si no se observa en relación con ello, métodos conformes con los principios de nuestra civilización. La política criminal debe inspirarse en la tradición humanística, base de nuestra cultura".

MARC ANCEL, uno de los más prominentes difusores y defensores de la política criminal que se orienta sobre la "nueva defensa social" escribe que el significado que modernamente se le da a tal expresión "se presenta, en primer lugar, como una reacción contra aquel sistema únicamente retributivo. Antes bien, y precisamente en este sentido, el término de 'defensa social' adquiere una dimensión o, si se prefiere, una nueva autonomía; él implica una concepción renovada de la lucha contra la delincuencia; presupone, más allá del derecho penal entendido como técnica jurídica, una política criminal deliberada y fundada sobre datos de las ciencias sociales y de la criminología. Esa política criminal se basa sobre una premisa esencial: puesto que el delito es un hecho social y un acto del hombre, el suceso no puede considerarse concluido con la calificación jurídica y la aplicación de una pena legal: debemos aún comprender el delito en cuanto fenómeno socio-individual, prevenir la comisión o la reiteración, estudiar la actitud que debe tomarse frente a su autor, más allá de la calificación dictada por el Código"<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> MARC ANCEL, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966, págs. 25 y ss.

Y reconociendo y respetando los derechos humanos del delincuente para tratarlo, no pretendemos cambiar —como lo afirmaba ese gran retribucionista que fue MAGGIORE— un derecho penal por un derecho *premier*, ya que de lo que se trata es de humanizar al máximo el derecho penal sobre las bases del respeto a la persona humana, a los valores morales e individuales que hay que reconocer en todo ser y, fundamentalmente, que se entienda que el derecho penal no es apenas y simplemente el albergue o el recipiente de un sinnúmero de teorías, sin contenido real, sin relación alguna con la vida de la sociedad, sino una ciencia que tiene que acercarse, que debe acercarse cada día más a la realidad para que no se convierta apenas en una especie de gimnasio intelectual, en el cual, además, y como lo anota con tanta autoridad ANTOLISEI, se utiliza un lenguaje extremadamente especializado que se presenta casi como una jerga.

# TRATAMIENTO LEGISLATIVO DIFERENCIAL DE LAS CONDUCTAS QUE AFECTAN DERECHOS INDIVIDUALES Y SOCIALES, EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL\*

Doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Magistrado del Honorable Tribunal Superior de Cali. Profesor  
de la Universidad San Buenaventura.

## I

A primera vista consideraríamos que los delitos que protegen el orden económico social, ninguna relación tienen con aquellos que defienden el patrimonio individual, pero si esa comparación la concebimos para determinar cuál es el tratamiento punitivo que el legislador colombiano da a las conductas que protegen derechos individuales y a las que defienden derechos sociales, surge la importancia de establecer una relación entre estos dos títulos del nuevo Código Penal que nos servirán para llegar a conclusiones desconcertantes.

En honor a la brevedad haremos una mención muy esquemática de cuáles son los cambios e innovaciones que se introducen en relación a las conductas protectoras de estos bienes jurídicos, para luego hacer un breve análisis de la interrelación existente entre el agente y la víctima en las dos instituciones y finalmente comparar la punibilidad que se da a todas estas figuras y las consecuencias que de este tratamiento podemos extractar.

## II

El título que contempla los *Delitos contra el patrimonio* inicia su modificación con el cambio de nombre utilizando el vocablo "patrimonio", mucho más adecuado que el de "propiedad", pues los tratadistas han sido unánimes en aceptar que el Código Penal no solo protege el derecho de propiedad, sino también la mera tenencia, la posesión, etc., y por tanto al usar el vocablo "propiedad" se estaba dando una idea restringida del derecho que efectivamente protegía. Al aludirse a patrimonio, debemos entenderlo como la universalidad de bienes, derechos reales y personales que tiene una persona natural o jurídica.

\* El presente es el texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali, el 29 de marzo de 1980, por invitación del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca y la Universidad Libre, Seccional Cali. Este trabajo ha sido publicado ya en la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, núm. 3, 1980, y se reproduce con las debidas autorizaciones.

La segunda innovación importante es la desaparición del "robo" como delito autónomo, para convertirse de manera mucho más técnica en un hurto calificado por la violencia, la indefensión de la víctima o el escalamiento, etc. (art. 350), o, en otros casos, en un hurto agravado al cometerse en despoblado (art. 351, num. 9).

De esta manera se suma nuestro legislador a la corriente legislativa dominante en la mayoría de los códigos contemporáneos.

Debemos igualmente destacar como un buen avance técnico, la desaparición del atraco (art. 405), forma imperfecta del robo que antitécnicamente quiso consagrarse de manera autónoma, justificándolo con la argumentación de que el atraco proliferaba en nuestra capital y era menester darle un tratamiento punitivo diverso del que surgiría de la conjugación del dispositivo amplificador del tipo.

Se tipifica en el art. 352 el hurto de uso, conducta que se ha venido aplicando doctrinariamente por los jueces, pero no sin ciertas dudas ni unanimidad de criterios. Al consagrarse de manera expresa se eliminan las controversias que su aplicación pudiera haber despertado.

Surge igualmente como una nueva conducta típica, el hurto entre condueños (art. 353), solucionándose con ello un gravísimo problema surgido de disputas entre los dueños de indivisos y que en muchas ocasiones había generado verdaderas situaciones de impunidad, puesto que al no existir delimitación judicial de la propiedad de cada cual, no surgía la sanción penal, alegándose que mientras existiera la comunidad, era imposible el señalamiento de lo ilícitamente apropiado.

Se crea una nueva conducta en relación con la alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (art. 355); es un tipo mal ubicado, porque la conducta se realiza para ocultar el delito contra el patrimonio, generalmente con posterioridad a su perfeccionamiento. Tal como está concebido debería ubicarse en el título de los *Delitos contra la fe pública*, porque las marcas de ganado son signos debidamente registrados ante las alcaldías, que los ganaderos utilizan para indicar su propiedad en los vacunos y cabalares. El registro oficial de esta marca es indispensable para cualquier negociación, transporte o sacrificio de ganado, al alterarse, desfigurarse o suplantarse una de estas marcas se atenta contra la fe pública y no contra el patrimonio.

En acertada decisión se suprime el chantaje como una forma autónoma, pues era opinión unánime de los doctrinantes que no era más que una modalidad de la extorsión y al existir esta figura, era innecesaria la otra. En este caso hay extorsión por utilización de la violencia moral (art. 355).

Se solucionan grandes problemas al incluirse dentro de este título los hasta ahora llamados delitos innominados de cheques, pues por ser de creación posterior al Código, no tenían una ubicación en ningún título en especial. En las condiciones anteriores se afirma con razón que se trata de un delito pluriofensivo porque atenta simultáneamente contra el orden económico-social, contra el patrimonio y en ocasiones contra la fe pública, pero de la misma manera nadie podría desconocer que básicamente el bien jurídico mayormente afectado es el

patrimonio (art. 357). Dentro de esta correcta ubicación se corrigen errores del decreto 1135 de 1970, tal la desaparición de la acción penal que originaba el cheque post-fecha. Este exabrupto legislativo validado por la Corte Suprema de Justicia que desconoció el principio constitucional de no existir prisión por deudas, cuando en sentencia de marzo de 1971 declaró la exequibilidad de dicho decreto en cuanto a este tema.

Se crea como conducta típica el aprovechamiento del error ajeno o del caso fortuito, para efectos de obtener ilícito aprovechamiento patrimonial; concepción bastante afortunada porque esta maliciosa conducta que florece con mayor frecuencia de la que se cree, era un verdadero espacio de libertad al no aparecer tipificada, al contrario de lo que sucede con conducta similar en los delitos contra la Administración Pública, específicamente el peculado por error ajeno (art. 135), que en el Código que se deroga constituye de manera antitécnica una inadecuada forma de concusión (art. 159).

Se crea como conducta típica la del deudor que con perjuicio del acreedor abandona, oculta, transforma o enajena por cualquier medio o dispone del bien gravado con prenda, conducta de regular frecuencia, siendo muchos los deudores que aprovechando la circunstancia de ser tenedores del bien dado en prenda realizan conductas lesivas a los intereses del acreedor, que hoy constituyen verdaderos espacios de libertad, pues su atipicidad es incuestionable (art. 364), en algunos casos (abandono, ocultamiento) y abuso de confianza en otros (enajenaciones).

Se tipifica la sustracción del bien propio (art. 363) buscando la protección del depositario, arrendatario, prendario, poseedor con reserva de dominio y personas que tenían derecho a la sola posesión de determinados bienes, que son sometidos a innumerables abusos por los que conservan el derecho de dominio, que ante el menor incumplimiento de los primeros se apoderaban de manera arbitraria de tales bienes. Esto se observa especialmente en las costumbres de nuestros comerciantes, cuando venden a crédito, reservándose el dominio.

La usura desaparece como un delito contra el patrimonio económico y pasa a formar parte del título que protege el orden económico-social (art. 235). Esta reubicación es acertada, porque se trata de una conducta pluriofensiva, que además de lesionar el patrimonio individual, de manera más grave conculca el orden económico, pues los intereses usurarios descomponen toda actividad de tipo agropecuario, comercial o industrial.

Si observamos el proyecto del 74, este utilizaba la fórmula "el que por dos o más veces obtenga intereses o ventajas usurarias..."; mientras que en el proyecto 78 se dice: "El que por dos o más veces, en el término de un año..."; mientras que el Código aprobado dice: "El que reciba o cobre, directa o indirectamente, de una o varias personas, en el término de un año...". Como se puede ver ha sido característica típica de la usura, la reiteración o periodicidad de la conducta, exigencia que ha dificultado su prueba, pues en el Código actual es menester demostrar que el sujeto activo del delito obtuvo intereses usurarios por más de tres veces (art. 426); en el proyecto 74, esta exigencia se reduce a dos ocasiones, mientras que el proyecto 78 ya dificultaba la situación al

exigir que tales intereses usurarios fueran obtenidos en dos ocasiones pero dentro de un mismo año, mientras que el nuevo Código menciona el período de un año, pero sin decir qué periodicidad se exige para entender consumado el delito. Al no mencionar el número de veces en que se deben obtener ventajas usurarias puede interpretarse la norma (art. 235, modificado por el art. 1° del decreto 141 de 1980) como exigiendo durante todo el año (12 mensualidades) la obtención de ventajas usurarias, lo que la haría inaplicable en la práctica. También podría pensarse, que como en la parte final de la norma alude a "operación" en singular, el legislador exige solo una transacción usuraria. De todas maneras nos parece más factible la primera interpretación y esta falta de claridad en la norma originará problemas de aplicación que redundarán en perjuicio de numerosas víctimas, personas de más bajos recursos económicos, para quienes las puertas del crédito bancario se encuentran cerradas.

Presenta como agravante la apropiación realizada sobre bienes del Estado (art. 372); esta es una afortunada innovación, pues, al contrario de lo que piensan muchos compatriotas que los bienes del Estado no son de persona alguna, son patrimonio de todos y por tal motivo deben tener una mayor protección.

Se eliminan las figuras denominadas del hurto famélico (art. 430) y hurto familiar (art. 431) porque son innecesarias, pues constituyen simples modalidades del estado de necesidad, legislado ya en la parte general del Código.

Merece especial referencia una nueva figura, la denominada del fraude procesal (art. 182), que aparece como un delito contra la administración de justicia, y porque su existencia legal va a tener profundas repercusiones interpretativas sobre una forma de la estafa que tradicionalmente ha sido denominada por los autores como estafa procesal.

Esta conducta no aparece en el Código Penal italiano de 1890 (Código de ZANARDELLI) y por vez primera se consagra en el Código de ROCCO de 1930 en su artículo 374. Creemos que su aparición en este nuevo Código Penal va a originar la misma polémica jurisprudencial y doctrinaria que se dio en Italia cuando bajo la vigencia del Código de ZANARDELLI, la Corte, de 1890 a 1931, de 14 decisiones jurisprudenciales aceptó la existencia de la estafa procesal en 13 de ellas y la negó en una, dictada precisamente cuando el Código de ROCCO había sido expedido pero sin que hubiera entrado a regir.

En vigencia del Código de ROCCO la Corte se ha pronunciado en 18 ocasiones negando la existencia de la estafa procesal en 17, y aceptándola en una ocasión<sup>1</sup>.

La posición aparentemente contradictoria de la Corte italiana es explicable, porque es criterio casi unánime de los autores que al existir tipificado el fraude procesal se elimina la posibilidad de la estafa.

Sin querer entrar en tan interesante polémica debemos simplemente trazar algunas inquietudes que podrán ser la base para que se inicie la controversia entre nosotros. El fraude es un delito contra la administración de justicia y es

<sup>1</sup> HORACIO GARCÍA OLIVA, *La estafa procesal*, Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid, 1974, pág. 150.

de mera conducta, porque el tipo se configura cuando el sujeto activo a través de cualquier medio engañoso obtiene una decisión jurisdiccional o administrativa; mientras que la estafa procesal es un delito contra el patrimonio económico individual, de resultado, porque para su consumación se requiere la existencia de provecho económico de una parte y el perjuicio consecuente de la otra.

Si hasta ahora que nos hemos encontrado en la misma situación de los italianos cuando regía el Código de ZANARDELLI, hay algunos autores que niegan la existencia de la estafa procesal<sup>2</sup> porque es atípica, el problema será mucho más arduo cuando además de seguir con la misma argumentación, podría pensarse en una situación de incompatibilidad de las dos conductas que lleva a concluir en la exclusión de una de ellas (la estafa) para efectos de su punibilidad, sin descartarse que se puede pensar en un concurso formal de tipos, o, con el español GARCÍA OLIVA, en un concurso real<sup>3</sup>.

### III

Los delitos contra el orden económico-social sufren las más notables y positivas modificaciones en el Código Penal de 1980, y hacemos esta afirmación porque el legislador colombiano ha desatendido de manera secular la protección de los derechos sociales, mientras ha dado una rabiosa protección a los derechos individuales, entendiendo tal posición sobre la base de ser la expresión legislativa de un país que vive bajo la orientación de la filosofía liberal, que concreta la forma de actuar de las democracias occidentales.

Algunas de las conductas que ahora se consagran como delictivas, en la actualidad o son simples infracciones administrativas (decreto 046 de 1965), o, en el peor de los casos, contravenciones policivas (decreto 522 de 1971). De manera que el solo hecho de que el legislador haya visto la real trascendencia de tales conductas para considerarlas como delictivas ya es un positivo avance que debemos destacar y alabar.

Se crea el acaparamiento en el artículo 229, consistente en sustraer del comercio artículo considerado oficialmente como de primera necesidad.

Tipifica la especulación en el artículo 230, consistente en vender artículos considerados de primera necesidad a precios superiores de los señalados oficialmente.

Se considera como delictiva la alteración o modificación de calidad, cantidad, peso o medida de los bienes considerados como de primera necesidad (art. 232). En la actualidad esta conducta es una mera contravención de acuerdo a las previsiones del decreto 522 de 1971. Era necesario que nuestro legislador diera una efectiva protección penal a los insuficientes ingresos de la mayoría del pueblo colombiano, que ve disminuir su capacidad de compra de los artículos de primera necesidad, precisamente por las actividades ilícitas de industriales y comerciantes que buscan las utilidades de cualquier manera, así esta implique perjuicio a la colectividad.

<sup>2</sup> JULIO ROMERO SOTO, *Temas y casos del derecho penal y de procedimiento penal*, Bogotá, Librería El Profesional, 1978, pág. 325.

<sup>3</sup> Obra citada, pág. 398.

Se tipifica como una nueva conducta la explotación comercial, constituida por aquellos que venden o enajenan bienes recibidos para su distribución gratuita, situación que prolifera especialmente cuando por la ocurrencia de ciertas catástrofes se reciben inmensas donaciones en especie, de entidades nacionales y extranjeras. Ya cuando se discutía el proyecto de 1974 el doctor REYES ECHANDÍA mencionaba la venta ilícita de las donaciones que hacía Care para las familias de más bajos recursos<sup>4</sup>.

Se tipifica la usurpación y uso ilegítimo de marcas y patentes (arts. 236 y 237) en un positivo reconocimiento a la propiedad intelectual, que a nivel de protección penal en nuestro país ha venido recibiendo un tratamiento diferencial, en relación a los bienes materiales.

Se fija punibilidad a la conducta del que sustrae cosa propia al cumplimiento de deberes legales (art. 239), concretándose a nivel de protección penal el principio constitucional que consagra que la propiedad tiene función social que implica obligaciones (art. 30), que hasta ahora y en el aspecto que nos interesa no ha pasado de ser un principio eminentemente romántico.

Se crea como nueva conducta, la exportación ficticia que viene a constituir una respuesta de la Comisión Redactora a la angustia del gobierno nacional que creó los famosos Certificados de Abono Tributario (CAT), para con ello fomentar las exportaciones menores, pero que prácticamente desde su nacimiento se convirtieron en un medio de enriquecimiento ilícito para ciertos delinquentes que simulaban exportaciones para obtener los C.A.T., creando un verdadero desorden y anarquía en el mercado económico y a nivel de la Administración de Hacienda, puesto que en primer lugar, equivocadamente pensábamos que nuestras exportaciones habían aumentado considerablemente sin ser realidad, y de otro lado se realizó un verdadero fraude a las arcas del Estado porque los estímulos tributarios constituyeron una sangría a sus rentas sin que se estimulara la actividad que los originó.

Se tipifica la conducta de quien dé aplicación fraudulenta a crédito oficialmente regulado, porque el Estado, con el benéfico propósito de fomentar determinadas actividades, ha creado créditos privilegiados en las tasas de interés y los plazos. Dentro de este grupo, podemos recordar los de fomento turístico, agropecuario e industrial: pero se ha dado el caso en que ciertos personajes han obtenido esta clase de créditos para dedicarlos a actividades diversas de aquellas que justificaron su aprobación presentándose una situación de desventaja, que en primer lugar no afecta el renglón que se ha considerado prioritario en la economía, y en segundo lugar, surge dentro del mercado de capitales algunos que colocan a la competencia en situación de desigualdad, al tener que trabajar en las actividades ordinarias, con los créditos bancarios normales, mientras que otros usufructúan privilegios financieros.

Se consagran también los delitos atentatorios contra la ecología, que era una necesidad nacional, porque la actividad depredadora del hombre está con-

<sup>4</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Anteproyecto de Código Penal 1974*, Imprenta de la Penitenciaría Nacional de La Picota, Bogotá, pág. 537.

virtiendo el universo en un sitio inhabitado por los múltiples contaminantes surgidos de las diversas gamas del quehacer humano.

#### IV

Planteadas a *grosso modo* las características de los delitos que atentan contra estos bienes jurídicos, ¿podría pensarse que sean instituciones jurídicas que admiten comparación? Creemos que sí, así sea para destacar las contradicciones y por sobre todo la ausencia de una política criminal definida.

Los delitos contra el patrimonio protegen un derecho fundamentalmente individualista, que afecta generalmente a una persona y de manera excepcional a un grupo más o menos reducido de personas; al contrario de lo que sucede con los delitos contra el orden económico social que además de ser pluriofensivos conculcan intereses siempre colectivos. Estos son de mayor importancia valorativa y por ello han debido recibir un tratamiento punitivo acorde con la trascendencia de los valores protegidos y no como sucedió en la realidad, cuando parece haberse olvidado esa función retributiva del derecho penal y de la pena, que exige una determinada proporción entre el daño ocasionado y el castigo recibido.

Son delitos pluriofensivos porque además de desconocer o alterar el orden económico-social afectan el patrimonio individual, que es lo que sucede cuando se paga por un artículo sumas superiores a la del precio justo, o cuando se recibe un artículo que en su calidad, cantidad, peso o medidas es inferior a las especificadas o a las que normalmente debería tener.

Atentan además contra la seguridad pública, porque esta, como lo anota LUIS CARLOS PÉREZ, es "la certeza que se da a los ciudadanos de que sus derechos tienen garantía en la ley y en los ejecutores de esta"<sup>5</sup>, y por ello consideramos que de la misma manera que se pone en peligro la seguridad pública con la violación de medidas sanitarias, con la corrupción de alimentos, con el terrorismo y el concierto para delinquir, igual sucede con la acción de los acaparadores y especuladores que colocan en perspectiva de hambre física la inmensa mayoría de la colectividad, porque sus ingresos deficientes no alcanzan para cubrir las utilidades de los comerciantes de la necesidad. Por inseguridad no debemos entender únicamente el limitado sentimiento de los que temen perder la vida o la propiedad en manos de los secuestradores y extorsionadores, sino que inseguridad también es "la inseguridad a poder seguir viviendo, o mejor, la seguridad de seguir muriendo en vida"<sup>6</sup>.

En algunas ocasiones este tipo de conductas también atentan contra la fe pública, entendiendo por esta el concepto que nos da PESSINA cuando dice: "es la fe sancionada por el Estado, la fuerza probatoria por él atribuida a algunos objetos, signos o formas exteriores"<sup>7</sup>, porque cuando se alteran o modifican las

<sup>5</sup> LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1971, t. IV, pág. 42.

<sup>6</sup> EDGAR SAAVEDRA R., ÁLVARO ROJAS, FERNANDO TOCORA, MYRIAM DE SAAVEDRA, NORMA MIRYAM BEJARANO, *Fraudes alimentarios en Cali 1979*, Universidad San Buenaventura, 1979, pág. 29.

<sup>7</sup> Cit. por LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., t. III, pág. 536.

calidades especificadas, la cantidad establecida o las pesas o medidas, se falta a la fe pública que el Estado otorga a dichas medidas o registros de calidad, peso o medida, registros oficiales que llevan al ciudadano a confiar en los artículos que se le dan con tales especificaciones.

En diversos códigos latinoamericanos estas conductas están ubicadas en el título que protege la fe pública, y así se constata en los códigos penales de la Argentina (art. 200); Bolivia (art. 219); Brasil (art. 315); Chile (art. 317); Ecuador (art. 433); Panamá (art. 277); Uruguay (art. 226) y Venezuela (art. 371).

De igual manera se pone en peligro la vida y la integridad personal con algunas de estas conductas, pues a través de la alteración o modificación de la calidad en bienes de primera necesidad, se puede poner en peligro la vida o integridad personal de los asociados. Prueba de ello es que algunos códigos latinoamericanos contemplan como forma agravada de esta conducta cuando a consecuencia de la ingestión de sustancias modificadas en su calidad se produce la muerte o lesión a alguien.

Así lo dispone el Código Penal argentino en su artículo 200; el boliviano en el 219; el brasileño en el 315; el chileno en el 317; el ecuatoriano en el 433; el panameño en el 277; el uruguayo en el 226; el venezolano en el 371.

Igualmente, y por lo menos de manera indirecta, estos delitos atentan contra el régimen constitucional, porque es evidente que el descontento político surge de las injusticias sociales, que se acrecientan cuando el Estado a través de su administración es incapaz de controlar los excesos que surgen de la actividad económica de una nación. Entre nosotros generalmente hay identidad entre poder político y poder económico, porque o bien a las altas dignidades del Estado solo pueden llegar los poderosos o porque la dirigencia política se constituye en vocera y representante de los que detentan el poder económico. El hecho anterior se traduce en la existencia de normas clasistas, que buscan la protección de un determinado sector de la colectividad y es así como por ejemplo, el término inseguridad se identifica con el peligro existente para los derechos reservados a los que tienen patrimonio que puede verse en peligro por las acciones ilícitas de los humildes, pero jamás se piensa o se habla de la inseguridad de los que nada tienen y cuya existencia se traduce en la sola tragedia de subsistir.

En el mundo de los negocios son muchos los que en busca de utilidades realizan conductas dañinas en perjuicio de los humildes, que observan con asombro cómo sus precarios salarios pierden día a día el poder adquisitivo. Hechos sociales de esta naturaleza, de manera necesaria deben generar ideas de rebeldía contra el establecimiento, en la búsqueda de concepciones políticas que por lo menos en teoría garanticen equidad, justicia y una verdadera democracia.

Finalmente considero que la existencia de estos delitos pone en peligro el buen funcionamiento de la administración pública, porque si bien la criminalidad convencional busca en la venalidad del funcionario público la impunidad de la conducta, a nivel de criminalidad de cuello blanco, la potencialidad criminal a

este nivel es mucho mayor puesto que el poder económico es sustancialmente superior, las grandes compañías nacionales y trasnacionales no tienen inconveniente en infringir o eludir el ordenamiento jurídico, pues encuentran en el cómplice aliado para que los ordenamientos jurídicos relativos a las aduanas, la hacienda pública, la economía nacional, sean inexistentes a sus finalidades. Al poseer mayor capacidad de corrupción, atentan más grave y frecuentemente contra la buena administración pública.

Las anteriores reflexiones demuestran desde el punto de vista valorativo, que los delitos contra el orden económico social tienen una mayor importancia que los delitos contra el patrimonio. Consecuentemente deberían tener asignadas penas de mayor entidad que aquellas conductas que se limitan a tutelar meros derechos individuales.

## V

### *Interrelación existente entre el sujeto activo del delito y su víctima*

En los delitos contra el patrimonio económico, generalmente los agentes son personas que pertenecen a estratos socioeconómicos inferiores, sin desconocer que también excepcionalmente son cometidos por personas de clase alta o media. Por eso dentro del concepto generalizado que tenemos de inseguridad, un ejemplo es la sensación que surge cuando se nos acerca una persona que por su porte o vestimenta da la apariencia de pobreza. Hemos llegado a identificar miseria con delincuencia. Consecuentemente las víctimas son personas que poseen un patrimonio, puesto en peligro por la acción de los que encuentran en el delito casi que su única forma de subsistencia, y a mayor capacidad económica están en inminencia de ser víctimas, apresurándose los voceros de los grandes gremios a respaldar los estatutos de seguridad que los protegen de manera especial.

Al contrario de lo que sucede con los delitos contra el orden económico, cuyos agentes son comerciantes, industriales, quienes están en los estratos socioeconómicos superiores, que no reciben estigmatización legal ni social, son considerados caballeros de industria y reciben un tratamiento legislativo diferencial, porque como ya lo anotara SUTHERLAND en 1935, constituye criminalidad de cuello blanco con características propias y diferenciales de lo que hasta hoy se ha conocido como criminalidad convencional<sup>8</sup> que sí es estigmatizada a nivel legislativo, social, judicial, policivo y penitenciario. La víctima de esta delincuencia es la sociedad, pero sus efectos más negativos recaen sobre las personas que pertenecen a los estratos socioeconómicos más bajos.

## VI

### *Tratamiento legislativo diferencial*

En el Código de 1936, que regirá hasta enero de 1981, el tratamiento legislativo diferencial es abismal; muchas de las conductas ni siquiera fueron

<sup>8</sup> EDWIN SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969, pág. 167.

consideradas como delitos (acaparamiento, especulación, etc.), mientras que las que sí lo fueron tienen penas ostensiblemente menores a las señaladas para los delitos contra la propiedad. La venta de artículo de primera necesidad en cantidad inferior a la declarada o convenida, tiene una pena oscilante, de arresto de diez días a un año; la alteración de pesas o medidas, arresto de un mes a un año (C. P., arts. 283 y 284).

Como si la diferencia no fuera notable, algunas conductas inicialmente consideradas como delictuales, perdieron tal calidad para ser contravenciones en virtud de los decretos 1118 de 1970 y 522 de 1971 especialmente. Este último decreto en el artículo 37 señala una pena de arresto de uno a tres años para quien adultere bebidas para consumo humano; el 38, pena de uno a seis meses de arresto para quien altere o adultere o la suministre en tal estado; el 39, pena de multa de doscientos a diez mil pesos a quien venda cosas destinadas al comercio en cantidad o calidad inferior a la declarada o convenida; el 40, multa de mil a veinte mil pesos a quien induzca en error sobre la procedencia o contenido de un artículo con distintivos o marcas; y el 41, multa de quinientos a mil pesos al que tenga pesas o medidas adulteradas.

Hay una subvaloración del derecho tutelado dentro de la escala común y como consecuencia del anterior tratamiento legislativo diferencial se señala a las entidades delictivas penas muy benignas, para luego quitarles ese carácter a algunas de ellas, y dejarlas en simples contravenciones.

Y lo contrario sucede cuando se trata de proteger la propiedad individual; las penas son sustancialmente más graves. Hurto, de seis meses a seis años de prisión (art. 397); estafa, de uno a siete años de prisión y multa (art. 408); abuso de confianza, de seis meses a tres años de prisión y multa; y al contrario de lo sucedido con las conductas relativas a la economía, estas, en los años posteriores a la expedición del Código, no han sido convertidas en contravenciones, pero sí ha aumentado la penalidad, por ejemplo, en el hurto, de uno a seis años de prisión (ley 21 de 1973, art. 7°).

La situación no es sustancialmente distinta en el nuevo Código. Debemos sí reconocer que de todas maneras hay un avance, pues muchas de las conductas salen del derecho administrativo o del derecho contravencional para convertirse en delitos, pero a nivel punitivo observamos el tratamiento legislativo diferencial, pues mientras el acaparamiento y la especulación no exceden de dos años y multa máxima de un millón de pesos (arts. 229 y 230), la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida, pena de prisión máxima de dos años y multa de cien mil pesos (art. 231); delitos como el hurto tienen pena hasta de seis años (art. 349); la estafa, hasta diez años (art. 356); el abuso de confianza, hasta cinco años (art. 358).

Ya habíamos dicho que con los delitos contra el patrimonio socioeconómico, también se vulnera el patrimonio individual de las personas, porque muchas de estas conductas ilícitas relativas a la economía son pequeñas estafas o hurtos, en cuanto atañen al individuo directamente perjudicado, pero gigantescas estafas o hurtos, si consideramos a toda la colectividad lesionada. ¿Cuál entonces la razón para que se sancione más gravemente al pequeño ladrón o estafador y no

al caballero de industria que condena al hambre y al sufrimiento a miles de compatriotas? ¿Merece dentro de la escala valorativa del legislador, mayor protección el derecho del individuo que el de la colectividad?

Principio general de nuestra estructura jurídica es que el bien común prima sobre el bien individual y por tanto el legislador colombiano al elaborar la norma penal contraría dicho principio de manera radical. Con este tipo de actitudes damos razones a los marxistas cuando predicán que el derecho es un instrumento de opresión de una clase sobre otra.

Con lo anterior no pretendo ni exijo que la criminalidad de cuello blanco debe recibir un tratamiento punitivo a nivel de pena privativa de la libertad, superior a la que el legislador señala para la convencional. No podría hacer esta afirmación, porque sería un castigo inútil, puesto que es universalmente reconocido que estos criminales no necesitan de este tipo de medidas represivas, ni menos de tratamiento readaptador que surge de la parte ejecutiva de la pena privativa de la libertad. Considero se deben buscar medidas con poder intimidante (las actuales no las tienen, porque en el peor de los casos, si el proceso se adelanta y se condena, se tendría derecho a varias formas de libertad provisional y luego a la condena condicional). Así como el motivo de la delincuencia es de carácter económico, se debe buscar en multas considerables la sanción, que constituya un verdadero peligro para sus actividades ilícitas; estas deben guardar proporción con las utilidades ilícitas obtenidas. Hoy una multa de un millón de pesos parece cuantiosa, pero si la alteración de pesas y medidas o la modificación de calidades o el acaparamiento y la especulación garantizan utilidades de muchos millones, resulta atractivo cometer el delito, pues en el peor de los casos se paga la multa y se obtienen jugosas utilidades.

Además de lo anterior, debemos reconocer que los códigos penales se dictan para tener una larga vigencia; es así como el Código de 1890 duró casi medio siglo, mientras que su remplazante de 1936 supera las cuatro décadas. Conservando la tradición en cuanto a la duración de los códigos, nos preguntamos sobre la base de la devaluación agobiante que nos acosa, ¿qué será un millón de pesos dentro de 40 ó 50 años? Creemos que la multa fija como caución a este tipo de criminalidad no es la solución equitativa a la gravedad de sus conductas y creo que la solución hubiera sido la que propuse a la Comisión Redactora, pero que desafortunadamente fue rechazada. Hoy sigo creyendo que las multas para este tipo de sanción deben señalarse dentro del proceso por intermedio de peritos, teniendo en cuenta los daños ocasionados o los perjuicios sufridos. De tal manera, que estas siempre estarían actualizadas pese a la constante devaluación y proporcional a los perjuicios ocasionados. El recientemente expedido Código Sanitario Nacional (ley 9ª de 1979) es consciente de este problema y la cuantía de la multa tiene un límite correspondiente a 10.000 veces el salario mínimo legal. Lo anterior no es violatorio del principio de la legalidad de los delitos y de las penas, porque la cuantía de la multa no quedaría al arbitrio del juez, sino que este tendría siempre el limitante de los daños o beneficios objetivamente ocasionados o logrados por el criminal, que serían señalados mediante la intervención de peritos. Bien sabemos que el principio tiene su origen histó-

rico en la rebelión contra el absolutismo de la monarquía de los Luises, en la que los jueces eran omnímodos para crear de acuerdo a las necesidades políticas, delitos, procedimientos o sanciones. Ese abuso y el respeto a la legalidad de las penas quedarían cubiertos con la fórmula propuesta y que de manera definitiva vendría a garantizar una verdadera equidad en el castigo de esta peligrosa delincuencia.

Nuestra crítica a este tipo de punibilidad no queda soslayada con la existencia del comiso (art. 110 C. P.), porque bien sabemos de la habilidad de nuestros delincuentes, que dejan a los jueces con un gesto de impotencia porque solo excepcionalmente es posible decomisar los valores que provienen de la actividad delictiva. Es indispensable que las multas sean realmente intimidantes y que garanticen su adecuación a la realidad de los daños ocasionados por los criminales de cuello blanco.

Con las anteriores digresiones concluimos que el legislador colombiano, de manera consciente o inconsciente, ha venido dando tratamiento legislativo diferencial a las conductas típicas que protegen derechos sociales e individuales, contrariando, con tal política, las directrices generales que orientan nuestra estructura jurídica.

# EL HOMICIDIO EUTANÁSICO

“LA PIEDAD HOMICIDA”

Doctor ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ

Profesor de Derecho Penal en la Universidad del Cauca

“Muchos mueren demasiado tarde y algunos demasiado pronto. La doctrina que dice ¡Muere a tiempo! parece aun extraña”.

NIETZCHE<sup>1</sup>

## I. *El valor de la vida*

### 1. EL “SER” HOMBRE

“Yo os anuncio al Super Hombre.  
El hombre es algo que debe ser superado  
¿Qué habéis hecho para superarle?”.

En estas desafiantes frases de NIETZCHE, se encierran el reto hacia la conquista del hombre superior (*Übermensch*), y el angustioso interrogante sobre lo que hemos de hacer para superarnos. Y esa superación, como especie, para algunos es una superación individual y aislada, otros creen que su elevamiento es racial o religioso, y no faltan quienes vean la superación con criterio económico y de producción, llegando así la vida a tomar los más disímiles valores, según el interés con que se aprecien.

Lo cierto es que, históricamente, la vida ha tenido en el decurso del devenir social, muy distintos valores y significados. Así, ha pasado desde el valor de mero objeto, a la sublimación del interés excelso, para caer ahora último en ciertas sociedades, nuevamente a cosificarse con el valor que “al hombre mercancía” se le da. En Occidente el valor de la vida, se desespiritualiza, el hombre es un engranaje en la máquina “humano-mecánica” de producción de riqueza mientras que en el Oriente la vida se espiritualiza, pero con valor espiritual carente de sentido para esta vida, pues para el oriental la vida no es más que una tormentosa prueba para que el espíritu pase hacia una nueva encarnación; de allí que la muerte no significa gran cosa.

Así en nuestra sociedad de consumo, ya son escasos los casos de “muerte por piedad”, la cual se ve remplazada más por un criterio utilitarista, y abunda más la muerte por motivación económica, social, demencial, etc.; ¡la piedad, se ha refugiado y cede su paso a la necesidad!

<sup>1</sup> FEDERICO NIETZCHE, *Así hablaba Zaratustra*, Ed. Bedout, Medellín, 1971, pág. 73.

### 2. EL HOMBRE “MERCANCÍA”

Dentro de las necesidades que el hombre afronta, y que crecen cada día con el desarrollo social, unas son naturales y consustanciales a su naturaleza y al medio ambiental (hombre como ser natural), otras son estrictamente sociales y emergen de las relaciones del hombre (como ser social).

Dentro de la problemática de las necesidades sociales que crecen tanto como la ambición humana, “la necesidad de ganancia” es quizá la que más agobia al hombre occidental. El cómo ganar más y adquirir más, se ha convertido en el problema vital de la existencia, al punto que toda capacitación, sus fuerzas, se orientan hacia la ganancia, y con ello el hombre mismo degrada su valor y es objeto de ganancia llegando así al nuevo valor del hombre: “el hombre mercancía” que ha perdido el valor intrínseco y espiritual, como fin en sí mismo, y que vale en la medida de su capacidad de producción económica. Se ha olvidado al hombre como destinatario propio de todo esfuerzo de la especie, para dedicar sus fuerzas a la producción de bienes, perdiendo así también sus valores morales.

En este derrotero del “hombre mercancía”, lo vital para él es la “ganancia” y con ello la “producción”; el individuo vale socialmente en cuanto sea productivo, en cuanto pueda “ganar” y así ocupará un mejor sitio en la escala social. Perdida esa capacidad de ser productivo y por ello de ser una “verdadera mercancía”, el hombre en esta sociedad ha perdido su valor, y no siendo mercancía rentable y productiva, el remedio de la muerte es ya un imperativo, pues pasará a ser consumidor inocuo y no a producir.

Nuestra sociedad ha hecho del interés por el dinero, “ganancia material”, el motivo principal de lucha; los hombres creadores no son ya el objetivo esencial de la sociedad, sino de la riqueza misma.

El “hombre como fin” en sí mismo ha sido remplazado por el “Estado como fin”, el partido como fin, la clase social como fin, la riqueza como fin, o la raza, etc. Solo así se explica que cada vez, la vida del ser humano tenga menos valor pues el hombre, de fin, pasa a ser un simple medio. ¡No otro es el pensamiento del control de la población, pues, en síntesis, no deseamos más consumidores de los medios de subsistencia!

### 3. EL HOMBRE “COMO FIN DE SÍ MISMO”

El hombre es un fin en sí mismo<sup>2</sup>, y no la sociedad ni el Estado, ni la clase o la ideología, y menos la ganancia. La realización de las potencialidades del hombre, han de ser la preocupación, la emancipación de la enajenación del hombre<sup>3</sup>, para que pueda proyectarse libremente como un fin en sí mismo. La

<sup>2</sup> KANT, MARX, ENGELS, SARTRE, FROMM. *Principios metafísicos del derecho, La ideología alemana, La sagrada familia, El capital*, tomo I, *Manuscritos económicos filosóficos, Antidüring, Marx y su concepción del hombre* (de FROMM) *El existencialismo es un humanismo* (SARTRE).

<sup>3</sup> SPINOZA, GOETHE, HEGEL, KANT, MARX, SARTRE, FROMM,

sociedad es solo un medio para que el hombre alcance la superación y se eleve sobre sí mismo. Es el hombre y no la producción de bienes, el fin que debe impregnar toda la filosofía; ninguna corriente filosófica es un fin en sí misma; el hombre debe partir del proceso de la existencia de la necesidad causal, superarla y superarse a sí mismo. La lucha por un mejor estado o mejor ideología, solo es la lucha por un mejor medio para la superación de la enajenación del hombre.

Considerando así las cosas, el valor de la vida humana cobra su debida importancia, pues el valor no se mide por la capacidad de producción ni de su "valor mercancia" sino que se aplica como un fin en sí mismo, sin importar su estado, sexo, religión, productividad, etc., pues la riqueza de una nación no lo son sus bienes, sino los hombres, productores en últimas de toda riqueza. Por ello, ningún fin fuera del hombre mismo justifica la muerte de otro hombre.

#### 4. EL MÓVIL DEL HOMICIDIO

Según el valor, correlativo al interés con que se mire la vida, el homicidio puede tener muy diversas motivaciones, a las cuales la ley les da también distintos efectos y valorización.

El motivo abyecto y bajo, el ánimo de lucro, la venganza, el móvil innoce y ilícito, agravan el homicidio (C. P., art. 324), mientras que el ánimo de defensa justifica, como el deseo de salvación, el móvil de honor y la piedad atenúan la responsabilidad.

El homicidio es objetivamente el mismo, lo único que puede cambiar es el aspecto subjetivo de la acción homicida y dentro de él, el proceso motivacional que originó la voluntad homicida. Entre los diversos procesos motivacionales que el derecho penal valora en forma especial, está "la piedad" que lleva al homicidio (C. P., art. 326 y art. 364 del C. P. de 1936). Haremos un breve comentario sobre esta figura conocida como el "homicidio eutanásico".

#### II. El homicidio por piedad

"Hay casos, sí, de individuos para quienes sería mejor estar muertos que vivir, pero lo que tal vez parezca chocante es que para esos individuos, para quienes vale más estar muertos, sea una impiedad el hacerse ese beneficio a sí mismos, y tengan que esperar a que sea otro el bienhechor".

PLATÓN<sup>4</sup>.

#### 5. LA EUTANASIA

A) La palabra "eutanasia", viene del griego "eu", que significa "bien", y "thanatos" que significa "muerte", de donde se deduce que la expresión equivale a muerte buena, muerte sin dolor, a una dulcificación del homicidio, o evitar una agonía larga y dolorosa.

<sup>4</sup> PLATÓN, *Fedón*, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1973, pág. 42.

Ya en el campo del homicidio, significa un homicidio que se comete con el fin de "dulcificar" la muerte, abreviar el dolor, la muerte que está inspirada en un sentimiento de conmiseración por el sufrimiento, y en que el homicida, como dijera PLATÓN, se convierte en un "bienhechor" de la víctima. De allí, que, históricamente, la verdadera eutanasia es "la que inspirada por la piedad y la compasión hacia el triste doliente, solo procura su tránsito sin angustia ni dolor, no la que se propone causar la muerte"<sup>5</sup>.

Luego el homicidio eutanásico es aquel que está impulsado por el móvil de la "piedad", y que tiene por fin librar al enfermo o herido de intensos sufrimientos. Por ello la acción homicida en la eutanasia está integrada por un triple elemento subjetivo o anímico: el sentimiento de *piedad* (amor y dolor), *el fin de poner término* a padecimientos, y el *dolo* homicida, o sea conocimiento y voluntad de quitar la vida; se trata de una acción desde el punto de vista subjetivo, matizada de especiales elementos anímicos.

#### B) Hércules

"Allí, pues, ahora, es preciso que lleves mi cuerpo con tus propias manos y con la ayuda de los amigos que desees. Corta abundante madera de las encinas de profundas raíces, abate muchos troncos de olivo silvestre, pon mi cuerpo encima, y con una tea de resinoso pino, enciende la pira. Pero que no haya gemidos ni lágrimas; sin lamentos, sin llantos, si eres hijo de este padre, realiza todo esto..." *Hijo*: "Hay de mí, padre! ¿qué dices? ¿qué cosas me obligas a hacer?"<sup>6</sup>.

En este párrafo de SÓFOCLES, se nos narra precisamente, la cruenta muerte del héroe griego, Hércules, quien víctima de un corrosivo veneno que le carcome las carnes, ocasionándole terribles dolores, pide a su hijo Hilo, que le dé piadosa muerte, exigiéndole que se prepare a incinerarlo de inmediato, para así, llegada la muerte, librarse de tan nefandos y dolorosos males.

"¡Ay de mí de nuevo! ¿A qué cosas me invitas, padre? ¿A ser tu asesino...?", interroga el conmovido hijo al héroe de la Hélade.

"No ciertamente; sino a *ser el remediador; el médico único de mis males*", responde el azañero hijo de Zeus.

Como se advierte en el pasaje anterior, existe una situación de sufrimiento mayor y físico en Hércules (Hércules, según la expresión romana), quien a causa de gravísimas lesiones personales, desea la muerte; y solo a pedido del padre el hijo conmovido decide propiciarle la muerte redentora, que constituiría el "verdadero descanso de los males". Esta es la esencia y contenido exacto del homicidio piadoso que reglamenta nuestro Código Penal en el art. 326 (art. 364 del C. P. de 1936), con sanción relativamente benigna.

<sup>5</sup> EUGENIO CUELLO CALÓN, *Tres temas penales. El problema penal de la eutanasia*. Barcelona, Edit. Bosch, 1955, pág. 129.

<sup>6</sup> SÓFOCLES, *Las Traquinias*, Teatro Completo, Barcelona, Edit. Bruguera, 1973, pág. 118.

C) JOSÉ INGENIEROS sostiene que la costumbre de “despenar, ha sido un deber de un buen amigo”, y negarse a hacerlo se reputa como un acto deshonesto, mezcla de impiedad y cobardía, siendo esta costumbre muy extendida entre los primitivos pobladores que, “acosados por el hambre, obligados a vagar errantes en busca de caza, practicaban el sacrificio de los ancianos y de los enfermos movidos por el cariñoso deseo de no abandonarlos al hambre y a las fieras”. “El desamparo y abandono del moribundo revela una crueldad cien veces mayor que el acto doloroso de abreviar su agonía”<sup>7</sup>.

“El hábito de despenar ha sido común en nuestra antigua población rural pero siempre aplicado a casos de heridas o accidentes graves, rara vez por enfermedad crónica. Por otra parte, se ha despenado siempre usando arma blanca; jamás se ha empleado estrangulación manual”<sup>8</sup>.

Se aprecia que quien mata “por piedad”, sufre un estado de “pena-dolor”, en medio del cual decide dar la muerte bien por petición del moribundo, enfermo o herido, o bien voluntariamente, ante el dolor y sufrimiento ajeno. Lo importante es que el autor del homicidio conozca la situación dolorosa que el otro vive y se conmueva profundamente ante el mal ajeno de suerte que se haga partícipe moral de este sufrimiento.

D) Se plantean los interrogantes de si es lícito dar muerte a otro que se encuentra en trance de morir o si es un hecho punible aun en tales condiciones. Se han indicado dos respuestas: primera, la licitud del hecho, dado que el fin que busca el matador es ayudar a bien morir, a facilitar un menor grado de dolor: sería esta una prueba de amor para con el prójimo. Segunda, se plantea la tesis de la ilicitud intrínseca del hecho, pues de todas formas tal conducta contraría el precepto fundamental “no matarás”, y por ello es constitutivo de delito, aunque se valore en especial forma el móvil que indujo al hecho.

### III. El homicidio eutanásico en el derecho colombiano

“Y agravóse la batalla sobre Saúl y le alcanzaron los flecheros, y fue herido.

”Entonces dijo Saúl a su escudero: saca tu espada y pásame con ella, porque no vengan estos incircuncisos y hagan escarnio de mí; mas su escudero no quiso, porque tenía gran miedo. Entonces Saúl sacó la espada y echóse sobre ella”<sup>9</sup>.

### 6. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1936

El art. 364 del C. P. de 1936, reglamenta la eutanasia u homicidio por piedad, como un tipo penal especial y atenuado: “Si se ha causado el homicidio

<sup>7</sup> JOSÉ INGENIEROS, *La sicopatología en el arte. La piedad homicida*, Buenos Aires, Edit. Lo-sada, S. A., 1961, págs. 96 y ss.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 98.

<sup>9</sup> Muerte de Saúl, *Crónicas*, cap. 1, núms. 3 y 4.

por piedad con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales, reputados incurables, podrá atenuarse excepcionalmente la pena, cambiarse el presidio por prisión o arresto y aun aplicarse el perdón judicial”.

Como se observa, esta norma reglamenta el homicidio pietista, sobre un eje: el sentimiento o estado afectivo de *la piedad*, que siente el autor de la muerte hacia la víctima, y sobre una situación de hecho, o sea, la situación de inminencia de la muerte o la presencia de grandes padecimientos o lesiones corporales que generan en el autor la voluntad de ponerle fin a tal situación y acelerar la muerte.

Lo cierto es que la norma penal del Código de 1936 exige, a diferencia del nuevo Código, que haya una situación de “muerte inminente”. Asimismo, respecto de la sanción, en el art. 364 es mucho más benigno que el nuevo Código, pues permite otorgar hasta el perdón judicial.

### 7. EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL (ART. 326)

A pesar de la escasa aplicación práctica que tiene el homicidio pietista, se mantuvo la figura en el nuevo Código Penal, y el art. 326, la reglamenta así: “*Homicidio por piedad*. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

En el homicidio pietista, es el móvil o sentimiento de piedad, el elemento subjetivo o anímico especial, distinto del dolo, que da especial identidad a la figura, obrando como motivo desencadenador de la voluntad homicida. Para que la figura del artículo 326 del C. P. sea aplicable, es necesario que el móvil del delito sea “la piedad”, y que se obre con el fin de “poner término a intensos sufrimientos”. Son estos los dos elementos subjetivos o anímicos, distintos del dolo, los requeridos en el tipo penal. Estos elementos subjetivos dan diferencia a la figura del homicidio común y aun del homicidio consentido, al punto que debemos decir que el homicidio pietista no es otra cosa que un medio injusto, para un fin justo.

Quien mata en tales circunstancias, debe sentir dolor moral ante el sufrimiento ajeno y vivir un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profunda, similar al estado de dolor que reglamenta el art. 60 del C. P. (art. 28 del C. P. de 1936), que le impide comprender y querer en forma controlable o normal. Un ánimo frío, sereno, es incompatible con el homicidio pietista que no significa otra cosa que un sentirse sumido y abatido por el dolor, ante la presencia del mal ajeno. Por ello el homicidio pietista es un homicidio por piedad hacia el prójimo, y no por piedad del homicida hacia sí mismo.

Se trata de un *tipo penal especial*, y no de un homicidio atenuado. Supone el tipo básico (C. P., art. 323), pero le añade particulares elementos subjetivos y objetivos, no contenidos en el tipo fundamental, que le dan especial autonomía.

Por ser un tipo especial, es autónomo, y se aplica sin sujeción al tipo básico, independiente de los tipos subordinados (C. P., art. 324); por ello al homici-

dio pietista no le son aplicables ninguna de las agravantes del art. 324 del C. P. El tipo subordinado (C. P., art. 324), está referido al tipo básico o fundamental (C. P., art. 323), y no a uno especial<sup>10</sup>.

## 8. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL EUTANÁSICO

"Juego mi vida, cambio mi vida, de todos modos la llevo perdida..."

LEÓN DE GREIFF

La estructura del homicidio pietista se funda sobre una acción que está precedida por un "móvil" especial, o sea la "piedad", la cual tiene su origen en el autor del hecho con motivo del estado de enfermedad grave o incurable, de la lesión física que padece la víctima, razón por la cual sufre intensamente, y que hace surgir en su ánimo la resolución de poner término a esos sufrimientos mediante la muerte.

### A) La existencia de lesión corporal o enfermedad

Este es el supuesto de hecho fundamental y básico del homicidio pietista. En efecto, la víctima debe padecer al tiempo de la muerte bien una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable.

Por lesión corporal se entiende un daño en el cuerpo o en la salud, no siendo necesario que haya sido infligida por otra persona (puede tratarse de un daño o lesión producto de un hecho accidental o un daño ocasionado por otro, con tal que vulnere el organismo en forma externa o interna). La lesión o daño corporal puede ser fruto de una alteración orgánica, o ulceración, tumor, envenenamiento, ceguera, pérdida de la consciencia. A consecuencia de esa lesión corporal, la persona padece en forma intensa, sufrimiento que puede ser el dolor físico o el dolor moral. Será el caso de una grave desfiguración que afea el rostro en grado sumo. Lo cierto es que la lesión corporal debe ser de alguna consideración y de alguna gravedad, pues mal podría matarse a otro por piedad cuando sufre una leve lesión corporal, que no lo inhabilita, o no lo deforma en grado sumo.

Lesión, en el sentido del delito, es la consecuencia de una violencia externa que produce un daño anatómico o fisiológico, es decir, una perturbación en la integridad física o en el equilibrio funcional<sup>11</sup>, pero para los efectos del homicidio eutanásico, se entiende también por lesión no solo la que tiene origen en una violencia externa, sino también la producida por especiales alteraciones orgánicas, o la ocasionada por agentes distintos al hombre. Para estos efectos son lesiones graves las deformantes del rostro, las que suprimen los sentidos o dañan ostensiblemente las funciones vitales o principales. No se calificarían como lesiones que den fundamento a la eutanasia, las meramente contusas y superficiales, ni las excoriaciones, las dislocaciones de los miembros superiores

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Casación nov. 22 de 1971, en revista "Temas de Derecho Penal Colombiano", núm. 11, Medellín, 1972, pág. 173, aplicable por analogía.

<sup>11</sup> LEÓN LEVIT, *Medicina legal*, Rosario, Argentina, Ed. Orber, 1969, pág. 173.

que son generalmente dolorosas pero de relativo y fácil tratamiento, ni las heridas cortantes superficiales. En cambio se consideran en términos generales fundamentadoras del hecho analizado, las lesiones traumáticas intensas, las cortantes penetrantes, los traumatismos craneano-encefálicos, que se producen generalmente en los accidentes de tránsito, las heridas con armas de fuego de alguna consideración, o las lesiones producidas por corriente eléctrica o intoxicación severa.

Las heridas, como se dijo, deben ser graves, por lo cual se descartan las lesiones leves, que ocasionan incapacidad transitoria y de escasa monta; tales serían la excoriación, la herida de la piel, las picaduras de insectos, la torcedura, la luxación del brazo, dedo, mandíbula, articulación, heridas penetrantes ligeras que no interesan órganos vitales. En cambio se consideran graves las quemaduras de cuarto, quinto y sexto grados, herida que requiera amputación, herida penetrante, con daño de órganos vitales; empero, *no toda lesión considerada grave en medicina legal*, puede dar origen al homicidio pietista, pues las hay tales como fracturas en los huesos, luxaciones de miembros superiores e inferiores, torcimientos, etc., que a pesar de ser graves, no tienen carácter fatal y por ello no ponen en peligro la vida<sup>12</sup>.

Se incluyen las heridas mortales y necesariamente mortales. Herida mortal es aquella que puede producir la muerte directamente, sin elemento intermedio ni complicación consecuencial y que librada de su evolución desemboca en resultado fatal.

La enfermedad es un estado patológico, orgánico o síquico.

La enfermedad grave e incurable puede ser orgánica o mental, con la condición de que produzca intensos sufrimientos al enfermo.

En el campo síquico, son graves las enfermedades alienantes, es decir, aquellas que hacen al individuo "ajeno a su propia mente", que desequilibran la personalidad, con alteraciones de juicio o razón, y que por ello se las denomina sicosis, en las que hay trastorno intelectual (parcial o generalizado), falta de consciencia, inadaptación al medio y ausencia de utilidad<sup>13</sup>. En resumen, el enfermo mental alienado, es el que presenta alteración del juicio o razón, bien por insuficiente desarrollo síquico (las oligofrenias), por debilitamiento del juicio (las demencias), por desviación del juicio permanente o temporal (síndromes de represión y excitación sicomotriz, o síndrome delirante, etc.), o por suspensión del juicio (estado confusional), sicosis traumáticas, tumorales, infecciosas<sup>14</sup>.

Pero no absolutamente todas las enfermedades alternantes pueden dar pie, por su gravedad, para el homicidio eutanásico, pues algunas de ellas tienen caracteres soportables y llevaderos (ejemplo: oligofrenia tipo debilidad mental).

<sup>12</sup> Véase a C. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, Barcelona, Ed. Jims, 1973.

<sup>13</sup> JUAN C. BETTA, *Psiquiatría*, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1972, págs. 23 y ss.

<sup>14</sup> SLUCHEVSKI, *Psiquiatría*, México, Edit. Grijalbo, 1963, págs. 137 y ss.

En las enfermedades mentales no alienantes, el individuo conserva el juicio o razón, la auto y heterocrítica, la autonomía síquica, pero padece alteraciones en el campo afectivo de la personalidad, como en la neurosis, en que el enfermo es consciente de la sintomatología.

Desde luego que las enfermedades mentales tienen grados y modalidades de más rigurosa sintomatología, que las hacen más o menos deplorables para el enfermo. Así, son graves y dignos de piedad, la esquizofrenia, la epilepsia tipo gran mal, las sicosis seniles, la parálisis progresiva, sifilítica, la arterioesclerosis cerebral profunda, algunas sicosis infecciosas, la oligofrenia profunda y media, e incluso algunos cuadros muy severos de narcodependencias en que hay síndrome de dependencia y de abstinencia, cuando el adicto sufre intensamente por falta de la droga que no podrá conseguir, y si no hay medio de tratamiento médico. No dan pie a la figura estudiada, las sicopatías o personalidades sicopáticas o la "locura moral", porque en ellas el individuo enfermo no sufre, sino que hace sufrir a los demás con su comportamiento antisocial<sup>15</sup>.

### B) La gravedad y la incurabilidad de la enfermedad

Podría pensarse que "gravedad e incurabilidad", para los efectos eutanásicos, es un concepto eminentemente científico y médico, pero en nuestro concepto ello no es así. Bien puede ocurrir en nuestro medio, que una enfermedad curable para la ciencia médica, se torne incurable para determinada persona atendiendo a sus particulares condiciones biológicas, o sea incurable para la persona por carecer de los medios económicos para costearse un gravoso tratamiento u operación que en todo caso está por fuera de su alcance. La gravedad e *incurabilidad* de una enfermedad toma entonces también sentido social y económico.

La gravedad e incurabilidad, tendrá entonces varios puntos de vista así:

1) *Gravedad e incurabilidad a juicio del médico*.—El Código, como es natural, no define este aspecto, pero desde luego este es el criterio más aceptable. Ello no quiere decir que el autor del hecho deba tener previo concepto médico sobre la incurabilidad y gravedad de la enfermedad, pues téngase en cuenta que no en todas las regiones del territorio nacional, algunas totalmente aisladas o carentes de todo medio de comunicación, es fácil la consecución de un facultativo. Mal podría exigirse concepto médico previo, cuando hay sitios y poblados a los cuales no ha llegado aún médico. A más de ello, los servicios profesionales de un facultativo requieren hay erogaciones económicas, a veces imposibles para las clases populares. La gravedad es un concepto histórico, transitorio, que depende de la época, de la evolución de la ciencia médica y del lugar geográfico donde se encuentre el enfermo o herido, y aun de sus particulares condiciones sociales y económicas y de su grado de cultura. Con ello se deja sentado que el concepto médico, siendo el más importante, no es definitivo y que bien podía ser, a juicio médico (*a posteriori*), curable y no grave la enfer-

medad o lesión en abstracto, pero "grave o incurable", en concreto. No sobra recordar, que el diagnóstico médico, de hecho está expuesto al error y que la valoración cambia de un médico a otro, y según las técnicas médicas de cada uno.

2) *Gravedad e incurabilidad atendiendo a las particulares condiciones sociales, individuales, geográficas y económicas del individuo enfermo o lesionado y de su familia*.—Grave es lo que tiene entidad capaz de reproducir la muerte, y que se opone a lo leve, es decir, a la enfermedad que no implica serios riesgos para la vida. La gravedad no solo depende de la clase de enfermedad, sino de su grado de evolución, tiempo de afectación del organismo, reacción y respuesta orgánica y condiciones de tratamiento, lo mismo que de la disponibilidad de medios; de allí que la verdadera gravedad se deduzca en concreto, en el caso particular, y no de la entidad clínica como cuadro abstracto. Creemos que este es el criterio que se debe considerar, es decir, el que atiende a las posibilidades sociales y económicas del enfermo. De nada le sirve a un desposeído el que su enfermedad sea curable mediante costosa intervención o tratamiento, si está en imposibilidad absoluta de procurárselo.

La incurabilidad de la enfermedad es algo que ha de valorarse atendiendo a las particulares condiciones objetivas y subjetivas, no solo del enfermo, sino del autor del delito, es decir, si cuando este se decidió a obrar estaba en condición racional de inferir que la víctima no tenía salvación y que estaba abocada a la muerte o a padecimientos incurables, estamos en presencia del homicidio eutanásico.

3) *Gravedad e incurabilidad, atendiendo a creencias del autor*.—Asimismo, se sostiene que la incurabilidad y gravedad de una enfermedad debe valorarse según la creencia que el autor del hecho haya tenido de buena fe, sobre el estado de la víctima. Este sería un criterio subjetivo, que dejaría la calificación del grado y magnitud de la enfermedad o lesión, al pensamiento del autor del homicidio; por ello es, en su sentido absoluto, inaceptable.

Pero ello no significa que no sea posible un "justo error", en cuanto a la gravedad e incurabilidad de la enfermedad, por parte del autor del homicidio, caso en el cual estaríamos ante una especie de eutanasia putativa y por ende plenamente aplicable la figura del homicidio eutanásico. Pues si un justo error en derecho penal, puede incluso excluir la culpabilidad (C. P., art. 40, num. 3º y 4º), también podrá atenuar el delito (atenuante putativa del art. 60 del C. P.), o propiciar la aplicación de un tipo especial y atenuado (C. P., art. 326). Es posible una atenuante putativa; tal sería el ejemplo de Otelo, quien, movido a dolor y a error por el malvado Yago, da muerte dolorosa a Desdémona, creyéndola infiel.

Tratándose de lesiones corporales, no es necesario que sean incurables, sino que ellas ocasionen al herido sufrimientos físicos o morales intensos y continuados, cuyo ejemplo sería el caso de los sufrimientos que tanto HOMERO como SÓFOCLES nos narran en la tragedia de Filóctetes, quien padecía de una enfermedad putrefacta de las piernas que le hacía gritar horriblemente, haciéndole

<sup>15</sup> Véase a K. SCHNEIDER, *Las personalidades sicopáticas*, Madrid, Ediciones Morata, S. A., 1971, y a ROBERTO CIAFARDO, *Psicopatología*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1972, págs. 14 y ss.

incluso perder el sentido, y propiciándole una vida cruenta y dolorosa en la isla, en la cual fue visitado por Héctor y el valeroso Neptolemo<sup>16</sup>: “Se oyen a lo lejos gritos de dolor”, narra SÓFOCLES.

Tampoco se requiere que las lesiones tengan carácter mortal o necesariamente mortal; aunque pueden tenerlo, basta que ellas provoquen gran sufrimiento y dolor físico o moral a la víctima, y que sean de gravedad.

Concluyendo: La incurabilidad y gravedad de la lesión o enfermedad, son conceptos que se deducen de los tres criterios fijados anteriormente: Criterio médico o científico, criterio social económico y de contexto, y criterio subjetivo del autor del hecho.

Nótese que generalmente este delito se ejecuta, como es lógico, en situación de intensa alteración anímica y síquica, en que puede existir una disminución de la capacidad de entender y de querer, causada por la profunda ofuscación y el estado de dolor moral; por ello, el ánimo conturbado no permitirá apreciar en su realidad objetiva la situación dramática que se viva.

Por último, quede claro que la gravedad e incurabilidad de la enfermedad o lesión corporal, “deben tomarse en un sentido amplio, acomodado a los conocimientos del común de las gentes en esas materias, e inclusive a las ideas imperantes en el ambiente, porque, si fueran a exigirse con todo cientifismo la existencia de estas condiciones, quedaría limitada la figura del homicidio piadoso hasta el extremo”<sup>17</sup>.

Es importante que, tanto objetiva como subjetivamente, el autor haya podido presumir fundadamente que la víctima no tiene salvación y que padece sufrimientos indecibles. El justo error en esta materia no excluye la figura, y bien puede ser que a la postre el concepto del perito sea diverso y resulte que la enfermedad “era curable”.

Asimismo es importante la forma como se haya presentado el hecho al juicio del autor para mover su voluntad, atendiendo a su cultura, su personalidad, la opinión común y regional, la clase de enfermedad, los síntomas concretos del paciente, el conocimiento previo<sup>18</sup>, etc. No podrá aplicarse el art. 326 cuando solo obra la opinión del matador, pero no se requiere criterio médico sobre la incurabilidad o gravedad; mas no creemos que pueda aceptarse la figura cuando el agente obra contra expreso y contrario diagnóstico del médico, criterio que sí acepta PACHECO OSORIO<sup>19</sup>, pues, en tal caso, no comprendemos cómo pueda existir piedad en quien mata a quien desea vivir a pesar de su enfermedad.

<sup>16</sup> Véase a SÓFOCLES, *Filoctetes*, Teatro Completo, Barcelona, Edit. Bruguera, 1973, págs. 247 y ss.

<sup>17</sup> GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, *Derecho penal colombiano*, Parte especial, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1973, pág. 336.

<sup>18</sup> De acuerdo LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. v, Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 334. LUIS E. MESA VELÁSQUEZ, pág. 40.

<sup>19</sup> PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1972, págs. 329-330.

Ni el Código de 1936, ni el nuevo Código, exigen que la muerte esté próxima, basta la existencia de sufrimientos o de dolores dependientes de la enfermedad o lesión<sup>20</sup>.

### C) *Intensos sufrimientos en el enfermo o lesionado.*

#### *Sufrimiento y no dolor*

La enfermedad debe producir, para que sea factible la figura, sufrimientos intensos en el lesionado o enfermo, los cuales, a su vez, originen la piedad homicida. No basta la presencia de la enfermedad o lesión, si estas no engendran sufrimiento o dolor físico o moral en la víctima; debe tratarse de una enfermedad o lesión que haga padecer al individuo afectado<sup>21</sup>. Sufrir vale tanto como padecer, es decir, soportar situaciones difíciles físicas o síquicas que provoquen intenso dolor, desagrado o malestar.

Todo sufrimiento implica dolor o malestar, lo cual produce profundo desagrado, pero no todo desagrado implica sufrimiento.

Por sufrimiento o padecimiento, no solo se entiende el dolor, sino también otros estados sensitivos afines al dolor, como la invalidez, la deformidad, etc.

El nuevo Código, exige que tales padecimientos provengan o se originen en una lesión corporal o en una enfermedad, y por ello deja por fuera situaciones de más amplio contenido social y humano, que a pesar de no provenir de una enfermedad o lesión, desencadenan intensos sufrimientos; situaciones tales como el hambre, la carencia absoluta de techo y de las condiciones más elementales de vida, la intoxicación, la perturbación mental, situaciones estas que, a la luz de una correcta interpretación, deben quedar incursas en la figura del homicidio eutanásico. Es común en nuestro ámbito social, en el cual grandes masas de la población se ven desvalidas social y económicamente, carentes de los rudimentos para la vida, advertir cuadros realmente dantescos: Una madre da muerte a su pequeño y luego intenta el suicidio, para librar a su prole de los rigores del hambre, la necesidad extrema y de la miseria agobiante. Cuadros como estos bien pueden entrar en una eutanasia, cuando no sea el caso de exculparlos por trastorno mental transitorio (art. 33, inc. 2 del nuevo Código, o 23 num. 1º del C. P. de 1936).

Quien perdió la vista definitivamente, quien ve a su hijo mutilado en forma horrorosa, quien perdió manos y pies, está en la misma situación de quien padece mal incurable. Caso similar, aunque sin homicidio, tuvimos en el ejercicio profesional cuando un hombre de mediana edad, a consecuencia de un impacto de proyectil de arma de fuego, que interesó la médula espinal, quedó totalmente paralizado y sin movimiento definitivo de todas las extremidades. En este caso el padecimiento era moral y físico, pero dependía de una lesión anterior.

El sufrimiento es una vivencia “síquico-física”, por cuanto solo a través del mundo síquico podemos percibir el dolor y sufrir; a través de la si que sufrimos las penurias del cuerpo.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 328.

<sup>21</sup> Actas. Proyecto 1974, pág. 631.

Desde luego cabe el interrogante de si es necesario que el enfermo o lesionado se dé cuenta, tenga conciencia de su propio sufrimiento y dolor.

Previo a la respuesta, pensemos por ejemplo en un enfermo o lesionado que se encuentre inconsciente y que por ello no sienta ni se dé cuenta de la situación objetiva por la que atraviesa; ¿puede afirmarse realmente que sufre, cuando ni siquiera vive el dolor? En esta hipótesis, objetivamente se da el trance (ejemplo un traumatismo craneano que deja al individuo inconsciente y en coma), pero subjetivamente el individuo no tiene conciencia del mal. Podríamos pensar que quienes sufren son los parientes o allegados; pero el Código exige que sufra la víctima. En este caso considero que subsiste el homicidio eutanásico, aunque el enfermo lesionado, por estar inconsciente "no viva el dolor", pues de todas formas el cuerpo padece, y la vida en tal caso no tiene el mismo sentido ni valor que una vida sana. Quien debe tener conciencia del intenso sufrimiento que agobia a la víctima, es el autor del homicidio.

El padecimiento puede ser dolor físico, dolor moral dependiente de una enfermedad o lesión, pero no el solo dolor moral. El nuevo Código no se refiere a dolor intenso, sino a "sufrimientos", pues no solo el dolor hace sufrir; una invalidez puede ser no dolorosa, pero hace sufrir mucho, lo mismo una ceguera, un defecto físico, fisiológico u orgánico.

El dolor es, además, algo que depende de las condiciones de la persona; por ello, con razón dice JIMÉNEZ DE ASÚA que "los médicos presencian a diario el estoico gesto con que muchos pacientes resisten las operaciones más cruentas, en tanto que enfermos leves, histéricos o hipersensibles, claman a gritos por sufrimientos que de ordinario se toleran sin excesivos ademanes. Además, no siempre los dolores más atroces son indicios de males gravísimos, mientras que enfermedades mortales están desprovistas de sensaciones doloríficas. No podemos, en suma, confiar al dolor el decisivo influjo de decidir la eutanasia. Por otra parte, como dice MORSELLI, la medicina moderna no está desarmada frente a los dolores más agudos. Es posible la prudente morfinización de un canceroso, de un tísico en el último grado, sin por ello perjudicar notablemente su estado general. Y como, por último, es posible combatir el dolor por medios morales, fortificando la resignación del enfermo, consolándole y sugiriéndole, a veces por una piadosa mentira, esperanza de alivio que le hagan más llevaderos los sufrimientos"<sup>22</sup>.

En mi concepto, no bastan los puros padecimientos morales o provenientes exclusivamente de situaciones emocionales, aflictivas o fundadas en agravios o injurias recibidas<sup>23</sup>.

Se sabe que ninguna enfermedad es estrictamente síquica o estrictamente orgánica, y que todas producen alteraciones en ambos estratos, aunque tengan una sintomatología más definida en uno u otro sentido<sup>24</sup>. Por ello el sufrimien-

<sup>22</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 4ª ed., Santander, 1929, págs. 143 y ss.

<sup>23</sup> En sentido contrario, LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., pág. 332.

<sup>24</sup> JUAN C. BETTA, *Manual de psiquiatría*, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1972, págs. 20-21.

to, concepto distinto al de dolor, es un estado sensitivo, mixto, de contenido orgánico y síquico; una enfermedad síquica origina alteraciones y sufrimientos físicos, y una enfermedad orgánica genera alteraciones síquicas.

La ley requiere *intensidad* en el padecimiento, es decir, en el dolor, en el malestar; la intensidad se refiere a la cantidad de padecimiento, por ello debe ser de tal género que sea capaz de despertar conmiseración hacia el enfermo. En el campo del dolor, tenemos grados y diferencias, así: "Dolor, pena, sufrimiento, disgusto, malestar, angustia, ansiedad, fobia", estados afectivos estos de distintos grados y efectos psicológicos y penales.

El dolor es una vivencia de profundo desagrado y desplacer con alteración del mecanismo normal del organismo; en cambio, la pena es un estado eminentemente síquico (aunque tenga manifestaciones físicas) de melancolía y tristeza; así, el disgusto es una sensación afectiva de rechazo a una situación dada.

El dolor físico puede ir de la simple molestia hasta producir estados de inconsciencia, y el dolor moral producir grados de trastorno mental transitorio o permanente, situaciones de depresión, tristeza y abatimiento y puede ser transitorio o permanente.

Como la ley exige que los sufrimientos sean "intensos", se descarta la llamada "molestia", la cual es un estado fronterizo entre el dolor moral y el físico, en él quedan comprendidos el cansancio, el vértigo, el mareo, la somnolencia, el embotamiento mental; situaciones estas que no son severas y no revisiten intensidad ni peligro, no tienen capacidad de dar fundamento a un homicidio eutanásico; la ansiedad, es un estado de inquietud y agitación sicomotriz, donde la imaginación se exalta y se piensa en forma fija en la producción de un mal, con fijación de una idea concreta que se juzga próxima a realizarse<sup>25</sup>. La angustia es introspectivamente un sentimiento incierto y penoso, ante la espera de un peligro inminente, no presente, indeterminado, acompañado de fantasías dramáticas, actitudes de desasosiego o impotencia y manifestaciones somáticas diversas de tipo neurovegetativo<sup>26</sup>.

#### D) Que se obre "por piedad"

"Si mi hijo, y creo amarlo como puede amarse a un hijo, se hallase en una situación semejante a la de aquellos desventurados, creo que debería obrar del mismo modo, y si me hallase yo mismo, pediría que conmigo así se obrase".

NAPOLEÓN<sup>27</sup>.

He aquí, la contradicción dialéctica entre la moral y el delito.  
¡Un delito cometiéndose al impulso de un móvil tan noble y propio de espíritus elevados como la piedad!

<sup>25</sup> EMILIO MIRA y LÓPEZ, *Problemas psicológicos actuales*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1970, pág. 27.

<sup>26</sup> AUGUSTO GONZÁLEZ PARRA, *Conferencias de psiquiatría*, Universidad del Cauca, Facultad de Medicina, pág. 24.

<sup>27</sup> NAPOLEÓN, refiriéndose a los soldados a los cuales sacrificó en la expedición de Siria y Egipto, por estar infectados de peste y no poderlos transportar por el desierto.

En efecto, se exige que el móvil que impulsa la voluntad homicida sea el sentimiento de piedad hacia el enfermo o lesionado. El intenso sufrimiento debe desatar la piedad homicida que busca dulcificar la muerte. Se exige un doble elemento subjetivo distinto del dolor: Un *móvil* de piedad y un *fin* (para) que se busca el hecho, que radica en el objetivo de “poner término a los sufrimientos”; por ello la piedad debe ser hacia el individuo enfermo o lesionado y no puede desligarse del fin de “despenar”.

“Te traeré fuego” EURÍPIDES (*Andrómaca*)

La piedad es un estado afectivo que mueve a la tristeza y al dolor, pero también es un estado de atracción y casi de amor por otra persona; de allí que la piedad sea un amalgamado estado síquico de *commiseración, tristeza y amor*, de suerte tal que el piadoso sufre porque desearía un mejor grado de bienestar de la otra persona, y lo desea porque en cierta forma ama o estima. La piedad está cargada de una tendencia bienhechora y de buena voluntad, por ello el fin de la acción; dada la piedad, no es “matar”, sino despenar por ese medio; el fin es mitigar el sufrimiento, ese debe ser el designio. Esa tendencia bienhechora y un buen deseo, se avivan en situaciones de desgracia o calamidad, enfermedad o dolor ajenos, por cuanto la piedad es un estado afectivo que busca trascender y proyectarse; difícilmente se siente piedad para con el agraciado por la fortuna, con quien disfruta de excelente salud física y moral, pero sí con el inválido, el moribundo, el enfermo, quien vive en condiciones sociales y hasta morales precarias o rudimentarias.

DESCARTES definió la piedad diciendo que “es una especie de tristeza entreverada de amor o de buena voluntad hacia las personas a quienes vemos sufrir algún mal del que no los creemos merecedores”<sup>28</sup>. Este poder o capacidad para sentir compasión por el mal ajeno, únicamente se presenta en personalidades de alto valor moral y de sentimientos de solidaridad humana, porque es una clara expresión de bondad, solo que dominada por el dolor. Por ello la piedad es incompatible con la envidia, la avaricia, el rencor o el odio.

La piedad implica voluntad de hacer sufrir menos, de mitigar el sufrimiento; por ello se supone que el medio elegido para matar “por piedad” debe atemperarse al propósito y al móvil; se descartarían como medios piadosos, por ejemplo, el despedazamiento a golpes de machete o de hacha, la producción de una muerte dolorosa y lenta, la utilización de medios crueles; quien de cualquier modo haga sufrir más a la víctima, en forma deliberada, mal puede alegar homicidio piadoso. Si serían compatibles el medio generalmente oculto o engañoso, el veneno, el tiro de gracia, la asfixia, etc. Es obvio que la piedad, como estado subjetivo, debe alegarse por el sindicado, sirviendo la confesión como medio de prueba, si no existen otras pruebas que la infirmen.

El querer producir otros fines distintos a los de mitigar el dolor, ocasionar “un bien”, “una buena muerte”, excluyen el homicidio eutanásico; por ello el homicidio eugenésico se excluye de la figura que se comenta. NIETZSCHE, definió bien esta clase de homicidio por móviles diferentes:

<sup>28</sup> DESCARTES, *Las pasiones del alma*, Buenos Aires, Edit. Aguilar, 1971, pág. 169.

“Que los débiles y los fracasados perezcan, primer principio de nuestro amor a los hombres. Y que se les ayude a bien morir”<sup>29</sup>.

La piedad debe darse en el momento de ejecutar el hecho. Como sentimiento, es en cierta forma reflexivo, puede no ser captado por quien sufre, y entonces la víctima puede estar inocente de la decisión homicida del “piadoso”; pero desde luego, como se dijo en las actas de la Comisión de 1974, “es indudable que cuando se vaya a cometer un homicidio por piedad, habrá de parte del sujeto activo un poco de insidia no en el sentido con que siempre se ha entendido en el derecho penal, sino mirada como disimulo u ocultamiento de los propósitos del victimario”<sup>30</sup>.

La piedad viene a constituirse como un estado de dolor o ímpetu de dolor, muy similar a la situación regulada por el art. 60 del nuevo Código (art. 28 del anterior), en que hay ofuscación de ánimo, imposibilidad de control pleno de la voluntad y disminución de las capacidades de entender y de querer; se trata por ello de una situación de “imputabilidad disminuída”, que reduce el grado de culpabilidad, similar a la emoción violenta<sup>31</sup>, si es que no la excluye por trastorno mental transitorio, pues el perturbado por el dolor, como dice CARRARA, “no goza de la plenitud de su entendimiento”<sup>32</sup>.

Lo que diferencia el homicidio eutanásico o pietista del homicidio eugenésico, que suele cometerse contra deformes, deficientes mentales o por móviles raciales, es precisamente el aspecto subjetivo del “móvil y el fin” que persigue la acción. El del homicidio eugenésico es egoísta y busca suprimir una vida inútil o improductiva, depurar la raza, el pueblo o la casta, similar a la finalidad espartana; por ello, el móvil y finalidad del homicidio eugenésico. En la eutanasia la víctima sufre intensamente a consecuencia de la enfermedad o lesión; en la eugenesia no es necesario que haya ni enfermedad, ni sufrimiento. En la eutanasia los móviles son piadosos y de dolor, en cambio en la eugenesia el móvil es egoísta y utilitarista.

No otro era el pensamiento de PLATÓN en *La República*:

“El ciudadano tiene un deber que cumplir en todo Estado bien organizado; nadie puede pasar su vida con las enfermedades y los remedios. Establecerás Glaucón en el Estado una disciplina y una jurisprudencia tales como nosotros las entendemos, prodigando cuidados a los ciudadanos bien sanos de cuerpo y alma. Por lo que respecta a los que no son sanos de cuerpo, se los dejará morir”<sup>33</sup>.

Autor del homicidio puede ser cualquier persona que conozca la penosa situación del enfermo o lesionado y se apiade de él. Lo frecuente será que sean los más allegados por lazos de consanguinidad, afinidad o afecto, los que come-

<sup>29</sup> FEDERICO NIETZSCHE, *El anticristo*, México, Edic. Mexicanas, 1970, pág. 16.

<sup>30</sup> Actas de la Comisión del Proyecto de 1974, “Anteproyecto de Código Penal colombiano”, Bogotá, 1974, pág. 681.

<sup>31</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1973, pág. 599.

<sup>32</sup> F. CARRARA, *Programa*, § 1913, Bogotá, Edit. Temis, 1973, pág. 438.

<sup>33</sup> PLATÓN, *La República*, Libro III.

tan el delito; pero no es necesario vínculo alguno de parentesco, basta la simple amistad o aun el solo sentimiento (ejemplo: encontrar un desconocido en ese trance). Pero si existe el vínculo el delito no se agrava, de conformidad con el art. 324, num. 1 del C. P. Nadie más llamado a sentir piedad que el amigo, el pariente, el amante, el cónyuge o el camarada.

El medio para consumir el ilícito puede ser incluso la inducción al suicidio, o llevar a la víctima al convencimiento de que tome la pócima venenosa. Podría desde luego plantearse que puede existir un autor intelectual que ante la imposibilidad de cometer él mismo el homicidio pietista paga o convence a otro para que lo haga. En esta hipótesis, si el autor intelectual procede por piedad, no hay duda que se trata de una autoría de homicidio eutanásico, sin agravante alguna; pero quien mató por simple prebenda o dádiva, comete homicidio agravado.

E) *No se requiere el consentimiento de la víctima*

"Aquel a quien solo le queda un momento de vida ya no tiene que disimular".

QUINAULT

(Cita de EDGAR A. POE)

Punto discutido en la doctrina, es el de si es menester el *consentimiento* de la víctima, para que pueda aceptarse el homicidio piadoso. Así, INGENIEROS piensa que "por poco que se reflexione sobre la sicología de los que despenan, se impone la conclusión de que no son verdaderos 'homicidas', sino 'cooperadores en un suicidio', por cuanto se limitan a satisfacer el *pedido* de sujetos que desean suicidarse y no pueden realizarlo por sí mismos"<sup>34</sup>.

Ni el Código de 1936 ni el nuevo Código exigen en forma expresa como requisito, el que la víctima pida la muerte o preste su consentimiento, ni siquiera se exige la no oposición de la víctima, condición esta que sí aparecía en el art. 345 del anteproyecto de Código Penal de 1974, que imponía como condición que la víctima no se opusiera; "...siempre que la víctima no se oponga...". Como tal condición fue eliminada del texto del nuevo Código, el juzgador no puede exigir como requisito el que la víctima otorgue consentimiento, ni menos que pida la muerte.

Por ello la víctima puede ignorar el designio homicida, no haber otorgado su consentimiento, debido a encontrarse incapacitado, inconsciente, o ser un infante. Pero como, en todo caso, el móvil del homicidio debe ser "la piedad", mal puede tenerse "piedad", y hablarse de piedad, cuando la víctima en forma expresa se opone<sup>35</sup> a la muerte y quiere vivir, e incluso suplica que se le prolongue la vida; si no obstante la oposición de la víctima, se le da muerte, no puede invocarse la piedad, puesto que nadie la puede sentir matando a otro en tales condiciones. La piedad, en tal supuesto, no puede sino impulsar al agente a la búsqueda de recursos que alivien los tremendos dolores del paciente y que le

<sup>34</sup> JOSÉ INGENIEROS, *La psicología en el arte*, Buenos Aires, Edit. Losada, pág. 104.

<sup>35</sup> Actas Proyecto de 1974, págs. 632 y 634.

prolonguen la vida. "Suprimir la vida de los que tienen vivísimos anhelos de que se les respete este derecho, que es el supremo de la persona humana, no puede, en mi sentir, realizarse nunca por motivos piadosos. En el mejor de los casos puede haber un motivo egoísta"<sup>36</sup>.

Empero, si existe consentimiento en la muerte, pero no sufrimiento ni dolores o enfermedad, se trata de un homicidio consentido (en el C. P. de 1936) según el art. 368; en cambio, en el nuevo Código, se trataría de un homicidio simplemente voluntario, pues la figura desapareció como tipo especial.

La acción homicida en la eutanasia puede ser por acción u omisión, e, incluso, persuadiendo a la víctima para que se quite la vida, caso en el cual si se da la situación objetiva de enfermedad y sufrimiento, se aplica el homicidio eutanásico (art. 326) y no la figura de inducción al suicidio (C. P., art. 327).

Concluyendo sobre este punto, no se requiere el consentimiento de la víctima, ni el requerimiento<sup>37</sup>, pero no puede obrarse en contra de la expresa oposición de la víctima que quiera vivir.

## 9. EL MÉDICO Y LA EUTANASIA

"...Juro por Apolo, médico, Esculapio Higias y Panacea..., que he de observar este juramento... Nunca daré, aun se me pidan, drogas homicidas, ni a nadie induciré a darlas..."<sup>38</sup>.

La actividad médica tiene por finalidad curar, restablecer la salud, "no hay dolo, porque la conducta no se dirige a causar un daño en el cuerpo o en la salud. No puede haber dolo cuando la acción tiene por fin precisamente, neutralizar, subsanar, paralizar, aliviar los efectos o evitar un daño en el cuerpo o en la salud. Si el fin se logra, ninguna duda cabrá respecto de su atipicidad; una acción que se dirige a conservar o a restaurar un bien no puede ser típicamente dolosa, especialmente cuando logra su finalidad"<sup>39</sup>. Y aun cuando no se logre el fin curativo, tampoco la conducta será típica por tener intención diferente a la tipificada en el delito de homicidio o lesiones. Por ello la actividad médica de por sí (intervención quirúrgica, tratamiento, trasplante, etc.) es una actividad atípica; solo será posible la tipicidad culposa, cuando el resultado típico sea producido con violación de un deber de cuidado propio de las reglas del arte médico.

La conducta del médico es ontológicamente distinta a la del homicida, por cuanto el aspecto subjetivo de la acción es distinto: el uno busca curar, sanar (lo cual no es típico), y el otro procura matar, dañar (lo cual es típico). Por ello las intervenciones necesarias, y que son la única vía de posible salvación, aun-

<sup>36</sup> PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1972, pág. 327.

<sup>37</sup> De acuerdo, MESA VELÁSQUEZ, pág. 41. *Las actas*, Proyecto de 1974, pág. 634, 635, doctor LONDOÑO.

<sup>38</sup> Juramento de HIPÓCRATES.

<sup>39</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1973, págs. 410 y ss.

que tengan resultado negativo no son típicas si se han observado las reglas del arte médico; tampoco constituyen homicidio eutanásico; lo mismo ocurre con las intervenciones mutilantes, casos en los cuales para salvar un miembro, la salud o evitar mayores males, es menester amputar un miembro, pues no es la operación la que daña, sino el mal o enfermedad. Igual sucede con los trasplantes (respecto del receptor), los cuales solo pueden practicarse cuando "en concepto de los médicos responsables del paciente los demás métodos terapéuticos resultaren ineficaces" (art. 10 del decreto 2642, de octubre 6 de 1980, que reglamentó los trasplantes de órganos humanos), pues en estos casos se trata de un hecho típico justificado<sup>40</sup>, salvo cuando el médico utilice un procedimiento no suficientemente probado y no cuente con el consentimiento del enfermo; pero en todo caso de trasplante de órganos, se requiere el expreso consentimiento del donante y del receptor (art. 18 del decr. 2642 de 1980).

El médico también puede pisar el campo del homicidio eutanásico, cuando tenga un paciente que sufre intensamente a consecuencia de una enfermedad grave incurable. Pero, dulcificar la agonía, sin anticipar la muerte, no es eutanasia; lo mismo que no lo es el suministrar medios que mitiguen el dolor; la mitigación del dolor sin acortamiento de la vida no es homicidio y por ello no es punible; así, cuando el médico sabe que la muerte se producirá seguramente y que ya no puede hacer nada, el suspender atenciones que detendrían un poco la muerte inminente, no es eutanasia. Tampoco es homicidio eutanásico el asumir con el consentimiento del enfermo un riesgo grande para tratar de salvarle la vida; se trata de una acción atípica. Tampoco será eutanasia la omisión del auxilio necesario; puede tratarse, sí, de un homicidio por omisión impropia (C. P., arts. 19 y 21, inc. 2º), cuando se trata del médico tratante, que tiene el deber de garante; o de una contravención penal (decr. 522 de 1971, art. 45) en caso de omisión de auxilio por parte de cualquier persona, y agravada cuando se trata de médico o practicante. El médico puede cometer homicidio eutanásico, cuando a pesar de la gravedad e incurabilidad, hay esperanza de vida, y para evitar el padecimiento se acorta la vida; pero cuando la muerte es un hecho seguro a la luz de la medicina, y con ello solo lograría prolongar artificialmente la vida por breve tiempo, no hay homicidio. Con razón dijo MEZGER: "... no hay homicidio cuando el médico convierte la lucha con la muerte en una muerte tranquila"<sup>41</sup>.

En Colombia se ha fundado un grupo denominado de la "Solidaridad Humanitaria", que pretende establecer el derecho de morir en paz y al cual pueden afiliarse personas que estén dispuestas a firmar una nota, ante testigos, en la cual dispongan que en caso de presentarse una situación en la que no hay esperanza de sobrevivir, no se les mantenga la vida. Parte de esa carta decía: "No temo a la muerte por sí misma, pero sí temo a las miserias de la enfermedad, de la dependencia y del dolor sin esperanza. Temo también abusar in-

<sup>40</sup> *Ibidem*, pág. 417.

<sup>41</sup> EDMUND MEZGER, *Derecho penal*, Parte especial, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1959, pág. 48.

voluntariamente del amor, de la paciencia y de la abnegación de mis familiares y amigos. Si se presentare una situación en que no hay esperanza razonable de recuperación de enfermedad física o mental, pido que no se mantenga la vida por medios artificiales o por 'medidas heroicas', y que se administre piadosamente toda medicación o recurso necesario para aliviar mis sufrimientos"<sup>42</sup>.

En las crónicas es famoso el caso del médico Sander, quien, movido por piedad, inyectó aire a una enferma incurable, siendo absuelto por el jurado de Manchester, en febrero 20 de 1950<sup>43</sup>. Pero, en cambio, la llamada "eutanasia terapéutica" se daría cuando un médico produce la muerte ante la imposibilidad de salvar a un enfermo incurable y en estado grave. Igualmente, se refiere que "en Rusia, en 1929, fueron fusilados por orden del gobierno 117 niños atacados de terribles dolores y condenados a muerte segura por haber comido carne putrefacta. Otro caso también en Francia en 1930: Un hijo dio muerte a su madre, afectada de cáncer, enfermedad prácticamente incurable"<sup>44</sup>.

## 10. MODALIDADES DE LA EUTANASIA

### A) *La eutanasia sin enfermedad ni lesión. Por peligro*

Es factible un homicidio por piedad ejecutado con el fin de librar de intensos sufrimientos, inminentes o actuales, sin necesidad de que haya enfermedad o lesión, o para salvar de una cruenta y más dolorosa muerte que se avecina. Sería el caso de Yom Tob, narrado por PAPINI, quien pasó por las armas a hermanos y amigos para evitar que turbas de fanáticos religiosos, que les exigían la abjuración de su fe, los degollaran horrendamente, sin que pudieran resistir. "La escasez de armas y de alimentos desaconsejaba la resistencia; la fe prohibía la abjuración. Se dirigieron a mí pidiendo consejo. Respondí que era mil veces mejor renunciar a la vida que a la razón misma de nuestra vida, esto es, al Dios de nuestros padres. Muchos obedecieron inmediatamente mi exhortación. José, jefe de la comunidad, degolló con sus manos a Ana, su esposa, y a sus dos hijos. Después me suplicó llorando que le ayudase a morir, ya que, después de aquel espantoso estrago, le temblaban las manos. Dime, tú, si podía negarle aquella gracia después de lo que había dicho, después de lo que había visto. Rogué largamente al Señor que me iluminase, después volví a un lado la cabeza y atravesé con la daga ensangrentada al más amado de mis hermanos... al alba, cuando las mesnadas furiosas de los asaltantes irrumpieron en el castillo, había aún quinientos de los nuestros..."<sup>45</sup>.

Aunque en lo que se deja transcrito no hay enfermedad o lesión que origine la piedad, hay una situación de hecho y de peligro inminente y terrible, más grave si se quiere, y en todo caso comparable al homicidio pietista.

<sup>42</sup> "El Derecho de Morir en Paz", por ROSARIO ROSS. Tomado de la Revista Cromos núm. 3263, Bogotá, julio de 1980.

<sup>43</sup> Véanse casos en EUGENIO CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, pág. 125.

<sup>44</sup> RICARDO LEVENE, *El delito de homicidio*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1970, pág. 140.

<sup>45</sup> GIOVANNI PAPINI, *El juicio universal*, Barcelona, Edit. Planeta, 1959, pág. 376.

### B) *La eutanasia por situaciones sociales, económicas*

"Hemos rechazado un resto de vida que ya no podría llamarse vida, un despojo edvida más espantoso que la muerte.

"Hemos rechazado el atroz desgaste y suplicio de la carne, la injusticia de una inminente condena, la amenaza de una esclavitud que no prometía otro camino de rescate..."<sup>46</sup>.

Son frecuentes en nuestro país situaciones en las cuales grandes masas de la población, ante la carencia absoluta de medios materiales de vida, tales como vivienda, alimento, salud, vestido, y, en fin, lo más elemental, soportan en vida un escalofrío más terrorífico que la muerte, situaciones en que la vida ya no es un "dón", sino un permanente castigo de dolor y sufrimiento, y entonces viene el homicidio de la familia (generalmente los infantes para evitar que sufran más) con suicidio o intento de suicidio final del padre.

Estos casos, cuando no son producidos por trastorno mental transitorio (C. P., art. 33, inc. 2º), o trastorno mental permanente (art. 31), deben juzgarse como un homicidio piadoso. Con interpretación analógica, no se trata de una eutanasia meramente económica, sino de situaciones de verdadero dolor ante la falta de las más elementales condiciones de vida, situaciones en las cuales la existencia de los hijos y la familia es cruenta e inhumana.

### C) *Eutanasia económica*

Referida a situaciones que el móvil para la producción de la muerte es meramente económico; la improductividad y los costos que origina mantener el individuo inválido. En estos casos no se trata de una verdadera eutanasia piadosa, sino de una eliminación por móviles egoístas y no piadosos, cual es el de quitarse una carga.

Estaríamos frente a un homicidio agravado (C. P., art. 324, num. 4).

La llegada de Hitler al poder, constituyó ocasión propicia para este tipo de eutanasia (eugenésica y económica); así las tesis de Nuremberg (protección de la sangre alemana, ley 14 de 1933), de esterilización de enfermos, degenerados, y el programa de 1939, son expresiones de una eutanasia de carácter eugenésico o económico y no de homicidio pietista.

### D) *Eutanasia eugenésica*

Consiste en propiciar la muerte por factores raciales, para mejorar determinado núcleo racial, dando muerte a los débiles, malformados, degenerados o enfermos de mente. Responde al interrogante formulado por sus sostenedores del "¿por qué obligar a los sanos a la carga de mantener a los inútiles?". Como se ve, se trata de una eutanasia utilitarista e inhumana, fruto de la concepción del "hombre mercancía", tesis esta ajena a todos los postulados de la ciencia penal. Tal delito, abominable por cierto, solo puede considerarse agravado y nunca un homicidio eutanásico. Muchos individuos defectuosos fueron figuras geniales: BYRON, LEOPARDI, SCHUMANN, DONIZETTI, DOSTOIEVSKI y el mismo NIETZSCHE, entre otros.

### E) *Eutanasia por omisión*

"Art. 19. *Acción y omisión*. El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión".

"Art. 21, inc. 2º. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

La muerte puede ocasionarse por acción o por omisión. Ontológicamente, en el mundo natural, la omisión no existe, solo existe la acción; la omisión es una creación valorativa de un comportamiento, que no es como lo ordena el derecho; la omisión solo existe en el aspecto típico, no en el natural. Por ello, el homicidio eutanásico también puede ser ejecutado o producido por omisión, es decir, por un prescindir de suministrar los cuidados y tratamientos a que se está obligado, que podrían curar o evitar la muerte. El delito se puede realizar por acción o por omisión, pero para ser autor de tipo penal de omisión impropia, se requiere tener la obligación jurídica de salvaguardar el bien jurídico, el deber jurídico de impedir el resultado, esto es, tener la posición de "garante del bien jurídico", obligación que debe surgir del orden jurídico<sup>47</sup>, pues si el individuo no tiene la obligación de cuidar, vigilar, conservar, custodiar, etc., el bien jurídico, no se convierte en autor del tipo penal de homicidio por omisión impropia; por ello pueden cometer eutanasia por omisión, quienes tengan el deber jurídico de impedir la muerte del enfermo o lesionado y puedan hacerlo, y prescindir de ejecutar las acciones de apoyo, salvación, cuidado, del que eran capaces.

El médico tratante de una persona, el padre, el hijo, el cónyuge, tienen el deber jurídico en cuanto estén en capacidad de hacerlo, de impedir la muerte; y si voluntariamente no la evitan pudiendo hacerlo, y obran con el fin de propiciar la muerte para poner término a los sufrimientos del enfermo o lesionado, estamos ante un homicidio eutanásico por omisión<sup>48</sup>.

Si la persona no tiene el deber jurídico de impedir el resultado (C. P., art. 21, inc. 2), no puede ser autor de homicidio por omisión, pues no tiene la posición de "garante del interés jurídico"; solo sería responsable de omisión de auxilio (contravención penal) según el art. 45 del decreto 522 de 1971, que se agravaría si a consecuencia de la omisión de auxilio, ayuda o apoyo, resultare la muerte.

El homicidio puede realizarse por acción u omisión, y tanto "mata a otro" quien positivamente le produce la muerte, como quien no lo salva pudiendo hacerlo y estando obligado, en la misma forma en que es autor, quien manda a matar.

Pero en las hipótesis en que el médico ya no puede hacer, o que resulta infructuosa la tentativa de salvación, en que la ciencia médica se declara impotente y solo cabe esperar el desenlace mortal, el abandono de los cuidados no es homicidio, pues nadie está obligado a lo imposible. El homicidio eutanásico

<sup>47</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., pág. 373.

<sup>48</sup> En contra, CUELLO CALÓN, ob. cit., pág. 159.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

del médico se produciría, cuando hay una esperanza de salvación; si se deja de ejecutar aquellas intervenciones que solo prolongarían la vida por breves instantes o minutos, no hay homicidio; en cambio, si se deja de suministrar tratamientos a los enfermos lisiados que a pesar de la gravedad de la situación pueden y tienen esperanza, aunque sea remota, de salvación o prolongación más o menos considerable de vida, hay homicidio eutanásico<sup>49</sup>. Así piensa MEZGER, quien opina: "Lo seguimos sosteniendo, la ayuda a morir sin abreviación de la vida es, con arreglo a su naturaleza, un tratamiento curativo, y está sometido, como tal, a las reglas correspondientes (se refiere a las reglas del arte médico); en cambio la ayuda a morir con abreviación de la vida está siempre prohibida y es antijurídica"<sup>50</sup>.

## 11. EFECTOS Y CONSECUENCIAS

A) El homicidio piadoso, acarrea la aplicación del art. 326 del C. P. (art. 364 del C. P. de 1936), el cual es un tipo penal especial, siempre y cuando el autor del hecho no haya cometido el delito en estado de desequilibrio mental.

B) Exclusión de culpabilidad (C. P., art. 40), en los casos en que el individuo obre en estado de trastorno mental transitorio originado en la perturbación de conciencia que le produjo el conocimiento de la enfermedad grave e incurable o la lesión. Debe tratarse de un trastorno de la conciencia, breve, pasajero, que pase definitivamente sin dejar secuelas<sup>51</sup>.

C) Puede darse el caso en el cual el autor se encuentre en estado de perturbación síquica, más o menos perdurable, que no sea fugaz, la cual sea propia de un estado de inimputabilidad (C. P., art. 31), caso en el cual no habrá culpabilidad (en el nuevo Código Penal), por falta de imputabilidad.

D) Las agravantes del homicidio (C. P., art. 324) son inaplicables en el caso de homicidio pietista. Se trata de un tipo especial o autónomo, que se aplica independientemente del básico y de los subordinados.

E) Siendo el homicidio eutanásico un caso especial de homicidio emocional, en que el autor obra en estado de dolor profundo, es incompatible con el art. 60 del C. P. (atenuante de la ira e intenso dolor), máxime cuando el art. 60 (C. P., de 1936, art. 28), exige un "comportamiento ajeno grave e injusto" de parte de la víctima.

F) Se puede ser cómplice de este delito, sin necesidad de obrar también por piedad. La complicidad es una figura accesoria a la autoría. Si es cómplice del delito concreto y no de homicidio en general, sino de homicidio pietista. Cabe la tentativa.

<sup>49</sup> GUILLERMO URIBE CUALLA, *Medicina legal, toxicología y psiquiatría forense*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 283.

<sup>50</sup> EDMUND MEZGER, ob. cit., pág. 47.

<sup>51</sup> Véase nuestro artículo "La exclusión de culpabilidad por trastorno mental transitorio", en la revista *Veredicto*, julio-setiembre 1980, Popayán, págs. 10 y ss.

G) El homicidio piadoso puede ser cometido por acción u omisión, e incluso por medio de la inducción al suicidio, caso en el cual subsiste el homicidio eutanásico. El hecho puede ser de lesiones personales.

H) Otro medio de omisión en el homicidio eutanásico o pietista, puede ser el abandono del enfermo o lesionado a quien se tuviere el deber de cuidar. Si el abandono es un medio para producir la muerte (y no para librarse de la obligación de cuidar, custodiar, etc.), se trata de homicidio eutanásico y no del delito de abandono de que tratan los artículos 346 a 348 del C. P. El delito de abandono requiere la intención de sustraerse a las obligaciones de guarda, cuidado, tutela, custodia de un menor de 12 años o inválido; si se abandona con la intención de provocar la muerte, se trata de un homicidio; supone el abandono una voluntad de abandonar y no de matar<sup>52</sup>.

Popayán, noviembre de 1980.

<sup>52</sup> Actas Proyecto de 1974, pág. 720. Asimismo, PACHECO OSORIO, ob. cit., pág. 520; SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, vol. v, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 395.

## ASPECTOS SIQUIÁTRICOS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL\*

Doctor PEDRO LUIS SÁNCHEZ G.\*\*

La historia es abundante en datos, que indican la relación entre el Estado y sus normas punitivas y el enfermo mental<sup>1, 2, 3</sup> o el Estado y la responsabilidad de quienes tienen que ver con los enfermos, incluso en lo atinente a la concepción o peritaje médico-legal<sup>4</sup>.

Es mi propósito hacer algunos comentarios sobre el aspecto médico-siquiátrico en el Código Penal, que regirá en Colombia en 1981; no solo para despertar inquietudes, sino también para que quienes tengan algo que ver con este aspecto, puedan opinar sobre lo que aquí voy a expresar a título de comentario.

El texto guía<sup>5</sup> no trae sino la exposición de motivos y los decretos números 100, 141 y 172, todos de enero de 1980. El último de ellos, de fecha enero 28 de 1980.

Hubo, antes del texto actual y del que regirá, varios proyectos de los cuales concluyeron en el anteproyecto de 1978, el cual fue "publicado profusamente con una extensa explicación de su presidente, el doctor Giraldo Marín, desventuradamente sin acta...", se explica después que esta ausencia de actas se debió a que los equipos de grabación se dañaron y no hubo forma de poder subsanar este *impasse*; esto hace decir al senador Federico Estrada Vélez: "Ciertamente la falta de actas constituye un verdadero inconveniente para la interpretación del contenido y alcance del anteproyecto, a pesar de que las actas del proyecto de 1974 suplen en parte por lo menos esta deficiencia"<sup>6</sup>. El anteproyecto de 1978 fue sometido al criterio de una Comisión Asesora, la cual le dio forma final al anteproyecto y que constituye el contenido del decreto núm. 100 de 23 de enero de 1980.

\* El presente trabajo ha sido publicado ya en el Boletín informativo del Hospital Mental de Antioquia, Año VII, número 2, 1980.

\*\* Médico siquiátra. Jefe del Departamento de Servicios Ambulatorios del Hospital Mental de Antioquia. Siquiátra forense del Instituto de Medicina Legal, Seccional de Antioquia.

<sup>1</sup> R. NEUGEBAUER, *Medieval and early modern theories of mental illness*, Arch. Gen. Psychiat., vol. 36, 477-83.

<sup>2</sup> G. ZILBOORG, *A history of medical psychology*, New York, WW Northon & Co., 1941.

<sup>3</sup> G. ROSEN, *Madness in society*, New York, Harper & Row Publishers, 1966.

<sup>4</sup> L. A. KVITKO, "La responsabilidad médica en la Antigua Legislación Penal China", en *Nuevo Foro Penal*, núms. 5, 72, 75.

<sup>5</sup> Nuevo Código Penal, "Suárez Melo, Consultores Jurídicos Asociados", Bogotá, 1980.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, pág. 15.

La primera inquietud que surge es: ¿Cómo se ha de interpretar el nuevo Código, en los aspectos siquiátricos: a la luz de las corrientes sicodinámicas, de las conductistas... de cuáles? La respuesta la da la exposición de motivos, cuando dice: "El juicio de inimputabilidad se hará, sin embargo, *clínicamente*, teniendo en cuenta las particulares condiciones socioculturales de cada uno, la formación y el desarrollo moral, la influencia del medio ambiente, etc...". Es decir, se hará una valoración clínica de los hechos, teniendo en cuenta los factores que se anotan, u otros, que tiendan a esclarecer la situación en que actuó el sujeto en ellos. ¿Cuál es esta situación?

Aquella que genere un comportamiento socialmente reprochable, producto de una voluntad que no ha debido ser. Entiéndese por culpabilidad, una no correspondencia del comportamiento individual con las exigencias de la sociedad y el juicio de culpabilidad contendrá entonces el reproche social y jurídico, al sujeto de derechos, por no haber observado las exigencias sociales cumplibles en general y por él en particular. Es entonces el derecho penal de culpa, el que inspira fundamentalmente el proyecto y es esa su diferencia sustancial con el actual Código; así pues, al imputable, en cuanto capaz de comprender y querer y por haber tenido una conducta reprochable, se le aplican penas; en cambio, el inimputable no es responsable, por cuanto no puede obrar culpablemente y solo será sujeto pasivo de medidas de seguridad. Las medidas de seguridad tendrán una función de "curación, tutela y rehabilitación".

El artículo 31 del nuevo Código dice: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental". Hay pues dos grandes razones por las cuales se puede ser inimputable: la inmadurez psicológica o el trastorno mental. Claro está que no se dice qué grado de trastorno mental, sino que se explica de acuerdo con el efecto que tenga sobre el conocer o querer comprender y determinarse de la ilicitud que se va a cometer. Deben, pues, ser de tal tipo que gravemente afecten el conocimiento o la capacidad volitiva de la persona, para que esta se encuentre en la *incapacidad* de comprensión o que aun conociendo y comprendiendo la ilicitud, existan fuerzas superiores a ella, en el plano psicológico, que le obliguen a realizarlo; tal sería el caso de una neurosis obsesivo-compulsiva, en la cual los actos compulsivos implicarán una transgresión del Código Penal.

Pero también cabrían aquí los actos realizados por un sicópata, en quien la capacidad de posponer la realización de sus deseos es mínima y la fuerza y tendencia a ejecutarlos es máxima, pues aunque sepa que el deseo está penado en su realización de todas maneras lo realiza por carecer de frenos inhibitorios, de "super yo" que se lo impidan. Viciada estará la capacidad de comprender, es lógico, en los cuadros siquiátricos mayores, tales como las sicosis esquizofrénicas, pues el contacto con la realidad estará seriamente comprometido; y en las afectivas, de modo especial en las manías, cuando la exuberancia de la acción y

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pág. 30.

el pensamiento, harán que se incurra muy fácilmente en hechos tipificados como delitos. Los cuadros depresivos habrán de llevar un atento estudio de correlación entre el hecho y el cuadro clínico. Ubicar en el art. 31 a un depresivo que se encuentra en las circunstancias del art. 298 del Código será una proeza dialéctica digna de un Premio Nobel. La comprensión de hecho habrá de ser estudiada, en frente al hecho mismo y a los antecedentes del sujeto; no podrá ser un *continuum* único de antecedentes, sino que también las especiales modalidades de la comisión del mismo habrán de llevar al perito a considerar si el sujeto ha podido *comprender*, sin traba alguna en el plano de la conciencia (no nos olvidemos que la evaluación es clínica), el conjunto fáctico que frente a él se ofrece y que de esta comprensión —que necesariamente implica un juicio de valores entre lo permitido, o sea lo no expresamente prohibido y lo prohibido—, surge un deseo de acción según el juicio anterior, a no ser que esta determinación a obrar esté alterada en sí misma o en razón a la comprensión de las circunstancias precitadas.

Bien puede llegarse apenas a la comprensión delictuosa del hecho y ante este evidente juicio de valores, si hay un super-ego adecuado no habrá determinación a obrar, a querer, sino que se frenará la acción. Nos quedan, claro está, los trastornos de personalidad como evidentes “trastornos mentales” y la forma un tanto difícil de ubicar como factores causantes de inimputabilidad, si es que lo son.

También habla el mismo art. 31 de “inmadurez psicológica” ¿Se refiere acaso a merma en el desarrollo de la personalidad, en un modelo sicodinámico? Mal podría ser así, pues hemos visto antes que la interpretación será siempre clínica y por otra parte hay elementos que nos permiten concluir que el pensamiento no fue este. En primer lugar el art. 96 en su párrafo tercero, al referirse a las otras medidas aplicables a los inimputables, dice: “Cuando se tratare de indígena inimputable por *inmadurez psicológica*, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural” (subraya fuera de texto). Es decir, lo coloca de nuevo en su medio ambiente normal, en el cual nació y ha vivido, en el cual no es “inmaduro psicológico”. De paso el Código admite la presencia del retardo mental cultural; aunque si se sigue el texto, sea solo para el indígena, pero ha de esperarse que la jurisprudencia y la doctrina no olviden este aspecto. En segundo lugar, está la exposición de motivos cuando dice: “El sordomudo es un ser afectado de inmadurez psicológica en mayor o menor grado, pues al carecer de fuentes sustanciales de trasmisión del pensamiento y de percepción de importantísimas sensaciones su personalidad sufre graves desequilibrios que impiden la cabal realización psicológica del ser humano y que se van consolidando en la medida en que esas deficiencias se prolongan...”, después de esto hacen algunas consideraciones en torno a la conducta del indígena y termina el párrafo diciendo: “...lo convierten sin duda alguna, en un sujeto psicológicamente inmaduro”. No se necesita mucha sagacidad interpretativa, para ver cómo ha hablado de los retardos mentales y cómo hace que las capacidades cognitivas no le permiten a él *comprender* la trascendencia de muchas de sus conductas. En tercer lugar, ahora por exclusión, el párrafo primero del

art. 96 nos lleva a la misma conclusión cuando dice: “A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola”. Si vemos el art. 31, habla solo de los trastornos mentales o de los inmaduros psicológicos como aquellos que puedan según estos estados ser inimputables, y aquí se nos dice que se aplicará esta medida a los que “no padezcan enfermedad mental”, y sean inimputables debemos concluir que se refiere a los inmaduros psicológicamente y las medidas que perpetúa el Código se refieren a la reeducación, educación o adiestramiento... que son las formas de tratar los retardos mentales en un plan de adaptación a la sociedad.

El art. 32 dice que cuando el agente hubiere *preordenado*, su trastorno mental responderá por el dolo o culpa en que se hallare respecto al hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación. Dado que no he podido entender cómo se preordena una sicosis, he tenido que concluir que el artículo bien puede referirse a los casos que se relacionan con las sicosis tóxicas, es decir aquellas que se producen por agentes exotóxicos, por ejemplo: hongos, anfetaminas, barbitúricos, o a aquellos casos en los cuales hay una prescripción explícita de no consumir alguna sustancia que pudo generar sicosis. Tal sería el caso de un paciente con una epilepsia sicomotriz a quien se le ha suspendido, por orden médica, el consumo de alcohol. Pero debo admitir que el artículo no me queda claro en su interpretación.

El art. 33 habla de que a los inimputables se les someterá a medidas de seguridad dentro de los planteamientos conceptuales ya vistos y aclara, eso sí, que esto será únicamente si el agente queda con perturbaciones mentales, pues dice el párrafo segundo: “Si la inimputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales...”. Lo cual es muy lógico y estrictamente ceñido a lo científico, pues estas medidas serían innecesarias. Sería el caso de quien hubiese delinquirido en un estado clínico de síndrome de Elpenor, que sería un trastorno mental transitorio y sin ulteriores perturbaciones mentales. Por otra parte, al admitir el trastorno mental transitorio el Código admite, de hecho, el permanente, v. gr.: El proceso esquizofrénico con las implicaciones médico-científicas que esto implica. Es aquí donde el art. 56 puede entenderse mejor, dado que él habla de suspensión de la pena cuando sobreviniere al condenado enfermedad mental, puesto que en un período de remisión clínica bien puede haber acciones dolosas o culposas en un sujeto afecto de un proceso esquizofrénico. Con esto recojo, y comparto, la idea de que no siempre la enfermedad mental es factor de inimputabilidad, sino que tiene que haber una correlación entre el hecho y la enfermedad mental —llámase también trastorno mental— para que esta sea factor de inimputabilidad. Queda, a mi entender, al Código de Procedimiento Penal señalar a quién o quiénes queda el dictaminar sobre la enfermedad mental y qué se entiende por “clínica adecuada”. El artículo en mención acepta, entonces, que hay enfermedades mentales permanentes, las cuales pueden hacer su manifestación clínica

una vez se ha dictado sentencia y en vista de esto, suspende la ejecución de la pena privativa de la libertad descontando el tiempo de la misma enfermedad, del tiempo de condena.

En lo tocante a las medidas de seguridad, el Código las trae en los arts. 93, 94, 95, 96, 97, hasta el 102. Se establece en ellas varios asuntos: Acepta el Código la enfermedad mental permanente (art. 94), enfermedad mental transitoria (art. 95), los aspectos ya vistos del art. 96 en lo tocante a retardo mental cultural y retardo mental de otro origen. Establece, a mi modo de ver violentando los avances científicos, duraciones mínimas de permanencia en ciertos lugares para los enfermos mentales permanentes "...esta medida tendrá un mínimo de dos años de duración y un máximo indeterminado"...; también para los enfermos mentales transitorios: "...esta medida tendrá un mínimo de seis meses<sup>8</sup> de duración...". Cuando debería haber dejado un margen, acorde con los avances de la ciencia para que fuera con el sentido de las medidas de seguridad: "...Curación, tutela y rehabilitación". Asimismo, el Código establece los aspectos de sustitución, prórroga y revocación de las medidas en mención. Que, para no alargarme en demasía, no comentaré.

Cuando se refiere a los delitos contra el pudor y la libertad sexuales, el Código habla en su art. 300 así: "El que realice acceso carnal... o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual..." y después en el art. 304, cuando habla del acceso carnal abusivo dice: "El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir...". Considero que la redacción del art. 300 debería haber dicho: "comprender la trascendencia de la relación sexual...", es decir, que debido a las condiciones de inferioridad síquica, está en condiciones tales que le impiden comprender la trascendencia... y en igual sentido la redacción del art. 304. En este último cae como anillo al dedo el ejemplo de la personalidad histérica. Nadie negará que la personalidad histérica es un "trastorno mental", pero ¿hasta dónde esta condición le impide a quien la sufre comprender la trascendencia... o ser factor de ubicación en el art. 304, para quien la acceda?

Asimismo, en el art. 360 (*De las defraudaciones*), dice el Código: "El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando... o del trastorno mental o de una persona... la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen...". De nuevo surge el mismo interrogante: ¿cuáles son esos trastornos mentales? ¿Serán acaso, aquellos que ya hemos comentado antes, en lo referente al art. 31? ¿O serán todo tipo de trastornos mentales? De nuevo debemos dejar a la jurisprudencia y a la doctrina que sean ellas quienes diluciden, por medio de sus actos, fallos y sentencias lo atinente a estas inquietudes.

También hace referencia el Código, en el título XIII, capítulo primero, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, a la actividad de pacientes siquiátricos o que estén en condiciones de anormalidad sicofísica, cuando al hablar de

las circunstancias de agravación punitiva del homicidio, dice en el art. 324 parágrafo 5: "Valiéndose de actividad de inimputable", circunstancia que también aparece en el art. 351, parágrafo 3, cuando habla de la agravación punitiva en el hurto; y en el art. 330 (circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo), en el parágrafo primero: "Si al momento de cometer el hecho, el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante, o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica".

Por último, en el art. 335, se continúa el concepto de la perturbación síquica, dentro de las lesiones personales, la cual continúa siendo diferenciada en transitoria o permanente y de acuerdo con esto, se fijan las penas tanto físicas como pecuniarias para quien las produzca.

Sin pretender un análisis profundo del nuevo Código Penal, he querido darle vistazo muy general, en la parte que se relaciona con los aspectos siquiátricos.

Será preciso tejer un nuevo cuerpo de doctrina, reelaborar tesis y ajustarlas a la realidad nacional en sus aspectos sociológicos y culturales de acuerdo con los matices que ella presente en las disímiles circunstancias en las cuales se desarrolla. Habrá ocasiones en las que será preciso recurrir a la ayuda de otros científicos en las disciplinas sociales.

Ya el perito siquiatra, solo, habrá de dejar su labor de encasillar pacientes en determinados diagnósticos para tratar de llegar a este nuevo enfoque del hacer humano, que transgrede las leyes. Sin embargo, sus conceptos serán, quíerose o no, los basamentos de las sentencias y providencias de los jueces. Podrán ser aceptados o rechazados, pero serán, en una u otra forma, las bases de la jurisprudencia y la doctrina por venir.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, pág. 30.

# JURISPRUDENCIA

## Corte Suprema de Justicia

### PROVIDENCIA INICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
—SALA DE CASACIÓN PENAL—

Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

Magistrado ponente: Doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

Aprobado: acta núm. 30 de 24 de marzo de 1981.

#### VISTOS:

Edilberto Eduardo Medellín Cadena, fue condenado por el Tribunal Superior Militar (junio 20 de 1980) a purgar la pena de cuatro años de presidio, como responsable del delito de extorsión (decr. 1923 de 1978, art. 6).

El sentenciado interpuso casación, recurso que fue declarado desierto en auto de 24 de febrero del año en curso.

Durante el término de ejecutoria de este último proveído, el reo, en escrito de 26 del mes y año citados, solicita su libertad, invocando las siguientes razones:

1. El Código Penal que empezó a regir el 28 de enero de 1981, constituye legislación más benigna que aquella bajo la cual recibió sentencia condenatoria;

2. El art. 26 de la Constitución Nacional consagra el principio de favorabilidad y "ante la inminencia de un tránsito de legislación, por simple interpretación extensiva, todos aquellos factores de norma que favorezcan al procesado, tanto al que es su-

jeto de la norma penal, como de la norma penal militar, deben aplicarse, porque así lo ha querido el pensamiento del legislador cuando diseñara las mismas"; y,

3. Dentro de este orden de ideas resultan aplicables conforme al principio de favorabilidad —C. P., art. 6°— estas disposiciones: arts. 72, 355, 377 del C. P. vigente; 60 del C. P. de 1936; ley 32 de 1971 y decr. reglamentario 2119 de 1977.

El peticionario ha cumplido en privación de libertad efectiva, veintisiete meses, dieciocho días.

*Concepto del procurador delegado para las Fuerzas Armadas*

"...Si es verdad que por tránsito de legislación, el art. 375 del nuevo Código Penal creó una situación favorable para los condenados a las penas de presidio, por conversión de penalidad, la vigencia de la

citada disposición para efectos de su aplicación está condicionada a la desaparición de la normación especial, que regulando íntegramente la materia se dictó bajo un régimen de derecho excepcional transitorio, en desarrollo de un mandato constitucional y por la cual fue condenado el solicitante.

"Lo anterior nos lleva a deducir que la eficacia de esa ley excepcional está sujeta a su vigencia, esto es al tiempo que dure la anormalidad, la cual no puede ser derogada sino por otro acto expreso del gobierno". A este efecto cita una decisión de la Corte que, aunque se omita decirlo, corresponde a esta Sala y que en su sección más pertinente, dice: "...Pero, ¿podrá el Congreso, legislador ordinario, dictar leyes de carácter permanente durante la época en que el país se halla en estado de sitio? La respuesta no puede ser sino afirmativa. Ninguna disposición constitucional impide que el órgano legislativo cumpla su función primordial de legislar pudiendo, como está previsto en la Carta, coexistir la situación de turbación del orden público, con la reunión del Congreso, al que incumbe el examen de las razones que motivaron la medida del gobierno. Ahora bien: las leyes que dicte el Congreso encontrándose el país en estado de sitio, presentan en relación con las facultades del gobierno, dos aspectos: uno, que la ley de carácter permanente no incida sobre las medidas que el gobierno ha tomado para conservar el orden público, es decir, que no modifica ni deroga los decretos legislativos, y por lo mismo nada impide, se repite, que el Congreso cumpla su función esencial de legislador, pudiendo, por tanto, entrar a regir esas leyes, conjuntamente con los decretos extraordinarios, por no existir incompatibilidad ninguna entre unos y otros.

"Pero ¿podrá el Congreso, legislador ordinario, dictar leyes que contradigan o se opongan a las medidas tomadas por el gobierno para la conservación del orden público y cuya vigencia coincida con la del estado de sitio? La respuesta no puede ser

sino negativa. La razón es clara: La Constitución Nacional impone al presidente la obligación de «conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo en donde fuere turbado» (art. 120, 7); y para que pueda cumplir con ese deber, la misma Carta otorga las atribuciones consagradas en el art. 121, al convertirlo en legislador extraordinario. Entonces, resulta por lo menos absurdo, suponer que el Congreso, a través de su función legislativa puede válidamente oponerse a que el gobierno cumpla con sus funciones constitucionales. Pero aun en el evento de que ello fuera posible jurídicamente, prescindiendo de las consideraciones sobre la conveniencia de derogar normas de carácter eminentemente transitorio como son los decretos legislativos, habría que afirmar que las leyes dictadas por el Congreso y que contradigan o se opongan a las medidas tomadas por el gobierno para la conservación del orden público, siendo plenamente válidas, no tendrían eficacia jurídica, sino hasta el momento mismo en que se levantara el estado de sitio.

"En otras palabras, nacerían a la vida jurídica suspendidas, ya que en relación con ellas, también tiene plena aplicación la facultad del gobierno para suspender las que sean incompatibles con el estado de sitio. Es decir, que la norma de tal naturaleza, siendo plenamente válida, en cuanto a su vigencia y a su eficacia jurídica estaría temporalmente suspendida por oposición con las dictadas en estado de sitio, ya que no existe razón valedera para que el gobierno no pueda ejercer su facultad de legislador extraordinario disponiendo su suspensión temporal, igual que la ejerce con cualquiera otra ley...". (magistrado ponente, doctor JESÚS BERNAL PINZÓN, julio 21 de 1975).

De ahí la opinión adversa de la delegada a la comentada solicitud de libertad.

*Consideraciones de la Corte*

El decreto 1923 de 1978, indudablemente, suspenso el art. 406 del Código Penal

de 1936. Reprodujo íntegramente el tipo de la conducta delictuosa conocida como "extorsión", variando solo la calidad de la pena (prisión por presidio) y su cantidad (ocho meses a cinco años, por cuatro a diez años). Entendió el gobierno que la pena, en este caso y en otros, debía exasperarse para desestimular esta clase de actividades o llevar una adecuada represión a sus autores o partícipes. Aportaba así un factor propicio a la recuperación del quebrantado orden público. Nadie puede pensar, ante esta situación, que tal comportamiento criminoso podía regularse simultáneamente por las dos mencionadas disposiciones, o que para algunos casos regía una y para los demás la otra.

Se trata, ahora, de definir si el Código Penal actual (decretos 100, 141 y 172 de 28 de enero de 1980) posterior en su vigencia al decreto 1923 de 1978, alcanza a este último en su efecto derogatorio, en cuanto a los aspectos que resultan comunes a ambos estatutos, lo cual equivale, en el caso específico de la "extorsión", a reconocer la inmediata aplicación del artículo 355, que fijó una sanción mínima más benévola. (Const. Nal., art. 26; ley 153 de 1887, arts. 2, 3, 44, 45; C. C., art. 71; C. P. de 1980, art. 6).

Ya se ha visto que hay una corriente de opinión, y la Sala participó en una época de ese criterio, que estima inmodificable la legislación de estado de sitio por acción del legislador ordinario.

La Sala, en esta nueva ocasión, tiene válidos motivos para modificar ese concepto, máxime cuando la decisión a que se hace referencia (julio 21 de 1975) ofrece serios reparos, como adelante se anotarán (ley 169 de 1896, art. 4).

A este respecto se anota:

1. De entrada debe destacarse una variante de importancia en cuanto a los tradicionales términos de discusión de este asunto. Los partidarios de la intangibilidad de los poderes del presidente de la República, durante el estado de sitio, buscan preservarlos de una nociva intromisión del Congreso, que bien puede tener una muy

diferente concepción del orden público y de las medidas conducentes a su preservación. Pero no insinúan restricciones, en esta órbita, para el mismo presidente. A este le es dable derogar, modificar, adicionar, sustituir, etc., sus propias determinaciones durante el estado de excepción que regula el art. 121 de la Constitución Nacional. Pues bien, el mismo que expidió el decreto 1923 de 1978 fue quien profirió los decretos 100, 141 y 172 de 1980, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la ley 5ª de 1979. De lado queda, entonces, la posibilidad de una diferente interpretación y tratamiento del orden público. Quienes suelen imaginar al Congreso, así sea este considerado como "admirable", en plan de fomentar el caos o propiciar el desquiciamiento de las instituciones durante el estado de sitio, no pueden convencer a nadie con sus presentimientos porque deben reconocer la labor purificadora que el presidente de la República, al desarrollar conscientemente las facultades extraordinarias, cumple de los eventuales desvíos o abusos del legislador ordinario.

La deducción lógica es la de entender que los dos cuerpos de legislación analizados, redactados ambos por el gobierno, responden, cada uno en su época, a un medio eficaz de conservación del orden público, imponiéndose en valor el último de ellos.

Conviene recordar que numerosas facultades extraordinarias concedidas al presidente de la República, durante el estado de sitio, han buscado y propiciado su levantamiento al facilitar así la sustitución de la normatividad transitoria por una de carácter permanente.

2. Esto no es óbice para que se afirme, rotundamente, que el legislador ordinario tiene atribución similar. Dos hechos históricos y uno contemporáneo avalan esta apreciación.

a) La Carta, en su proceso de reforma, ha sido clara en establecer las facultades del Congreso, en cuanto a la legislación de estado de sitio. Otra cosa es que a esas emiendas se les quiera aplicar siempre el

mismo y anticuado criterio, sin pulsar el espíritu y destino de su transformación.

Cuando la Constitución, en un tiempo, no permitió la reunión del Senado y la Cámara de Representantes durante el estado de sitio por motivo de conmoción interior, evidenció un nítido propósito de no querer esta combinada actividad legislativa. Cuando determinó (Acto legislativo núm. 1 de 1960) que el ejercicio de las facultades del 121 fuera precedido de la convocatoria del Congreso y se facultaba a este *únicamente*, para acusar por inconstitucionales los decretos expedidos, si se lograba una proposición en este sentido, aprobada en cada Cámara por mayoría absoluta de votos, manifestó su voluntad de restringir a esta órbita sus poderes. Pero cuando las críticas a este sistema, que "minimizaba", volvía "impotente" y hasta propiciaba la "destrucción" del Congreso, formaron una opinión diferente y se buscó un factor más de control de las potestades del gobierno durante el estado de sitio (Acto legislativo núm. 1 de 1968, art. 42), obligadamente se tiene que inferir que el legislador ordinario puede y debe ocuparse de las normas del estado de sitio, quedando a salvo la renovada oportunidad de ser suspendidas por el gobierno, pero dándose también la ocasión de un nuevo estudio de su constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, que definirá si la razón está de parte del Congreso o del gobierno, alternativa igualmente posible y saludable.

No otro es el sentido del actual aparte del art. 121, originado en la reforma de 1968, cuando dice: "La existencia del estado de sitio *en ningún caso* impide el funcionamiento *normal* del Congreso". Y *normalidad*, en este caso, equivale a plenitud de facultades, atributos y poderes.

b) El Congreso, con el beneplácito del ejecutivo, por varias ocasiones prorrogó la validez de esta legislación de emergencia. Llegó incluso a convertirse en situación jurídica estable y permanente (leyes 2ª y 92 de 1958, 79 de 1960 y 141 de 1961). La Corte nunca declaró la inconstitucionalidad de

este procedimiento. Se afirmó, así, la tesis de serle función legítima la de ocuparse de estas materias. De donde si tenía esa competencia para mantener su eficacia después de cesar el estado de sitio, decisión tomada durante este, sin que surgiera un fenómeno de solución de continuidad legislativa, no puede carecer de ella para derogar o abrogar esos decretos. A no ser que, caprichosamente, se quiera imponer un insostenible maniqueísmo jurídico: que el Congreso obra *secundum jus* cuando coincide integralmente con el gobierno, y procede *contra jus*, cuando se aparta, así sea en lo mínimo, de sus decretos legislativos. Tal conclusión supedita peligrosamente la constitucionalidad de las leyes a un acomodamiento extravagante de lo resuelto por el ejecutivo, borrando la separación, autonomía y distinta naturaleza de estas dos ramas del poder público, en detrimento, claro está, del Congreso.

Otro caso de índole semejante a las leyes mencionadas lo constituyó el número 21 de 1973, que motivó el fallo de 21 de julio de 1975, y por medio de la cual se mudó a legislación ordinaria, antes de levantarse el estado de sitio, el decreto legislativo 1988 de 1971, sinda rellelo margen a que reviviera la legislación ordinaria precedente.

Contribuye a la solidez de esta interpretación la responsabilidad señalada en el inciso 8º del art. 121. Rechazar aquella sería anular esta porque su ejercicio afectaría no a un decreto de estado de sitio sino a todos, pues al controlar tan dramáticamente al autor de ellos, se impediría su futura expedición. Bastarían, entonces, al presidente y a los ministros incursos en las conductas allí señaladas, prolongar indefinidamente el estado de sitio. Si la Constitución prevé tan extremo remedio para conjurar los desvíos del 121, no debe escapársele uno de menor intensidad pero igualmente efectivo, esto es, el poder legislar el Congreso sobre materias coincidentes o afines a la de los decretos de estado de sitio, cuando este sea contemporáneo de las reuniones ordinarias.

c) Si no asume una posición doctrinal como la que se expone, resulta inaplicable una ley como la de amnistía, porque esta, como legislación ordinaria, contradice, desestabiliza y hace inoperante la normatividad del estado de sitio. Si la rebaja de una pena señalada en el Estatuto de Seguridad se mira como intocable y ajena al Congreso y al principio de favorabilidad, ¿qué puede pensarse de una ley que tiene el alcance de borrar delitos y penas contemplados en el decreto 1923 de 1978? Y el problema se comunica, aunque en menor grado de dificultades, a la ley 22 de 1980 (emergencia judicial).

3. La potestad legislativa del Congreso es ilimitada, salvo en materias expresamente reservadas por el constituyente a las otras ramas del poder público (art. 78-2). Ellas se refieren a los reglamentos constitucionales que expide el presidente (arts. 120-7, 12, 14, 19 y otros) y a las providencias judiciales.

4. Las limitaciones a esa potestad deben ser expresas. No puede concebirse una restricción implícita; y, entre aquellas, no está la de expedir leyes sobre asuntos incluidos en los decretos legislativos.

5. La Constitución no ha discriminado en norma alguna la potestad legislativa del Congreso en el estado de sitio, pues, por contrario modo, el inciso 4º del artículo 121, que conviene repetirlo, expresamente la autoriza cuando ordena: "La existencia del estado de sitio *en ningún caso* impide el funcionamiento normal del Congreso". Y el Congreso *funciona normalmente* si puede expedir leyes ("códigos en todos los ramos de la legislación", Const. Nal., art. 76-2) y actos legislativos, sin cortapisas del ejecutivo.

6. Las previsiones que respecto de la función del Congreso señalan los arts. 76-12, y 122, inciso 3º, parte final, no llevan a concluir que en el 121 también se requiere de autorización específica para legislar sobre materias de orden público. Esa doble permisión no era necesaria, aunque la primera se explica porque constituyendo una

delegación de facultades podría pensarse que esa atribución no podía recuperarse en cualquier momento; y, la segunda exhibe su conveniencia para evitar confusiones sobre la privativa potestad presidencial respecto de los apartes 14 y 19 del art. 120 de la Constitución Nacional.

7. El art. 120-7 atribuye al gobierno la conservación en todo el territorio nacional del orden público y su restablecimiento donde fuere turbado. Esa función la ejerce ordinaria y normalmente por intermedio de la policía y de conformidad con el Código Nacional de Policía (arts. 1 y 2) y, excepcionalmente, valiéndose de decretos legislativos.

8. Constituye una exageración doctrinal atribuir al gobierno, de manera exclusiva y excluyente, la conservación y restablecimiento del orden público. Asunto tan fundamental para las instituciones también cuenta, aun en estado de sitio, para el Congreso Nacional no solo cuando ejerce "control político sobre los actos del gobierno" (art. 76, inc. 1º) sino cuando expide leyes relacionadas con tal materia, y, para la rama jurisdiccional cuando investiga y falla sobre hechos delictivos que atentan contra dicho orden público (rebelión, sedición, asonada).

9. Las leyes expedidas por el Congreso pueden derogar expresa o tácitamente otras leyes o decretos precedentes, con las únicas excepciones ya mencionadas en la sección 3 de este pronunciamiento. La derogación expresa ocurre cuando la propia ley así lo dice, y la tácita se presenta cuando se reproduce integralmente una norma anterior o se regula de modo diferente la materia tratada, impidiéndose, por incompatibles, su vigencia simultánea (ley 153 de 1887, art. 3; C. C., art. 71).

10. Toda ley que regule más favorablemente una materia, priva sobre la desfavorable, ya sea por aplicación retroactiva o ultractiva, según el caso. La regla establecida en el art. 26 de la Constitución Nacional, no tiene excepciones, pues es una de las varias garantías consagradas en el título

III de la Carta fundamental que no puede ser desconocida, ni quebrantada, ni limitada, así se trate del más rígido estado de sitio. La Corte, en doctrina que ha repetido como inmodificable, enseña: "...hay normas de la Constitución que por su naturaleza, extraña a implicaciones sobre el orden público, rigen en todo tiempo, como garantías individuales y sociales. Así por ejemplo: el artículo 22, que establece que no habrá esclavos en Colombia; el 23, que prohíbe la detención, la prisión o el arresto por deudas; el 25, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo; el 26 que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes; el 29, que impide al legislador establecer la pena capital; el 30, que garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 31, que no permite establecer un monopolio sin antes indemnizar a quienes dejan de ejercer una industria lícita; el 34, que impide imponer pena de confiscación; el 36, sobre respeto al destino de las donaciones; el 37, sobre libre enajenación de bienes raíces; el 39, relacionado con la libre escogencia de profesión u oficio; el 41, que declara la libertad de enseñanza; el 44, referente a la libre asociación dentro de la moral y el orden legal; el 49, que prohíbe la emisión de papel moneda de curso forzoso; el 53, que garantiza la libertad de conciencia..." (sentencia de abril 19 de 1955).

Y tan humanitario como científico principio de legislación lo ratifican la ley 74 de 1968, arts. 4 y 15, aprobatoria de los "pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de *derechos civiles y políticos*, así como el Protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, *en votación unánime*, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966", y la ley 16 de 1972 "por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre *Derechos Humanos*", pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969", la que ordena en su artículo 9: "...Si con posterioridad a la co-

misión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Para darse una restricción de esta garantía, tendría que indicarse su expresa limitación por el propio constituyente, porque el legislador ordinario no tiene poder suficiente para contrariar un mandato constitucional, y menos el gobierno durante el estado de sitio.

11. Mediante los decretos legislativos el gobierno puede, rápidamente, conjurar graves alteraciones del orden público. Esa es la autorización que consagra el art. 121 y la razón de su existencia. Pero ello no implica que el Congreso, por vías normales y obviamente más lentas como la formación de las leyes, ejerza su inalienable potestad de legislar aun sobre los asuntos que han sido materia directa o indirecta de los decretos de estado de sitio.

12. No es verdad que esa convergencia de potestades en estado de sitio sea una contradicción jurídica ni comporte desorden institucional. Tal afirmación parte de un supuesto equivocado y jurídicamente insostenible: las ramas ejecutiva y legislativa del poder público actúan en oposición, una en contra de la otra. Se olvida el texto y espíritu del art. 55, conforme al cual todas las ramas del poder público "colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado", y que la función propia del Congreso es la de legislar. Ocurre, simplemente, que en época de estado de sitio el gobierno puede y debe, mediante decretos, procurar el restablecimiento del orden público turbado, con medidas que por naturaleza son *inmediatas, provisionales y transitorias*. Pero el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias, como acto de armoniosa colaboración con el ejecutivo y de control político del orden público, por medio de leyes que constituyen soluciones *ordinarias, mediatas y permanentes* a los mismos problemas.

13. Esa armoniosa colaboración funciona así: a) el gobierno dicta un decreto de

estado de sitio declarado exequible por la Corte; b) el Congreso expide unaley que regula diversamente las materias tratadas en el decreto precedente y, por lo mismo, lo deroga en todo o en parte, expresa o tácitamente; c) el gobierno suspende total o parcialmente, *de modo expreso*, la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo; y d) la Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución.

Así como puede darle la razón al Congreso, lo que equivaldría a sostener que su mandato contribuye en forma más eficaz a la preservación o restauración del orden, puede acontecer que afirme lo contrario. Esto indica que tanto gobierno como Congreso, pueden acertar o desacertar, contribuir al orden público o menoscarlo. Pero este es unjuicio concreto, no abstracto ni *a priori*, máxime cuando esto último se ha pretendido orientar hacia una insostenible dicotomía: el gobierno es factor de orden; el Congreso es factor de desorden.

Si se quiere llegar a una idea generalizante plena de significación jurídica, debe decirse que tanto el uno como el otro, por su origen y proyección políticos, procuran el bienestar común, el aseguramiento de la paz, el imperio de la justicia, el mantenimiento del orden. Cabe repetir con el texto del art. 105, por lo que dice relación al Congreso, que “los individuos de una y otra cámara *representan a la Nación entera*, y deberán votar consultando *únicamente la justicia y el bien común*”.

Con la equilibrada tesis que se desarrolla, los fueros de una y otra rama del poder público se respetan y obedecen. Y, además, el gobierno no puede eludir el control constitucional de los decretos de estado de sitio, dándose una precisa y oportuna confrontación entre el acto suyo y el del Congreso, en relación a la Constitución y a la realidad del país.

Esta apreciación resulta más imperiosa cuando se advierte que, en Colombia, una

vez declarada la exequibilidad de un decreto legislativo, la Corte no vuelve acouperarse de él, así las causas que lo motivaron hayan desaparecido y seaaquel, entonces, evidentemente innecesario.

14. Cuando el art. 121 de la Carta encuadra las atribuciones del gobierno dentro de lo normado en un estatuto orgánico expedido por el Congreso y de carácter permanente —recuérdese que su inciso primero limita al gobierno al ejercicio “de las *facultades legales*”, a los preceptos de la Constitución y a las reglas del derecho de gentes—, ley marco que no podría suspenderse por decreto legislativo puesto que es el propio fundamento de la legislación transitoria, se está reconociendo la preeminencia de este control político sobre el ejecutivo y, con mayor razón, su potestad legisladora aun en materias relacionadas con el orden público.

15. El decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) es decreto de estado de sitio que suspendió algunas instituciones del Código Penal de 1936. Es así como afectó los tipos legales del secuestro (art. 1°) rebelión (art. 2°), incendio, armas de fuego, uso de objetos peligrosos, daños, etc. Comoquiera que el Código Penal de 1980 reguló íntegramente estas materias con nuevos tipos y lo hizo, en ciertas hipótesis, de manera más benigna, esto darálugar a que en cada caso, por fuera del de “extorsión” que ahora se resuelve, se decida el alcance del principio de favorabilidad consagrado por el art. 26 de la Constitución Nacional.

No entenderlo así sería, por fuera de las argumentaciones anotadas, admitir que la *suspensión* de la una ley ordinaria *impide* que el Congreso la abrogue o derogue, con lo cual se logra no solo la intangibilidad de los decretos de estado de sitio, sino, por un curioso proceso de hibernación jurídica, que el propio Congreso revise la legislación que él mismo ha expedido. Y se marcarían, de paso, dos mayúsculos contrasentidos: a) los decretos de estado de sitio, que apenas pueden *suspender* los efectos de la legislación ordinaria, lo cual destaca su acceso-

riedad y carácter vicariante, sobrevivirían autónomamente después de derogarse o sustituirse lo principal; y b) que los juicios del gobierno sobre la incompatibilidad de normas jurídicas con el estado de excepción, no se ubicarían en el presente sino sobre la legislación por aparecer, debiéndose intuir esta noción, así la silencio el ejecutivo. Se está en el aberrante entendimiento de reconocer que el gobierno, al expedir sus decretos de estado de sitio, conoce y prevé las decisiones futuras del legislador ordinario.

16. Es verdad que el art. 121 permite al gobierno suspender la vigencia de leyes incompatibles con el restablecimiento del orden público. Pero no es menos obvio que tales decretos *únicamente* suspenden las normas legales *vigentes* a la fecha de expedición de tales decretos. O sea, que dicha suspensión debe ser *expresa y referida a la legislación preexistente*. Resulta inadmisibles el fenómeno de leyes que, durante el estado de sitio, *nacen suspendidas*, como lo sostuvo la Sala de Casación Penal en su fallo de 21 de julio de 1975, porque no se puede suspender lo que no existe y porque la contradicción entre una ley y el estado de sitio debe declararse expresamente por el gobierno mediante el decreto legislativo pertinente.

A este final respecto valga citar un antecedente jurisprudencial y otro doctrinario:

a) “...la potestad que en virtud de la legalidad marcial ostenta el presidente de la República lo habilita solo para suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio que *estén en vigencia*, pero no para suspender disposiciones futuras o leyes por venir...” (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, revisión constitucional del decreto 2366 de 1979, magistrado ponente, doctor GONZALO VARGAS RUBIANO).

Del salvamento de varios ilustres magistrados, vinculado a esta providencia, se transcribe: “...Nos inclinamos a pensar, al igual que la mayoría de la Corte, que la aclaración no era estrictamente necesaria, ya que una norma de estado de sitio *no puede*

*tener la virtualidad de impedir que en el futuro se legisle válidamente sobre determinada materia... no se puede suspender lo que no existe porque, entre otras razones, es imposible determinar de antemano y a priori la incompatibilidad de una norma aun existente con el estado de sitio...*”.

b) El magistrado LUIS CARLOS SÁCHICA, enseña sobre los efectos de los decretos legislativos frente a la ley: “...Los decretos de que se viene hablando, aunque son de carácter legislativo, no tienen fuerza para derogar la ley. Pueden suspender aquellas leyes cuya aplicación entrase la ejecución de las operaciones del gobierno encaminadas a restablecer el orden. Esa suspensión *debe ser expresa, no tácita*. El gobierno no puede sustituir la legislación ordinaria, no tiene facultades de legislador, y las atribuciones excepcionales de que goza debe ejercitarlas tan solo cuando el restablecimiento del orden lo requiera. Crear una legislación transitoria, *paralela a la ordinaria*, olvidando la finalidad del estado de sitio, *es una extralimitación de funciones*. La fórmula usual de que sus disposiciones «suspenden las que les sean contrarias», no parece una aplicación técnica de esta facultad...” (*Constitucionalismo colombiano*, 5ª edición, Bogotá, Edit. Temis, 1977, págs. 295/96).

Conviene agregar que la solución aportada por el fallo de la Sala de Casación Penal que se comenta al problema de la sucesión de leyes, concretamente los arts. 402 y 404 del Código Penal de 1936, el decreto legislativo (no extraordinario) 1988 y la ley 21 de 1973, deviene en una consecuencia diversa a la que se propuso. En efecto, se buscó evitar la solución de continuidad que podía surgir entre el decreto 1988 y la ley 21, al levantarse el estado de sitio, recuperando su vigencia, así fuera en un instante, los arts. 402 y 404, que establecían una pena más benigna. Lo lógico, conforme al fin perseguido, era sostener la vigencia de la ley 21 de 1973, durante el estado de sitio, derogatoria del decreto 1988, resultando indiferente que cesara o no el estado de ex-

cepción. Pero como se afirmó lo contrario, la ley que se dice "nació suspendida" no pudo evitar ese momento de recuperación de vigencia de la legislación anterior. Por eso la solución acordada por las leyes 2ª y 92 de 1958, 141 de 1961 y 48 de 1968, resulta más aceptable y eficaz, así se haya olvidado el sano precepto del artículo 14 de la ley 153 de 1887.

17. Está por fuera de este análisis aludir a la declaratoria de exequibilidad del decreto 1923, pronunciada por la Corte Plena el 30 de octubre de 1978. Se cuestiona ahora no la legitimidad de su eficacia, en el pasado, sino de la continuidad de su vigencia, en el futuro, por motivos distintos a los de su constitucionalidad. Esto es precisamente lo que permite a la Sala de Casación Penal estimar la modificación de aspectos como los de extorsión, secuestro, rebelión, asociación para delinquir, armas de fuego, incendio, utilización de sustancias u objetos peligrosos, daños, instigación para delinquir, cuya regulación vuelve a los cauces del Código Penal vigente.

Por ser "constitucional" ese dispositivo legal es por lo que ha tenido vigencia. Pero esta es cuestión distinta a ser derogado por el propio gobierno o por el Congreso o por el levantamiento del estado de sitio. Tampoco viene al caso aludir a un conflicto de leyes (Código Penal y decreto 1923 de 1978), porque invocar este aspecto sin comprobar primero su simultánea vigencia, sería dar por demostrado lo que se trata de demostrar, o sea, que no se ha producido su derogatoria porque el Congreso, al expedir un Código Penal, no tenía poder legislativo para afectar las materias de los decretos de estado de sitio. Plantear la discusión en estos términos sin darse primero esa evidencia, sería tomar la controversia hacia su final, escamotear un punto fundamental de disenso y fijar arbitrarias condiciones de debate. Se trata, realmente, de un nítido fenómeno de sucesión de leyes.

18. Menos viene al caso la alusión a *leyes excepcionales, especiales o temporales*, para eliminarlas de la influencia del principio

constitucional de favorabilidad (art. 26), porque para asumir tan restrictiva y odiosa interpretación, sería necesario enmendar la Carta. Y en Colombia, a diferencia de otros ordenamientos foráneos, no existe al respecto un mandato de esta índole, ni siquiera en el campo meramente legal. El intento, pues, de injertar criterios extranjeros a esta particular situación, surge como esfuerzo estéril e inadecuado por razón de la diferente estructura jurídica de nuestros estatutos. Conviene observar, en el campo de la simple especulación, que esa doctrina parte del supuesto de considerar no solo la transitoriedad, especialidad o excepcionalidad de las materias sino aspecto más importante, vale decir, que la ley ostente alcances *derogatorios*. La normatividad colombiana apenas tolera un efecto *suspensivo*, tan efímero que esa legislación de emergencia desaparece con el levantamiento del estado de sitio y reconduce lo actuado a la legislación ordinaria anterior o a la sobreveniente (ultraactividad o retroactividad).

De otro lado, el llamado Estatuto de Seguridad no es propiamente una ley especial porque no se ocupa exclusivamente de una específica materia, pues abundan los más diversos tipos penales y contravencionales, así como conductas predelictuales, normas de procedimiento y hasta asuntos administrativos. De manera que a él no se puede referir el art. 376 del nuevo Código Penal cuando señala que "las leyes penales especiales actualmente en vigencia, seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código". Pero aun aceptando que lo fuera, el concepto de oposición que allí se expresa no ha de tomarse solamente en el sentido de contrariedad formal, entendida como soluciones legislativas excluyentes respecto de una misma y concreta situación, sino como incompatibilidad jurídica de dos disposiciones que no es dable aplicar simultáneamente a igual conducta porque la una desplazó a la otra. Por eso el tipo de extorsión descrito en el art. 355 del Código Penal vigente no admite la contemporánea aplicación con el que apa-

rece consignado en el art. 5º del decreto 1923 de 1978. Además, no puede ser considerada como especial una norma que se limita a tipificar el mismo comportamiento descrito en otra anterior.

19. El nuevo Código Penal en su art. 355 reguló íntegramente la materia relacionada con el delito de extorsión, con un tipo penal diverso del que concretó el Estatuto de Seguridad en su art. 6º, disposición esta última que acogió el tipo abierto, con verbos rectores más amplios, pena distinta y específica circunstancia de agravación. No es dable, entonces, afirmar que ambos estén vigentes pues son ostensiblemente incompatibles. El Código Penal vigente derogó, absorbió y desplazó al decreto 1923 de 1978, en su art. 6º.

20. La favorabilidad del nuevo Código Penal es evidente porque la pena allí prevista es cualitativamente más benigna (prisión en vez de presidio, según las voces del art. 377) y porque la cantidad de punición es sensiblemente inferior en su mínimo (de cuatro años quedó en dos). De donde se impone su retroactividad, conforme al tantas veces mencionado principio de favorabilidad (Const. Nal., art. 26).

21. Al sentenciado Edilberto Eduardo Medellín Cadena, se le impuso el mínimo de la pena fijada por el decreto 1923 de 1978. No se advirtieron circunstancias de mayor peligrosidad que hicieran imperiosa su intensificación. Esta decisión no ha sido modificada ni es objeto ya de modificación. Debe acatarse.

Ahora bien, como el nuevo Código Penal establece una sanción básica de dos años y el solicitante lleva en privación efectiva de libertad un tiempo de veintisiete (27) meses, dieciocho (18) días de prisión, quiere ello decir que ha cumplido la pena.

Pedro Naín Arias Bohórquez, el otro condenado, dirigió a la corporación un escrito fechado el 20 de marzo, cuando ya se discutía esta providencia, invocando las mismas razones de Medellín Cadena. Señala como pena efectiva satisfecha un *quantum* superior a veinticuatro meses, alegación que corrobora el expediente. Uno y otro procesado, se repite, recibieron condena de cuatro años de presidio, o sea, el mínimo fijado por el art. 6º del decreto 1923 de 1978.

De ahí que deba tomarse igual determinación para ambos sentenciados.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelve:

Conceder la libertad a Edilberto Eduardo Medellín Cadena y Pedro Naín Arias Bohórquez, por pena cumplida.

Las boletas de libertad se expedirán con la anotación de hacerse efectiva en cuanto no exista en su contra otro motivo distinto de detención.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

## RECURSO DE REPOSICIÓN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
—SALA DE CASACIÓN PENAL—

Bogotá, trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno.

Magistrado ponente: doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

Aprobado: acta núm. 45 de 12 de mayo de 1981.

VISTOS:

El procurador delegado para las Fuerzas Armadas ha interpuesto recurso de reposición contra el proveído de veinticuatro de marzo del año en curso.

En tiempo oportuno sustentó la impugnación.

Los argumentos que al respecto expone bien pueden calificarse como verdadera paráfrasis de las razones anotadas por los magistrados que, en debida ocasión, se apartaron de la decisión mayoritaria.

No es razonable intentar la modificación de una providencia cuando los elementos dialécticos que esencialmente la conforman aparecen indemnes o no son objeto de la impugnación. En el caso *sub judice*, para no abundar en prolijas puntualizaciones, basta precisar cómo el recurrente se desentiende del fallo de la Corte Plena de 6 de diciembre de 1978, ahora comentando por la Sala con mayor amplitud y pertinencia, y del aspecto histórico que marca la evolución de las instituciones congreso y estado de sitio.

Conviene repetir, aunque el enunciado tenga el perfil de lo evidente, que la resolución no se adoptó a la ligera, sin audiencia amplia de contradictorio, pesando múltiples hipótesis y valorando innumerables consecuencias hasta lograr que la solución acogida representase al mejor cuerpo de interpretación, la que concluyese en el más armónico estudio y proyección de las funciones propias del Congreso y del ejecutivo, como ramas del poder público. Esa apreciación tiene unidad y efectos plausibles, que no puede desconocer ni quebrantar un motivo o dos, así sean originales, pero sin fuerza suficiente para destruir la orgánica interpretación acogida por mayoría y menos una argumentación que insiste en repetir los motivos expuestos por los magistrados que salvaron su voto.

No obstante lo dicho, la Sala agregará las siguientes consideraciones.

1. Se pretende, partiendo de un indiscutible distinguo, apoyar conclusiones más amplias y casi ajenas a la premisa. Porque se afirma asunto tan palmar como el que las atribuciones del art. 121 son diferentes a las del numeral 12 del art. 76, no se demuestra, por sí, lo que se pretende establecer: que ni el presidente,

cuando ejerce facultades extraordinarias, ni el Congreso, cuando expide sus leyes, pueden afectar la legislación del estado de sitio. En diferenciar estos dos artículos estamos todos de acuerdo.

Pero la cuestión es otra: que la “suspensión” de normas apreciadas como incompatibles con el estado de sitio no puede hacerse en forma tácita, sobrentendida, sino de manera expresa, singular y determinada. Y resulta un imposible jurídico, así se acepte en gracia de discusión una “suspensión” futura e implícita, entender que esta pueda obrar respecto de decretos extraordinarios, emitidos con base en el art. 76-12, porque equivaldría a sostener, como criterio general, que el presidente, al ejercer estas facultades descuida el orden público o contraría su conservación.

Y ¿cómo llegar a igual deducción cuando se trata de ley que no fue objetada por el gobierno? (arts. 85, 87 y 88).

Se enfatiza, en el salvamento de voto, que no puede darse una derogación “culposa o inadvertida”. Y ello es así porque todo acto jurídico debe representar una acción consciente. Pero esto no implica que la derogación, por reglamentación integral de la materia o por concreta determinación del legislador deja de ser manifiesta y llegue a sus últimas consecuencias. Esta cuestión no se define porque alguien siga acudiendo a conjeturas o a las tardías manifestaciones del autor de la norma, quien revela así sus sentimientos o la visión personal del problema, que no se quiso un resultado de esta índole. La realidad no es lo que se quiera ver o reconocer, sino lo que aparezca de aplicar los principios de la ciencia del derecho y el alcance de los textos constitucionales o legales.

Conviene, además, transcribir los siguientes apartes de alocuciones presidenciales: “...debe prepararse, pues, el país para las grandes reformas del año venidero. El gobierno se ocupará de *poner en marcha los códigos penales*, los laborales, las normas sobre desarrollo urbano, y al propio tiempo hará *la reforma del estatuto docente* y de la educación superior. Para la realización de esta ambiciosa empresa de renovación, nos asesoraremos de comisiones especializadas y de los propios voceros de las cámaras legislativas. No procederemos de espaldas a la nación, sino que oiremos su patriótica voz, responderemos a su justo clamor y reclamaremos su valioso concurso” (diciembre 30/78, *Discursos y mensajes*, pp. 214/215); “...Una pronta y cumplida justicia es uno de los pilares del orden, del desarrollo y la tranquilidad ciudadana. Por ello el gobierno, al otorgarle singular trascendencia al problema de la justicia, ha respaldado el acto legislativo que sobre la materia cursa en el Congreso. Asimismo, solicitó facultades extraordinarias, aprobadas por las honorables cámaras, para *poner en vigencia los códigos penal...*” (febrero 27/79, p. 255); “...En varias ocasiones el gobierno ha dicho que estará dispuesto a levantar el estado de sitio cuando se den las circunstancias que hagan posible la *plena normalidad* ciudadana. De su parte impulsó *con tales miras* una reforma constitucional del régimen judicial y ha propuesto códigos y leyes que pretenden el regreso a la normalidad...”. (Instalación del Congreso, julio 20 de 1980, *Anales*, núm. 17, 22 de julio, p. 268).

La legislación de los últimos años, expedida por el Congreso, se ha conseguido, según las voces oficiales, para sustituir la normatividad de estado de sitio y facilitar la recuperación de la normalidad jurídica. Lo cual no se logra, ciertamente, con la superada tesis de “leyes que nacen suspendidas” que, por lo aleatorio del levantamiento del estado de sitio, no se sabe, en esta singular concepción, cuándo podrán entrar a regir integralmente y traducir así un factor de reordenación institucional.

Si resulta incongruente un Código incompleto, al dejar por fuera institutos afectados por la legislación de estado de sitio, no menor sería la incongruencia de un Código Penal que, lejos de corresponder a la noción de un estatuto orgánico, unitario, integrado, debe regir parcialmente, apenas en algunas de sus secciones, para no desarticular la legislación presidencial de estado de sitio. Se tendría, entonces, que la desaparición de la pena de presidio no contaría para aquellas infracciones que la conservan (v. gr. rebelión, secuestro), dándose una simultaneidad suficiente para impedir la reforma penitenciaria que ha acometido el mismo gobierno; que cuando se suprime una conducta como delito, tal decisión legislativa no operaría mientras persista el estado de sitio; o que la justificación consagrada en el decreto 070 de 1978, que adicionó el art. 25 del C. P. de 1936, aunque debió referirse al art. 24 del C. de J. P. M., porque buscaba el amparo de "los miembros de la fuerza pública", aforados, también subsiste a pesar de la derogatoria de ese citado artículo 25 (decr. 100 de 1980, art. 29).

2. El recurrente imagina "híbridos" jurídicos que impiden la formación de una doctrina armónica y generalizante. Si se discurre a partir del falso supuesto de la indemnidad de las normas de estado de sitio, así provengan sus efectos derogatorios del propio presidente, por fuera de los decretos legislativos o del levantamiento del estado de sitio (no se sabe si también duda de la inmediata y total aplicación del acto legislativo núm. 1 de 1979), ciertamente habría que suponer un Código Penal con disposiciones suspendidas, implementado por el estatuto de seguridad y fruto de decretos extraordinarios o legislativos.

Pues bien, el desasosiego desaparece cuando se resuelve que el Código Penal, en lo que pueda alterar al estado de sitio, es ley de origen parlamentario capaz de modificar hechos que lo afectan. Así también se ubica en su debido estado institucional lo que es función propia y superior del Congreso (hacer las leyes), y las sucedáneas atribuciones presidenciales, en este terreno, de procurar una legislación de emergencia. Esto explica que no haya "poder superior" e intocable del gobierno, durante el estado de sitio, porque la Constitución somete sus decretos legislativos a la revisión automática de la Corte. Como en estado de sitio el Congreso puede estar impedido para legislar con la necesaria celeridad que las circunstancias exigen (no estar reunido, demorar la expedición de las leyes, etc.), el ejecutivo asume una función que no es regularmente la suya. Pero el constituyente cuida de una operación "legislativa" en estas singularísimas condiciones. De ahí que el sistema de control sea diferente y pueda advertirse en ello una supremacía de la rama legislativa del poder público que, cuando puede ejercitarse, debe reconocerse, salvo textos expresos que en el caso comentado no se dan.

Se podría entender lo contrario si la interpretación no fluyese en este sentido o se otorgara al ejecutivo un poder no de "suspender" las leyes sino de derogarlas.

3. En este aparte la delegada intenta cumplir con su objetivo (intangibilidad del Estatuto de Seguridad) dando por establecido que las leyes 2ª, 92 de 1958, 79 de 1960, 141 de 1961 y 21 de 1973, "no se dictaron para que tuvieran vigencia dentro de la anormalidad institucional, sino para permitir su vida jurídica una vez restablecido el orden público". Pero, entonces, ¿cómo se salva la *solución de continuidad* que surge entre el levantamiento del estado de sitio: con el definitivo decaimiento de las disposiciones dictadas durante el mismo, y la puesta en vigencia de normas que estaban suspendidas, que, como se compro-

bó con la transcripción pertinente, es tesis que la Corte Plena rechaza por caprichosa e ilógica? De otro lado, se pretende negar una inocultable realidad: la ley 21 de 1973 comenzó a regir durante el estado de sitio, pues este se levantó el 29 de diciembre, y aquella se promulgó el día 12, del mismo mes y año.

Estimar que una rebaja de pena neutraliza el desestímulo al delito que concretan anteriores aumentos de sanción y que por tanto surge, nítidamente, la contraposición entre el Estatuto de Seguridad y el Código Penal, es desentenderse de los alcances indefinidos y contradictorios de esta afirmación. Si la reflexión fuese válida, nunca podría levantarse al estado de sitio, hasta tanto no purgase totalmente su sentencia el último de los reos, porque la desaparición de aquel, bajo cuyo imperio se impuso la condena, implicaría la disminución de su pena, lo cual propiciaría la reaparición de las circunstancias que llevaron a implantar el estado de sitio. O sea que el gobierno tampoco podría cambiar su opinión, una vez intensificada una sanción, porque todo intento de moderación a este respecto debería mirarse, según las calificaciones del impugnador, como "tratamiento más benigno (que) debe producir efecto contrario o sea un estímulo al quebrantamiento del orden público". Lo que la Sala ha querido expresar, en su decisión de mayoría, es que tanto el gobierno, mediante un decreto legislativo, como el Congreso, en virtud de la ley o acto legislativo, pueden advertir un cambio en las condiciones de vida del país y considerar como solución más aconsejable la disminución de una pena o la exclusión de una conducta del catálogo de los delitos y a ello debe estarse. Esto es lo que acontece con el Código Penal y no hay motivos para dejar de lado tan objetiva situación y atenerse más bien a apariencias o valoraciones personales.

Con la argumentación de la delegada, desarrollada en toda su amplitud, se llega, como también de modo equivocado lo sustentó el salvamento de voto, a la definitiva consolidación de las penas impuestas durante el estado de sitio, así la legislación anterior revivida por obra de su levantamiento o la dictada en sustitución de la misma por el Congreso, sea más favorable. Entonces, ¿dónde queda lo de la "temporalidad" de las medidas del estado de sitio? ¿Dónde la casación de sus efectos al terminarse ese régimen legal de excepción? ¿Y dónde la simple "suspensión" de las medidas preexistentes? El concepto se extiende tanto que puede, contrariando la tesis principal de la solicitud, negarle atribuciones al gobierno para aumentar penas, máxime cuando estas son de larga duración e inmodificables.

4. La opinión expresada en el auto adoptado por la mayoría de votos en relación con las leyes 37 de 1981 (amnistía) y 22 de 1980 (emergencia judicial), aparece para la delegada como inaceptable, casi por las mismas razones (mero enunciado) del salvamento de voto.

En efecto, se afirma que la amnistía es "precisamente un instrumento de origen constitucional otorgado al legislador para colaborar en forma armónica con el Ejecutivo en los fines del Estado, uno de ellos el restablecimiento del orden público" y se demuestra con la cita del numeral 19 del art. 76 de la Constitución Nacional.

Con tan ondulante y acomodaticio patrón, no logra la Sala precisar cuál es el verdadero criterio para distinguir cuándo una ley puede reformar los decretos de estado de sitio. No debe ser el art. 76 de la Carta, porque este opera si se trata de su numeral 19, pero resulta impropio si se trata del numeral 12, porque para el procurador delegado, como ya se dejó visto, la ley 5ª de 1979 (facul-

tades extraordinarias relacionadas con la expedición y vigencia del Código Penal) no tiene este mérito. Tampoco debe ser cuando procura el restablecimiento del orden público, porque la ley de amnistía y la de emergencia judicial contribuyen a ello, pero no al Código Penal expedido en las indicadas circunstancias y que procura el mismo fin.

Pero, además, se rubrica un insólito concepto de las prerrogativas del Congreso. Este, si expide una ley conforme a los deseos del ejecutivo, colabora armónicamente con él y puede modificarle la normatividad del estado de sitio. Pero si se aparta de sus recomendaciones y propósitos, la ley así omitida no tiene ese alcance derogatorio o modificador. El argumento no exige mayor análisis, dentro de las mismas lindes dialécticas en que se ha propuesto.

El salvamento de voto estima que, por el hecho de expedirse una ley que incida sobre aspectos del estado de sitio, se suprime por el Congreso la colaboración debida al gobierno y se interfiere, de este modo, su labor. Ni lo uno ni lo otro tiene este absoluto carácter. Nunca el ejercicio de una función, así esta pierda su eficacia mediante el control establecido al efecto, puede constituir un desacuerdo censurable o una degradante oposición, y menos devenir en acto de nociva contradicción. Pero, además, quien debe tomar esta determinación, inicialmente, es el gobierno, ejerciendo la facultad de suspensión que le concede el art. 121, y, en definitiva, la Corte al decidir si la razón estaba al lado del ejecutivo o más bien de parte de la rama legislativa. Lo inadmisibles es suponer este enfrentamiento y este daño a la comunidad. La apreciación en este sentido resulta empresa difícil cuando el gobierno no ha objetado el proyecto de ley (art. 216-2) y se consolida como verdadero imposible cuando se trata del ejercicio de facultades extraordinarias, por lo mismo que nadie se autoderoga "culposa o inadvertidamente", para volver al expresivo giro usado en el salvamento de voto.

Los actos del gobierno, de las ramas legislativa y judicial, deben mirarse como son: correctos y útiles a la sociedad, al orden público, a la seguridad nacional, etc., mientras una decisión de autoridad competente no demuestre lo contrario.

Conviene ampliar la referencia a la ley de emergencia judicial que, bien mirada, traduce la consagración de un fenómeno especial extintivo de acción penal. Para dar solo un ejemplo, repárese en que conductas criminales que podrían tener un tiempo de prescripción superior a los quince o veinte años, deben dejarse de investigar por el simple trascurso de dos años contados a partir de la iniciación del sumario si no se han identificado o determinado los presuntos responsables, o fijados a partir de la indagatoria si "no existiera prueba suficiente para decretar su detención preventiva o esta hubiere sido revocada". Y pueden ser secuestradores, rebeldes, sediciosos, cuadrilleros o peligrosos narcotraficantes (repitiéndose en este último evento el tratamiento benigno que se les dio en el decreto legislativo 18 de 1979, comentado oportunamente en el salvamento de voto de los magistrados GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y JESÚS BERNAL PINZÓN), los usufructuarios de aquella cesación de procedimiento. Si uno de los tantos motivos tenidos en cuenta para declarar el estado de sitio fue la creciente criminalidad (decrs. 2131, 070 y 1923 de 1978), si el orden público exige procesos y condenas inevitables, ¿no pugnará con el Estatuto de Seguridad la renuencia de esta ley 22 de 1980 a continuar unas averiguaciones? ¿Por qué se está aplicando esta ley si se entromete en cuestiones del

estado de sitio? ¿Será más grave y acusará mayor falta de armónica colaboración rebajar una pena (Código Penal) que cerrar su posibilidad de castigo, extinguiendo la acción y ordenando cesar el procedimiento para un rebelde, secuestrador, sedicioso o incendiario?

Pero hay un ejemplo más irrefutable, idéntico al caso que se controvierte. Se trata del aspecto educacional, tocado en múltiples y fundamentales puntos por la legislación de estado de sitio por cuestiones de orden público (cierre de universidades, facultades a los rectores, *suspensión de la carrera docente*, etc.). Pues bien, la ley 8ª de 1979, en pleno estado de sitio, otorgó facultades extraordinarias para establecer la naturaleza, características y componentes del sistema de educación post-secundaria, fijar requisitos para la creación y funcionamiento de instituciones públicas y privadas de educación post-secundaria, *organizar la Universidad Nacional de Colombia* y las demás universidades e institutos oficiales de nivel post-secundario, expedir las *normas sobre escalafón nacional para el sector docente*, y derogar unas normas. Con base en esa delegación legislativa se expidió el decreto legislativo 2277 de 1979 (con 82 artículos, cuyo capítulo IV se refiere a la "carrera docente"), indicándose que regiría, como la ley 21 de 1973, a partir de su promulgación. Luego vino el decreto de estado de sitio 2366 de 1979, que pretendía, coincidente con la tesis de la Procuraduría, dar vida a una disposición que supuestamente nació suspendida, y de ahí que ordenaba que el decreto 2277 constituía una excepción a lo dispuesto en el art. 3º del decreto legislativo 2132 de 1976 (suspensión de carrera docente). Esta conflictiva situación fue la que desató la Corte Plena en fallo de 6 de diciembre de 1979, al decir: "De manera, pues, que el nuevo estatuto docente, o sea el de 1979, no pudo haber nacido suspendido en virtud del ordenamiento anterior del decreto 2132 de 1976. Al contrario: el estatuto recientemente expedido tiene operancia inmediata desde su promulgación en el *Diario Oficial*. Por consiguiente el yerro que trata de corregir el gobierno, en sentir del procurador, y que corrige con la desafectación de la suspensión, no existe. Desde un principio, *ab initio*, el nuevo estatuto está desafectado de toda suspensión". Y consecuente con este diáfano planteamiento, que la Procuraduría debe conocer y acatar desde entonces, se declaró *inexecutable*, esto es, contrario a la Constitución, al mencionado decreto legislativo 2366 de 1979.

5. En esta sección el recurrente anota que "lo que se suspende es todo aquello que contradiga las previsiones de emergencia, sin que sea admisible hacer distinciones entre las *disposiciones* anteriores al estado de sitio y aquellas sobrevinientes (y que) ... tan contraria puede ser una *disposición* anterior como una nueva; (pues) la contradicción resulta al analizarse su propio contenido" (subraya la Sala).

Esta forma de pensar no ofrece mejores planteamientos que los expuestos por la Corte Plena sobre el particular y transcritos someramente en la decisión impugnada. El régimen de "suspensión" de normas jurídicas durante el estado de sitio, según la reglamentación que sobre el punto ofrece la Constitución, no puede hacerse de manera tácita y abstracta, sino de modo expreso y concreto. Es una facultad concedida al gobierno pero ejercitable dentro de las exigencias de la Carta. Y la razón de ella es bien elemental y atendible. En efecto, si esa "suspensión" concita el automático control de la Corte Suprema de Justicia, ¿cómo hace esta corporación para ejercerlo si la "suspensión" es tácita, deducible de la contrariedad apreciable por "su propio contenido"? ¿No es esta una

tesis abiertamente inadmisibles y que permitirá, en beneficio del Ejecutivo, soslayar el control de constitucionalidad consagrado en el art. 214?

Además, se pretende hacer decir a la Corte lo que nunca ha dicho. Esta, con excesiva amplitud, ha aceptado la procedencia de decretos legislativos sobre hechos "sobrevinientes" a la declaratoria de estado de sitio pero íntimamente relacionados con la misma en el tiempo y en el espacio. Pero nunca ha pretendido extender ese concepto a las normas, a las disposiciones dictadas con posterioridad y menos para que escapen al requerimiento constitucional de tenerse que suspender de manera específica.

En otras palabras, lo que dice el inciso 3º del art. 121 de la Const. Nal. es que el gobierno tiene facultad para suspender las leyes "que sean incompatibles con el estado de sitio", y no que puedan ser incompatibles con él, como equivocadamente lo afirma el ministerio público; y es que la diferencia resulta sustancial, porque conforme al texto constitucional, el gobierno debe dictar decreto de estado de sitio para suspender una o varias normas legales cuya vigencia impida o dificulte el restablecimiento del orden público, y tal decreto —como cualquier otro que se expida con fundamento en esta norma constitucional— ha de ser examinado por la Corte Suprema de Justicia, entidad que decidirá si al emitirlo el gobierno se ajustó o no a la limitación normativa de la Carta y, más exactamente, si la vigencia de la ley total o parcialmente suspendida era realmente incompatible con el restablecimiento de la normalidad institucional. Palmar resulta entonces, que ni el gobierno ni la Corte están en condiciones de decidir si una ley es contraria al estado de sitio mientras ella no exista, no solo porque es un imposible jurídico y ontológico suspender la vigencia de una ley que no está vigente porque no ha nacido a la vida del derecho, sino porque gobierno y Corte carecen del poder taumatúrgico de prever el futuro para señalar qué leyes habrán de expedirse y cuáles entre ellas serán contrarias a una también futura y, por lo mismo, incierta situación de orden público. La oposición de una ley al estado de sitio no es, pues, mera entelequia que se impone por sí misma y que va emergiendo al compás del nacimiento de las leyes emanadas del congreso durante el estado de sitio, sino una conclusión a que llega el gobierno en virtud de serios análisis y razonamientos necesariamente asentados sobre dos supuestos esenciales: una ley vigente y una determinada situación de orden público.

6. Se quiere patentizar una contradicción dialéctica en la mayoría de la Sala "porque se afirma que el Legislativo no puede dictar leyes en materias relacionadas con el mantenimiento y el restablecimiento del orden público (art. 120-7); que dentro de esas limitaciones no está la de expedir leyes sobre asuntos incluidos en los decretos legislativos, para después significar que corresponde al gobierno la conservación del orden público y su restablecimiento, función que puede ejercerla excepcionalmente valiéndose de decretos legislativos (art. 121)".

Vuelve a destacar la Sala lo fácil que resulta colocar a alguien en contradicción adjudicándole tesis que no ha sustentado o no queriendo entender lo que claramente se ha dicho.

Si se lee serenamente la providencia recurrida, podrá observarse que la Sala solo ha dicho, con meridiana claridad, lo siguiente: que existen algunas limitaciones a la potestad legislativa ordinaria (arts. 78-2 y 120-7, 12, 14 y 19); y que no es lo mismo la potestad reglamentaria incidental en casos de orden público,

(v. gr. toque de queda, prohibición de expender bebidas alcohólicas, manejo especial de tropas, etc.) que el control más profundo de esta, por vía de excepción, mediante decretos legislativos. Si bien, en el primer evento se podría aludir a la confusión de potestades y a la indebida intromisión de una rama del poder público (Congreso) en otra (Ejecutivo), en el segundo no acontece otro tanto. Lo cual no quiere decir que el reglamento constitucional sea intocable, puesto que bien se sabe que desaparecida la norma reglamentada, se extingue la norma reglamentaria.

Si se llegare a aceptar que la facultad presidencial indicada en el art. 120-7, se ejerce mediante reglamentos constitucionales autónomos, habría que admitir igualmente que de ese carácter serían también los decretos expedidos con fundamento en el art. 121, como que unos y otros son instrumentos reguladores del orden público, y como tales reglamentos del ejecutivo no tienen el control constitucional que la Carta le asigna a la Corte Suprema de Justicia, seguiríase que aquellos emitidos con respaldo en el citado art. 121, carecerían de dicho control, con violación manifiesta de esta última disposición constitucional.

Al art. 120-7 se le ha querido dar una trascendencia inusitada para enriquecer las atribuciones del ejecutivo, sin advertir que tal precepto no equivale a negar que las demás potestades (legislativa y judicial) también cumplen, aunque por diferentes medios, una labor de tutela y mantenimiento del orden público; o que la transitoria acción gubernativa sobre aspectos del orden público impida la intervención del Congreso, hacia el futuro; o finalmente, que la prohibición también comprenda al presidente de la República, cuando desarrolla facultades extraordinarias.

Nótese bien que el art. 120-7 es esencialmente una exigencia perentoria al ejecutivo para que controle las situaciones de hecho que afectan al orden público, para que al paso que estas aparezcan actúe adecuadamente, con el empleo de la policía y las facultades ordinarias de que dispone, o por la vía excepcional, pero ya dentro de otro concepto legal, de los decretos legislativos. Y está bien que así sea porque es la rama del poder público a cuyo cargo y dirección está la fuerza pública y es la de mayor movilidad dentro de la estructura del Estado. Por eso el artículo en mención corresponde a un rubro propio y restringido de funciones: el presidente de la República como suprema autoridad administrativa.

Pero cuando esta autoridad administrativa aparece como poder legislativo, con atribuciones para suspender las leyes, otra es la naturaleza de ese poder suyo y otros los controles del mismo. En este caso lo único que puede ser "suspender" lo preexistente, pudiendo repetir el ejercicio de esta facultad a medida que aparezca la legislación y esta contradiga lo que el gobierno estimó como norma adecuada de recuperación del orden público, quedando en manos de la Corte la decisión definitiva de si acepta la valoración que de los hechos hizo el ejecutivo o la que ofrezca el legislador en sus nuevas normas. La situación no es, como lo piensan los redactores del salvamento de voto, catastrófica, ni traduce una falta de armonía de los poderes ni un fatal enfrentamiento de estos. Todo poder implica en su ejercicio una posibilidad de pugna con otro. ¿Acaso no ocurre esto cuando el gobierno suspende una ley preexistente al estado de sitio o aparecida con posterioridad a su declaratoria? ¿No pretende imponer su supremacía? Pero esta oposición no es falta de colaboración armónica ni el

principio del abismo institucional. Es precisamente lo que la Constitución ha previsto como ejercicio de la democracia; por eso consagra como solución pacífica y ordenada, la intervención de la Corte. Tampoco se sobresalte nadie porque surja un conflicto entre una autoridad administrativa y una judicial, o entre dos o más pertenecientes a una de estas, porque las leyes ofrecen el remedio al indicar quién, en qué tiempo, en qué forma y con qué clase de consecuencias, debe determinar dónde se encuentran la razón y el derecho.

A nadie dentro de una República seduce la tesis de que colaboración armónica signifique hacer la voluntad de una sola persona o de una sola rama del poder público y de que ello ocurra con tal celeridad que excluya, por sí, todo trámite, toda dilación, toda intervención de organismos creados para actuar en esas contiendas, así no sean instantáneas sus resoluciones.

Hay que convenir, se reitera, que el órgano propio de la legislación es el Congreso y que los controles automáticos de las leyes están destinados dentro de nuestra Carta no para su ejercicio normal sino para quien, excepcionalmente, los cumple por sustitución. Es esta nuestra actual estructura constitucional.

7. Otra suposición equivocada y gratuita es la de señalar como tesis o consecuencia obligada del criterio de la Sala, que aun el decreto de turbación del orden público (art. 121) puede ser desconocido por la legislación ordinaria.

En parte alguna se ha sostenido ni insinuado esta apreciación. Por el contrario el pensamiento ha sido claro en dejar a salvo esta situación como bien se advierte cuando se explica que, el gobierno, ante una ley que le modifica decretos legislativos, puede suspenderlos si la considera incompatible con su criterio del orden público y de los medios adecuados para restablecerlo. Entonces, si se conserva y resguarda esa atribución del ejecutivo, quiere ello decir que el decreto que reconoce la turbación del orden público y declara en estado de sitio todo el país, o parte de él, se mantiene en toda su primitiva y plena eficacia.

Una cuestión es el decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio todo o parte del territorio nacional, y otra, los que con fundamento en aquel dicta el gobierno para lograr el restablecimiento del orden público alterado; uno y otros solamente pueden ser expedidos por el gobierno; pero esto no impide que el Congreso pueda ocuparse de legislar sobre *materias* transitoriamente reguladas por uno cualquiera de tales decretos con las consecuencias jurídicas propias del tránsito de una normatividad de emergencia a otra de carácter permanente; esto no puede ocurrir, ciertamente, respecto del decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio el país, porque él carece sustancialmente de *materia* distinta a la manifestación gubernamental de que a partir de su sanción empieza a regir la legalidad excepcional del estado de sitio.

8. En lo que respecta al principio de favorabilidad, conviene reproducir aquí el criterio expresado por el doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, miembro de la comisión de 1974, al discutirse el tema "aplicación de la ley penal en el tiempo": "...De tal modo que el tema, por lo menos en teoría, es bastante difícil. Como ustedes saben y lo dice también el doctor BAQUERO, la ley temporal es aquella que tiene fijado el límite de su vigencia, y la otra sería la ley excepcional, dijéramos la que creara delitos en determinadas circunstancias para combatir una forma de delincuencia no presentada sino en un tiempo especial. En este particular vale la pena señalar que a los hechos ocurridos durante la

vigencia de la ley temporal se aplique esta sin más, es decir, no importa qué se haya dicho antes o qué se diga después de ella. Más aún: si en la ley temporal se establece una determinada pena o circunstancia agravante o se cambian las modalidades de la conducta punible de todos modos se aplique esa ley temporal aunque por el trascurso de los plazos o términos a que ella está sujeta haya ya dejado de existir. Este es un principio que yo encuentro, por ejemplo, en los proyectos alemanes tanto el de 1962 como en el de 1966, aceptado sin discusión. En cambio la ley excepcional está sujeta a los principios generales, es decir, que si después de la ley excepcional viene una que cambia la penalidad, etc., pues entonces se vuelve a aplicar dicho principio. Dentro de este esquema tendríamos nosotros que preguntarnos si vamos a hacer diferenciaciones, si vamos a mencionar el caso de la ley intermedia, si sancionado este vamos a fijarnos en sí es ley temporal o excepcional o simplemente vamos a hacer tabla rasa de todo esto y decir 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. *En lo que a mí respecta, como ya les decía, soy partidario de esto último, tal vez haciendo la excepción de las llamadas leyes temporales, pues la tendencia es a aplicarlas sin modificaciones, pero sean las unas o las otras debe aplicarse, en todo caso, la ley más favorable...*" (Subraya la Sala. Anteproyecto de Código Penal colombiano. Acta núm. 7, p. 53, edición del Ministerio de Justicia).

9. Al paso que la tesis de la mayoría no disminuye las potestades de ninguna rama del poder público y las ubica en su debido nivel constitucional, con interpretación coherente y sistemática, la opuesta desequilibra esa noción integradora. La primera nunca niega que el gobierno pueda suspender las normas que considere contrarias a las que él juzga necesarias para el restablecimiento del orden público, pero exige que ese juicio sea concreto y con el debido control constitucional en cada caso; y afirma, además, que no le está vedado al Congreso, así sea en estado de sitio, ocuparse con legislación actualizada, que incluso puede coincidir con lo dispuesto por el gobierno, de materias relacionadas con el orden público turbado. La segunda niega esa potestad legislativa; y quiere, igualmente, que se adivine qué es lo opuesto al orden público y cuál la norma que lo contradice.

En virtud de estas consideraciones, no encuentra la Sala motivos valederos para mudar de criterio ni modificar la decisión tomada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelve:

*No reponer* el auto impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

## SALVAMENTO DE VOTO

*Salvamento de voto de los magistrados Fabio Calderón Botero,  
Dante L. Fiorillo Porras y Luis Enrique Romero Soto.*

Respetuosamente nos apartamos del criterio que llevó a la liberación de los procesados Edilberto Medellín Cadena y Pedro Naín Arias Bohórquez, condenados por la justicia penal militar como autores de un delito de extorsión conforme al decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), porque estimamos que no les era aplicable el nuevo Código Penal, como lo afirma la mayoría de la Sala en el supuesto, a nuestro juicio equivocado, de que las normas de aquel fueron derogadas por las disposiciones de este y de que el principio de favorabilidad rige esta específica situación.

Las razones que nos asisten son las siguientes:

1. *La conjetura como argumento de una derogación imposible.* No hay duda que el gobierno expidió el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) como legislador extraordinario en uso de las atribuciones que le confiere el art. 121 de la Constitución Nacional, y que posteriormente, en ejercicio de facultades concedidas por la ley 5ª de 1979, profirió los decretos extraordinarios 100, 141 y 172 de 1980 (Código Penal); sin embargo, esto no significa que su pretensión fue la de derogar su propia legislación de excepción, o que lo hizo inadvertidamente; lo primero, porque de haber considerado superada la necesidad de la vigencia total o parcial de aquel estatuto, el presidente de la República habría levantado total o parcialmente el estado de sitio, o derogado total o parcialmente, mediante

otro decreto legislativo, las disposiciones del Estatuto de Seguridad, como ha venido haciéndose tradicionalmente y lo autoriza la Constitución Política; lo segundo porque las leyes no se derogan culposa o inadvertidamente, sino expresa o tácitamente, y ni lo uno ni lo otro se buscó, respecto de ninguna de las normas de estado de sitio, al promulgarse el Código Penal, de donde resulta francamente inexplicable que la Sala funde su decisión sobre el supuesto de que el gobierno, sin proponérselo, derogó inadvertida, descuidada o equivocadamente la norma correspondiente del decreto legislativo 1923, cuando, como conforme a la hermenéutica, ha debido "recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma (en la ley) o en la historia fidedigna de su establecimiento", para darle sus verdaderos sentido y alcances; tampoco hubo derogatoria tácita porque si bien el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) *suspendió* algunos tipos delictivos del Código Penal de 1936 que le eran contrarios, y el Código Penal de 1980 vino luego a regular esas materias y en ciertas hipótesis de manera más benigna, no por ello puede afirmarse la existencia de dos situaciones calificadas por la Sala de absurdas: que no puede *sobrevivir* el decreto legislativo, porque se le quitó su fundamento; y que los juicios del gobierno sobre incompatibilidad de normas jurídicas con el estado de excepción no se refieren al futuro, porque es obvio que no se pueden conocer de antemano las decisiones que habrá

de tomar el legislador ordinario; la primera afirmación no es cierta: el fundamento de los decretos legislativos no son las normas que estos suspenden, sino las situaciones de hecho que generaron u obligan posteriormente a mantener la declaración de turbación del orden público, y la segunda es discutible; tampoco, finalmente, podía producirse derogatoria expresa a causa de que la ley ordinaria no puede derogar la legislación de excepción (Const. Nal., art. 121), ya que el Congreso no tiene facultad constitucional expresa de inmiscuirse en esta esfera de la competencia reservada al Ejecutivo, que este puede ejercer derogando algunas de sus disposiciones mediante decretos también legislativos o toda la legislación de emergencia en la forma que señala la Constitución Política, esto es, levantando el estado de sitio total o parcialmente, única forma constitucional indicada para que dejen "de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado" (Const. Nal., art. 121).

2. *Las facultades del Congreso durante el estado de sitio.* No se discute, porque así lo dispone el art. 121 de la Constitución Nacional, que el estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso, pero si bien este goza dentro de él de "plenitud de facultades, atributos y poderes", como lo anota la mayoría de la Sala, su *funcionamiento normal*, presupone, por disposición constitucional, el empleo de esa plenitud de facultades, atributos y poderes con sujeción a la obligación perentoria de colaborar armónicamente con el gobierno en la realización de los fines del Estado (Const. Nal., art. 55) y, con mayor razón, con la de conservar, como fin primordial, su propia existencia cuando se halla en peligro: colaborar *armónicamente* es cooperar, coadyuvar, contribuir, auxiliar, secundar, y no impedir, interferir, entorpecer u obstaculizar las obligaciones y las facultades, atribuciones y poderes constitucionales del presidente de la República.

Precisamente los antecedentes que trae la mayoría sobre situaciones en que el

Congreso prorrogó la legislación de emergencia, convirtiéndola en regular y permanente (leyes 2ª. y 92 de 1958, 79 de 1960, 141 de 1961 y 21 de 1973), son ejemplos clásicos de la colaboración que la ramalegislativa debe prestar a la ejecutiva.

Ahora bien, esta colaboración no solo se presenta cuando el Congreso prorroga la legislación de emergencia sino también en casos como el de la ley de amnistía, que antes que contradecir al llamado Estatuto de Seguridad, lo tiene como su fundamento y se confunde con él en sus objetivos sustanciales de restablecimiento de la paz en el territorio nacional.

No hay tampoco exageración alguna en atribuir al gobierno, de manera exclusiva y excluyente, la conservación y restablecimiento del orden turbado porque así lo dispone la Constitución al señalar la esfera de competencia privativa de la rama ejecutiva (Const. Nal., art. 120-7). El interés que las otras ramas puedan tener en el asunto es evidente y, por tal razón, puede coadyuvar a la conservación y restablecimiento de la paz pública mediante una colaboración armoniosa (Const. Nal., art. 55), pero solo dentro de la esfera de sus propias competencias y hasta donde el ejercicio de ellas no interfiera las medidas extraordinarias que hubiere tomado el gobierno.

La responsabilidad política que el último aparte del art. 121 de la Constitución impone al presidente de la República, lo mismo que a los demás funcionarios por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere esa disposición, y que la misma Carta no exige al Congreso ni a ninguna otra autoridad, indica que el ejecutivo tiene, en tales circunstancias, poderes especiales de que no están investidas las otras ramas del poder público.

Resulta entonces contradictorio con esa idea suponer que el Congreso tiene el libre ejercicio de sus funciones aun en contra de lo que disponga el ejecutivo y que pueda derogar o modificar las disposiciones de este dirigidas al restablecimiento del orden público, pues si así fuere se presentaría un

evidente desequilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los distintos sectores del poder, lo cual no fue ciertamente la idea que el constituyente tuvo al disponer que el Congreso se reuniera por derecho propio durante el estado de sitio, y que este en ningún caso impediría el funcionamiento normal del Legislativo.

Esa situación hay que interpretarla dentro de su contexto histórico y habida cuenta de los fines que se propuso la reforma, tan debatida, de la norma en cita, el principal de los cuales fue establecer un control político inmediato sobre las actuaciones del gobierno que solía abusar, como es bien sabido, del estado de sitio para obtener fines distintos al de restablecimiento del orden público.

Obsérvese, por otra parte, que mientras el gobierno está obligado a enviar los decretos de estado de sitio a la Corte para que esta ejerza el control de constitucionalidad, estaría libre de esa traba el Legislativo, lo que también está indicando que aquel tiene poderes superiores en esa situación ya que el constituyente estuvo atento, y lo demostró de varias maneras, a que los ejerciera en la forma adecuada.

Es pues, cierto, como lo afirma la decisión mayoritaria de la Sala que “el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias (las de estado de sitio), como acto de armoniosa colaboración con el Ejecutivo” si, por supuesto, existe realmente esa colaboración armoniosa y no, como ya se ha dejado reiteradamente dicho, entorpecimiento u obstaculizamiento de las obligaciones y de las facultades constitucionales del presidente de la República en tiempo de guerra o de conmoción interior.

El ejemplo que trae la mayoría de la sala de “armoniosa colaboración” consistente en que “a) el gobierno dicta un decreto de estado de sitio declarado exequible por la Corte; b) el Congreso expide una ley que regula diversamente las materias tratadas en el decreto precedente y, por lo mismo la deroga en todo o en parte, expresa o tácitamente; c) el gobierno suspende total o par-

cialmente, *de modo expreso*, la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo; y d) la Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución”, es la descripción de la forma como se produciría el enfrentamiento de las ramas del poder público de llevarse a la realidad aquella tesis. Sería el ejemplo más cabal del enfrentamiento de poderes y de competencias que pudiera darse, pues contra lo que supone la mayoría, ellas no reflejarían la colaboración armoniosa que demanda la Constitución sino la intervención desatinada del Congreso como factor de desorden institucional, que el gobierno y la Corte Suprema de Justicia tendrían que remediar.

3. *Las prohibiciones al Congreso durante el estado de sitio.* La potestad legislativa del Congreso, como la de las demás ramas del poder público dentro de sus respectivas esferas, no es *ilimitada* (Const. Nal., art. 2º) pues, además de otras restricciones, le está expresamente prohibido “inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes” (Const. Nal., art. 78-2).

Esta limitación a la potestad legislativa del Congreso resulta, en consecuencia, *expresa*, porque basta remitirse a las normas constitucionales que en forma privativa atribuyen competencia a las otras ramas del poder público para identificar, por este modo, los asuntos en que no puede inmiscuirse el Congreso por medio de resoluciones o leyes de su cuño; en consecuencia, si es privativo del presidente de la República “conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado” (Const. Nal., art. 120-7), aunque para ello se vea compelido a declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella y, portanto, convertirse en legislador extraordinario (Const. Nal., art. 121), es lógico que las atribuciones excepcionales que en este evento asume hacen parte de su competencia privativa y de su exclusiva responsabilidad, como lo determina la Carta al estable-

cer que “serán responsables el presidente y los ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo” (ibídem).

Es por eso por lo que la Constitución, ya lo hemos dicho, limita la potestad legislativa cuando señala la esfera de competencia del Congreso (Const. Nal., art. 76), y cuando al mismo tiempo determina la de las otras ramas del poder público (Const. Nal., arts. 120, 121, 122 y 151), de modo que, como también lo admite la mayoría, para que el Congreso pueda invadir una competencia privativa de otra rama del poder público se requiere de norma *expresa*, lo que sucede únicamente en el evento de la llamada emergencia económica, para la cual la Constitución dispone que “El Congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos a que se refiere este artículo” (art. 122), y no ocurre, desde luego, en lo que respecta al orden público, en relación con el cual no existe disposición alguna que dé idéntica o semejante facultad al Congreso.

Es verdad, por tanto, que las leyes expedidas por el Congreso pueden *normalmente* derogar de manera expresa o tácita otras leyes o decretos precedentes, pero también lo es que no puede hacerlo “en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes” (Const. Nal., art. 78-2) como los decretos legislativos, que competen privativamente al gobierno en estado de sitio (art. 121).

4. *Principios de favorabilidad y de prevalencia de normas.* Si bien el principio de favorabilidad es norma constitucional (art. 26), también lo es el principio de excepción que comporta el estado de sitio (art. 121), cuya prelación nadie puede discutir. Ambos son principios de fuero constitucional. El principio de favorabilidad no es absolu-

to, tiene el límite que le impone el orden natural de las cosas, esto es, que impera entre normas de igual categoría y procedencia. Más claramente, obra entre normas de excepción y también entre normas ordinarias, pero jamás entre unas y otras, indistintamente. Tal mixtura repugna al ordenamiento positivo por que el principio de favorabilidad se convertiría en instrumento derogatorio de toda clase de normas, en particular de las del estado de sitio y, en consecuencia, en factor desnaturalizador del régimen de excepción, situación que no quiso el constituyente ni puede propiciar el juzgador. En cambio, el principio de excepción es prevalente porque impone la aplicación inmediata de las normas de estado de sitio, por ser especialísimas, transitorias y encaminadas exclusivamente al restablecimiento del orden público turbado.

Demostrado que el nuevo Código Penal no puede derogar el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), el fenómeno jurídico que se advierte no es el de una simple sucesión de leyes sino el de un clásico conflicto de normas. En efecto: no hay lugar a sucesión o tránsito de leyes porque este fenómeno exige que la norma anterior bajo la cual se cometió el hecho punible esté derogada y que la ley posterior la sustituya; en cambio, aquí se presenta un conflicto de normas porque este fenómeno exige la vigencia simultánea de dos leyes que regulan de modo diferente la misma materia. En la sucesión de leyes de igual categoría obra el principio de favorabilidad a través de los mecanismos de la retroactividad y de la vigencia de la ley anterior. En el conflicto, los principios de especialidad, consunción y subsunción determinan la norma aplicable. Encontrándose vigentes a un mismo tiempo el denominado Estatuto de Seguridad y el nuevo Código Penal, el conflicto de normas es real porque, como igualmente lo acepta la mayoría, ambos regulan de manera diversa aspectos de una misma materia y establecen consecuencias cuantitativamente distintas en el orden punitivo, es decir, se *contraponen*. Entonces,

no cabe duda que la disposición aplicable es el decreto legislativo 1923 de 1978 por su prevalencia constitucional y por ser norma de excepción para una situación especial y extraordinaria.

Para que existan leyes excepcionales, ordinarias especiales, permanentes y temporales, no es necesario enmendar la Carta. Esa clasificación es universal y responde a las distintas competencias privativas que la misma Constitución establece. Como lo hemos advertido, la existencia innegable de esas diversas categorías de normas influye necesariamente en el ámbito de aplicación del principio de favorabilidad.

En verdad, el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) no es una ley especial en el sentido a que se refiere el art. 376 del nuevo Código Penal; luego, también por este aspecto, aquel estatuto quedó al margen de las previsiones de este.

No habría inconveniente en aceptar que el actual Código en su art. 355 reguló integralmente la materia relacionada con el delito de extorsión creando un tipo penal abierto, con verbos rectores más amplios, pena distinta y específica circunstancia de agravación, porque, precisamente, esas connotaciones específicas son las que demuestran de manera objetiva que esa norma ordinaria se encuentra en conflicto con la de excepción, o sea, con el art. 6 del decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad). Pero también esas connotaciones son las que permitirían dentro del criterio de la mayoría, que invoca una sucesión de leyes, concluir que por el aspecto descriptivo de la conducta punible es más

favorable la norma excepcional (Estatuto de Seguridad) porque comporta un tipo penal *cerrado* donde el juez tiene que ceñirse a su texto, que no la del nuevo Código Penal que siendo *abierto* cae en un relativo arbitrio judicial con los peligros que esto supone. Como se ve, ese criterio no da seguridad jurídica porque a quienes se encuentran procesados les convendría esta interpretación y a quienes ya han sido condenados la que pregona la Sala. En consecuencia, es forzoso concluir que por sus mismos cauces la jurisprudencia que sienta la mayoría resulta contradictoria.

Finalmente, no se puede confundir el control político que ejerce el Congreso sobre el Ejecutivo con la potestad legisladora del mismo para hacerlos depender uno del otro y sostener que si se reconoce la *preeminencia* de aquel control político debe igualmente admitirse la facultad legisladora del Congreso "aun en materias relacionadas con el orden público", porque son dos cosas distintas y autónomas: el control político implica poder exigir responsabilidades, mientras que la potestad legisladora simplemente supone el ejercicio *ordinario* de una competencia funcional del Congreso.

En esta forma creemos haber dejado plenamente rebatidos todos los argumentos que tuvo en cuenta la mayoría para tomar la decisión que motiva nuestro total desentimiento.

Bogotá, D. E., 31 de marzo de 1981.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto.

## SALVAMENTO DE VOTO

*Salvamento de voto de los magistrados Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras y Luis Enrique Romero Soto. Adición al mismo del doctor Romero Soto.*

Respetuosamente volvemos a apartarnos del criterio que llevó a la liberación de los procesados Edilberto Medellín Cadena y Pedro Naín Arias Bohórquez, condenados por la justicia penal militar como autores de un delito de extorsión conforme al decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), porque seguimos estimando, ahora más firmemente, que no les era aplicable el nuevo Código Penal, como insiste en afirmarlo la mayoría de la Sala en el supuesto, a nuestro juicio equivocado, de que las normas de aquel fueron derogadas por las disposiciones de este y de que el principio de favorabilidad rige esta específica situación.

Las razones que nos siguen asistiendo, que se fundan en claros textos constitucionales, son las siguientes:

1. La cuestión concreta a que se contrae la discrepancia surgida entre los magistrados de la mayoría y los que manifestamos nuestro total desacuerdo con ella consiste, exactamente, en saber si durante la vigencia del estado de sitio pueden, el Ejecutivo y el Legislativo, de manera simultánea, adoptar medidas encaminadas a conjurar el estado de guerra exterior o de conmoción interna, de modo que el deber y la responsabilidad de procurar el restablecimiento de la paz pública perturbada quede repartida indistintamente y aun podría decirse que caprichosamente entre esas dos ramas del poder público.

Para la mayoría, a nuestro juicio con ostensible desacierto, el funcionamiento normal del Congreso durante el estado de sitio le permite a este intervenir, al lado de la rama ejecutiva, en la adopción de las medidas necesarias para enfrentarse al enemigo extranjero y a los revolucionarios nacionales, pudiendo, en consecuencia, dictar leyes *permanentes* para conjurar la situación *transitoria* de anormalidad presentada como resultado de la guerra exterior o de la conmoción interna y, en ejercicio de esa facultad, adicionar, modificar, aclarar y aun derogar los decretos legislativos dictados por el gobierno con el fin de asegurar el triunfo de las armas colombianas sobre el enemigo, o de superar el caos, el desorden y las amenazas contra las instituciones patrias, que se presentan como resultado de la subversión organizada.

Con estas premisas falsas, se concluye fácilmente que el Congreso, al facultar al gobierno para expedir un decreto-ley y este al hacer uso de esa delegación de poderes del Congreso, y aun el propio Congreso, por medio de leyes, puede derogar alguna o algunas o todas las medidas vigentes adoptadas por la rama ejecutiva para ganar la guerra o conjurar la subversión.

Y ya obtenida esta pretendida conclusión, que el Congreso, al facultar al gobierno para expedir el nuevo Código Penal (decretos 100, 141 y 172 de 28 de enero de 1980), derogó alguna o algunas de las nor-

mas dictadas para restablecer la paz pública, concretamente las del decreto legislativo 1923 de 1978, "en cuanto a los aspectos que resultan comunes a ambos estatutos".

2. La Constitución Política de Colombia dice, sin embargo, todo lo contrario:

a) No existe, en ningún tiempo, supremacía de ninguna de las ramas del poder público sobre las otras, sino especificación y, por tanto, limitación de las atribuciones de cada una de ella en relación con las demás, dentro de los precisos términos que la misma Carta establece:

"...Art. 2º. La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece..." (se subraya).

"....."

"...Art. 55. Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional..."

"...El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (artículo 6º del acto legislativo número 1 de 1945)..." (se subraya).

Esta separación y limitación de las funciones de cada una de las ramas del poder público determina sus propias órbitas de acción, de manera que constitucionalmente le está prohibido a cada una inmiscuirse en los asuntos de las otras, sin perjuicio del deber, también consagrado constitucionalmente, de colaborar todas entre sí, dentro de la esfera de sus respectivas competencias, en la realización de los fines del Estado.

A ese respecto dice JACOBO PÉREZ ESCOBAR:

"En los comienzos del siglo pasado se llevó a cabo la emancipación de los pueblos de América, influidos por las revoluciones norteamericana y francesa que no ha mucho acababan de pasar. Los principios e ideas que les sirvieron de sustento inspiraron en el Nuevo Mundo las modalidades de los sistemas de gobierno que se implanta-

ron en reemplazo del que acababa de aniquilarse. Las instituciones liberales tenían entusiasta acogida entre los hombres que con sus esfuerzos de héroes comenzaron la lucha titánica por modelar una patria a imagen y semejanza de la que habían soñado. Así, en Colombia desde las Constituciones de 1811 y de 1812 se estableció como invariable el principio de la separación de los poderes. Se creyó tiránica la reunión de estos en una sola persona o corporación. La Constitución de 1886 conservó el principio tradicional, disponiendo en el artículo 57: "Todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones."

"Como se observa en el artículo transcrito, se conserva la terminología clásica de poderes pero ninguno de estos es soberano, porque la soberanía en Colombia teóricamente ha residido en la nación, cuya representación jurídica lleva el Estado. Dice TASCÓN que entre nosotros «la soberanía del Estado, entendiéndolo por tal la potestad de realizar el derecho, es ejercida por todos los poderes públicos, pero cada uno en la esfera de sus respectivas atribuciones, de una manera limitada, es decir, sin que ninguno sea soberano, en el sentido que le da a esta palabra la doctrina francesa, esto es, de poder incondicionado y absoluto».

"El artículo 57 también establecía que todos los poderes públicos «ejercían separadamente sus respectivas atribuciones». Esta era la concepción venida de la Revolución Francesa y que con los avances del derecho público sufrió serio quebranto. Hoy no se admite que haya, en primer lugar, coexistencia de varios poderes, sino la de uno solo con sus diversos órganos, los cuales, en segundo lugar, no se conciben separados como ruedas locas de una maquinaria, sino armonizados en sus funciones, estas sí propias y separadas, en la realización de los fines del Estado..." (Derecho constitucional colombiano, 2ª edic., Editorial Horizontes, págs. 313 a 314).

Y entre las formas constitucionales en que gobierno y Congreso colaboran armó-

nicamente, cita el mismo tratadista las siguientes:

"El gobierno puede en relación con la función legislativa, ya sea material o formal:

"1) Dictar decretos con fuerza de ley; decretos legislativos (arts. 121 y 122 de la Const.), decretos-leyes (ord. 11 del art. 76 de la Const.), decretos especiales (ord. 11 del art. 76 de la Const.) y los decretos con fuerza de ley para poner en vigencia los proyectos de ley sobre planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas (inc. 6º del art. 80 de la Const.).

"2) Presentar proyectos de ley, tomar parte en los debates, objetar los proyectos de ley y sancionarlos (arts. 79, 118 ords. 3, 4 y 7º, 85, 86 y 134 de la Constitución).

"3) Abrir créditos adicionales al presupuesto y efectuar traslados en el mismo (art. 212 de la Const.)."

"....."

"El Congreso puede en relación con el gobierno:

"1) Pedir al gobierno los informes escritos y verbales que necesite para conocer los actos de la administración no reservados, para ilustrarse y legislar (arts. 103 ord. 4º, y 118 ord. 5º de la Constitución).

"2) Requerir la asistencia de los ministros y nombrar comisiones que vayan a visitar los ministros (inciso final del art. 103 de la Constitución).

"3) Recabar del gobierno la cooperación de los organismos técnicos oficiales para mejor desempeño de sus funciones (ord. 6º del art. 103 de la Constitución)".

No se concibe, en consecuencia, como colaboración armónica entre las ramas del poder público, sino como indebida intromisión de una en las atribuciones de otra, que el gobierno dicte normas de carácter general y permanente, violando la disposición del art. 76 que establece que "corresponde al Congreso hacer las leyes", o que este declare "turbado el orden público y en estado de sitio, la República o parte de ella", suspenda los decretos legislativos "que sean incompatibles con el estado de sitio" o lo

declare "restablecido tan pronto haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior", con violación de lo dispuesto en el art. 121 que atribuye tales facultades y deberes, *privativamente*, a la rama ejecutiva.

Pero si lo que se pretende es encontrar un mayor número de atribuciones en una de las ramas del poder público no es esta, ciertamente, la legislativa.

Nuestro sistema constitucional, parece olvidarse en ocasiones, consagra el régimen presidencial y no el parlamentario.

A este respecto expresa LUIS CARLOS SÁCHICA:

"Existe una preponderancia evidente del presidente de la república, jefe de la rama ejecutiva, sobre las otras ramas del poder público, aunque, teóricamente, las distintas ramas son jerárquicamente iguales y tienen señalado un ámbito exclusivo de competencia y que, además, está prohibida la interferencia mutua. El presidente dispone de una gran suma de facultades y la práctica política le da, como caudillo de partido con mayorías parlamentarias a su favor, medios suficientes para determinar de modo definitivo toda la marcha del gobierno. Si esta prelación no está reconocida jurídicamente, opera en los hechos, configurando lo que llama FIEDRICH «el liderazgo ejecutivo», cuestión tanto más clara, cuando se advierte la ineficacia del Congreso y el problema de los poderes residuales e intersticiales, como campo propicio para desarrollar un poder de tipo monocrático, aunque combinado con una saludable influencia democrática resultante de la elección popular del presidente, el reconocimiento de su responsabilidad exigible judicialmente por las cámaras, la limitación del período presidencial y otros dispositivos que tienden a restringir los poderes de aquel". (Constitucionalismo colombiano, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1966, pág. 212).

b) Durante la vigencia de estado de sitio y para los solos efectos del restablecimiento del orden público, a los poderes ordina-

rios del gobierno, de suyo numerosos, se agregan los que le confiere el art. 121 de la Constitución Política:

“En donde aparece con mayor intensidad la indiscutible preeminencia del presidente de la república frente a todos los demás organismos del Estado, es en el art. 121 de la Constitución, cuando, turbado el orden público por conmoción interior o guerra internacional, puede decretar en estado de sitio la república, y asume facultades excepcionales que le dan todos los medios necesarios para la restauración de la normalidad. Situación en la cual se peraltan e intensifican tanto los poderes del gobierno, que FIEDRICHNO vacila en designar tal institución como «dictadura constitucional», epígrafe bajo el cual se estudia en otro capítulo esa circunstancia”.

“Se afirma la tendencia a dar primacía al ejecutivo, y, por consiguiente, a quien tiene su jefatura, en el art. 78 de la Carta. Acataando el principio de la división funcional del poder público, pero al mismo tiempo estableciendo las diferencias más notables del sistema presidencial con el parlamentario, dicha disposición prohíbe al Congreso «dirigir excitaciones a funcionarios públicos, inmiscuirse en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes, dar votos de aplauso o de censura respecto de actos oficiales y pedir informaciones sobre negocios diplomáticos que tengan carácter reservado». Se quiere con esto mantener y hacer respetar la autonomía de las ramas del poder, evitar las interferencias recíprocas entre los mismos, pero también dejar claro que la rama ejecutiva no depende, no está subordinada al legislador, y que su estabilidad no depende de la confianza que le dispense el parlamento, como sucede en el régimen opuesto, donde un voto de censura produce la caída del gabinete, y un voto de confianza sortea una crisis” (SÁCHICA, ob. cit., págs. 477 a 478).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 12 de junio de 1945,

precisa la supremacía constitucional del gobierno sobre el Congreso durante el estado de sitio:

“Para la emergencia de la perturbación del orden público pueden los decretos estatuir respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anomalía. Pero no es esto solo, sino que puede aun el gobierno por medio de tales decretos extraordinarios hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz; pues este no ha de afectar las garantías individuales y sociales previstas en el Estatuto; en tanto que el presidente en tiempo de turbación del orden público puede, por medio de decretos autorizados por todos los ministros, limitar el ejercicio de aquellos derechos y garantías” (se subraya).

c) La reunión del Congreso durante el estado de sitio no desplaza hacia este, en consecuencia, ni la facultad de velar por el restablecimiento del orden público, ni la de reformar, suspender o derogar los decretos legislativos dictados por el gobierno, pues, por reunirse el Congreso, no por ello deja de ser esta función única y exclusiva del gobierno.

PÉREZ, en la obra citada, precisa de este modo las facultades de la rama ejecutiva de acuerdo con el art. 121 de la Constitución Política de Colombia:

“*Facultades del gobierno en virtud del estado de sitio.* La declaración del estado de sitio tiene como único objeto aumentar en forma excepcional las atribuciones policivas del gobierno como medio para lograr el restablecimiento del orden público perturbado, ya sea en todo el territorio nacional o en parte de él, a causa de la guerra exterior o conmoción interior.

“Según nuestra Constitución, en virtud de la declaración del estado de sitio el gobierno adquiere tres clases de facultades: las que la Constitución le otorga para tiempos de guerra o de perturbación del orden

público, las facultades legales y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones (inc. 1º, art. 121)...”.

“...a) *Facultades constitucionales.* La Constitución prevé en varias normas un doble régimen de legalidad: el de la legalidad normal, o sea la legalidad en tiempo de paz, y el de la legalidad marcial, o sea la legalidad prevista para los casos de perturbación grave del orden público cuando se declare el estado de sitio”.

“c) *Facultades conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes.* La Constitución se limita a establecer que el gobierno adquiere las facultades que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes o derecho internacional, rigen para la guerra entre naciones. Estas facultades no han sido definidas claramente. Para algunos autores ellas se encuentran en los códigos o disposiciones militares; para otros dichas reglas son las establecidas por las costumbres internacionales en relación con la guerra entre naciones. De todas maneras esas facultades resultan muy amplias por ser imprecisas, ya que no se les conocen sus límites” (ob. cit., págs. 453 y 455).

No existe entre nosotros, de otra parte, norma alguna que permita al Congreso dar facultades al gobierno para conjurar la perturbación del orden público, esto es, volviendo a la ley que facultó al Ejecutivo para expedir el nuevo Código Penal, que tales atribuciones jamás pueden entenderse, otorgadas con aquel fin, en primer término porque el gobierno en esas materias es autónomo y no necesita autorización alguna del Congreso para ejercerlas (art. 121), y, en segundo término, porque hasta ahora ninguna norma constitucional o legal permite el otorgamiento de ellas como, a nuestro juicio con ostensible desconocimiento de nuestro régimen constitucional, lo declara la mayoría para concluir que el Congreso, al facultar al ejecutivo para expedir el Código Penal, le dio con ello autori-

zaciones para modificar o derogar la legislación de estado de sitio:

“*Facultades legales.* Estas facultades son las que la ley debe darle al gobierno, dentro del marco de la Constitución, para conjurar la perturbación del orden público. *Hasta el momento ninguna ley ha establecido dichas facultades, pero es de desear que se dicte una ley general sobre facultades del gobierno durante el estado de sitio*” (se resalta) (PÉREZ, ob. cit., pág. 455).

d) La reforma constitucional que estableció el funcionamiento del Congreso durante el estado de sitio no tuvo como finalidad, ni se pretendió con ella repartir entre aquel y el gobierno la responsabilidad del restablecimiento de la paz pública turbada como resultado de una guerra exterior o de una conmoción interna, como insiste en sostenerlo la mayoría, sino, como lo enseña la historia reciente del país, con el propósito fundamental de controlar políticamente los abusos en que la rama ejecutiva pudiera incurrir so pretexto o con ocasión de esa situación excepcional.

PÉREZ ESCOBAR, en la obra tantas veces citada, precisa los antecedentes de la reforma:

“*Compatibilidades de las reuniones del Congreso en el estado de sitio.* Con antecedentes en la administración del presidente Eduardo Santos, durante la cual fueron clausuradas las sesiones ordinarias de las Asambleas por considerárseles incompatibles con el estado de sitio, en las proximidades de unas elecciones presidenciales, el gobierno del presidente Mariano Ospina Pérez clausuró el Congreso el 9 de noviembre de 1949, mediante el decreto 3520 de esta fecha, por considerar que las reuniones de dicho cuerpo eran incompatibles con la existencia en el país del estado de sitio”.

“A partir de esa época fue tesis constante del partido liberal la compatibilidad de las reuniones del Congreso con la existencia del estado de sitio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 55 de la Carta que con-

sagra el principio de la separación de funciones de las ramas del poder público. De aquí que cuando se institucionalizó el Frente Nacional mediante la reforma plebiscitaria y actos legislativos complementarios, el partido liberal propugnó por la reforma del entonces art. 121 hasta lograr la expedición del acto legislativo núm. 1 de 1960, en virtud del cual se estableció perentoriamente que el Congreso debería reunirse durante el estado de sitio no solo en el tiempo de sesiones ordinarias sino durante todo aquel en que hubiera estado de sitio, sesiones que fueron llamadas "especiales" por la Corte Suprema de Justicia.

"La práctica de lo que se convirtió en «Congreso permanente» por ser casi permanente en nuestro país el estado de sitio, mostró que no era conveniente tener al Cuerpo Legislativo reunido obligatoriamente durante todo el tiempo en que estuviera declarado el estado de sitio en todo el territorio de la República o en parte de él. Esto llevó a que en la reforma constitucional de 1968 se modificara la norma que establecía las reuniones durante el estado de sitio declarado a causa de conmoción interior" (págs. 458 a 459).

SÁCHICA, por su parte, señala la imposibilidad de que el Congreso, en estado de sitio, pueda interferir las facultades privativas del gobierno y neutralizar y desbaratar los esfuerzos (de este) en su intento de regresar a la paz:

"La oportunidad o inoportunidad de medidas graves y urgentes no puede ser materia de deliberación parlamentaria, lenta y mal intencionada. El responsable de la guarda del orden público es el gobierno y no el congreso. La eficacia de aquel como guardián de la paz depende de la rapidez y aun de la sorpresa en su actuación. Los ordenes militares pueden ser detenidas en su ejecución por una acusación de intenciones políticas, que pueden dejar desguarnecido al gobierno. Y la labor legislativa del congreso, finalmente, puede neutralizar y desbaratar los esfuerzos del gobierno en su

intento de regresar a la paz" (ob. cit. pág. 343).

e) Si, pues, el Congreso, en estado de sitio, puede seguir ejerciendo las funciones que le son propias en tiempos de *normalidad* y el gobierno, además de las que tiene de ordinario, ejercer las que le confiere la Constitución en épocas de turbación del orden público, particularmente las que le permiten suspender las normas permanentes dictadas por el Congreso para proferir otras en su reemplazo, es claro que cada una de esas ramas del poder público actúa dentro de las esferas de sus respectivas competencias, esto es, sin que el gobierno pueda *derogar* las leyes expedidas por el Congreso, ni este, tampoco, *suspender* los decretos legislativos dictados por aquel.

Reiteramos, en consecuencia, la siguiente conclusión de nuestro anterior salvamento de voto:

"Demostrado que el nuevo Código Penal no puede derogar el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), el fenómeno jurídico que se advierte no es el de una simple sucesión de leyes sino el de un clásico conflicto de normas. En efecto: no hay lugar a sucesión o tránsito de leyes porque este fenómeno exige que la norma anterior bajo la cual se cometió el hecho punible esté derogada y que la ley posterior la sustituya; en cambio, aquí se presenta un conflicto de normas porque este fenómeno exige la vigencia simultánea de dos leyes que regulan de modo diferente la misma materia. En la sucesión de leyes de igual categoría opera el principio de favorabilidad a través de los mecanismos de la retroactividad y de la vigencia de la ley anterior. En el conflicto, los principios de especialidad, consunción y subsunción determinan la norma aplicable. Encontrándose vigentes a un mismo tiempo el denominado Estatuto de Seguridad y el nuevo Código Penal, el conflicto de normas es real porque, como igualmente lo acepta la mayoría, ambos regulan de manera diversa aspectos de una misma materia y establecen consecuencias cuantitativamente distintas en el orden pu-

nitivo, es decir, se contraponen. Entonces, no cabe duda que la disposición aplicable es el decreto legislativo 1923 de 1978 por su prevalencia constitucional y por ser norma de excepción para una situación especial y extraordinaria".

En suma, si una ley revistiera, *pro tempore*, al presidente de la República de precisas y expresas facultades extraordinarias para derogar alguno o algunos o todos los decretos legislativos dictados por este en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 121 de la Constitución Política, todo el mundo entendería que esas facultades no le podían ser otorgadas por el Congreso, a causa de que el presidente las tiene por voluntad soberana del propio constituyente y porque el Congreso de la República, careciendo de ellas, no podía, tampoco, delegarlas.

Sin embargo, lo que no puede hacer el Congreso mediante ley expresa, lo ha hecho este tácitamente, a juicio de la mayoría de la Sala, al facultar al gobierno para expedir el Código Penal, razonamiento que, como es obvio, no podemos compartir.

Por ello, respetuosamente, reiteramos nuestro total disenso con la decisión anterior.

Bogotá, D.E., 21 de mayo de 1981

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto.

#### *Adición al salvamento de voto*

Comoquiera que la decisión mayoritaria contiene referencias y transcripciones de lo manifestado por mí sobre el principio de favorabilidad en el seno de la Comisión que redactó el Anteproyecto de Código Penal de 1974 de la cual hice parte y como, además, una lectura superficial de tales opiniones pudieren propiciar la idea de que en el salvamento de voto y, en general, en mis actuales conceptos estoy en contradicción

con lo dicho entonces, me permito exponer, brevemente, la razón fundamental que demuestra lo contrario, es decir, que no me he apartado de las ideas en aquel momento manifestadas y que no hay contradicción de ninguna especie entre ellas y las que contiene el susodicho salvamento de voto.

En efecto, una de las razones fundamentales de este es la de que no existe en la situación examinada por la providencia cuya reposición se pide una sucesión de leyes sino una coexistencia de normas y que, en tal caso, son las que regulan los conflictos de leyes las que deben aplicarse dando prelación, por las razones que allí se explican y que siguen vigentes, a las del estado de sitio.

Ahora bien, en los conceptos expresados por mí en la Comisión Redactora se parte de que, para aplicar el principio de favorabilidad, del cual era, soy y seguiré siendo fervoroso partidario, se requiere que haya sucesión de leyes.

Así se desprende, en forma directa y clara de todo el contexto de lo transcrito y de otros apartes que dejaron de transcribirse.

Pero también ese concepto fue expresado por mí en forma inconfundible cuando dije, como aparece en la providencia mayoritaria, que "la ley excepcional está sujeta a los principios generales, es decir que *si después* (subrayo) de la ley excepcional viene una que cambia la penalidad, etc., pues entonces se vuelve a aplicar dicho principio" (esto es, el de favorabilidad). Ahora bien, ese "después" no es una indicación simplemente cronológica, ni hay por qué suponerlo así, como hace la comentada decisión, sino que tiene carácter eminentemente jurídico, o sea, el reemplazo de una ley por otra, en otras palabras: un fenómeno de sucesión de leyes.

Con mayor claridad (y yo diría que con absoluta nitidez) aparece este pensamiento más adelante, pero en el mismo párrafo donde se dice "cuando un individuo comete un hecho bajo el imperio de determinada ley y el proceso se dilata y cambia la legisla-

*ción* (subrayo) y se agravan las condiciones de la sanción, él no tiene por qué cargar con la morosidad judicial”, expresión donde se pone de presente que la ley favorable solo se aplica en caso de cambio de legislación y no, como ocurre en el que es materia de la decisión de la Sala, cuando existen normas en vigencia simultánea.

Y para no multiplicar las citas, esta última con que se cierra el párrafo parcialmente transcrito por la decisión mayoritaria: “En el fondo de todas estas cuestiones hay muchas consideraciones en pro y en contra que creo, para terminar, se puede solucionar a la manera como lo han hecho mu-

chas legislaciones como la argentina en donde se dice que se aplica penal másb enigna no importa que haya sido una ley intermedia”.

No se necesita mucho esfuerzo mental para entender que donde se habla de leyes intermedias, se está haciendo directa alusión a una sucesión de leyes, es decir, a ordenamientos legales que se han ido poniendo en vigencia, uno después de otro, pero que no rigen simultáneamente, como ocurre, se repite, con las normas del llamado Estatuto de Seguridad y del nuevo Código Penal.

Luis Enrique Romero Soto. Magistrado.

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres litográficos de Editorial Temis S.C.A., el día 10 de julio de 1981.

LABORE ET CONSTANTIA